

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 381.

(ano VII)

(27/06/2015)

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

COLUNISTA DO DIA



27/06/2015 Rômulo de Andrade Moreira
» [A vítima no processo penal brasileiro](#)

ARTIGOS

27/06/2015 Ana Paula Cipriano

» [Assédio moral à empregada gestante](#)

27/06/2015 Francisco de Assis Siqueira Santos Júnior

» [A Atuação do Procurador Geral da República e do Advogado Geral da União no Controle de Constitucionalidade Concentrado, em especial aa Ação Direta de Inconstitucionalidade](#)

27/06/2015 Cleia Zille Pereira

» [Ação penal nos crimes de estupro](#)

27/06/2015 Tauã Lima Verdan Rangel

» [Anotações ao Decreto nº 7.404/2010: Ponderações ao Regulamento da Política Nacional de Resíduos Sólidos](#)

27/06/2015 Teddy Arthur Monteiro Terán

» [Noções sobre alienação parental: Um tributo às famílias](#)

A VÍTIMA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

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. Auto

Acabei de ler um alentado estudo em torno da vítima, estudo feito por [Ana Paula Alves Barros](#).

No seu texto, ela afirma, com acerto, que o "*estudo sobre a vítima, como parte do crime, é algo muito recente, considerando a organização desse estudo após a Segunda Guerra Mundial (1940-1945). A Escola Clássica de Beccaria e Furbach, a Escola Positiva de Lombroso, Ferri e Garofalo concentravam seus esforços no trinômio delinqüente-pena-crime. No entanto, esse cenário começou a mudar com término da Segunda Guerra e seu terrível legado de ódio, intolerância e racismo. Nos tempos primórdios o reparo do dano era feito a partir da vingança privada contra o ofensor ou seu grupo social. A vítima detinha, em suas*

mãos, o poder de escolher o tipo de pena que deveria ser aplicada ao agressor. São exemplos de escolhas que o ofendido poderia fazer: punições físicas, a perda dos bens e a até mesmo a morte do seu algoz. Em um segundo momento, a pena passou a ser um pagamento em dinheiro, feito pelo ofensor à vítima. Nesse caso o Estado passa a intervir, fixando a pena e obrigando a vítima a receber. Nota-se que a sociedade e o próprio Estado não viam a vítima como parte do crime, mas fora dele. Essa concepção estende-se para as Escolas Clássica e Positivista. Na Escola Clássica, por exemplo, havia uma grande preocupação com o crime, já na Escola Positivista a atenção estava voltada para o criminoso. Esse abandono em relação à vítima também pode ser visto em outras áreas do conhecimento. (...) Segundo Marlet (1995) os primeiros trabalhos sobre vítimas foram feitos por Hans Gross em 1901. No entanto, consideramos que a sistematização dos estudos em torno da vítima se deram após a Segunda Guerra Mundial. Benjamín Mendelsohn e Von Henting foram dois grandes pesquisadores que contribuíram para a organização dos estudos sobre a vítima. É muito certa a mudança que pesquisadores como B. Mendelsohn provocaram nos estudos sobre a vítima. Entender a vítima como parte do crime e uma transformação significativa. (...) Sabe-se que os estudos sobre a vítima já tinham começado no primeiro ano do século XX, mas é após a Segunda Guerra que esses estudos são sistematizados e a vítima passa a assumir um papel fundamental, inclusive para o entendimento do crime. Observa-se a notável importância da Segunda Guerra para os estudos sistemáticos da vítima por B. Mendelshon e Von Henting. B. Mendelsohn

(1900-1998), advogado nacionalizado israelense, passou a se interessar pelo comportamento das vítimas dos campos de concentração. Esses campos estavam espalhados pela Europa Ocidental e agregavam milhares de pessoas presas por Hitler durante a Segunda Guerra. Judeus, homossexuais, negros e ciganos foram perseguidos e presos em nesses campos para servirem como mão-de-obra. O comportamento dessas vítimas chamou atenção do pesquisador que passou a buscar entender o motivo pelo qual os prisioneiros, mesmo frente a sua iminente morte, trabalhavam nesses locais. Essa relação do nascimento da vitimologia com o pós Segunda Guerra Mundial, é apontado por Fatolico (2007): A vitimologia nasceu após a Segunda Guerra Mundial, mais especificamente em 1947, dois anos após o seu término, em decorrência do sofrimento dos judeus pelo Nazismo de Hitler que teve como resultado milhões de mortos, feridos e desaparecidos. Embora estudos sobre a vítima viessem sendo feitos no início do século XX foi em 1947 que o termo Vitimologia foi cunhado por B Mendelsohn em um Congresso em Bucareste, em sua palestra “Um Horizonte Novo na Ciência Biopsicossocial: a Vitimologia”. Segundo Piedade Junior (1993), B. Mendelsohn passou a defender a Vitimologia como uma ciência autônoma. Para o pesquisador, tratava-se de uma ciência sobre as vítimas e a vitimização. Por outro lado, alguns outros pesquisadores viam-na como um ramo da Criminologia, como é o caso de Henry Ellemberger ao afirmar que a Vitimologia é um ramo da Criminologia que se ocupa da vítima direta do crime e que compreende o conjunto de conhecimentos biológicos, sociológicos e criminológicos concernentes à

vítima. Não é nosso objetivo discutir a cientificidade da Vitimologia nesse momento. O que queremos é nos ater ao momento em que se deu a sistematização e organização dos estudos em torno da vítima. Entre muitas contribuições de B. Mendelsohn e de diversos outros pesquisadores, como Hans von Henting, está a conceituação de vítima e a sua classificação. É importante salientar que, a nosso ver, o divisor de águas está não só na importância que a vítima adquiriu posteriormente à Segunda Guerra, mas, também, como ela passou a ser vista. A vítima passou a ser percebida e estudada como parte do crime, um sujeito. O comportamento da vítima passou a ser reconhecido como fundamental para a consumação de um delito. É considerada, por exemplo, sua participação voluntária ou não no ato criminoso. (...) Para ilustrar essa ideia, de vítima como sujeito passivo na eclosão do delito, usaremos a própria classificação de B. Mendelshon. O referido pesquisador dividiu sua classificação de vítima em três grandes grupos. Vejamos: vítima inocente ou ideal, uma vez que não teve a menor participação na produção do resultado; vítima provocadora, imprudente, voluntária e ignorante, caracterizada pela evidente participação prestada aos fins queridos pelo agente; vítima agressora, simuladora e imaginária, que na verdade, deve ser considerada como suposta vítima, uma vez que, na realidade deve ser tipificada como co-autora do resultado querido pelo agente. (...) Portanto, nota-se uma grande diferença dos estudos sobre a vítima feitos antes e depois da Segunda Grande Guerra. A vítima passa a ser entendida como uma espécie de co-adjuvante do crime. E mais, passa a ser uma peça fundamental para se entender o crime. Com isso,

não estamos olvidando todo o conhecimento produzido sobre a vítima antes da guerra, mas, salientando que a situação de caos durante e no pós- guerra são chaves importantes para entender o desenvolvimento científico dessas pesquisas nesse momento. Isso porque, acreditamos que o auge dessas pesquisas está diretamente relacionado com o contexto gerado pela guerra, como veremos a seguir. Para entendemos o aumento do interesse dos pesquisadores pela vítima após a Segunda Guerra Mundial, se faz necessário mostrar um conjunto de elementos que envolveram as vítimas dessa guerra, especialmente os judeus. Assim, apresentaremos o nazifascismo com foco no anti-semitismo. Antes disso, é importante lembrarmos que não vemos a Segunda Guerra como contribuição, mas como elemento gerador de mudanças na área científica, social, política, econômica, cultural etc. Paulo Fagundes (2000) considera o nazifascismo como um movimento que foi a resposta a situação que se formou após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Os anos que se seguiram a esse conflito contribuíram para a formação desse movimento. Segundo o mesmo autor, o que catapultou o movimento nazifascista foi a Crise de 29 e a Grande Depressão, já que gerou um “caldo de cultura” propício para o desenvolvimento desses movimentos. Antes de falar sobre o movimento nazifascista é importante fazermos alguns apontamentos sobre o anti-semitismo. Inicialmente a questão de ódio aos judeus se restringia a questões religiosas e ao imaginário popular. Durante a Idade Média houve perseguição por parte do cristianismo aos judeus. Por isso, nesse momento podemos falar de antijudaísmo. Os cristãos (tanto os católicos, quanto os protestantes)

relacionavam a culpa da morte de Cristo aos judeus. Além do elemento religioso, é importante indicar que várias lendas surgiram em torno dos judeus, de forma que os demonizavam. Ocorreu, por exemplo, a disseminação da lenda de que os judeus teriam contaminado a água e poços com a peste bubônica para atingir os cristãos (LUZ, 2006). No entanto, essa situação começou a mudar com a chegada do século XVIII acompanhado dos discursos voltados à razão trazidos pelo Iluminismo. A partir desse período o elemento religioso dá lugar ao quesito racial. Então, torna-se o anti-semitismo e não mais antijudaísmo. Entre 1907 e 1913 Hitler passou a ter contato com literatura anti-semita como as de Karl Lueger (1844-1910), as de Georg Ritter von Schönerer (1842-1921) e de Adolf Lanz (1874-1954). No entanto, somente após a Primeira Guerra Mundial as ideias anti-semitas de Hitler assumiram a forma de um programa. Por outro lado, se faz necessário esclarecer que a política de extermínio do nazifascismo não se restringia a perseguição antisemita. A política assumiu um papel ambíguo, por um lado Hitler previa a eliminação do povo judeu, mas também, queria a expansão da raça ariana. Segundo o autor, tratava-se de uma política eugenista, já que se incentivava o alemão a se relacionar com diversas mulheres (desde que arianas). A solução final para os judeus parte do projeto eugenista de A. Hitler, toma forma nos campos de concentração que foram construídos na Alemanha e nos países dominados pelos alemães durante a guerra. O campo de Auschwitz compôs esse cenário de horror e racismo. Nesse local, os judeus foram mortos aos milhares nas câmaras de gás. Num relatório de Griksch, em uma visita ao campo de Auschwitz, intitulado A

reinstalação dos judeus, é explicitado as etapas seguidas antes de irem para a câmara de gás. Em trens, os judeus chegavam e eram examinados por médicos para avaliar sua aptidão para o trabalho. Aqueles que estivessem saudáveis eram separados para serem incorporados ao trabalho; os doentes curáveis eram submetidos a uma dieta que visava a sua recuperação para, também, fazer parte do grupo de trabalhadores; já os que fossem considerados impróprios ao trabalho eram enviados para as câmaras de gás. Este último grupo era induzido a pensar que estavam sendo levados para se banharem. O local era preparado para levá-los a acreditar nisso. Depois de desmaiarem, seus dentes de ouro eram retirados e seus corpos incinerados. Segundo o autor Oswaldo Henrique Duek Marques (2001) o sofrimento, perseguição e discriminação das vítimas do Holocausto contribuíram para o que autor denomina de “a grande redescoberta da vítima”. Ou seja, segundo o autor, o racismo disseminado pelo movimento nazifascista contribuiu para que os estudos sobre a vítima fossem tratados com mais seriedade. A comunidade internacional, inclusive, voltou seus olhos para essas vítimas. A expressão usada por Marques 2001 ilustra muito bem, em poucas palavras, a ideia que nós propomos discutir. “A grande redescoberta da vítima” não ignora todo o conhecimento e estudos anteriores à Segunda Guerra Mundial e mostra que se trata de um novo momento na história do estudo da vítima. Como desenvolvemos em nosso texto, havia um quadro muito propício para que os pesquisadores e a própria comunidade internacional voltassem seus olhos para a vítima, especialmente quanto ao genocídio provocado por Hitler nos campos de

concentração. Portanto, pensamos que o estudo em torno da vítima é modificado por todo o contexto que a guerra gerou. O cenário provocado pela dizimação em massa dos judeus criou um momento muito favorável para isso. Nota-se uma mudança no entendimento dos pesquisadores em relação a vítima. Para se estudar e entender como se chegou à eclosão de um crime, passa a ser considerado o comportamento da vítima. A Segunda Guerra Mundial escancarou suas portas de terror pelas vítimas que provocou e da forma que o fez. Nada de positivo pode ser visto em meio a uma guerra, mas o ser humano consegue memorá-la através de pesquisas importantes, se levantar em meio ao caos e enxergar possibilidades de mudar o mundo e a leitura dele, sempre batendo nas portas das nossas lembranças para que não esqueçamos as vítimas que o breve século XX fez." (http://jus.com.br/artigos/33290/a-segunda-guerra-mundial?utm_source=boletim-diario&utm_medium=newsletter&utm_content=titulo&utm_campaign=boletim-diario_2015-06-15).

Nada obstante fazemos sérias e contundentes críticas à participação da vítima no Processo Penal, dois aspectos, a meu ver, merecem destaques.

Em primeiro lugar, a composição civil dos danos prevista na Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95). Este acordo realizado na esfera penal tem efeito na esfera cível para se evitar o enriquecimento ilícito, tal como já se prevê na Lei dos Crimes Ambientais – Lei nº.

9.605/98 (art. 12)[1], no Código Penal (art. 45, § 1º., in fine)[2] e no Código de Trânsito Brasileiro – Lei nº. 9.503/97 (art. 297, § 3º.)[3].

A composição civil dos danos nas infrações penais de menor potencial ofensivo deverá sempre ser tentada, ainda que se trate de crime cuja ação penal seja pública incondicionada, ressalvando-se apenas a hipótese da inexistência de vítima determinada. Esta afirmação deflui da própria redação do art. 74, parágrafo único e do art. 76, ambos da Lei n.º 9.099/95.

Em que pese opiniões em contrário, o certo é que a esta conclusão chegou, salvo engano, a maioria dos doutrinadores.

Assim, por exemplo, afirma Ada Pellegrini Grinover:

“Frise-se, por oportuno, que, tanto para a ação pública condicionada como para a ação de iniciativa do ofendido, a homologação do acordo civil acarreta a renúncia tácita ao direito de representação ou queixa (...)

“No caso de ação de iniciativa pública (incondicionada), ao contrário, a homologação do acordo civil nenhum efeito terá sobre a ação penal.” [4]

Por sua vez, Mirabete adverte que tal homologação, no caso de ação penal pública incondicionada, acarreta dois efeitos penais, senão vejamos:

“Evidentemente, homologada a composição, não ocorre a extinção da punibilidade quando se tratar de infração penal que se apura mediante ação penal pública incondicionada, prosseguindo-se na audiência preliminar com eventual proposta de transação ou, não sendo

esta apresentada, com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Entretanto, se a composição dos danos ocorrer, deve ser ela objeto de consideração do Ministério Público, quando da oportunidade de oferecer a transação, e do juiz, como causa de diminuição de pena ou circunstância atenuante (arts. 16 e 65, III, b, última parte, do Código Penal). Além disso, é evidente que a composição impedirá uma ação ordinária de indenização fundada no art. 159 do Código Civil, ou a execução, no cível, da eventual sentença condenatória (art. 91, I, do Código Penal).” [5] Neste ponto discordamos: a composição civil dos danos não impedirá a ação civil ex delicto, apenas obrigará a que se compense de uma posterior indenização concedida no cível o que foi pago no acordo homologado no Juizado Especial Criminal, à semelhança do que prescreve, como dissemos acima, o art. 45, § 1º. in fine do Código Penal, o art. 12 da Lei n. 9.605/98 (Meio Ambiente) e o art. 297, § 3º. da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro)[6].

Vê-se que impostergável será a tentativa de composição civil dos danos, ainda que se trate de contravenção ou de crime de ação penal pública incondicionada[7]. Se assim não o fosse, ferido estaria o princípio constitucional da igualdade (art. 5º., caput, da Constituição Federal), pois a vítima de uma infração de menor potencial ofensivo cuja ação penal fosse pública incondicionada seria tratada diferentemente daquel’outra que sofrera também uma infração da mesma natureza, porém de ação penal pública condicionada à representação. Assim, por exemplo, a vítima de uma ameaça teria direito à composição civil dos danos,

enquanto que o ofendido por um constrangimento ilegal não o teria, o que seria um absurdo.

Ademais, note-se que um dos objetivos da lei que criou os Juizados Especiais Criminais é exatamente a reparação dos danos sofridos pela vítima (art. 62). Como observam Ada, Scarance, Luiz Flávio e Gomes Filho *“é a primeira vez, no nosso ordenamento, que a legislação abre tão amplo espaço à sua proteção jurisdicional, inserindo-se no generoso e atualíssimo filão que advoga a revisão dos esquemas processuais de modo a dar resposta concreta à maior preocupação com o ofendido.”* [8]

Esta atenção com a vítima no processo penal é tema atual e tem sido motivo de inúmeros trabalhos doutrinários, como observou o jurista argentino Alberto Bovino:

“Después de varios siglos de exclusión y olvido, la víctima reaparece, en la actualidad, en el escenario de la justicia penal, como una preocupación central de la política criminal. Prueba de este interés resultan la gran variedad de trabajos publicados recientemente, tanto en Argentina como en el extranjero;” (...) mesmo porque *“se señala que con frecuencia el interés real de la víctima no consiste en la imposición de una pena sino, en cambio, en ‘una reparación por las lesiones o los daños causados por el delito’”* [9] Neste sentido, veja-se obra bastante elucidativa de Antonio Scarance Fernandes. [10]

Dois juristas italianos, Michele Correra e Danilo Riponti, também anotaram:

“Il recupero della dimensione umana della vittima, molto spesso reificata, vessata, dimenticata da giuristi e criminologi in quanto oscurata

da quella così clamorosa ed eclatante del criminale, soddisfa l'intento di rendere giustizia a chi viene a trovarsi in una situazione umana tragica ed ingiusta, a chi ha subito e subisce e danni del crimine e l'indifferenza della società." [\[11\]](#)

Seria, portanto, até sob este ponto de vista, descabida qualquer exegese que impedisse a composição civil dos danos nestas hipóteses.

Assim, sempre que estivermos à frente de um delito de menor potencial ofensivo cuja ação penal seja incondicionada ou uma contravenção penal (cuja ação penal é sempre, como em toda contravenção – inclusive vias de fato, pública incondicionada), deve-se oportunizar a composição dos danos civis, observando-se, porém, que a sua homologação não acarreta os efeitos impeditivos da transação penal ou de posterior denúncia ou queixa.

Nestes casos, havendo e sendo homologada a composição civil, não estará o Ministério Público impedido de transacionar ou oferecer denúncia. Adverte-se que a homologação da composição civil em casos que tais não é causa, em absoluto, de arquivamento, mas somente poderá acarretar aquelas conseqüências apontadas por Mirabete e acima transcritas.

Assim, ainda que tenha ocorrido a referida composição, será de rigor a continuidade da audiência preliminar, vigorando, in casu, o princípio da obrigatoriedade ou da legalidade da ação penal que, apesar de efetivamente mitigado pela lei em estudo, não foi excluído de nossa sistemática processual penal, que abraçou o sistema acusatório (ainda

que com impurezas) e o da obrigatoriedade da ação penal, reforçados pelo art. 129 da Constituição Federal.

Observa-se que mesmo com o advento da lei especial sob comento, continua em nosso Processo Penal o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública a impedir, v.g., o arquivamento do termo circunstanciado em caso de composição civil dos danos em infração de ação penal pública incondicionada, havendo justa causa para a denúncia.

Socorremo-nos, a propósito e mais uma vez, de Mirabete:

“A Constituição atual ao permitir a criação dos Juizados Especiais, para a apuração de infrações penais de menor potencial ofensivo, permitindo a transação, não instituiu o princípio da oportunidade nas ações penais públicas, uma vez que tal instituto se refere somente à possibilidade de composição entre as partes, nos termos da lei, após a propositura do processo.”^[12]

No mesmo sentido, preleciona Maurício Antônio Ribeiro Lopes:

“O princípio da obrigatoriedade da ação penal, desse modo, não foi afastado pela Lei 9.099/95. Ao receber o termo de ocorrência da autoridade policial, o representante do Ministério Público obrigatoriamente deverá adotar uma das seguintes providências: verificar o cabimento de proposta da aplicação imediata da pena não privativa de liberdade (art. 76, caput); oferecer denúncia oral (art. 77, caput); oferecer prova escrita (art. 77, § 2º.), requerer arquivamento (CPP, art. 28); requerer diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia (CPP, art. 16), ou propor a suspensão do processo.”^[13] (grifo nosso). Note-se que ao se referir à possibilidade do arquivamento, o

autor acima citado coloca em parêntese o art. 28 do Código de Processo Penal como que para delimitar tal possibilidade.

Desta forma, tratando-se de ação penal pública incondicionada, o pedido de arquivamento só será possível, à vista do princípio da obrigatoriedade, se o fato não for infração penal, ou, em sendo, a autoria for desconhecida, ou se não houver justa causa (lastro probatório mínimo), além da hipótese de extinção da punibilidade.

Não nos parece possível, portanto, pedido de arquivamento de um termo circunstanciado em que se noticia uma infração penal de ação penal pública incondicionada pelo só fato de ter havido a composição civil dos danos, quando a lei penal já prevê, como efeito deste acerto, o arrependimento posterior e a circunstância atenuante.

A mitigação implantada pela lei ora comentada não pode ser interpretada a tal ponto que infira não ser possível o oferecimento da transação penal quando haja a composição civil no caso de ação penal pública incondicionada.

Como ensina Afrânio Silva Jardim, *“todo o sistema do código está voltado para a propositura da ação penal pública. O exercício desta ação é a regra geral, sendo o arquivamento a exceção, tanto que o legislador não tratou expressamente das hipóteses de arquivamento, mas sim dos casos em que a ação não deve ser exercitada (art. 43).”* [\[14\]](#)

É o mesmo autor quem adverte:

“É preciso interpretar a Lei n.º 9.099/95 dentro dos postulados dos princípios que informam o nosso sistema processual acusatório e não como desejaríamos que o legislador tivesse dito.” [\[15\]](#)

Por outro lado, pelo princípio da indisponibilidade da ação penal que é corolário da regra da obrigatoriedade, veda-se qualquer manifestação de poder dispositivo no que concerne à promoção e à movimentação do processo penal, refletindo isto o interesse público na determinação do conteúdo da causa penal[16].

Com o advento da Lei n.º 9.099/95, é evidente que também restou mitigado este último princípio quando no seu art. 89 instituiu-se a suspensão condicional do processo para as infrações de pequeno e de médio potencial ofensivo, pois o Ministério Público passou, obedecidos determinados requisitos e pressupostos, a dispor da res deducta in judicio, possibilidade antes expressamente vedada pelo art. 42 do Código de Processo Penal.

Tal aspecto, no entanto, não autoriza, a nosso ver, o arquivamento do termo circunstanciado nas condições colocadas, mesmo porque a suspensão condicional do processo pressupõe processo penal instaurado.

Em complemento à fundamentação acima exposta, veja-se mais uma vez o ensinamento de Afrânio:

“Na verdade, o legislador não deu ao Ministério Público a possibilidade de requerer o arquivamento do termo circunstanciado e das peças de informação que o instruírem, quando presentes todas as condições para o exercício da ação penal. Vale dizer, o sistema do arquivamento continua sendo regido pelo CPP, descabendo ao Ministério Público postular o arquivamento do termo circunstanciado por motivos de política criminal. Aqui também não tem o Parquet discricionariedade

que lhe permita manifestar ou não em juízo a pretensão punitiva estatal.”[\[17\]](#)

Esta composição civil poderá ser conduzida por conciliadores leigos, sendo que a homologação caberá sempre ao Juiz de Direito.

Questão que suscita certa controvérsia na disciplina dos Juizados Especiais Criminais diz respeito à obrigatoriedade ou não da presença do membro do Ministério Público na audiência preliminar de tentativa de composição civil dos danos.

Autores há, como por exemplo, Marino Pazzaglini Filho e outros, que só vislumbram a necessidade da participação do Ministério Público nesta fase caso o ofendido seja incapaz, oportunidade em que o Promotor de Justiça atuaria especificamente para proteger interesse seu (do incapaz) que estivesse sendo prejudicado.[\[18\]](#)

Neste mesmo sentido foi editada a Súmula 07 da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo sobre a Lei dos Juizados Especiais Criminais (São Paulo, 22 de novembro de 1995).

Nada obstante o posicionamento em contrário, temos para nós que o entendimento mais acertado é exatamente o oposto, ou seja, aquele segundo o qual a necessidade do representante do Ministério Público na referida audiência é, em qualquer hipótese, impostergável.

A fim de que possamos exarar a nossa opinião a respeito do assunto, necessário se nos afigura a análise dos arts. 72, 73 e 74, da Lei n.º 9.099/95 que dizem respeito à matéria ventilada.

Com efeito, lê-se nos três dispositivos citados o seguinte (grifados por nós):

“Art. 72 - Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

“Art. 73 – A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

“Parágrafo único – Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

“Art. 74 – A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

“Parágrafo único – Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.”

Diante dos dispositivos legais acima transcritos, necessariamente são extraídas, desde já, quatro conclusões:

1ª.) A presença do representante do Ministério Público na audiência preliminar é obrigatória;

2ª.) É nesta audiência preliminar que se dará a (primeira) tentativa de composição dos danos (poderá haver uma segunda oportunidade prevista no art. 79);

3ª.) Esta tentativa de conciliação para composição dos danos pode ser conduzida por um Conciliador, que agirá sob a orientação do Juiz de Direito.

4ª.) A homologação do acordo acaso efetivado só poderá ser feita pelo Juiz togado, vedado ao Conciliador esta ou qualquer outra tarefa de natureza jurisdicional.

A primeira de nossas assertivas provém mesmo da literalidade do texto transcrito (art. 72) que não dá margem à interpretação diversa. Neste sentido vejamos a doutrina (todos os grifos são nossos):

“Mas a audiência preliminar, conduzida por quem estiver imbuído da adequada mentalidade de mediador, deverá ser o mais informal possível, atendendo aos critérios do art. 62. O juiz (ou conciliador) conversará abertamente com os interessados, deixará que troquem idéias entre si e com ele, induzirá os advogados e o promotor ao mesmo comportamento.”[\[19\]](#)

Nesta mesma obra, lê-se adiante:

“Os conciliadores funcionarão nos Juizados como multiplicadores da capacidade de trabalho do juiz. Sentarão junto aos protagonistas principais (MP, autuado, vítima, responsável civil e seus advogados) para conduzir o entendimento destes com vistas à auto-composição.” (p. 118).

Damásio de Jesus afirma que o *“Promotor de Justiça participa da composição civil, ainda que o ofendido não seja menor ou incapaz”*[\[20\]](#)

Mas não é só; para ilustrar vejamos outros doutrinadores:

“A audiência de conciliação é o momento mais importante do procedimento prévio. Presentes o órgão do Ministério Público, o autor do

fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o juiz dará início à audiência preliminar (...).

“Sua participação, bem como a do Ministério Público, deve ser a mais informal possível, não apenas conduzindo, como está no art. 72, mas intervindo nos momentos apropriados, quando a conciliação das partes depender de uma palavra, de um conselho, de uma pequena mudança na proposta.” [21]

A seguir esclarece este mesmo autor que como *“estabelece o art. 73, a conciliação será conduzida pelo juiz ou conciliador sob sua orientação”,* que deverá *“esclarecer o autor do fato e a vítima sobre as vantagens que a conciliação traz para ambos.”* (p. 314).

Mirabete assevera:

“Por essa razão, devem estar presentes, obrigatoriamente, para a tentativa de conciliação e transação, além do juiz, o representante do Ministério Público, o autor do fato, seu advogado constituído por instrumento próprio ou verbalmente na própria audiência.” [22]

Para este autor, os conciliadores *“terão a condição de auxiliares da Justiça e que tentarão, sob orientação do magistrado, promover o acordo entre a vítima, ou eventualmente o responsável civil, e o autor do fato”,* tendo *“como função apenas presidir, sob a orientação do juiz, a tentativa de conciliação entre as partes, como auxiliares da Justiça que são, nos limites exatos da lei.”* (págs. 73/74).

Cezar Roberto Bittencourt afirma também que à audiência preliminar *“devem comparecer o Ministério Público, as partes – autor e vítima – e, se possível, o responsável civil, todos acompanhados por seus*

advogados”, asseverando, ademais, que “a conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador.”[\[23\]](#)

Neste mesmo sentido pensam Fátima Nancy Andrighi e Sidnei Beneti, além de Liberato Póvoa e José Maria de Melo; estes dois últimos escreveram:

“Como a finalidade precípua da audiência preliminar é a conciliação do autuado com o Ministério Público (com vistas à transação penal) e com a vítima (levando à transação, renúncia ou submissão), a lei determina a imprescindibilidade da presença das partes e do Ministério Público.”[\[24\]](#)

Vê-se, portanto, que a presença de um Promotor de Justiça (ou Procurador da República) na audiência preliminar é necessária e indeclinável até porque acaso não obtido êxito na composição civil (e tendo havido representação ou tratando-se de ação penal pública incondicionada) imediatamente deverá ser dada a palavra ao representante do Ministério Público para que se pronuncie acerca da possibilidade de transação penal ou do oferecimento de denúncia oral.

Ora, se ausente estiver (e sendo o caso de se oportunizar a transação penal) como se passará à segunda fase desta primeira audiência se não se encontrava no recinto o representante do Ministério Público?

Observa-se, a propósito, que a audiência preliminar não tem como fito apenas a tentativa de composição civil dos danos, mas, como bem advertem Marino Pazzaglini Filho e outros, *“compõe-se de três fases: composição dos danos civis; transação penal; e oferecimento oral de*

denúncia.”[25] Indaga-se: sem o Promotor de Justiça como haverá a transação penal ou o oferecimento de denúncia oral?

É sempre bom lembrar, por outro lado, que a participação do Conciliador se reduz à primeira fase da audiência preambular, visto que, à evidência, não detém qualquer poder jurisdicional.

Como adverte o mesmo Mirabete, *“o conciliador tem como função apenas presidir, sob a orientação do juiz, a tentativa de conciliação entre as partes (...), portanto, função meramente administrativa (...)”, nada impedindo “que o Juiz interfira nas negociações, devendo fazê-lo obrigatoriamente no caso de apurar alguma irregularidade no decorrer das negociações (...)”, sem obstar, ademais, “que o juiz promova várias audiências concomitantes, a cargo cada uma de um auxiliar, supervisionando o andamento delas e interferindo apenas quando necessário ou aconselhável.”*[26]

Sobre esta importante função, assim se pronunciou a Confederação Nacional do Ministério Público em documento oficial:

“Conclusão 11 – A participação dos conciliadores na audiência prevista pelo art. 72 da lei cessa com o encerramento da fase de reparação civil dos danos entre ofensor e ofendido, qualquer que seja o seu resultado.”

Aliás, na conclusão anterior a mesma Confederação deixou assentado: *“É indispensável a presença do Promotor de Justiça à audiência prevista pelo art. 72 da Lei 9.099/95.”*

Ressalte-se que mesmo havendo a composição civil entre as partes, ainda assim, termina a participação do Conciliador, pois a homologação

do respectivo acordo (como ato tipicamente jurisdicional), só poderá ser feita pelo Juiz togado.[\[27\]](#)

É evidente que não há falar-se em submissão do Promotor de Justiça ao Conciliador. Absolutamente! Estar ao lado deste auxiliar da Justiça não significa estar a ele submetido, mesmo porque, como já se disse, não haverá nesta fase da conciliação civil nenhum ato que se revista de caráter jurisdicional, fato que redundaria, se assim não o fosse, em grosseira inconstitucionalidade, como advertiu Ribeiro Lopes, para quem *“é preciso que se afaste por completo qualquer possibilidade de se conferir ao conciliador poderes superiores ao de mediar a composição dos danos civis”*, não sendo possível submeter-se o Ministério Público, na conciliação, *“à disciplina do conciliador, mero auxiliar da Justiça (arts. 7º. e 73, parágrafo único desta lei), subvertendo a hierarquia constitucionalmente desenhada.”*[\[28\]](#)

Relembra-se, ademais, que a condução da composição civil pelo Conciliador está submetida à supervisão do Juiz togado, inclusive no prosseguimento da audiência seja homologando o acordo, colhendo a representação da vítima, ouvindo o Ministério Público para a transação penal ou para o oferecimento da denúncia oral ou mesmo interferindo na própria tentativa de conciliação civil. A atividade do Conciliador repita-se, restringe-se à condução da conciliação entre o autor do fato e o ofendido, e só.

Diante deste quadro, é perfeitamente possível, como, aliás, acima foi mostrado por Mirabete, a realização de mais de uma audiência

simultaneamente, cada uma com o seu Conciliador, inclusive em horário noturno e em qualquer dia da semana (art. 64).

Diante do exposto, entendemos necessária a presença do representante do Ministério Público na audiência preliminar, inclusive na fase em que esta é conduzida pelo Conciliador; a audiência preliminar será presidida sempre por um Juiz de Direito, ficando a cargo do auxiliar apenas o encaminhamento da composição civil dos danos; a participação do parquet servirá também para fiscalizar os esclarecimentos prestados pelo Conciliador, funcionando neste primeiro momento da audiência, tipicamente, como fiscal da lei, pugnando ao Juiz togado pela correção de possíveis irregularidades.

Nada impede que o acordo entre a vítima e o autor do fato seja realizado extrajudicialmente, contanto que haja a homologação, a posteriori, no Juizado Especial Criminal.

A composição civil homologada em Juízo acarreta renúncia tácita ao direito de queixa (o que é uma inovação em relação ao art. 104, parágrafo único do Código Penal) ou de representação (inovando igualmente em relação ao nosso sistema, que só previa a sua irretratabilidade[29]). Poderá, também, haver renúncia expressa à representação, usando-se analogicamente o art. 50, CPP.

Se não houver o acordo, à vítima será dada oportunidade para representar, se se tratar de crime de ação penal pública condicionada (se já não o fez na Delegacia de Polícia[30]). O prazo para a representação não mudou, tampouco o dies a quo, continuando a valer o que está escrito no art. 38 do Código de Processo Penal. Atente-se que o prazo de

30 dias previsto no art. 91 (cujo início é o da data da notificação e não da juntada do respectivo mandado – Enunciado 710 da súmula do Supremo Tribunal Federal) é uma norma feita para resolver as questões atinentes aos processos em curso quando do surgimento da referida lei, e tão somente.

Em se tratando de crime de ação penal de iniciativa privada e havendo pluralidade de autores (querelados) e de vítimas (querelantes), poderá haver uma exceção à regra da indivisibilidade (art. 48, CPP), pois o procedimento só terá continuidade (com o oferecimento da queixa) em relação aos que não aceitaram compor-se civilmente, ou seja, existirá ação penal de iniciativa privada em relação a apenas um ou alguns querelados, mesmo tendo havido um terceiro ofensor (que se compôs civilmente). Neste caso, a renúncia ao direito de oferecer queixa não se estenderá aos demais ofensores, não sendo aplicáveis as regras dos arts. 48 e 49 do CPP, ainda que a composição civil tenha sido total (admitir-se o contrário seria a consagração do enriquecimento sem causa, pois o ofensor que não aceitou reparar o dano seria beneficiado com o acordo feito pelo(s) outro(s), configurando-se uma situação de evidente injustiça[31]).

Temos, outrossim, uma exceção à regra da irretratabilidade da representação (art. 25, CPP) quando se lê o art. 79 da Lei nº. 9.099/95, pois mesmo já tendo sido ofertadas a representação e a denúncia na audiência preliminar, o acordo feito posteriormente na audiência de instrução e julgamento impedirá o prosseguimento do feito; ou seja, mesmo após o oferecimento da denúncia, a representação já não terá o

condão de legitimar o Ministério Público a continuar acusando.

O segundo aspecto diz respeito à figura do assistente. Com efeito, o Estado, embora titular do **jus puniendi**, por vezes concede ao ofendido a faculdade de intervir na relação processual penal, seja na condição de titular da ação penal, como ocorre na ação penal de iniciativa privada, seja como assistente do Ministério Público. Na primeira hipótese o ofendido figura na relação como parte necessária, atuando como substituto processual, titular que é do **jus accusationis**; no outro caso, porém, a vítima não é parte necessária no processo sendo considerada sujeito secundário da relação processual, parte acessória, colateral, contingente ou adjunta. A falta do assistente, portanto, não inviabiliza o início nem a continuidade da relação processual.

Como assistente da acusação pode se habilitar a vítima ou seu representante legal, ou, na falta, o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. O art. 530-H do Código de Processo Penal dispõe que “*as associações de titulares de direitos de autor e os que lhes são conexos poderão, em seu próprio nome, funcionar como assistente da acusação nos crimes previstos no art. 184 do Código Penal, quando praticado em detrimento de qualquer de seus associados.*”^[32]

Diverge a doutrina quanto à função do assistente. Assim, por exemplo, para Borges da Rosa o assistente seria mero auxiliar da acusação ou um “*acusador assessor ou auxiliar*”^[33], opinião comungada por Frederico Marques e Espínola Filho^[34]. Outros, no entanto, entendem que “*a razão de se permitir a ingerência do ofendido em todos*

os termos da ação penal pública, ao lado do Ministério Público, repousa na influência decisiva que a sentença da sede penal exerce na sede civil”, como explica Tourinho Filho embasado nas lições de Florêncio de Abreu e Canuto Mendes de Almeida[35]. Para nós, acertada é esta última posição, pois só entendemos legítima a atuação do ofendido como assistente quando configurado estiver o seu interesse em uma posterior indenização pelo dano sofrido. Logo, sempre que da infração penal advier prejuízo de qualquer ordem para o ofendido, este estaria legitimado a se habilitar como assistente para pleitear depois a ação civil **ex delicto**, executando a sentença penal condenatória[36].

Nesta questão, é bom que se note ser a posição do Superior Tribunal de Justiça majoritária no sentido de se permitir a intervenção do assistente ainda que não tenha interesse patrimonial, pois ele *“também é interessado na averiguação da verdade substancial. O interesse não se restringe a aquisição de título executório para reparação de perdas e danos. O direito de recorrer, não o fazendo o Ministério Público, se dá quando a sentença absolveu o réu, ou postulando aumento da pena. A hipótese não se confunde com a justiça privada. A vítima, como o réu, tem direito a decisão justa. A pena, por seu turno, é a medida jurídica do dano social decorrente do crime.”* (Resp 13.375/RJ).

De toda forma, de há muito a intervenção do ofendido no processo penal vem sendo questionada, muitos a contestando sob o argumento de que caberia ao Estado exclusivamente exercer as funções persecutórias em matéria penal, pois se admitir a intervenção do

particular seria aceitar que *“su papel en el proceso parece estar teñido de una especie de sentimiento de venganza”*.[\[37\]](#)

Analisando o Direito português, por exemplo, o mestre lusitano Germano Marques da Silva esclarece que a *“intervenção dos particulares no processo penal é por muitos contestada por poder constituir um factor de perturbação, pois não é de esperar deles a objectividade e a imparcialidade que devem dominar o processo penal, mas é também por muitos outros considerada como uma excelente e democrática instituição e assim o entendemos também”*.[\[38\]](#)

Aliás, para este autor português o assistente é um mero colaborador da acusação pública, definindo-o nos seguintes termos: *“Sujeito processual que intervém no processo como colaborador do Ministério Público na promoção da aplicação da lei ao caso e legitimado em virtude da sua qualidade de ofendido ou de especiais relações com o ofendido pelo crime ou da natureza deste”*.[\[39\]](#)

É importante ressaltar que o corréu no mesmo processo não pode intervir como assistente, pois estaríamos diante da possibilidade de alguém ser, na mesma ação penal, acusado e acusador (em uma caso de lesões corporais recíprocas, por exemplo). O impedimento está expresso no art. 270 do Código de Processo Penal.

Também não é possível a assistência na ação penal de iniciativa privada, pois nos termos do art. 268 do Código de Processo Penal, a intervenção do assistente dar-se-á *“em todos os termos da ação pública”*. Parece-nos evidente esta impossibilidade, pois nas referidas ações a posição do ofendido já é de titular do **jus accusationis**, parte

principal da relação processual. Nada obstante a clareza do texto legal acima referido, bem como a obviedade do impedimento, o certo é que o próprio Código de Processo Penal previa no procedimento para os crimes de falência a admissão como assistente do síndico ou do credor habilitado, mesmo em se tratando de ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública (arts. 503 e 506 do CPP); mas, como se sabe, estas disposições foram expressamente revogadas pela Lei nº. 11.101/2005. Do mesmo modo, veja-se o acima referido art. 530-H do Código de Processo Penal, a permitir a assistência, ainda quando se trate de crime de ação penal de iniciativa privada, como é o caso do art. 184, **caput** do Código Penal.

Outra discussão travada na doutrina e na jurisprudência é quanto à possibilidade do Poder Público estar legitimado a ser assistente da acusação. Parte da doutrina não admite que um órgão do Estado auxilie um outro (o Ministério Público) na tarefa de acusar. Seria o Estado-Administração auxiliando-se. Para eles não é razoável juridicamente a possibilidade do Poder Público auxiliar o próprio Poder Público na **persecutio criminis**. Como sustenta Tourinho Filho se o Ministério Público já atua em nome do Poder Público, “*seria uma superfetação a ingerência da Administração Pública na ação penal pública*”.^[40] Neste sentido há posições jurisprudenciais.

Uma outra corrente, admitindo a assistência do Poder Público, ressalta que os interesses do Ministério Público não são necessariamente coincidentes com os de outros entes públicos, até porque aquele, apesar de ser parte, também tem a obrigação de funcionar no processo como

custos legis (art. 257, II, CPP), obrigação à qual não se vincularia a Administração Pública em geral, quando ofendida diretamente por um determinado delito. Exemplificando: em um crime de peculato, o ente público atingido imediatamente pelo fato delituoso não teria necessariamente que admitir a improcedência da acusação (muito pelo contrário), enquanto que o Ministério Público, tendo em vista as suas feições de parte e de fiscal da lei, tem a obrigação legal e institucional de pugnar pela absolvição do acusado, inclusive recorrendo em seu favor.

Ora, se não é sempre coincidente a atuação do Ministério Público com a do outro órgão do Estado, afigura-se-nos possível a presença deste como assistente de acusação.

Bem a propósito, veja-se este julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

*“Tratando-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público, sendo lesada a Municipalidade local, é admissível o ingresso desta como assistente. É que o interesse do bem público geral do órgão ministerial não coincide com o interesse secundário da ofendida”. (RT 688/295). Neste mesmo julgado, lê-se: “Incorre, na espécie, a superfetação a que alude Tourinho Filho, pois a Municipalidade, enquanto assistente, age na defesa de interesses próprios, estranhos ao interesse geral pelo qual atua o **Parquet**, segundo destinação constitucional”.*

Note-se, a propósito, que no Decreto-Lei n.º 201/67 que dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores (art. 2º, § 1º), prevê-se expressamente a possibilidade da assistência ao Ministério Público dos

órgãos federais, estaduais ou municipais “*interessados na apuração da responsabilidade do prefeito*”; da mesma forma, a Lei n.º 7.492/86 que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (art. 26, parágrafo único), dispõe que são admitidos a se habilitar como assistentes da acusação a Comissão de Valores Mobiliários – CVM (autarquia federal) e o Banco Central do Brasil; por fim, na Lei n.º 8.078/90 que disciplina a proteção do Consumidor (art. 80), há hipóteses em que se permite a assistência acusatória por meio de órgãos e entidades da administração pública, direta ou indireta, bem como de determinadas associações.

Ao assistente é permitido propor meios de prova^[41] que serão produzidos por decisão judicial, após a ouvida do Ministério Público, bem como requerer reperguntas às testemunhas^[42], aditar os articulados (não a denúncia^[43]), participar do debate oral, arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público ou por ele próprio e contra-arrazoar os interpostos pela defesa (considerando-se as contra-razões como os referidos articulados), requerer o desaforamento (art. 427 do Código de Processo Penal), além de pedir a prisão preventiva do acusado (art. 311 do Código de Processo Penal). Em relação à possibilidade do assistente da acusação requerer a decretação da prisão preventiva, entendemos só ser possível por conveniência da instrução criminal ou quando for cabível a substituição de medida cautelar anteriormente decretada, especialmente aquelas indicadas no art. 319, IV e VIII.

O assistente poderá interpor os seguintes recursos:

a) recurso em sentido estrito da sentença que decretar a extinção da punibilidade (art. 271, CPP) e da decisão que denegar ou julgar deserta a apelação interposta por ele próprio (art. 581, XV, CPP). É certo que o

recurso em sentido estrito previsto no art. 581, XV não está elencado expressamente como passível de impetração pelo assistente, mas esta possibilidade é lógica, pois não seria possível se permitir a apelação (como o faz o art. 271) e não se aceitar o remédio recursal para a sua possível denegação. Este mesmo raciocínio utiliza-se para se admitir a carta testemunhável quando se denegar o recurso em sentido estrito nas hipóteses indicadas pelo art. 271 e agravo de instrumento contra decisão denegatória dos recursos constitucionais. Como diz Tourinho Filho, “*de nada valeria conceder-se-lhe o direito ao recurso se, porventura, lhe fossem negados os meios necessários para preservar e fazer valer aquele direito*”.^[44]

Ressalve-se que há precedentes no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, admitindo o recurso em sentido estrito interposto pelo assistente também contra a decisão de pronúncia, posicionamento com o qual não concordamos, principalmente em razão do que dissemos acima a respeito da legitimidade da vítima para atuar como assistente do Ministério Público. Vejamo-los:

“HABEAS CORPUS Nº. 71453 – GOIÁS. Relator: Ministro PAULO BROSSARD - Julgamento: 06/09/1994 - Órgão Julgador: 2ª. TURMA - Publicação: DJ DATA-27-10-94 P. 29163 EMENT VOL - 01764-01 P. 180. EMENTA: "HABEAS CORPUS". PROCESSO PENAL. SENTENÇA DE PRONUNCIADA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DO ASSISTENTE DA ACUSACAO. LEGITIMIDADE, arts. 271, 584, PAR. 1., e 598 CPP. Desclassificação de homicídio qualificado para simples. Ausência de recurso do Ministério Público. Recurso do assistente provido pelo tribunal, a fim de reintroduzir as qualificadoras imputadas na denúncia.

Matéria controvertida na doutrina e na jurisprudência. Escassos precedentes do STF: RE 64.327, RECr 43.888. Tendência de tratamento liberal da Corte em matéria recursal. Interesse do ofendido, que não está limitado à reparação civil do dano, mas alcança a exata aplicação da justiça penal. Princípio processual da verdade real. Amplitude democrática dos princípios que asseguram a ação penal privada subsidiária e o contraditório, com os meios e recursos a ele inerentes, art. 5º., LV e LIX, CF. Pedido conhecido, mas indeferida a ordem de habeas corpus, diante da legitimidade do assistente para interpor recurso em sentido estrito da sentença de pronúncia, irrecorrida pelo Ministério Público, para obter o reconhecimento da qualificação do homicídio.”

“RECURSO ESPECIAL Nº. 299730 – PARANÁ – RESP 2001/0003800-0. Fonte: DJ 1/04/2002 P. 00229 RSTJ VOL. 156 P. 560. Relator: Min. VICENTE LEAL. Ementa: PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. LEGITIMIDADE DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SILÊNCIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. - O assistente de acusação tem legitimidade para, no silêncio do Ministério Público, interpor recurso em sentido estrito contra sentença de pronúncia, objetivando o reconhecimento de causa de qualificação do homicídio. - Precedente do STF (HC 71453/GO, Rel. Min. Paulo Brossard). Recurso conhecido e provido. Data da Decisão: 05/03/2002. Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA”

b) apelação da sentença absolutória própria e sumária e da impronúncia (art. 416, CPP). Outrossim, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu, por unanimidade, que o

assistente de acusação tem legitimidade para apelar contra decisão que homologou a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº. 9.099/95), pois estaria sendo inviabilizada a reparação de danos à vítima. Com a decisão foi cancelado o acordo de suspensão do processo e determinado o prosseguimento da ação penal. O caso envolvia 11 pessoas acusadas de estelionato, em continuidade delitiva, e formação de quadrilha. No caso, em tese, uma decisão condenando os réus pelos crimes apontados na denúncia permitiria ação de reparação na área cível. Essa possibilidade foi afastada pela decisão patrocinada pelo Ministério Público e aceita em primeira instância. A turma julgadora do Tribunal de Justiça paulista entendeu que a função do assistente de acusação não é a de auxiliar o Ministério Público, mas a de defender o interesse da parte prejudicada na indenização do dano. Ou seja, o ofendido participa da ação penal pública por causa do seu interesse civil. Os réus foram processados por formação de quadrilha e estelionato. Os advogados do assistente de acusação alegaram que o benefício da suspensão processual foi concedido sem o preenchimento dos requisitos legais. Afirmam que três dos acusados não poderiam ser beneficiados porque respondem a outras ações penais e que uma já tem condenação anterior transitada em julgado. Em preliminar, o Ministério Público sustentou que a assistência de acusação não tinha legitimidade para apelar e, no mérito, pediu que a decisão fosse mantida. Argumentou que não havia impedimento legal de concessão do benefício a delitos em concurso. O relator, Desembargador Marco Antonio Cogan, acolheu a tese sustentada pelos advogados, apontando que o acordo contrariou súmula do Superior Tribunal de Justiça (“*o benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às*

infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um ano”). Ele apontou ainda outras ilegalidades para a concessão do benefício. Segundo o relator, não foram fixadas as condições para o ressarcimento do dano nem se fez prova para descobrir se algum dos acusados estava impossibilitado de arcar com sua parte na reparação. *“Patente, portanto, que aqui houve colisão entre os interesses legítimos do assistente da acusação e a proposta ministerial de aplicação de suspensão processual, com evidente prejuízo à empresa vítima, uma vez que poderia essa se valer, em caso de eventual prolação de decreto afluente, do emprego desse como título executivo no juízo civil”*, completou o relator.^[45] Acertada, a nosso ver, esta decisão.

c) carta testemunhável;

d) embargos de declaração. Quanto aos embargos declaratórios (tanto os previstos no art. 382, quanto os do art. 619 do Código de Processo Penal), a sua admissibilidade é evidente, até porque não se pode admitir a perfeita validade de uma decisão judicial que não seja clara e íntegra. Exatamente por isso, qualquer decisão judicial pode ser atacada pelos embargos declaratórios, ainda que não haja previsão específica a esse respeito. Como dizem Ada, Scarance e Magalhães *“é inconcebível que fique sem remédio a obscuridade, a ambigüidade, a contradição ou a omissão existente no pronunciamento, que podem chegar até a comprometer a possibilidade prática de cumpri-lo”*. Para eles, então, *“ainda quando o texto legal, **expressis verbis**, qualifique a decisão como **irrecorrível**, deve entender-se que o faz com a ressalva implícita aos*

embargos de declaração”.[46] Eis, portanto, porque incluímos também tal recurso entre os oponíveis pelo assistente. É a lição, aliás, de José Carlos Barbosa Moreira.[47]

e) recursos extraordinário e especial (Súmula 210, STF). Não o pode na hipótese de decisão concessiva de **habeas corpus** (Súmula 208, STF). A propósito, por seis votos a dois, o Plenário do Supremo Tribunal Federal aplicou sua própria Súmula 210 para admitir que o assistente de acusação em ação penal incondicionada possa interpor recurso, no caso de omissão do Ministério Público, titular da ação. A decisão foi tomada pela Corte ao negar provimento ao Habeas Corpus (HC) 102085. Nele, a defesa do réu se insurgia contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que deu provimento parcial a Recurso Especial lá interposto pelo assistente da acusação. No julgamento prevaleceu a tese defendida pela relatora do processo, Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, de que, embora a Constituição Federal preveja, em seu artigo 129, inciso I, que cabe ao Ministério Público, privativamente, promover a ação penal pública, a própria CF, em seu artigo 5º., inciso LIX, admite que “*será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal*”. A maioria dos Ministros presentes à sessão de hoje do Plenário entendeu que essa regra do artigo 5º. da CF se aplica, também, à interposição de recurso no caso presente, contra sentença absolutória da ré. A ministra Cármen Lúcia fundamentou-se tanto na doutrina quanto na jurisprudência da Suprema Corte para negar o HC e admitir a legitimidade do assistente de acusação de atuar no processo, como o fez. Entre os precedentes, citou os Recursos Extraordinários (REs) 331990 e 160222 e o HC 76754. No mesmo sentido da ministra Cármen

Lúcia votaram os ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Ellen Gracie e Celso de Mello. Em seu voto, a ministra Ellen Gracie admitiu um certo desconforto em admitir que uma empresa de *factoring*, “que vive da compra de cheques”, atue na prossecução criminal. Entretanto, ela se disse compelida a votar no mesmo sentido em que votara o ministro Ayres Britto, de que o MP é um órgão público e, como tal, precisa estar sujeito à constante vigilância do cidadão. “A hipótese não é boa, mas a tese deve ser mantida”, observou a ministra Ellen Gracie. Votos discordantes, o presidente do STF, ministro Cezar Peluso, e o ministro Marco Aurélio, sustentaram a prerrogativa exclusiva do MP de agir na ação penal. Segundo o primeiro deles, a Constituição Federal é clara ao atribuir ao MP, em caráter privativo, a titularidade da ação penal, no interesse do Estado de punir criminosos. Por isso, no seu entender, não há interesse do Estado em defender o interesse patrimonial do ofendido, até mesmo porque, no processo, seu papel deve ser de neutralidade. Exceção só é o caso de omissão do MP o que, no sem entendimento, não ocorreu no processo envolvendo Neusa Tomiello, onde ele se manifestou em alegações finais. Peluso lembrou que “agir”, na ação processual, significa tecnicamente praticar todos os atos. Portanto, segundo ele, “quando se fala em exercício de ação penal, quem pode recorrer é somente quem tem o direito de agir, que é o próprio Estado. Quanto ao assistente, *“ele simplesmente adere ao titular da ação, que é o MP”*. Ainda segundo o ministro Cezar Peluso, não está em jogo a satisfação de interesses patronais, porque para isso há a via própria, que é a ação cível, que já estaria em curso no presente caso. O advogado que atuou na defesa pediu uma revisão da Súmula 210/STF, lembrando que

ela data de 1963. Ele apontou contradição entre os artigos 129, inciso I, da CF, e o artigo 5, inciso LIX, o primeiro dispendo que a ação penal é função privativa do MP e, o segundo, admitindo a ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal. Ainda segundo o advogado, o artigo 598 do Código de Processo Penal, ao admitir a interposição de recurso em ação penal por cônjuge, ascendente, descendente ou irmão “carece de conformidade com a Constituição”. Segundo ele, o dispositivo abriu uma brecha de promoção de vingança, ao permitir ao particular assumir o papel do Estado na promoção da ação. O advogado lembrou que, em 1941, quando foi editado o Código de Processo Penal, o assistente de acusação exercia mais a função de assistente litisconsorcial. Hoje, entretanto, segundo o advogado, ele deveria ter a função de assistente simples. Em sentido semelhante ao da defesa manifestou-se a subprocuradora-geral da República Deborah Duprat. Segundo ela, admitir a atuação do assistente da acusação, no caso, geraria um desequilíbrio entre acusação e defesa, com ofensa ao princípio da proporcionalidade e do direito do contraditório. Segundo ela, a jurisprudência moderna vai no sentido da obediência do princípio da paridade de armas para propor e produzir provas no processo. Ainda conforme Duprat, o papel do assistente, hoje, é mais de participação, de proporcionar o diálogo entre as partes na busca do ideal de justiça. No caso julgado, segundo seu entendimento, o assistente “*não está à procura do diálogo e da conciliação, que são o ideal do processo, mas de seu próprio interesse, com visão individualista em confronto com o estado democrático de direito*”.

f) agravo de instrumento contra decisão denegatória dos recursos constitucionais (art. 28 da Lei nº. 8.038/90).

O prazo recursal para o assistente é o mesmo estabelecido para as partes principais. Observa-se, porém, que quando o assistente recorre supletivamente o prazo para o recurso começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo do Ministério Público, segundo a Súmula 448 do Supremo Tribunal Federal. Este preceito sumular somente se aplica quando o assistente é intimado antes do Ministério Público ou quando corre o prazo para este (RTJ, 68/604). Neste sentido, em decisão unânime, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal confirmou decisão judicial que, por falta de intimação do assistente de acusação, impediu o trânsito em julgado de sentença que havia reconhecido a prescrição da pretensão punitiva do Estado contra o réu. Segundo explicou o Ministro Gilmar Mendes, relator do caso, o direito da vítima de exercer o papel de assistente de acusação foi processualmente negado por “exclusiva omissão” do Magistrado de 1ª instância da causa. A matéria foi julgada na análise de Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC 106710) interposto pelo réu no processo, acusado pelo Ministério Público por denunciação caluniosa contra um Desembargador do Tribunal de Justiça do Amazonas (TJ-AM). O Ministro citou decisão do Supremo no sentido de que o prazo para o assistente da acusação interpor recurso começa a correr a partir do encerramento do prazo do Ministério Público. Ele afirmou ainda que jurisprudência consolidada da Corte determina que o assistente de acusação tem legitimidade para recorrer da decisão que absolve o réu nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o prazo para o assistente de acusação já habilitado nos autos apelar é de cinco dias, após a sua intimação da sentença e terminado o prazo para o Ministério Público recorrer. Com esse entendimento, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça concedeu habeas corpus para anular decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que reconheceu a tempestividade de recurso de apelação interposto pela assistência da acusação em um caso de tentativa de homicídio qualificado. *“Em que pese toda a análise sistemática feita pelo juízo, para aplicar igualmente o prazo de cinco dias às partes, é certo que o artigo 598, parágrafo único, do Código de Processo Penal estipula o prazo de 15 dias para a interposição da apelação pelo assistente da acusação, sem qualquer distinção entre estar habilitado ou não”*, assinalou o TJSP. Em sua decisão, a relatora, ministra Laurita Vaz, destacou que, ao contrário do que afirma o tribunal estadual, a jurisprudência do STJ e do Supremo Tribunal Federal (STF) há muito é pacífica no sentido de que o prazo de interposição do recurso de apelação para o assistente de acusação habilitado nos autos é de cinco dias, a contar da sua intimação. A ministra ressaltou que o STF tem súmula sobre o tema (488), a qual diz que “o prazo para o assistente recorrer, supletivamente, começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo do Ministério Público”. **Fonte:** BRASIL – Coordenadoria de Editoria e Imprensa do Superior Tribunal de Justiça - Em 19 de novembro de 2012 - Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107722 Acesso em: 19 de novembro de 2012.

Uma observação urge: é sabido que o art. 598 e seu parágrafo único estabelecem que *“o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente”* tem legitimidade para apelar (além de interesse, evidentemente) quando, *“nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal”*, deferindo, inclusive, um prazo bem maior para o recurso (quinze dias a partir da data em que terminar o prazo do Ministério Público).

Ora, a doutrina sempre justificou e admitiu este prazo em triplo concedido à vítima não habilitada como assistente (e aos seus sucessores), exatamente em razão do ofendido (e aquelas demais pessoas) não terem sido intimados da sentença, razão pela qual se justificava um prazo maior pela dificuldade de conhecimento da decisão. Agora, no entanto, estabelecendo a lei (art. 201, § 2º.) que da sentença será também intimada a vítima, parece-nos, à luz do princípio da igualdade, que o prazo deve ser o mesmo de cinco dias previsto no **caput** do art. 593 do Código de Processo Penal, tornando-se inaplicável o prazo previsto no parágrafo único do art. 598.

Ressalte-se, com Humberto Ávila, que a igualdade (que ele denomina de postulado) *“estrutura a aplicação do Direito quando há relação entre dois sujeitos em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).”* Para ele, a proporcionalidade (que também seria um postulado) *“aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente*

perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.” [48]

Tal princípio está previsto expressamente no art. 5º., **caput** da Constituição Federal e *“significa a proibição, para o legislador ordinário, de discriminações arbitrárias: impõe que a situações iguais corresponda um tratamento igual, do mesmo modo que a situações diferentes deve corresponder um tratamento diferenciado.”* Segundo ainda Mariângela Gama de Magalhães Gomes, a igualdade *“ordena ao legislador que preveja com as mesmas conseqüências jurídicas os fatos que em linha de princípio sejam comparáveis, e lhe permite realizar diferenciações apenas para as hipóteses em que exista uma causa objetiva – pois caso não se verifiquem motivos desta espécie, haverá diferenciações arbitrárias.”* [49]

Para Ignacio Ara Pinilla, *“la preconizada igualdad de todos frente a la ley (...) ha venido evolucionando en un sentido cada vez más contentutista, comprendiéndose paulatinamente como interdicción de discriminaciones, o, por lo menos, como interdicción de discriminaciones injustificadas.”* [50]

Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, *“há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.”* [51]

Em qualquer fase processual (após o recebimento da peça acusatória) admite-se a habilitação para a assistência, respeitando-se apenas o trânsito em julgado da sentença. Aliás, no julgamento da Petição

nº. 3898, por maioria, os Ministros do Supremo Tribunal Federal não aceitaram que o advogado de um assistente da acusação fizesse sustentação oral durante uma sessão em que se analisava o recebimento de uma denúncia oferecida contra um Deputado Federal. No plenário do Tribunal do Júri a intervenção do assistente deverá ser requerida com antecedência de pelo menos cinco dias (art. 430 do CPP).

Para a admissão do assistente é indispensável a ouvida do Ministério Público (art. 272). Por força do art. 273, CPP não é cabível nenhum recurso da decisão que admitir ou não o assistente. Nada obstante, é indiscutível a possibilidade da interposição de mandado de segurança (que não é recurso), embargos declaratórios (pelos motivos acima expostos), correição parcial (dada a sua natureza jurídica) e mesmo o **habeas corpus**. A utilização deste último remédio jurídico estaria justificada pela possibilidade, em tese, de prejuízo para o réu, considerando-se que o assistente pode recorrer de uma decisão absolutória.

Observa-se que é direito da vítima ter o seu pedido de habilitação analisado pelo Juiz de Direito. Neste sentido, em decisão unânime, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal confirmou decisão judicial que, por falta de intimação do assistente de acusação, impediu o trânsito em julgado de sentença que havia reconhecido a prescrição da pretensão punitiva do Estado contra o réu. Segundo explicou o Ministro Gilmar Mendes, relator do caso, o direito da vítima de exercer o papel de assistente de acusação foi processualmente negado por “exclusiva omissão” do Magistrado de 1ª instância da causa. A matéria foi julgada na análise de Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC 106710) interposto pelo réu no processo, acusado pelo Ministério Público por

denúncia caluniosa contra um Desembargador do Tribunal de Justiça do Amazonas (TJ-AM). A denúncia começou a tramitar na Justiça federal, mas, posteriormente, foi transferida para a Justiça estadual, considerada competente para julgar o processo. Quando isso ocorreu, todos os atos processuais da Justiça Federal foram anulados. Inclusive o pedido da vítima para ingressar na denúncia como assistente de acusação. Na Justiça estadual, o Magistrado de 1ª instância deixou de admitir a vítima como assistente de acusação. O réu foi condenado e somente a defesa apelou, argumentado em favor da prescrição da pena, que acabou sendo reconhecida. Contudo, por meio de uma reclamação apresentada ao TJ-AM, a vítima conseguiu reverter a decisão que decretou a extinção da punibilidade do réu e obteve o direito de ser intimada da decisão de 1ª instância, para apresentar seu recurso de apelação. No STF, o réu afirmou que uma vez declarada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, a mudança dessa decisão por meio de uma apelação criminal da defesa significaria uma reforma em seu prejuízo (*reformatio in pejus*). Em outras palavras, ao reconhecer a necessidade de intimação de assistente não formalmente habilitado no processo, vítima no processo, o Tribunal estadual teria reformado a sentença de 1º grau prejudicando o réu, sem que houvesse sido interposto recurso Ministério Público, o titular da ação. O ministro Gilmar Mendes rebateu o argumento. Ele explicou que a transferência da denúncia para a Justiça estadual anulou todos os atos praticados pela Justiça federal, inclusive o pedido da vítima de figurar como assistente de acusação, mas “*não teve o condão de desconstituir o direito material da parte ofendida de figurar no pólo ativo da demanda*”. Segundo o relator, o direito da vítima de exercer a figura de assistente de

acusação foi processualmente negado por exclusiva omissão do magistrado da 5ª Vara Criminal da Comarca de Manaus, que deixou de despachar o pedido efetuado. *“As nulidades absolutas podem ser arguidas a qualquer tempo, porque os atos nulos não podem gerar efeitos processuais. O assistente de acusação deve ser intimado de todas as decisões e, caso não tenha sido, tem-se a nulidade dos atos praticados após a omissão”*, disse. Assim, não há como alegar a ocorrência de trânsito em julgado para a acusação diante da ausência de intimação do assistente. *“Dessa forma, a omissão consistente em desconhecer o pleito de habilitação da vítima na qualidade de assistente, bem como de negar-lhe o direito de figuração no pólo ativo da demanda representa, a meu ver, ofensa ao devido processo legal, que nulifica os atos posteriores à omissão”*, reiterou. Fonte: STF.

A propósito, Defensores públicos têm legitimidade para atuar como assistentes de acusação do Ministério Público. A decisão é da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Alagoas. O colegiado tomou o posicionamento ao rejeitar a alegação, em preliminar, dos advogados de defesa de um empresário acusado de homicídio qualificado. Um Defensor Público atuou como assistente do Ministério Público Estadual no caso, representando a família da vítima. O Desembargador relator, João Luiz Azevedo Lessa, destacou que a Constituição Federal e a legislação específica sobre as atribuições da Defensoria Pública permitem tal atuação, que efetiva o direito fundamental de assistência jurídica integral para aqueles que não têm condições financeiras de contratar um advogado. *“Declarar a impossibilidade de tal atuação seria restringir um direito da vítima e seus familiares, que, decerto, são atingidos pelas*

disposições constitucionais, ao considerar a própria literalidade do caput do artigo 5º de nossa Carta Magna, onde registra que todos são iguais perante a lei, não existindo distinção legal em razão da condição econômico-social das partes de processos judiciais”, afirmou o relator. O Desembargador reforçou ainda que, como o instituto do assistente de acusação é plenamente admitido no sistema jurídico brasileiro, este deve ser acessível a todos. “Se determinada parte possuir recursos financeiros suficientes e puder contratar um advogado para figurar no polo acusatório do processo penal, aquele que comprova insuficiência financeira também deve possuir o mesmo direito, sendo que este é efetivado pela Instituição da Defensoria Pública”, analisou. O Desembargador José Carlos Malta Marques, presidente da Câmara Criminal, destacou a importância do trabalho exercido pela Defensoria Pública para a população e de se deliberar sobre esse assunto na sessão. “No tempo que estou no Tribunal, nós não havíamos nos deparado com essa questão. A provocação da defesa foi bastante providencial, porque ensejou o posicionamento da Câmara sobre o assunto. Acredito que a partir do conhecimento desse julgado, nós teremos vários outros casos. Esta sessão vai inaugurar a possibilidade de a defensoria atuar no polo acusador”, disse. Com informações da Assessoria de Imprensa do TJ-AL. Processo 0005214-21.2012.8.02.0001 (<http://www.conjur.com.br/2015-mai-29/defensoria-atuar-assistente-acusacao-decide-tj-al>).

Questão controversa consiste na (i)legitimidade da Defensoria Pública como representante processual do assistente do Ministério Público. A propósito, concordamos inteiramente com Lenio Luiz Streck:

"A notícia vinda de Vespasiano (MG) de que, em um júri, o promotor requereu a absolvição dos acusados (o que, aliás, é de sua prerrogativa) e o assistente da acusação, a condenação, faz-me retornar a um assunto sobre o qual já há muito me debrucei. Qual é o papel das instituições em uma democracia? Vamos complicar um pouco o exemplo, supondo que esse assistente de acusação seja um defensor público. Pronto: temos o prato feito. No primeiro exemplo, o Estado, que tem um agente político com a garantia da vitaliciedade e que possui o monopólio da ação penal pública, ao mesmo tempo admite que possa haver um "auxílio" de "terceiro interessado" para essa tarefa. Já no segundo caso, o Estado paga — caro — duas vezes: para acusar e para "auxiliar" a acusação. Se no primeiro caso até poderíamos dizer que, afinal, quem paga é o particular, no segundo caso temos uma esquizofrenia institucional: em um país carente de recursos, o Estado-se-dá-ao-luxo-de-pagar-duas-acusações-públicas. Bingo! Conte isso para um jurista alemão. E ele farfalhava de tanto rir. E brincou: — "Por isso, perderam de 7 a 1 (não gostei da gozação, mas, o que fazer?). Enfim... País rico é país sem pobreza, diriam os governos Lula e Dilma. Fechemos as cortinas e façamos uma anamnese do problema. O primeiro ponto é a constitucionalidade ou a adequação ao Estado de Direito Democrático da própria figura do assistente de acusação. Não serei peremptório. Apenas proponho a discussão. Já houve momento em que essa questão teve

repercussão no judiciário, quando, pela primeira vez, sustentei a não recepção da figura da assistência de acusação. Naquele momento, porque o dispositivo era anterior à Constituição, sustentei a não recepção, mostrando como a nova conformação do Ministério Público afastava a participação da vítima, que ficaria reservada à busca de indenização civil (como verão, esta também é a tese do ministro Marco Aurélio e do ex-ministro Cezar Peluso). A assistência da acusação, na verdade, significa(ria) vingança privada. A questão se agrava(va) nos casos em que o Ministério Público pedia a absolvição e o assistente pedia a condenação do réu, o que suscitava discutir o interesse de agir da vítima. Se o réu é acusado pela sociedade e essa não tem interesse, qual a razão para a vítima intervir na ação? Obtive várias vitórias no TJ-RS, ao ponto de a 5ª Câmara Criminal, por um determinado período, não mais aceitar recursos advindos do assistente de acusação. Aliás — para minha satisfação — essa também era a tese da Defensoria Pública do RS e da União, como se pode ver no HC 102.085-RS. Veio uma minirreforma no processo penal e o dispositivo prevendo o assistente de acusação foi “novado”. Logo, já não seria o caso de não recepção — questão que não demanda(va) incidente de inconstitucionalidade — e, sim, de inconstitucionalidade de uma “nova” lei. Nesse sentido, não encontrei clima para um incidente. Tentei e fui derrotado. Passado um tempo, penso que devemos voltar a discutir o tema. Qual é o sentido da assistência à acusação? A busca da indenização ou (um)a vingança privada? Ou as duas coisas? Ora, só para começar, mesmo que o réu seja absolvido, isso não impede a ação civil, porque nem todos os dispositivos

que tratam da sentença no Código de Processo Penal conduzem diretamente à não possibilidade de ação civil (sim, sei que, se a absolvição é por negativa de autoria ou da inexistência do fato, não cabe indenização; mas, convenhamos, são as hipóteses radicais de absolvição, pois não?). Elementar isso. A questão, agora, assume foros diferenciados, em face de um novo elemento. Mesmo que se admita que a assistência à acusação (em si) seja constitucional, pode um defensor público ingressar como assistente? A Defensoria foi criada para isso? E, uma vez aceita a tese, como ficam os casos em que o titular-exclusivo-da-ação-penal requer a absolvição do réu e defensor, “contratado” para a assistência, vê-se na obrigação — porque, afinal, é assistente por parte da vítima — de pleitear a condenação? Ou o defensor, com sua independência funcional, poderia também pedir a condenação de seu cliente? Qual é a posição que deve valer? A do promotor ou do defensor, atuando como assistente? E como fica o réu, que tem contra si alguém que não é indicado pela Constituição para acusá-lo? E como ficam os casos em que tanto promotor e defensor-assistente requerem a condenação (caso recente em São Paulo)? Não se trata de manifesto excesso de acusação? Daí a pergunta: podemos transferir recursos do restante da população para pagar um defensor que irá fazer a assistência da acusação em nome de uma vítima em particular, sem que possamos estender esse direito para todas as demais vítimas de terrae brasilis? Ou seja: se uma vítima tem direito a um defensor fazendo a assistência de acusação, devemos ter presente que todas as demais vítimas devem ter o mesmo direito. Elementar isso também. Logo, haveria dois agentes do

Estado acusando réus. Como coadunar isso, quando a própria Defensoria diz que faltam defensores? Para que serve o Ministério Público? É incompetente? O promotor é um néscio que não tem condições de sustentar a visão da sociedade acerca de um processo criminal? Afinal: quem representa a sociedade: O Ministério Público, dominus litis ou a Defensoria, que representa o hipossuficiente? Veja-se que essa questão é antiga. No HC 102.085, estivemos juntos. Eu, sustentando, de há muito, no segundo grau, a inconstitucionalidade do assistente de acusação (tese criada por mim e Marcellus Polastri há 20 anos ou mais) e a Defensoria impetrando Habeas Corpus para impedir que o recurso do assistente (advogado pago pela vítima) vingasse junto ao STJ, repetindo a ação através de HC junto ao STF. Apenas quero que os juristas e os políticos pensem sobre isso. Em uma sociedade carente de recursos, terrae brasilis é jabuticaba (só tem por aqui isso). Nenhum país do mundo tem dois agentes — bem pagos (e que bom que sejam bem pagos) — acusando um réu (na maioria das vezes, superhipossuficiente). Só Pindorama tem. E, pior: pode ocorrer de ter dois agentes públicos (promotor e defensor) acusando e... outro agente público (também defensor público) defendendo. País rico é país sem pobreza! E então, a esquizofrenia é total. A malta paga tudo isso com seus impostos. Ah: como todos são iguais, sendo caso de duas vítimas, poderemos ter dois Defensores assistentes e mais dois defendendo os acusados. Logo, três acusando e dois defendendo. Todos pagos pela Viúva. Afinal, se o Juiz concede um defensor como assistente para um familiar, por que um segundo familiar (de outra família) pode ter negado pedido semelhante, se forem várias as

vítimas? Tirante outras hipóteses, como o prazo em dobro que dispõe a Defensoria... Além do fato de que o defensor, atuando como assistente, tem poderes que o Advogado privado não possui. Como fica a isonomia? Sigo. Terrae brasilis é demais. A saúde é um bom exemplo disso. Os patuleus tomam soro em pé nas filas do SUS. Enquanto isso, numa sala de audiências qualquer, digladiam-se um defensor público, um procurador do estado, um procurador do município, um promotor de Justiça e um juiz de Direito, todos muito bem remunerados pela Viúva, em torno da grande questão de saber quem é que paga pelos remédios. Mas não há recursos públicos suficientes... Não me entendam mal (nesse país onde até mesmo a ironia tem de ser explicada, não cabe vacilar). É claro que vejo, no fortalecimento em si das Defensorias Públicas, um bem e não um mal. É preciso garantir acesso à justiça, e a contratação de advogados públicos é uma etapa importante para que isso aconteça. Franz Klein, um dos corifeus do socialismo processual, lá pelo fim do século XIX, já apontava para isso, ao defender que o Juiz, enquanto não houvesse advogados pagos pelo Estado, deveria assumir a defesa endoprocessual dos mais pobres (que o socialismo processual tenha ecos ainda hoje no processo jurisdicional, é um daqueles mistérios insondáveis da nossa existência). Também no célebre texto de Garth e Cappelletti sobre o acesso à Justiça aparecem apontamentos interessantes sobre essa temática. Se é verdade que o Poder Judiciário passava a ter um papel importante na resolução de “novas” questões, no enfrentamento de demandas políticas (ou com estas imbricadas), era preciso que alguém as levasse até ele, pois não? No contexto do constitucionalismo brasileiro,

em que se encontram, de um lado, um generoso catálogo de direitos fundamentais, e, de outro, uma realidade bruta e (em alguns aspectos) pré-moderna, é mesmo indispensável a figura de um advogado público. A judicialização das omissões concreta e individualmente geradas pelo Estado lato sensu deve poder ser feita com alguém competente. Então, loas às Defensorias. Que devem ser fortalecidas. Devo ter sido o primeiro, ou um dos primeiros ao menos, a sustentar que a não implementação de Defensorias, no âmbito dos estados, implicava omissão inconstitucional (judicializável, portanto). Também, de nada adiantaria trocar as filas do SUS por “filas nas Defensorias”. Fichas para atendimento por médico e por advogado. Troca-se de fila, segue-se sem o remédio, entendem? Agora, que justificativas há para que se crie um “superadvogado público”, com poderes e prerrogativas que não alcançam aos demais advogados? O que justifica esta distinção? Por que alguém optaria por contratar um Advogado particular se poderá ser assistido, gratuitamente, por alguém que pode requisitar documentos e providências de órgãos públicos, além de possuir prazo dilatado para se manifestar nos processos? Vejam, aliás, como a questão da hipossuficiência vem sendo relativizada... A questão não é mais saber quem é hipossuficiente... A questão é: “— Quem não é?”. O “conceito” de hipossuficiente, agora, é organizacional. Não é mais econômico. Confesso que não entendi a “sofisticação” desse conceito... Mas, se o cidadão não é hipossuficiente econômico, não pode, ele, contratar advogado? Para que serve o advogado, afinal? Parece que “hipossuficiente” quer dizer: “basta alegar”. Há, com efeito, uma esquizofrênica superposição de

funções e poderes entre a Defensoria Pública e o Ministério Público. É possível dizer que o Ministério Público não tem cumprido a contento sua missão constitucional (isso é tema para outra coluna); mas dois erros não fazem um acerto. Principalmente enquanto ainda estiverem sendo distribuídas fichas de atendimento individual aos cidadãos que madrugam na esperança de obter, na coloração tupiniquim, o seu day in court.É nesse sentido que devemos discutir o que vem acontecendo, com a atuação da Defensoria Pública como assistente de acusação em ações penais. Como disse, não quero ser peremptório. Quero colocar o problema para a comunidade jurídica discutir.E para que isso não fique incompleto, trago a lume o HC 102.085, no qual o Supremo Tribunal Federal enfrentou o assunto (neste caso, tratava-se de um assistente privado), ainda que não estivessem presentes três ministros. Nesse writ, a Defensoria Pública pleiteava a nulidade de decisão do STJ, que deu guarida a Recurso Especial contra decisão do TJ-RS, que inadmitira recurso de apelação feito por assistente de acusação privado. Por maioria de votos, o STF sustentou a validade da velha Súmula 210 (corretamente, a Defensoria da União sustentava a sua não recepção!).Permissa vênia, penso que o Supremo se equivocou. Os dois votos vencidos, da lavra dos ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, foram precisos e corretos. Para o ministro Marco Aurélio,“o próprio constituinte abriu exceção única à regra da promoção privada em substituição à ação penal pública do Estado acusador. Fê-lo, de forma exauriente, mediante o preceito do inciso, já muito referido, LIX, do artigo 5º (será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não

*for intentada – está em bom vernáculo, em bom português – “no prazo legal. (...). Será que, diante desses dois dispositivos, é possível ter-se a transmutação da ação penal pública que existiu em ação penal privada? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa. Uma ação que nasce pública incondicionada não pode, na fase recursal, transformar-se em uma ação penal privada. (...)”*Para encerrar, disse o ministro: a ação penal pública não pode se transformar em uma corrida de revezamento. Assistente só se justifica quando o Ministério Público for inerte. Já o ministro Peluso asseverou que o texto constitucional derogou a velha concepção de justiça privada e por isso, deferiu ao Ministério Público, em caráter privativo e exclusivo, a titularidade da ação penal. “Para quê? Para a defesa de interesse estatal específico, que é o de punir criminosos (...). De modo que nem sequer se pode cogitar de que haja, nisso, algum interesse estatal em defender interesses patrimoniais do ofendido. Em segundo lugar, porque costuma acontecer, como em qualquer instituição, que os agentes às vezes falhem, nos casos em que eventualmente o Ministério Público se omita, dada a relevância do mesmo interesse estatal, a Constituição atribuiu a titularidade da ação ao particular ofendido, mas em caráter de exceção e apenas na hipótese de omissão. (...) Só pode agir em termos de recurso quem tem direito de ação, direito de agir. Ora, quem tem direito de agir? O Ministério Público, como regra, e o querelante, como exceção, não o assistente. O assistente não exerce direito de ação, nem na concepção do processo criminal, nem na concepção, muito mais generosa, da ação civil. O assistente simplesmente adere ao titular da ação. (...) Ora, o assistente penal, não

sendo titular de ação nenhuma, senão assistente de quem o é, a meu ver não pode recorrer (...).”Sigo. Admitindo que a decisão do STF esteja correta, ainda assim teríamos que ver se a decisão é extensível aos casos em que o assistente da acusação é um defensor Público. Neste caso, uma interpretação conforme (verfassungskonforme Auslegung) ao dispositivo do CPP poderia resolver o assunto, ressalvando que o Estado (no caso, via defensor-assistente) não pode incorrer em bis in idem e excesso de acusação, tendo na mesma ação penal e do mesmo lado, um agente do Ministério Público e um agente da Defensoria. Neste caso, poder-se-ia admitir que, em uma democracia, não se pode impedir que um cidadão que tenha recursos contrate um advogado privado para buscar seus interesses (claro, de novo, vem a questão: qual é a leitura que se faz da Constituição, que, no seu artigo 5º., LIX, coloca como exceção à titularidade exclusiva do MP a hipótese de sua inércia, isto é, voltar-se-ia à discussão do cabimento stricto sensu da figura do assistente: afinal, ela é ou não constitucional?). Sei das posições que sustentam tanto a permanência da assistência para a advocacia privada como para a Defensoria. No próprio HC 102.085 essas posições estão desenhadas. Mas com elas não concordo. De todo modo, o que não podemos fazer é colocar recursos públicos onde não se deve pô-los e onde já existe alguém (bem) pago para fazer essa função. Assim, ou é excesso de acusação, considerando-se inclusive o pressuposto não apenas da competência do Ministério Público, mas também o princípio da presunção de inocência, ou então, como no caso em que o promotor pede a absolvição e o defensor-assistente persiste na acusação, "esquizofrenia" estatal, em que

deve prevalecer a posição do MP. Ou não? Como fica isso? Enfim, como diz Marcellus Polastri, assistente de acusação é “intervenção de terceiro”: se for para interesse de ressarcimento cível. Isso para os que acham constitucional a figura do assistente, é claro. Em um país carente de recursos, essa questão assume foros de dramaticidade. Admitamos, como disse — no limite — que prevaleça a tese da adequação constitucional do instituto da assistência da acusação. Mas, ainda que essa tese se consolide, uma questão deve ser discutida, isto é: como colocar um defensor público como assistente de acusação para a vítima, se essa atitude não pode ser universalizada? Eis o busílis. E se fosse possível universalizar a concessão de um defensor para cada vítima (e levando-se em consideração o elástico conceito de hipossuficiência), qual seria o sentido da existência do titular da ação penal? Tornar-se-ia inútil, porque poderia ser substituído pelo defensor-assistente, poupando valiosos recursos públicos. Pronto: substitua-se o promotor pelo defensor, que pode, assim, fazer as duas coisas. Simples. E mais barato. Ou, quem sabe, que sejam unificadas as duas carreiras... Em outras palavras: temos que, urgentemente, reexaminar as nossas “bondades” e estudar as “fragilidades” de tais bondades, para usar uma expressão de Nussbaum. Enfim, parece que os recursos públicos em terrae brasilis dão em árvore. Depois nos queixamos. Estamos indo com muita sede ao pote. E brincando de “relações institucionais”. O estado brasileiro parece ser um universo em expansão. Incha dia a dia. E sobrar pouco espaço para “as coisas privadas”. Só quero saber o que faremos com as mais de mil faculdades de Direito, se tudo será bancado pelo Estado. É inexorável que

venha a explodir (ou implodir). E as instituições fazem uma disputa pelos pobres. O Estado é muito bondoso, pois não? Terrae brasilis é realmente incrível. Incrível no sentido de que não dá para acreditar. Vamos refletir sobre isso? Temos maturidade para tal? Tenho convicção que sim. Sou um otimista do tipo “als ob” (como se), isto é, “é como se tivéssemos”. Enfim, um pouco da filosofia do “como se”, de Hans Vahinger: uma ficção necessariamente útil...” Fonte: Revista Consultor Jurídico, 24 de julho de 2014, 8h00 (<http://www.conjur.com.br/2014-jul-24/senso-incomum-promotor-requer-absolvicao-defensor-condenacao-jabuticaba>).

Por fim, ressalvamos a posição pacífica da jurisprudência em não admitir a intervenção do assistente nos processos de **habeas corpus**; a propósito:

“SUPREMO TRIBUNAL FEDERALC - HC 84022 AgR / CE - AG.REG.NO HABEAS CORPUS. Relator: Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 03/08/2004. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ DATA-20-08-2004 PP-00053 O assistente de acusação não possui legitimidade para intervir no processo de habeas corpus ajuizado pelo réu em crime de ação penal pública. II. - Precedentes da Corte. III. - Agravo não provido.”

“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - AgRg no HABEAS CORPUS Nº 72.726 - SP (2006/0276683-5) - RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – Nos termos da orientação jurisprudencial dominante, não se admite o ingresso do assistente de acusação em sede de habeas corpus. 3. Agravo não conhecido.”

Vejamos este trecho do voto da Ministra Maria Theresa de Assis Moura:

“(...) Segundo, como já muito bem explicado no recurso, é pacífico o entendimento contrário à admissão do assistente de acusação no writ. Não prospera o raciocínio calcado no paralelo entre os bens jurídicos vida e honra. As características de cada uma das modalidades de ação penal, de iniciativas pública e privada, garantem-lhes tratamentos distintos, justamente pela extraordinária inserção do particular no pólo ativo desta última categoria processual. (...) Neste diapasão é a "jurisprudência desta Corte e do c. Pretório Excelso, que não admite a intervenção do assistente de acusação no habeas corpus. Nesse sentido, os seguintes julgados: AEDRHC nº 505/SP, Rel. Min. Assis Toledo, DJU de 17/09/1990, Resp 17039/GO, Rel. Min. Assis Toledo, DJU 16/11/1992, MS 7073, Rel Min. Edson Vidigal, DJU 06/02/2001. E no colendo Supremo Tribunal Federal: RHC 65.781, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 126/154, HC nº 72710/MG, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 27/10/1995. A questão é, inclusive, objeto do Enunciado da Súmula nº 208, da Augusta Corte" (AgRg nos EDcl no HC 43127/GO - Rel. Min. Félix Fischer - DJ 28.11.2005 p. 320). Cumpre destacar ainda o seguinte aresto do Supremo Tribunal Federal: "A intervenção do assistente do Ministério Público na presente causa não se justifica, eis que lhe falece legitimidade para atuar no processo penal de habeas corpus. Sabemos que, na ação de habeas corpus, os sujeitos da relação processual penal, além do órgão judiciário competente para julgá-la, são, apenas, (1) o impetrante/paciente, (2) a autoridade apontada como coatora e (3) o Ministério Público. Eles compõem o

quadro dos elementos subjetivos essenciais da relação jurídico-processual do habeas corpus. São, por isso mesmo, os sujeitos processuais relevantes, principais e imprescindíveis da ação de habeas corpus, não obstante PONTES DE MIRANDA, em clássica monografia sobre o tema ('História e Prática do Habeas Corpus ', tomo II, p. 23/24, § 105, 7ª ed., 1972, Borsoi), ao versar essa mesma questão, tenha acrescentado ao rol a figura, por ele reputada essencial, do detentor do paciente. As vítimas de qualquer infração penal, ou aquelas pessoas mencionadas no art. 268 do Código de Processo Penal, mesmo quando habilitadas como assistentes da Acusação - o que só ocorre nos crimes de ação penal pública - não possuem qualidade e nem dispõem de legitimação, por ausência absoluta de previsão legal, para intervir no procedimento judicial de habeas corpus. Na realidade, a atividade processual do assistente do Ministério Público não se revela ampla e nem ilimitada, especialmente no que concerne à sua participação no processo de habeas corpus, eis que são de direito estrito as faculdades jurídicas a ele outorgadas pelo ordenamento positivo (CPP, art. 271, caput). O assistente do Ministério Público, bem por isso, somente pode intervir ad coadjuvandum no processo penal condenatório (CPP, art. 268), assistindo-lhe, no plano estrito das ações penais de condenação - com as quais não se confunde a ação de habeas corpus (JOSÉ FREDERICO MARQUES, 'Elementos de Direito Processual Penal', vol. 4/380-382, item n. 1.178, 1965, Forense) -, a prerrogativa de propor meios de prova, de requerer perguntas às testemunhas, de aditar o libelo e os articulados, de participar do debate oral e de arrazoar os recursos interpostos pelo

Parquet ou por ele próprio, inclusive extraordinariamente, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 (CPP, art. 271, caput, e Súmula 210/STF). Vê-se, portanto, que a atividade processual do assistente do Ministério Público sofre explícitos condicionamentos impostos pela lei, a cuja disciplina está ela juridicamente sujeita. É por isso que o assistente do Ministério Público, mesmo nas estritas hipóteses legais que justificam a sua intervenção assistencial, '... não pode recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de habeas corpus' (Súmula 208/STF); não pode recorrer em sentido estrito da sentença de pronúncia (RTJ 49/344); não pode interpor recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal de decisão que absolve o condenado em revisão criminal (RTJ 70/500); não pode, ainda, postular, nas causas de competência do Júri, o desforamento de seu julgamento (RTJ 56/381). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por tal razão, não tem admitido a participação do assistente do Ministério Público na relação processual penal instaurada com a impetração do habeas corpus. (...) Também o Egrégio Superior Tribunal de Justiça - apreciando essa mesma questão - perfilhou igual orientação, rejeitando a possibilidade de intervenção do assistente do Ministério Público no processo penal de habeas corpus: 'Processo penal. Habeas corpus. Assistente de acusação. Inadmissibilidade. Não cabe intervenção do assistente da acusação no processo de habeas corpus, visto como a função do assistente é restrita à parte acusatória (art. 271 do CPP), enquanto que, no habeas corpus, onde não existe sequer acusação, o Ministério Público não desempenha o papel de acusador, e sim de fiscal da lei. Precedentes jurisprudenciais.' (RT

666/352, Rel. Min. ASSIS TOLEDO - grifei) Em suma: o assistente de acusação não ostenta a situação jurídica de parte nas ações de habeas corpus, cujos sujeitos processuais, como já ressaltado, são, unicamente, o impetrante, o paciente, a autoridade coatora, o Ministério Público e o próprio Juiz. O assistente de acusação, portanto, é um extraneus na formação da relação processual penal instaurada com o ajuizamento da ação de habeas corpus. Não ostentando a condição jurídico-formal de litigante nesse processo não-condenatório, não há como invocar a regra consubstanciada no art. 268 do Código de Processo Penal, cuja incidência restringe-se ao plano das ações penais condenatórias. Não custa enfatizar, portanto, que, no processo penal de habeas corpus, o assistente de acusação não é parte e nem ostenta a condição de litigante. Parte adversa ao impetrante/paciente é o próprio Estado, cuja atuação administrativa ou jurisdicional enseja o ajuizamento do writ. Compõem, destarte, a relação processual penal instaurada com a impetração do habeas corpus, como litigantes - e, portanto, como destinatários da garantia do contraditório proclamada pelo art. 5º, LV, da Constituição - o impetrante/paciente, de um lado, e a autoridade coatora, de outro. Daí a observação de JOSÉ FREDERICO MARQUES (op. cit. vol. 4/406), no sentido de que o conteúdo do processo de habeas corpus 'é uma lide ou litígio entre o que sofre a coação ou ameaça ao direito de ir e vir, e o Estado, representado pela autoridade coatora'. O assistente de acusação, na realidade, é terceiro formalmente estranho à discussão, que, sob a égide do contraditório, se estabelece no processo penal de habeas corpus entre o paciente e o Estado. Não há como se lhe

aplicar a garantia inscrita no art. 5º, LV, da Constituição, pois, não sendo parte litigante nesse procedimento penal não-condenatório, não pode, o assistente do Ministério Público, pretender o amparo da cláusula constitucional mencionada. Cumpre assinalar, ainda, que pertence ao Estado, de modo absoluto, o direito de punir. Sendo assim, não há que se cogitar de qualquer direito material titularizável pelo assistente do Ministério Público, cuja intangibilidade possa justificar o seu chamamento ou a sua intervenção no processo de habeas corpus, em cujo âmbito um dos sujeitos - o próprio Estado, titular do jus puniendi - já se faz presente por intermédio da autoridade coatora. A circunstância de o Ministério Público poder intervir no processo de habeas corpus, nas condições referidas na legislação processual (CPP, art. 654, caput, e DL nº 552/69), não traduz, só por si, situação jurídica invocável pelo assistente da acusação, para legitimar o seu ingresso na relação processual instaurada com a impetração do writ. Tais situações são absolutamente inassimiláveis. O Ministério Público, na presente causa - que configura processo penal de caráter não-condenatório - desempenha a típica função institucional de custos legis. Ressalvada a hipótese legal de ser, ele próprio, o impetrante do writ (situação incorrente neste caso), o Ministério Público atua como órgão interveniente, velando pela correta aplicação das leis. Daí o já haver sido proclamado que o Ministério Público, na ação penal de habeas corpus, exerce, ordinariamente, a função de custos legis. Em sendo assim, e '... não havendo, no processo de habeas corpus, quem acuse, não se pode falar em assistente do Ministério Público, pois tal assistência não diz com todas as funções

daquela Instituição, já que a interferência do particular na ação penal pública é de conteúdo específico' (RT 590/359-361, 360, TACRIM/SP, Rel. Juiz Adauto Suannes). Sendo assim, e tendo em consideração as razões invocadas, não conheço dos pedidos formulados nesta sede processual de habeas corpus pelo assistente do Ministério Público, a quem deverão ser devolvidas as petições protocoladas sob nº 014738/00-STF, nº 015098/00-STF e nº 016172/00-STF, acompanhadas de cópia da presente decisão. 09 de março de 2000. Rel. Ministro CELSO DE MELLO" (STF - HC 80.022-0 - Rel. Min. Celso de Mello - j. 09.03.2000, p. 29). Deve-se transcrever também a recente decisão do eminente Ministro Hamilton Carvalhido, nos autos do Habeas Corpus n. 55.631, datada de 13 de junho de 2006: "Persisto no entendimento de ser incabível a pretendida intervenção na ação de habeas corpus. É que, em tema de liberdade, a interpretação há de ser sempre em seu obséquio e, portanto, restritiva, excluindo, por certo, qualquer outra, assim como a aplicação analógica ou subsidiária de norma, devendo ser afirmada, por isso, a inadmissibilidade da assistência da acusação, no processo de habeas corpus. Não é outra a compreensão desta Corte Superior de Justiça: 'EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL PRIVADA. LITISCONSÓRCIO. INCABIMENTO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE. INCARACTERIZAÇÃO. 1. Diversamente do que ocorre com o mandado de segurança, inexistente, relativamente ao habeas corpus, no Código de Processo Penal, norma autorizativa de intervenção de terceiros, devendo ser afirmado, por isso, a sua inadmissibilidade, porque em tema de liberdade, a interpretação há de ser sempre em seu obséquio

e, portanto, restritiva, excluindo, por certo, pretendida aplicação analógica ou subsidiária.² De qualquer modo, as questões em que se visava à assistência ao Juízo impetrado como coator foram decididas pelo acórdão embargado, impondo-se a rejeição dos embargos declaratórios."PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. AGRAVO REGIMENTAL. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. Em sede de habeas corpus é inadmissível a intervenção do assistente de acusação, ainda que esteja atuando na ação originária. (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte) Agravo Regimental desprovido. ' (AgRg nos EDcl no HC nº 43.127/GO, Relator Ministro Felix Fischer, in 28/11/2005). 'HABEAS CORPUS.- No habeas-corpus não cabe a manifestação do assistente da acusação. Decisão unânime. - Pedido prejudicado. Maioria. ' (HC nº 11.649/GO, Relator Ministro Fontes de Alencar, in DJ 28/5/2001). 'PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. Não cabe intervenção do assistente da acusação no processo de habeas corpus, visto como a função do assistente é restritiva à parte acusatória (art. 271 do CPP), enquanto que, no habeas corpus, onde não existe sequer acusação, o Ministério Público não desempenha o papel de acusador e sim de fiscal da lei. Precedentes jurisprudenciais. Despacho de Relator que negou seguimento a embargos de declaração em recurso de habeas corpus, interpostos por quem se intitula assistente de acusação. Agravo regimental improvido, confirmando-se aquele despacho pelos seus próprios fundamentos. ' (AgRg no EDcl no RHC nº 505/SP, Relator Ministro Assis Toledo, in DJ 17/9/90). 'RHC - CONSTITUCIONAL - HABEAS CORPUS - VÍTIMA -

LITISCONSÓRCIO - O Habeas Corpus , ação constitucionalizada, visa a preservar o direito de liberdade. Admissível ser concedido de ofício. Daí, a vítima, ou qualquer interessado ser carecedor de ação para atuar como litisconsórcio, visando a impedir a concessão do 'writ" (RHC nº 8.063/CE, Relator Ministro Vicente Cernicchiaro, in DJ 22/2/99). 'RECURSO ORDINÁRIO DE 'HABEAS CORPUS' (ART. 105, II, 'a', DA CONSTITUIÇÃO). Querelante. Falta de legitimidade. O recurso ordinário de habeas corpus é privativo do impetrante, 'quando denegatória a decisão'. Das decisões deferitórias de habeas corpus cabe apenas, em tese, o recurso especial (art. 105, III, 'a' e 'c', da Constituição). Recurso não conhecido. ' (RHC nº 2.646/PA, Relator Ministro Assis Toledo, in DJ 3/5/93).E também do Excelso Supremo Tribunal Federal, valendo invocar, a propósito e, em remate, o voto do ilustre Ministro Celso de Mello, no HC nº 72.710/MG (Questão de Ordem), verbis: 'Os sujeitos da relação processual penal instaurada com a impetração do remédio constitucional do habeas corpus são, além do órgão judiciário competente para julgá-lo, apenas (1) o impetrante/paciente, (2) a autoridade apontada como coatora e (3) o Ministério Público.Compõem, eles, o quadro dos elementos subjetivos essenciais da relação jurídico-processual do habeas corpus. São, por isso mesmo, os sujeitos processuais relevantes, principais imprescindíveis da ação de habeas corpus, não obstante PONTES DE MIRANDA, em clássica monografia sobre o tema ('História e Prática do Habeas Corpus', tomo II, p. 23/24, § 105, 7ª ed., 1972, Borsoi), ao versar essa mesma questão, tenha acrescentado ao rol a figura, por ele reputada essencial, do detentor do paciente.As vítimas de qualquer infração penal, mesmo

quando habilitadas como assistentes da Acusação - o que só ocorre nos crimes de ação penal pública -, não possuem qualidade e nem legitimação, por ausência absoluta de previsão legal, para intervirem no procedimento judicial de habeas corpus. Na realidade, a vítima de qualquer infração delituosa perseguível mediante ação penal pública pode intervir ad coadjuvandum na relação processual, como assistente do Ministério Público (CPP, art. 268), desde que o faça estritamente no plano das ações penais condenatórias - com as quais não se confunde o habeas corpus -, sendo-lhe reconhecido o direito de exercer, no âmbito desse procedimento judicial, determinadas prerrogativas taxativamente definidas pelo texto legal (CPP, art. 271, caput, e Súmula 210/STF). A atividade processual do ofendido, portanto, sofre limitações derivadas dos condicionamentos impostos pela lei, a cuja disciplina está ela juridicamente sujeita. Por isso, mesmo nas estritas hipóteses legais que justificam a sua intervenção assistencial - crimes perseguíveis mediante ação penal pública -, o assistente do Ministério Público '... não pode recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de habeas corpus' (Súmula 208/STF); não pode recorrer em sentido estrito da sentença de pronúncia (RTJ 49/344); não pode interpor recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal de decisão que absolve o condenado em revisão criminal (RTJ 70/500); não pode, ainda, postular, nas causas de competência do Júri, o desaforamento de seu julgamento (RTJ 56/381). A jurisprudência desta Corte, tendo presente esse contexto emergente de nosso sistema normativo, não tem admitido a participação do assistente do Ministério Público na relação processual instaurada com a impetração

do habeas corpus. O remédio constitucional do habeas corpus nada mais é do que uma ação penal tendente à obtenção de provimentos jurisdicionais não-condenatórios. Assume o perfil - tal seja a natureza da postulação nele veiculada ora de ação penal declaratória, ora de ação penal constitutiva, ora de ação penal cautelar. O magistério de JOSÉ FREDERICO MARQUES ('Elementos de Direito Processual Penal', vol. 4/380-382, item 1178, 1965, Forense) é definitivo a esse respeito, verbis: 'A ação de habeas corpus terá a natureza da prestação jurisdicional invocada. O direito de liberdade, lesado ou ameaçado, recebe a tutela jurisdicional para o seu pronto restabelecimento, graças à ação de habeas corpus (...). Assim sendo, ao lado do direito de liberdade, há o 'direito público subjetivo' de impetrar-se o habeas corpus, isto é, o direito de deduzir em juízo a pretensão fundada no status libertatis, para que o Judiciário a aprecie e decida. O pedido de habeas corpus, levado a juízo, pode ter por objeto imediato ou um pronunciamento declaratório, ou uma providência cautelar, ou uma decisão constitutiva, ou ato jurisdicional que imponha à autoridade coatora o restabelecimento acautelatório da liberdade atingida e violada. Donde poder a ação de habeas corpus ter a natureza de ação declaratória, ou constitutiva, ou cautelar. Esse jus actionis, por outro lado, terá a natureza de ação penal, desde que o seu fundamento esteja no direito penal de liberdade, o que acontecerá quando a lesão ou ameaça, que pese sobre o jus libertatis, derivar de atos da persecutio criminis, tendo, assim, como autoridade coatora, algum dos órgãos da Justiça Criminal, ou mesmo outro órgão estatal que arrogue para si, ainda que indevidamente, a prática de ato

persecutório-penal. 'O ofendido é, portanto, um extraneus na formação da relação processual penal instaurada com o ajuizamento da ação de habeas corpus. É preciso salientar, por isso mesmo, que, no processo penal de habeas corpus, o ofendido não é parte e nem ostenta a condição de litigante. Parte adversa ao impetrante/paciente é o próprio Estado, cuja atuação administrativa ou jurisdicional - a que se atribuiu o vício da ilegalidade tornou necessário o ajuizamento do writ constitucional. Compõem, destarte, a relação processual penal instaurada com a impetração do habeas corpus, como litigantes, apenas o impetrante/paciente, de um lado, e a autoridade coatora, de outro. Daí a observação de JOSÉ FREDERICO MARQUES (op. cit. vol. 4/406) no sentido de que o conteúdo do processo de habeas corpus 'é uma lide ou litígio entre o que sofre a coação ou ameaça a direito de ir e vir, e o Estado, representado pela autoridade coatora'. A circunstância de o Ministério Público poder intervir no processo de habeas corpus não traduz, por si só, situação jurídica invocável pelo Assistente da acusação para legitimar o seu ingresso na relação processual instaurada com a impetração do writ. O Ministério Público - cuja atuação processual nas ações de habeas corpus é necessária no segundo grau de jurisdição em face de expressa determinação legal (Decreto-lei nº 552/69) - desempenha, nesse processo penal de caráter não-condenatório, a típica função institucional de custos legis. Ressalvada a hipótese legal de ser ele próprio o impetrante, o Ministério Público atua como órgão interveniente, velando pela correta aplicação das leis. Daí, o já haver sido proclamado que o Ministério Público, na ação penal de habeas corpus, exerce,

normalmente, a função de custos legis. Em sendo assim, e '... não havendo, no processo de habeas corpus, quem acuse, não se pode falar em assistente do Ministério Público, pois tal assistência não diz com todas as funções daquela instituição, já que a interferência do particular na ação penal pública é de conteúdo específico' (RT 590/359-361, 360, TACRIM/SP, Rel. Juiz Aauto Suannes). A jurisprudência dos Tribunais, por isso mesmo, e considerando a estrita disciplina jurídico-legal a que se acha submetida a atuação processual penal do ofendido, tem proclamado a inadmissibilidade de sua intervenção no processo de habeas corpus, ainda quando habilitado como assistente do Ministério Público (RT 557/350 - RT 598/325 - RTJ 56/693-695). Bem por isso, impende salientar que esta Colenda Primeira Turma, ao julgar o RHC nº 65.181-8-SP, de que foi relator o eminente Ministro MOREIRA ALVES (RTJ 126/154), reiterou o entendimento de que, tratando-se de processo de habeas corpus, nele não cabe a intervenção assistencial do ofendido. Assim sendo, e tendo presentes as razões expostas, não atribuo legitimidade ao assistente do Ministério Público para intervir no processo de habeas corpus e, em consequência, não lhe reconheço o direito de fazer sustentação oral, como ora pretendido. 'Pedido indeferido.' Assim, tem-se claramente como inviável o ingresso do assistente de acusação no writ. A despeito de não ser possível conhecer-se do agravo regimental em razão dos jurídicos argumentos alinhavados acima, cumpre-me abrir um parêntese. Independentemente das características desta ou daquela causa, esta relatora, no exercício de suas funções, vem dispensando o

tradicional, e isonômico, empenho que sempre marcou a atuação dos Ministros desta Casa.”

Não é possível a intervenção da parte acusadora em processo de Habeas Corpus, pois este é um instrumento exclusivo da defesa. Com base nesse entendimento, a Ministra Laurita Vaz, do Superior Tribunal de Justiça, rejeitou Recurso Extraordinário apresentado contra decisão da 5ª Turma que concedeu Habeas Corpus. A relatora avaliou que, sendo um instrumento exclusivo da defesa, *“não cabe, na referida via, qualquer intervenção do acusador ou de assistente do Ministério Público, sob pena de desvirtuamento da finalidade constitucional do writ”*. Ela ainda mencionou a Súmula 208 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o assistente do Ministério Público não pode recorrer extraordinariamente de decisão que concede Habeas Corpus. (Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jun-07/assistente-acusacao-nao-recorrer-habeas-corpus>).

Notas:

[1] *“Art. 12. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou à entidade pública ou privada com fim social, de importância, fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual reparação civil a que for condenado o infrator.”*

[2] *“Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48. § 1º. - A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus*

dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.”

[3] *“Art. 297. A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime. (...) § 3º Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado.”*

[4] *Ada Pellegrini Grinover e outros, Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª. ed., p. 129.*

[5] *Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Atlas, 1997, p. 78.*

[6] *Neste sentido é o pensamento de Ada et alli: “A composição dos danos civis pode ser parcial. Embora a transação civil implique, via de regra, quitação recíproca, é possível que haja nela a repartição entre danos materiais (imediatamente compostos) e danos morais (a serem apurados no juízo civil). A quitação poderá, assim, ser parcial, ressalvada a controvérsia sobre os danos morais. Mas a composição, conquanto parcial, dos danos civis importará, de qualquer modo, na renúncia ao direito de representação ou queixa, com a conseqüente extinção da punibilidade.” (ob. cit., p. 133).*

[7] *Para Weber Martins Batista, “nos crimes de ação penal pública incondicionada, ela não impede a aplicação de pena ao autor do fato, mas não deixa de influir na qualidade e quantidade da pena a ser*

imposta, pois a indenização dos danos deve aconselhar um tratamento menos severo do autor do fato.” (Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 314).

[8] Ob. cit., p. 110.

[9] Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 21, p. 422.

[10] O Papel da Vítima no Processo Criminal, Malheiros Editores, 1995. Indicamos também o trabalho intitulado “El papel de la víctima en el proceso penal según el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación”, por Santiago Martínez (Fonte: www.eldial.com – 12/08/2005).

[11] La Vittima nel Sistema Italiano Della Giustizia Penale – Un Approccio criminologico, Padova, 1990, p. 144. Na doutrina estrangeira, também indicamos “De los delitos y de las víctimas”, obra coletiva com trabalhos de Claus Roxin, Julio Maier, Nils Christie, dentre outros.

[12] Processo Penal, São Paulo: Atlas, 5ª. ed., p. 1996.

[13] Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 356.

[14] Ação Penal Pública – Princípio da Obrigatoriedade, Rio de Janeiro: Forense, 3ª. ed., p. 46.

[15] Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, n.º 48.

[16] Não desconhecemos que parte da doutrina nega a existência do conceito de pretensão no Direito Processual Penal. Por todos, conferir Rogério Lauria Tucci, para quem “*os conceitos de pretensão punitiva, ou, ainda, de pretensão executória, não se adequam ao processo penal,*

sendo-lhe de todo estranhas” (Teoria do Direito Processual Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 36). Na doutrina estrangeira, leia-se Fernando Luso Soares, “O Processo Penal como Jurisdição Voluntária”, Coimbra: Almedina, 1981 (citado nas referências bibliográficas da citada obra do Professor Tucci). Como se evidencia, este autor lusitano chega ao extremo de denominar o processo penal como de jurisdição voluntária, concepção, nas palavras de Tucci, “*de todo inaceitável.*” (p. 46). Tampouco, desconhece-se a reação à existência do conceito carneluttiano de lide no processo penal. Sobre esta matéria, por todos, veja-se a obra indispensável de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “A Lide e o Conteúdo do Processo Penal”, Curitiba: Juruá Editora, 1998.

[17] *idem.*

[18] Juizado Especial Criminal, São Paulo: Atlas, 3ª. edição, 1999, p. 45.

[19] Ada Pellegrini Grinover **et alli**, Juizados Especiais Criminais, 2ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 108.

[20] Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada, São Paulo: Saraiva, 4ª. ed., p. 70.

[21] Weber Martins Batista, Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 313.

[22] Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Atlas, 1997, p. 68.

[23] Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 3ª. ed., págs. 76 e 78.

[24] Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais, Curitiba: Juruá Editora, 1996, p. 44.

[25] Ob. cit., p. 39.

[26] Ob. cit., p. 74.

[27] Neste sentido Damásio de Jesus, ob. cit., p. 69 e Maurício Antônio Ribeiro Lopes, **in** Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 335.

[28] Ob. cit., p. 336.

[29] O art. 16 da Lei nº. 11.340/2006 (que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher) refere-se à retratação da representação, **verbis**: “*Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.*” Observe-se que, diferentemente do art. 25, CPP, a retratação pode ser feita até o recebimento da denúncia (Neste sentido conferir a nossa obra sobre a Lei Maria da Penha, em co-autoria com Isaac Sabbá Guimarães, Salvador: Editora JusPodivm, 2008).

[30] Certamente já terá feito, autorizando a lavratura do Termo Circunstanciado (art. 5º, § 4º, CPP).

[31] Ada, Scarance, Luiz Flávio e Gomes Filho entendem diferentemente, sendo, para eles, “*possível, no entanto, que, apesar de um só dos possíveis ofensores transacionar, a reparação dos danos sofridos*

pela vítima seja integral. Nesse caso, haverá renúncia tácita e extinção da punibilidade com relação a todos.” (ob. cit., p. 137).

[32] Como exemplo, podemos citar o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD, que é uma sociedade civil privada instituída pela Lei Federal nº. 5.988/73 e mantida nos moldes da atual Lei nº. 9.610/98.

[33] Inocêncio Borges da Rosa, *Processo Penal Brasileiro*, Porto Alegre: Globo, vol. 2, 1942, p. 202.

[34] **Apud** Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, 20ª. ed., São Paulo: Saraiva, vol. 2, 1998, p. 498.

[35] Ob. cit. p. 498.

[36] Conferir sobre a **ação civil ex delicto** o nosso *Direito Processual Penal*, Salvador: JusPodivm, 2008.

[37] Victor Moreno Catena, *Derecho Procesal Penal*, Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 250.

[38] Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, 3ª. ed., Lisboa: Verbo, vol. 1, 1996, p. 308.

[39] Ob. cit., p. 311.

[40] Ob. cit., p. 496.

[41] Não é possível, porém, arrolar testemunhas, mesmo para completar o número legal, pois a peça acusatória já foi formulada e precluso estará o direito da acusação de propor este meio de prova (art. 41 do Código de Processo Penal). Tampouco ao assistente cabe aditar a denúncia.

[42] E também ao acusado no interrogatório, tendo em vista o disposto no art. 188 do Código de Processo Penal, alterado posteriormente pela Lei nº. 10.792/2003.

[43] Discutindo em sala de aula este assunto, e defendendo a tese de que não cabia ao assistente aditar a peça acusatória, o aluno Rodrigo Souza Britto, hoje colega, complementou, aduzindo que, acaso fosse permitido também este aditamento, maculado estaria o disposto no art. 129, I da Constituição Federal.

[44] Ob. cit. p. 514.

[45] Fonte: Revista Consultor Jurídico, 8 de agosto de 2006.

[46] Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, Recursos no Processo Penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 229.

[47] Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro: Forense, Vol. V, 7ª. ed., 1998, p. 536.

[48] Teoria dos Princípios, São Paulo: Malheiros, 4ª. ed., 2004, p. 131.

[49] O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 67.

[50] “Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad”, artigo que compõe a obra coletiva denominada “El Principio de Igualdad”, coordenada por Luis García San Miguel, Madri: Dykinson, 2000, p. 206.

[51] Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, São Paulo: Malheiros, 1999, 3ª. ed., 6ª. tiragem, p. 47.

ASSÉDIO MORAL   EMPREGADA GESTANTE

ANA PAULA CIPRIANO: Bacharela em Direito, pelo Centro de Ensino Superior de Catalão - CESUC.

RESUMO: O assédio moral não   um tema novo a ser discutido, mas vem tomando espaços nos dias de hoje, devido aos recentes questionamentos judiciais das vitimas. Ao longo dos tempos o individuo vem conquistado seu espaço, adquirindo não são deveres, mas também direitos. As mulheres deixaram de ser apenas donas de casas e foram galgar no universo trabalhistas, passando a serem empregadas em vários ramos de empresas disputando seu espaço com os homens. Infelizmente, mesmo adquirindo seus direitos constitucionais de igualdade ainda são discriminadas e recriminadas quando decidem serem mães. Muitas empresas não gostam de lidar com empregadas gestantes e como estas possuem direitos resguardados tanto na Consolida o das Leis Trabalhistas como na CRFB/88, não podem ser demitidas sem justa causa, sofrendo, portanto, o tão conhecido assédio moral, passando vários constrangimentos, emocionais e psicológicos, no momento em que estão mais sensíveis. Diante deste fato   que se faz mister demonstrar os entendimentos judiciais acerca do tema, no qual tem-se defendido a indeniza o para a empregada gestante assediada.

Palavras-chaves: assédio, moral, gestante, indeniza o

ABSTRACT: Bullying is not a new issue to be discussed, but is taking spaces nowadays, due to recent court decisions of the victims. Throughout the ages the individual has conquered its space, acquiring

not only duties but also rights. Women are no longer just housewives and climb in the universe were labor, going to be employed in various branches of companies vying for your space with men. Unfortunately, even getting their constitutional rights of equality and recriminadas are still discriminated against when they decide to be mothers. Many companies do not like dealing with employed mothers and how these rights have guarded both the Consolidation of Labor Laws as in CRFB/88, can not be fired without cause suffering, therefore, known as bullying, passing various constraints, emotional and psychological when they are most susceptible. Given this fact is that makes mister demonstrate judicial understandings about the issue, which has defended the compensation for the pregnant employee harassed.

Keywords: harassment, moral, pregnant, compensation.

1. INTRODUÇÃO

Nos dias atuais muito se tem buscado que pelo ambiente de trabalho sadio, frisando que o empregador deve zelar por este, sendo o respeito ao empregado o eixo norteador da relação Capital-Trabalho. A honra do cidadão mereceu proteção na Constituição da República, sendo preciso lembrar que o empregado, quando se põe em seu ambiente de trabalho, não se despe de sua condição de cidadão. Impõe-se, portanto, a necessidade de respeitar a honra do cidadão.

A palavra trabalhar vem do latim tripiliare que significa tortura. Através dos tempos o termo trabalho sempre veio ligado a valores negativos, significando fadiga, esforço, sofrimento.

A análise dessa etimologia se faz necessária ao considerarmos o contexto em que se encontra o tema ora abordado, um cenário de violência no ambiente laboral, onde funcionários estão sendo tratados com agressões verbais, morais, com grande hostilidade, principalmente as mulheres gestantes.

As mulheres, desde os primórdios, vêm lutando para alcançar seu lugar no mercado de trabalho, assim como respeito e dignidade, visto que ainda hoje existem algumas diferenças como, por exemplo, salarial. Além disso, são as maiores vítimas do assédio moral, sobretudo no estágio gestacional, logo no momento em que se encontra mais fragilizada.

O assédio Moral causa danos à saúde e ao patrimônio da vítima, e além de tudo provoca um terceiro efeito: os danos às relações interpessoais da vítima. O convívio familiar e social da trabalhadora será inevitavelmente atingido. Corriqueiramente, o assediado é chamado de paranóico, não sendo levado a sério trazendo transtornos gravíssimos a outras esferas da sua vida, pois é desacreditado perante seus amigos e família, podendo acarretar isolamento, até mesmo divórcios. A vida sexual da vítima e o relacionamento com os filhos e cônjuge também podem ser atingidos. O assediado fica sem interesse em participar de eventos sociais e encontros com amigos. Isola-se do convívio social e às vezes os amigos e a família nem sabem o motivo, pois o assediado prefere manter o segredo por vergonha ou sensação de frustração.

É certo que as constantes humilhações, a exposição do trabalhador ao ridículo, a supervisão excessiva, as críticas cegas, o

empobrecimento das tarefas, a sonegação de informações e as repetidas perseguições são notas características do assédio moral, cuja prática está relacionada, geralmente, a uma relação de poder.

A destinação das normas que protegem a maternidade são, sob ângulo da mulher, para resguardar o físico feminino, pois a esta carrega dentro de si uma nova vida durante 9 meses, com diversas alterações em seu corpo, tanto internamente quanto externamente, além de sua moral, e sob o ponto de vista da criança, os primeiros meses de vida ultra-uterina visam a adequação e introdução do mesmo no seio da sociedade, além de estabelecer as condições mínimas para a sua sobrevivência.

Por isso, é que a justiça trabalhista encontra-se abarrotada de pedidos de indenizações por assédio moral, e em sua grande parte é de mulheres, que buscam diminuir os efeitos sofridos durante o período que esteve sob a hostilidade no ambiente laborativo, o que passa-se a desenvolver.

2. DESENVOLVIMENTO

As novas exigências do mercado de trabalho estão gerando nos trabalhadores sentimentos variados, como medo, incerteza, angustia e tristeza. As empresas estão preocupadas em gerar lucros esquecendo, algumas vezes, da valorização do profissional, fazendo muitas cobranças recheadas de abuso de poder e freqüentes instruções confusas, ofensas repetidas, gradativamente degradando as condições de trabalho.

O ambiente laboral tem-se tornado hostil, minado por medo, inveja, disputas, fofocas, rivalidades tanto entre os próprios

trabalhadores como entre estes e seus supervisores/gerentes. Como consequência os trabalhadores tem estes sentimentos repercutindo em seu individual, interferindo na sua qualidade de vida podendo levá-lo a desajustes sociais e a transtornos psicológicos colocando-o frente a situações como, por exemplo, o assédio moral.

A terminologia assédio moral, analisada no ambiente de trabalho, surgiu em 1998 pela psicanalista e vitimóloga francesa Hirigoyen, quando lançou seu livro, publicado no Brasil em 2000, sob o nome “Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano, no qual a autora, sob o ponto de vista da vitimologia, define o assédio como sendo:

toda e qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou a integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho^[1]

Para Margarida Barreto o assédio é declarado por atos e comportamentos agressivos que ensejam a desqualificação e desmoralização profissional e desestabilização emocional e moral do assediado, tornando o ambiente de trabalho desagradável.

Faz-se necessário compreender que o assédio moral encontra-se caracterizado pelo abuso de poder de forma repetida e sistematizada, sendo que por mais que os fatos analisando isoladamente não sejam visto como violência, o acúmulo destes pequenos traumas gera a

agressão. Essa agressão pode ser exercida tanto vertical como horizontalmente, ou seja, por um superior ou até mesmo por um colega de trabalho.

A elaboração de um conceito jurídico específico torna-se difícil por ser um abalo ocorrido na moral do indivíduo, por isso alguns doutrinadores analisam o conceito do dano psíquico acarretado à vítima pela violência psicológica já descrita, enquanto outros enfatizam mais a situação vexatória e o dano a imagem que o assédio moral causa.

Entretanto, há elementos imprescindíveis em torno dos quais, doutrina e jurisprudência estão em acordo como sendo caracterizadores do assédio moral. São eles: a intensidade da violência sendo por si só uma necessidade que seja grave na concepção objetiva do ser humano comum, homem médio; perduração no tempo, visto que o episódio esporádico não o caracteriza; que o agressor intencione causar dano psíquico ou moral ao empregado, marginalizando-o no ambiente de trabalho; a conversão em patologia que pressupõe diagnóstico clínico, podendo ser permanente ou transitório.

No caso em tela, analisa-se o assédio moral e suas conseqüências contra as mulheres mais especificamente à gestante. As mulheres lutaram para terem seus direitos no campo laboral e foi uma árdua batalha que ainda perdura nos dias atuais.

No Brasil, somente após as primeiras leis, já no início do século XX foi que as mulheres começaram a calcar por respeito e dignidade no trabalho, por meio de uma conscientização internacional. Porém foi com as edições das Convenções da OIT (Organização Internacional do

Trabalho) que a questão feminina no mercado de trabalho tomou um rumo internacional e de maior relevância.

O primeiro grande marco da evolução sobre o tema “proteção à maternidade” foi instituído em 1919, com a Convenção nº. 3 (três) da OIT, que trata da “proteção à maternidade, aplicável à indústria e ao comércio, que prevê diversos direitos e garantias à mulher durante e após a gestação. Outras regulamentações da OIT sobre o tema podem ser encontradas nas convenções nº 103, 110, 102, 136 e nas recomendações nº 95, 4, 144, 114, 157, 128 e 116.

No Brasil, desde o início do século XX o legislador passou a se preocupar com o trabalho da mulher, foi com as modificações constitucionais que as desigualdades começaram a diminuir. Em 1998 o legislador constituinte fez inserir na Constituição Federal, diversas garantias e proteções à mulher gestante:

Art. 7º, XVIII - Licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Art. 7º, XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

Art. 7º, XXV – assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas;

Art. 201, da previdência social, II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;

Art. 203, da assistência social, I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

Art. 226 e 227 – proteção especial do Estado à família, que é a base da sociedade;

ADCT – art. 10, II, b) – veda a dispensa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto;

ADCT – art. 10, § 1º - fixação da licença-paternidade em cinco dias;

A proteção à gestante tem diversas finalidades, tais como: biológicas, de perpetuação e conservação da espécie; sociais, de proteções à família, à criança, à mulher; sócio-econômicas, como a garantia do mercado de trabalho, a livre circulação de bens e produtos e a dignidade da trabalhadora; as políticas e públicas, como a igualdade, a liberdade, a livre iniciativa, a propriedade, a democracia, dentre outras funções.

Na CLT também há um capítulo dedicado à proteção ao trabalho da mulher, e, dentro dele, uma seção dedicada exclusivamente à proteção à maternidade, que prevê: proteção contra a despedida da mulher somente pelo fato dela ter contraído matrimônio ou se encontrar em estado gravídico; direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário, assegurando inclusive a licença no caso de antecipação do parto; transferência de função, quando as condições de saúde a exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho; dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas

médicas e demais exames complementares; faculdade do rompimento da relação de emprego quando este for prejudicial à gestação; em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas; direito a amamentação do próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, ou outro a ser prescrito por médico, sendo que a mulher poderá ter dois descansos especiais para o ato, sendo cada um de meia hora; a garantia de escolas maternais e jardins de infância e outras instituições de ensino como o SESI, o SESC, a LBA e outras entidades públicas destinadas à assistência à infância, de manterem estabelecimentos próximos aos grandes centros de trabalhadoras, viabilizando a educação e manutenção da criança próximo ao local de trabalho da mãe; e que nos locais destinados à guarda dos filhos das operárias durante o período da amamentação, estes possuam, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária, dentre outras regulamentações e benfeitorias.

Nas palavras de Alice Monteiro de Barros:

“Durante a gestação, a mulher não se limita a aguardar o filho; trata-se de um processo psicológico complexo, de intensa atividade emocional, que testa tanto a suas reservas físicas e psíquicas como sua aptidão para criar uma nova vida. Todo esse processo implica uma situação de stress, capaz de gerar transtornos físicos e alterações psiquiátricas, sendo as mais freqüentes do tipo neurótico, acompanhadas de grande ansiedade, enquanto as psicoses gravídicas são mais raras”[\[2\]](#)

Diante desse quadro de mudanças e alterações na vida da mulher, há o afastamento compulsório dela do trabalho, por um período de tempo. Com efeito, a finalidade do legislador foi a de possibilitar a sobrevivência da criança, bem como o restabelecimento das forças físicas laborais da mulher.

A problemática entre empregada gestante e empregador encontra-se fundada na estabilidade provisória, que faz alusão o art. 10, II, alínea b do ADCT, por ela adquirida desde o momento da constatação da gravidez.

Esta estabilidade é provisória por haver termo final, ou seja, 5 (cinco) meses após o parto, e inicia-se com a ciência do empregador da gravidez da empregada, mas há casos em que o empregador demite a empregada antes de saber de seu estado, pois nem sempre a própria empregada sabia.

O fato do empregador desconhecer o estado gravídico da mulher quando da dispensa, primeiro gerou a previsão legal (art. 373A, IV, da CLT e lei nº 9029/95) de ser possível solicitar exame de gravidez na fase demissional, e segundo, para alguns, não haveria direito de manutenção no emprego, mas somente de indenização, ou ainda, que a mulher poderia gozar do salário-maternidade.

Se ocorrer a dispensa da empregada, e durante o aviso-prévio a mesma apresentar-se grávida, não haverá a efetivação da rescisão do contrato, que neste caso faz jus à estabilidade provisória, ao salário-maternidade e corolários.

A estabilidade da gestante, como mencionado, é relativa, pois “a garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se a despedida ocorrer durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia

restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade”, conforme acentua o TST, no Enunciado 244.

A empregada gestante necessita de cuidados especiais e de maior proteção devido ao seu estado gravídico, levando em consideração a dificuldade que enfrentará ao tentar conseguir uma nova colocação no mercado de trabalho.

No Direito do Trabalho há o princípio da não discriminação que exclui todas as diferenciações que põe um trabalhador numa situação de inferioridade ou mais desfavorável que o conjunto, e sem razão válida nem legítima. A Organização Internacional do Trabalho pela Convenção 111 aboliu qualquer forma de discriminação na relação de emprego. No Brasil a lei nº 9029/95, veio a proteger os trabalhadores das discriminações nas relações de trabalho.

A mulher casada, ainda sofre discriminação quando está a procurar emprego, ou quando nele ingressou solteira e vem a convolar núpcias, corre o risco de perder o emprego, pois a empregada recém-casada tem a propensão de se tornar mãe (como quase toda mulher) e tal fato acarretaria ao empregador o afastamento da mesma por no mínimo 120 dias, além dos dias de consulta médica e do período de amamentação, sempre relembrando a possibilidade de dilatação do período por ordem médica.

As mulheres trabalhadoras que engravidam são as maiores vítimas de discriminação dentro do ambiente de trabalho, tanto por outros empregados quanto por empregador, pois muitas vezes necessitam de condições de trabalho diferentes das anteriores, devido às transformações sofridas por seu corpo.

Algumas empresas incitam situações vexatórias às gestantes no intuito de que as mesmas solicitem sua demissão, visto não poderem ser demitida sem motivo aparente, ou seja, sem justa causa, incorrendo assim no assédio moral.

Durante a gestação a mulheres encontra-se em um estado emocional delicado, sente-se feia, gorda, inchada, ficando moral e emocionalmente abalada. O que a deixa a mercê do assédio moral tanto do empregador quanto do empregado que em alguns casos tem seu trabalho aumentado visto a impossibilidade daquela estar exercendo a função anteriormente por ela exercida.

Algumas idéias e preceitos ainda estão contidos no seio da sociedade acerca do trabalho da mulher com filhos, dentre os quais: o rendimento e produtividade desta encontra-se comprometido, pois há o afastamento do trabalho no período que envolve o parto, e após o retorno algumas mães tem dificuldades de administrar a distância dos filhos; a concessão da licença-maternidade de 120 dias remunerados é algo nem sempre bem visto pelas empresas, já que estão preocupadas com o “custo-benefício”; é melhor adiar a maternidade até um momento em que a carreira profissional já esteja estabilizada com muitas conquistas, e o fato de quem tem filhos com idade mais avançada dispõe de mais maturidade profissional e pessoal para lidar com o episódio da gestação e da maternidade, sem interferir no trabalho.

No Relatório Nacional Brasileiro da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher se constatou que “*a maternidade é um fator decisivo no ingresso e na permanência das*

mulheres no mercado de trabalho e tem impacto sobre a trajetória profissional, dificultando a promoção a cargos mais altos.”

Estudos concluem que num universo de assédio moral, 70% dos assediados são mulheres. Os controles são diversificados e visam intimidar, submeter, proibir a fala. Interditar a fisiologia, controlando o tempo e frequência de permanência nos banheiros. Relaciona atestados médicos e faltas; suspensão de cestas básicas ou promoções, etc. O que diferentemente ocorre com os homens, apenas 30% da população masculina é assediada e é certo que eles são atingidos na virilidade, principalmente.

Os empregadores estão sendo responsabilizados por seus atos vexatórios contra suas empregadas, se atitude patronal atingiu a dignidade da pessoa humana, humilhando-a no ambiente de trabalho, impondo-lhe uma dor moral que clama por reparação:

DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. EMPREGADA GRÁVIDA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O assédio moral consiste num mal moderno, presente nas relações de trabalho, com potencial tão nocivo capaz de comprometer a saúde do trabalhador. Assim, há de merecer do Judiciário exemplar reprimenda, principalmente quando denota atitude discriminatória capaz de configurar circunstância agravante da conduta ilícita. Apelo autoral parcialmente provido. (PROCESSO: 0128000-75.2007.5.01.0048 - RTOrd 7ª T U R M A,

Rel. ROSANA SALIM VILLELA TRAVESEDO.
Jul. 30/06/2010)

Alem da reparação efetuada pelo empregador que assedia moralmente empregada gestante, tem-se também a configuração da indenização nos casos de outro colega de trabalho efetuar a hostilidade.

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – CONSTRANGIMENTOS SOFRIDOS NO AMBIENTE DE TRABALHO. A indenização por dano moral tem assento nos artigos 186 e 927 do Código Civil e, ainda, no art. 5º, inciso X da Constituição Federal, e pressupõe a prática, pelo empregador ou por seus prepostos, de ato ilícito ou exercício abusivo de poder, a existência da dor moral e o nexo de causalidade entre o ato praticado e o prejuízo extrapatrimonial advindo para o trabalhador. Constatando-se nos autos que a laborista sofrera constrangimentos, derivados da conduta de prepostos do empregador, os quais atentaram contra a sua dignidade pessoal, expondo-a a situação desrespeitosa e humilhante, não há dúvida quanto ao ilícito cometido e quanto ao dano moral daí advindo, ensejador da reparação correlata. (TRT-01727-2010-026-03-00-0-RO, 3ª Região, Des. Rel. DENISE ALVES HORTA, Jul. 10/08/2011)

Entendeu os julgadores que muito embora o constrangimento partisse das colegas da reclamante, cabia à reclamada reprimir o

comportamento discriminatório de forma eficiente, inclusive com a aplicação de punições, já que apenas a empregadora é dotada de poder disciplinar. O caso do julgado aconteceu durante no período em que a empregada estava grávida. O entendimento foi de que a empregadora incorreu em culpa, ao deixar de tomar atitude diante da situação. Por essa razão, a empregadora omissa foi condenada, pela juíza da 1ª Vara do Trabalho de Betim (MG), a reparar a trabalhadora pelos danos morais sofridos.

Ao analisar as provas trazidas ao processo, a sentenciante percebeu que o ambiente de trabalho era de “fofoca”, “conversinha” e muita hostilidade sendo que uma testemunha relatou que ninguém gostava da reclamante, sendo que 2 colegas faziam de tudo para prejudicá-la. A trabalhadora era isolada, e diziam que era ruim de serviço. E o quadro só piorou quando a mulher engravidou. Na empresa, grávidas costumavam ser hostilizadas por não grávidas, já que estas acabavam assumindo as tarefas mais pesadas, como a lavagem de banheiros.

A juíza constatou que, mesmo tendo conhecimento da hostilidade existente no ambiente do trabalho, a empregadora não tomou nenhuma providência efetiva. A reclamante passou mal durante a gravidez, vomitando, mas nem por isso foi substituída no posto de trabalho. A magistrada considerou que a situação foi constrangedora, tanto para a trabalhadora como para os clientes que assistiram a cena. “Desrespeito com o estado gestacional, e até mesmo falta de solidariedade”, registrou na decisão.

Para a julgadora o fato de uma funcionária ser alvo de assédio moral pelos próprios colegas por estar grávida é inadmissível. Da mesma

forma, o fato de o ambiente de trabalho se tornar local de sofrimento para a trabalhadora não poderia ter sido permitido pela empresa.

Outro caso foi julgado pela 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região que reconheceu a rescisão indireta do contrato de trabalho de uma empregada vítima de assédio moral por estar grávida. A decisão reforma sentença da 14ª Vara do Trabalho de Porto Alegre condenando a empregadora ao pagamento de indenização à empregada.

A situação fática era que a supervisora da empresa xingava publicamente a reclamante, com ameaças de agressões relacionadas a sua condição de gestante. Para os desembargadores, a conduta da supervisora, extrapolou o poder de gestão e organização do trabalho.

Segundo informações dos autos, a reclamante foi admitida em fevereiro de 2011 e trabalhou até fevereiro de 2012, ocasião em que se afastou por motivo de férias e decidiu ajuizar a ação pleiteando a rescisão indireta do contrato. Em suas alegações, afirmou sofrer assédio moral por parte da gerente desde o momento em que a empresa teve ciência da sua gravidez. Declarou que a supervisora a xingava na frente de colegas e clientes e ameaçava agredi-la caso ouvisse o barulho das suas sandálias arrastando no chão, já que, por estar grávida, seus pés inchavam e ela sentia dificuldades para caminhar. Disse também que a gerente implicava com seu jeito de sentar, já que precisava de uma cadeira diferente também em virtude da gestação. Declarou ter ouvido da gerente a frase "vou mandar pessoas que já não gostam de ti te pegar" e que, em caso de reclamatória trabalhista, seria mais uma a ser vencida pela empresa.

Uma das depoentes relatou ter ouvido a supervisora afirmar que ia bater na reclamante caso ela continuasse a arrastar os pés ao caminhar.

Em outro relato, uma colega da trabalhadora afirmou que as ações trabalhistas eram tidas como troféus na empresa e que "uma a mais não faria diferença", segundo os prepostos da reclamada.

Em muitos casos a trabalhadora gestante é vista como ônus pela empresa, que passa a destratar-la com o objetivo de forçar um pedido de demissão e a conseqüente desobrigação quanto à estabilidade prevista para a empregada grávida. De acordo com a Relatora do caso acima narrado: "No caso, resta evidente que a gerente passou a implicar com atitudes simples da reclamante, como o caminhar e o sentar, para desestabilizá-la nesse período de gestação, tendo logrado êxito em sua ambição, pois a reclamante teve recomendado afastamento do trabalho por oito dias e encaminhamento psicológico", salientou a julgadora.

Neste contexto, fica a gestante, submetida a estas situações, com o psicológico abalado atrapalhando, também a gestação, pois como é de conhecimento notório, gestantes têm que evitar alguns aborrecimentos afim de que a gravidez seja saudável, tanto para si quanto para o bebê.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do estudo elaborado conclui-se que as mulheres ainda são vítimas de uma sociedade repressora e intolerante para algumas situações naturais.

A mulher possui diversos papéis na sociedade, ocupando funções primordiais, dentre as quais o da mulher-trabalhadora-mãe-esposa. A humanidade somente progrediu, e evolui, em virtude do papel que a esta ocupa, de não ser somente procriadora, mas também de colaborar ativamente para o desenvolvimento da espécie humana.

Como todo ser humano, a mulher é detentora de direitos, deveres e obrigações para com a sociedade, assim como a sociedade para com as mulheres. Os sistemas normativos seguem uma tendência mundial de elevar as condições da mulher, evitando discriminações, quer por políticas públicas, quer por ações sociais concretas, mas ainda assim acontecem tais discriminações.

As empresas aproveitam da situação frágil da gestante para impô-la uma condição desagradável, muitas vezes vexatória, ostensiva, prejudicando-lhe emocional e moralmente.

Muito ainda há o que fazer, visto que mesmo com políticas protetivas à gestante, esta sofre apenas por sua fisiologia. As condenações à indenização são um grande passo para a evolução dos direitos femininos.

A gravidez é fato objetivo provado mediante exame médico que ateste que a concepção se deu antes da data da despedida, e, independe da ciência prévia do empregador ou até mesmo da empregada, cabendo ao empregador cuidar para que esta seja tratada com dignidade, respeitando os princípios constitucionais.

O problema da maternidade no trabalho apresenta-se mais tendo origens em fatores culturais, históricos, sociais, do que legislativos propriamente. A legislação, vem evoluindo a passos largos no que tange o trabalho feminino, porém, nem todas as alterações e proposições legais são suficientes para mudar alguns preconceitos que se referem às mulheres.

A trabalhadora gestante que se vê na situação de assédio moral, possui uma tristeza presumível, já que a relação de emprego deixa de ser

fonte de emancipação e realização pessoal para se transformar em um calvário, fonte de sofrimento e desgosto.

A ordem econômica mundial que proporcionou ao homem todo conforto possível tornou-o escravo do trabalho, fazendo com que, em alguns casos, sofrimento e trabalho caminhem juntos.

O que as empresas não percebem é que o assédio moral dentro do ambiente de trabalho é um fenômeno destruidor, não só diminuindo a produtividade, como também favorecendo as absenteísmo, devido as desgastes psicológicos que provoca.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, LUIZ CARLOS. **Assédio moral.**

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI116724,21048-Assedio+moral>>. Acesso em: 23-07-2013.

BARRETO Margarida, Psicóloga – **Uma Jornada de Humilhações.** Dissertação mestrado em Psicologia Social – PUC São Paulo 2000.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 5ª Ed. Editora LTr São Paulo, 2009.

_____, Alice Monteiro de. **A mulher e o direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 1995.

BRASIL, **Atos das Disposições Constitucionais Transitórias,** Brasília, DF: Senado Federal; 1988

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal; 1998.

BRASIL, **Consolidação das Leis do Trabalho,** Brasília, DF: Senado Federal; 1943.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Edição. São Paulo: LTR, 2010.

FERNANDES. Leangem Fernanda Barbosa de Brito Fernandes. **A garantia constitucional de emprego da empregada gestante como direito fundamental irrenunciável**. <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5462> Acesso em 25-08-2013

GUEDES Márcia Novaes, **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo: LRT, 2003

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral: Assédio Moral a violência perversa no cotidiano** - tradução de Maria Helena Kuhner. 4ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23ª ed. Editora Atlas S.A. São Paulo, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24ª ed. Editora Saraiva, [S.I.] 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da S. **História do Trabalho e do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro, “**O Assédio Moral no Ambiente do Trabalho**”, Revista LTr, 68-07/922

PEREIRA, Natalia. **Aspectos relevantes a cerca da proteção a maternidade**. < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10562> Acesso em 08-08-2013.

RUFINO Regina Célia Pezzuto, **Assédio Moral no Âmbito da Empresa**. São Paulo: LTR. 2006.

TRABALHADORA QUE SOFREU ASSÉDIO MORAL POR ESTAR GRÁVIDA TEM RECONHECIDA RESCISÃO INDIRETA. Disponível em <<http://www.normaslegais.com.br/trab/1trabalhista130313.htm>>.

Acesso em 03-09-2013

NOTAS:

[1] HIRIGOYEN M.F., Assédio Moral a Violência Perversa no Cotidiano, 2000, p.65.

[2] BARROS, Alice Monteiro de. A mulher e o direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1995.p.39

A ATUAÇÃO DO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA E DO ADVOGADO GERAL DA UNIÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO, EM ESPECIAL AA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

FRANCISCO DE ASSIS SIQUEIRA SANTOS JÚNIOR: Professor. Acadêmico - Faculdade Assis Gurgacz.

Rodrigo Arejano Vaucher : Docente orientador – Faculdade Assis Gurgacz Curso de Direito.

RESUMO: O controle de constitucionalidade teve sua origem nos Estados Unidos da América, no ano de 1803, com o julgamento do caso “Marbury x Madison”. Tal instrumento surgiu da necessidade de se adequar leis e atos normativos aos mandamentos constitucionais, que, em razão de sua rigidez e supremacia, não podem ser contrariados, constituindo-se, portanto, garantias ao cidadão contra os abusos cometidos por agentes ou instituições. Em outras palavras, os mecanismos de controle de constitucionalidade afastam a aplicação de normas incompatíveis com o texto constitucional e com as garantias aos cidadãos ali previstas. Neste sentido, para que se possa analisar o cerne deste trabalho, se faz necessário traçar as linhas gerais do controle de constitucionalidade no Brasil, em especial quanto à atuação do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República (conforme artigos 128, §2º e 131 ambos previstos na Constituição Federal de 1988). Ademais, o objetivo deste trabalho é analisar decisões do Supremo Tribunal Federal, a partir das quais fica definida a atuação, destas autoridades, nas ações do controle de constitucionalidade concentrado, em especial em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade Concentrado. A o Direta de Inconstitucionalidade. Procurador Geral da República. Advogado Geral da União.

THE PERFORMANCE OF THE PGR AND THE AGU IN THE CONCENTRATE ON CONSTITUTIONALITY CONTROL, PARTICULARLY IN ADI

Abstract: The judicial review had its origin in the United States of America in the year 1803, with the trial of the case "Marbury Madison x". This instrument came from the need to adapt laws and normative acts to constitutional commandments, which, because of its rigidity and supremacy can not be contained, becoming thus guarantees the citizen against the abuses committed by agents or institutions. In other words, the judicial review mechanisms exclude the application of inconsistent standards with the Constitution and with the guarantees set forth therein to citizens. In this sense, to be able to analyze the core of this work, it is necessary to trace the outlines of judicial review in Brazil, especially regarding the role of the Attorney General of the Republic and the Attorney General (as Article 128, paragraph 2 and 131 both in the Federal Constitution of 1988). Moreover, the aim of this study is to analyze the various decisions of the Supreme Court, from which is defined the actions, mandatory or not, these authorities, the control action of concentrated constitutionality, especially in Direct Action headquarters of unconstitutionality (ADI).

KEYWORDS: Constitutional Control Concentrate. Direct action of unconstitutionality. Attorney General. Union General Counsel.

1. INTRODU O

O presente estudo possui como tema principal apontar a atua o do Procurador-Geral da República (PGR) e do Advogado Geral da União (AGU) no controle concentrado de constitucionalidade, mais notadamente na A o Direta de Inconstitucionalidade (ADI).

Para atingir o intuito desejado, entende-se necessário, primeiramente, tecer breves comentários acerca do que vem a ser o controle de constitucionalidade, bem como o surgimento deste instrumento neste país.

Realizada esta primeira explanação, busca-se com a presente abordagem entender qual o papel exercido pelo do PGR e pelo AGU, no controle de constitucionalidade concentrado, e ainda constatar a existência de mutação constitucional frente à atuação deste último, mais notadamente na ADI.

Preceitua o art. 131 da Constituição Federal de 1988 (CF/88) que o AGU tem o poder-dever de, diretamente ou através de órgão vinculado, representar a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Portanto, nas palavras da Constituição, sua função é vinculada, ou seja, não cabe ao AGU atuar de maneira livre e independente.

Ocorre que, em que pese norma expressamente prevista na Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal (STF), visando maior celeridade no julgamento das ações judiciais e economia processual, tem mudado o entendimento quanto ao poder-dever de atuação do AGU nas ADI's, passando a dispensar sua atuação, caso já tenha fixado entendimento pela inconstitucionalidade de determinada norma, ou se esta ofender interesses da União.

Quanto à figura do PGR, o texto Constitucional é mais flexível - artigo 128, §1º da CF/88 – visto que lhe atribui função precípua de Chefe do Ministério Público da União, dando-lhe completa liberdade de atuação no controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, VI da CF/88), sendo, inclusive, legitimado para propor quaisquer de suas ações de forma livre e independente, e até de mudar de opinião quando chamado a se posicionar sobre a ação que ele houvera entrado.

Assim sendo, procura-se com o presente artigo, e a partir da análise e demonstra o de estudos doutrinários e de decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, definir as atua es do PGR e do AGU no controle concentrado de constitucionalidade, notadamente, em sede de A o Direta de Inconstitucionalidade, bem como ratificar a muta o constitucional sofrida pelo art. 131, caput da Constitui o Federal que define a atua o do AGU.

2. SUPREMACIA DA CONSTITUI O FEDERAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O reconhecimento tanto do caráter normativo quanto da supremacia da constitui o no ordenamento jurídico (princípio da supremacia constitucional) fez com que o direito constitucional se tornasse, automaticamente, objeto da tutela jurisdicional. E,   medida que controvérsias ligadas   aplica o da constitui o vieram a ser judicializadas, aumentou a necessidade de criar instrumentos e técnicas de direito processual que permitissem concretizar a primazia jurídica da constitui o (BERNARDES e VIANNA – 2011).

Ou seja, quando falamos em constitui o, imaginamos uma lei, ou um ato normativo que esta em um patamar hierárquico superior, sendo que esta funciona como fundamento de validade para todo ordenamento jurídico. Contudo, em que pese tal entendimento, atualmente, seja uma obviedade, resultou de uma constru o histórica, doutrinária e jurisprudencial.

Neste sentido ensina o Professor José Afonso da Silva^[i]: “Em síntese, a constitui o   o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”.

Sendo assim, o legislador constituinte originário criou mecanismos por meio dos quais se controlam os atos normativos, verificando sua adequa o aos preceitos previstos da “Lei Maior”. Trata-se do Princípio da Supremacia da Constitui o (LENZA – 2012). Tal princípio, nos dizeres do Professor José Afonso da Silva^[ii], reputado por Pinto Ferreira,   como “a pedra angular, em que se

assenta o edifício do moderno direito político”. Desse princípio, ensina ainda o renomado doutrinador:

[...] resulta na *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a *incompatibilidade vertical* resolve-se em favor das normas de grau mais elevado que funcionam como fundamento de validade das inferiores.

Significa dizer, portanto, que a Constituição ocupa o vértice do sistema jurídico no país, ou seja, está no ápice da pirâmide orientando e iluminando os demais atos normativos (LENZA – 2012). E não poderia ser diferente, pois, é nela que se encontram a estruturação estatal, a organização de seus órgãos, e os poderes e suas normas fundamentais.

Diante disso, verifica-se que o controle de constitucionalidade é o mecanismo criado pelo legislador constituinte originário para a garantia da supremacia da “Lei Maior” em face de qualquer outro ato normativo, tendo como requisitos essenciais uma Constituição rígida e a existência de um órgão responsável por resolver os conflitos que envolvam constitucionalidade (BERNARDES e VIANNA – 2011).

Assim, nada mais é do que a verificação da compatibilidade vertical, que deve existir entre a Constituição Federal e as demais normas infraconstitucionais, tendo por pressupostos o princípio da supremacia da Constituição Federal, bem como a rigidez constitucional.

Posto isto, importante salientar que alguns requisitos são exigidos para que se possa falar em controle de constitucionalidade de normas infraconstitucionais e atos normativos, sendo eles (FACHIN, 2012):

01. A existência de uma Constituição escrita;
02. A compreensão da Constituição como lei fundamental;
03. A existência de pelo menos um órgão dotado de competência para declarar inválida a norma contrária à constituição.

Como anota Gilmar Ferreira Mendes *apud* Jorge Miranda^[iii]:

[...] constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido [...] Não se cuida, porém, de uma relação lógica ou intelectual, adverte o mestre português, mas de uma relação de caráter normativo e valorativo.

Sendo assim, verifica-se que não se podem entender os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade tão somente pelo prisma de conformidade ou inconformidade com a Constituição.

Assim, tomando de empréstimo a expressão de Bittar, dir-se-á que constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer em sanção – de nulidade ou de anulabilidade – por desconformidade com o ordenamento constitucional (MENDES; BRANCO, 2014).

Segundo Jüren Habermas^[iv]: “a concretização do direito constitucional, através de um controle judicial da constitucionalidade serve, em ultima instância, para a clareza do direito e para a manutenção de uma ordem jurídica coerente”.

Conforme ensinam Juliano Tavares Bernardes e Olavo Augusto Vianna^[v]:

“O controle de constitucionalidade tem por fundamento teórico a defesa do princípio da supremacia constitucional [...] A partir do momento que se atribuem às normas constitucionais hierarquia normativa superior, é necessário garantir que os atos contrários à constituição não produzam os mesmos efeitos que normalmente produziriam, sob pena de se converter a supremacia da constituição em simples instrumento de retórica. Daí, ser preciso não só verificar os casos de incompatibilidade constitucional, como também, eventualmente depreciar as consequências jurídicas daqueles atos considerados inconstitucionais”

Ou seja, uma vez aplicada à supremacia constitucional, faz-se necessário garantir, na prática, que as demais normas infraconstitucionais não produzam efeitos contrários à norma superior, evitando-se as consequências jurídicas da aplicação de normas inconstitucionais, objetivando-se, a segurança jurídica.

Finalmente, conforme ensina o Professor Rafael Cristiano Brugnerotto^[vi] sobre a força e supremacia da Constituição:

O controle da constitucionalidade se materializa através do processo, que é instrumento para garantir a supremacia da Constituição, visa prevenir ou reprimir a produção de normas jurídicas, e seus consequentes efeitos, sempre que estas estiverem em posição de inadequação face à Carta Magna. Este controle incide

sobre princípios, objetivos, os requisitos formais da lei ou do ato normativo; incide sobre a competência do órgão produtor, a forma e o procedimento observados na produção; como incide também sobre o conteúdo substancial dos mesmos, ou seja, sua conformidade aos princípios, objetivos, direitos e garantias consagradas pela Constituição [...]

Diante do que foi exposto, verifica-se, portanto, que controle de constitucionalidade é a verificação da compatibilidade vertical que necessariamente deve existir ente as normas infraconstitucionais e a Constituição Federal, prevalecendo-se esta, em razão do Princípio da Supremacia da Constituição, com o intuito de manter a ordem jurídica e garantir a aplicação dos direitos e garantias fundamentais previstas na Carta Magna.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

O controle judicial de constitucionalidade costuma ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso, modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu controlado. O que, inicialmente, eram concepções, aparentemente, excludentes, acabaram por ensejar o surgimento de modelos mistos dos sistemas básicos (MENDES; BRANCO, 2014).

Assim, verifica-se que o controle jurisdicional, aquele exercido por órgão do Poder Judiciário pode ser classificado didaticamente em:

- a) Controle Austríaco ou Europeu, também chamado de controle concentrado;
- b) Controle Americano, também chamado de controle difuso;
- c) Controle misto.

O renomado doutrinador e Exmo. Ministro do Supremo Tribunal Federal, senhor Gilmar Mendes, explica que o controle misto de constitucionalidade

congrega os dois sistemas de controle, tanto o difuso, quanto o concentrado. Neste sentido, ensina que [viii](#):

Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Talvez os exemplos mais eminentes desse modelo misto sejam o modelo português, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição, e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva), da competência do Supremo Tribunal Federal.

Verifica-se, portanto, que o Brasil adotou o modelo misto de controle judicial de constitucionalidade, no qual se somam o tradicional modelo difuso, adotado para os casos individuais concretos, e o modelo concentrado, realizado por intermédio das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Ademais, verifica-se que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o sistema de controle de constitucionalidade sofreu importante reforma. Sendo

assim, em que pese o texto constitucional tenha preservado o modelo tradicional de controle de constitucionalidade “incidental” ou “difuso”, é certo que a adoção de outros instrumentos, como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade, conferiu um novo perfil ao nosso sistema de controle de constitucionalidade (MENDES; BRANCO, 2014).

O professor e doutrinador Pedro Lenza^[viii] destaca que:

O controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo recebe tal denominação pelo fato de “concentrar-se” em um único tribunal. Podendo ser verificado em cinco situações:

- a) ADIn ou ADI (ação direta de inconstitucionalidade) genérica – art. 102, I “a”;
- b) ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental) – art. 102, §1.º;
- c) ADIn por omissão – art. 103, §2.º;
- d) ADIn interventiva – art. 36, III (com modificações introduzidas pela EC 45/04);
- e) ADECON ou ADC (ação declaratória de constitucionalidade) – art. 102, I, “a”, e as alterações introduzidas pelas EC’s ns. 3/93 e 45/04.

O controle objetivo, abstrato ou concentrado tem for finalidade declarar a inconstitucionalidade do ato normativo, visando à proteção da Constituição, e não a um interesse particular. O controle, geralmente é realizado por um órgão jurisdicional apenas, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal, e deve ser provocado por meio de alguns instrumentos processuais, como a ADI, ADC, ADI por omissão (FACHIN, 2012).

Verifica-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro contém vários instrumentos processuais específicos utilizados para proteger a Constituição Federal, sendo fundamental analisar com mais afinco a Ação Direta de Inconstitucionalidade, para que se possa, então, adentrar ao tema específico deste trabalho.

3.1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Objeto maior de nossa exposição, a ação direta de inconstitucionalidade genérica, busca o controle de constitucionalidade de ato normativo, ou seja, a subsunção deste ato aos preceitos constitucionais, tornando-se um controle geral, impessoal e abstrato.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. (MENDES; BRANCO, 2014).

A ação direta de constitucionalidade foi introduzida no direito brasileiro pela Emenda Constitucional nº 16 de 26 de novembro de 1965. Assim, teve início o controle abstrato de constitucionalidade no Brasil, pois por meio da ADI, realiza-se um controle de constitucionalidade abstrato, concentrado e repressivo. As normas que regem essa ação estão previstas na Constituição Federal, mais precisamente nos artigos 102, I, “a” e “p”; 103, I a X, §§1º e 3º; e na Lei nº 9.868/99. (FACHIN, 2012).

A ação direta de inconstitucionalidade foi a primeira ação do controle concentrado abstrato, instituída no direito brasileiro, visando tutelar a ordem constitucional objetiva, por meio da instauração, no Supremo Tribunal Federal, de um processo de fiscalização abstrato (MASSON, 2015).

Nas palavras de Pedro Lenza^[ix]:

Ao contrário da via de exceção ou defesa, pela qual o controle (difuso) se verificava em casos concretos e incidentalmente ao objeto principal da lide, no controle concentrado a representação de inconstitucionalidade, em virtude de ser em relação a um ato normativo em tese, tem por objeto principal a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado. O que se busca saber, portanto, é se a lei (*lato sensu*) é inconstitucional ou não, manifestando-se o Judiciário de forma específica sobre o aludido objeto. A ação direta, portanto, nos dizeres da Professora Ada Pellegrini Grinover, “tem por objeto a própria questão da inconstitucionalidade, decidida *principaliter*”. Em regra, através do controle concentrado, almeja-se expurgar do sistema lei ou ato normativo viciado (material ou formalmente), buscando-se, por conseguinte, a invalidação da lei ou ato normativo.

Na mesma esteira, destaca Rafael Brugnerotto^[x]:

O controle concentrado da constitucionalidade é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, quando da análise de lei ou ato normativo federal em conflito com a Constituição Federal, e através dos Tribunais de Justiça dos Estados, em casos de inobservância normativa da respectiva Constituição Estadual. Não existe controle de constitucionalidade concentrado de lei municipal, podendo o impasse apenas ser solucionado através do sistema difuso.

Tal mecanismo de controle de constitucionalidade tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual

(art. 102, I, "a" da CF). De acordo com a ADI 594-DF, só podem ser objeto de controle perante o STF leis e atos normativos federais ou estaduais. Assim, as súmulas e as jurisprudências não possuem o grau de normatividade qualificada, não podendo, portanto, serem questionadas perante o Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade.

Ademais, não podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, os seguintes atos normativos: a) atos normativos secundários; b) leis e atos de efeitos concretos; c) leis anteriores a Constituição em vigor; d) lei que tenha sido revogada; e) lei municipal em face da Constituição Federal; f) proposta de emenda constitucional ou projeto de lei (FACHIN, 2012).

Segundo o renomado Professor Alexandre de Moraes^[xi], os atos normativos podem ser:

- a) resoluções administrativas dos Tribunais;
- b) atos estatais de conteúdo meramente derogatório, como as resoluções administrativas, desde que incidam sobre atos de caráter normativo.

Valendo-se ainda das palavras de Castanheira A. Neves, o autor observa que poderá ser objeto de controle qualquer "ato revestido de indiscutível caráter normativo", motivo pelo qual os regimentos internos dos tribunais são incluídos nesta lista.

Percebe-se, portanto, que o objeto da ADI genérica é a lei ou ato normativo que se mostrarem incompatíveis com a Constituição Federal, constituindo em leis todas as espécies normativas do art. 59 da CF/88^[xii], quais sejam: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções^[xiii].

Os legitimados para propor a ADI estão previstos nos incisos do artigo 103 da CF, sendo eles:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Já a legitimidade passiva, segundo o Exmo. Ministro do STF Luis Roberto Barroso[xiv], “recai sobre os órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou pelo ato normativo objeto da ação, aos quais caberá prestar informações ao relator do processo no prazo de trinta dias”.

Quanto aos efeitos da decisão definitiva sobre mérito da ação direta de inconstitucionalidade, estas têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação a todos os órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta ou indireta. Por fim, verifica-se que da decisão do Supremo Tribunal Federal, que declara a inconstitucionalidade do ato normativo ou da lei, é irrecorrível, não podendo ser atacada mediante recurso (FACHIM, 2012).

3.1.1. A ATUAÇÃO DO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA E DO ADVOGADO GERAL DA UNIÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO ATRAVÉS DE ADI

Realizados estes breves comentários acerca da supremacia da Constituição e do controle de constitucionalidade no Brasil, em especial, através das ações diretas de inconstitucionalidade adentramos ao ponto principal deste trabalho. Isto posto, busca-se entender o papel exercido pelo do Procurador Geral da República e pelo Advogado Geral da União, no controle de constitucionalidade concentrado, e ainda constatar a existência de mutação constitucional frente à atuação deste último, mais notadamente na ADI.

Nas ações diretas de inconstitucionalidade, com tramitação no Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido (art. 103, §1º da CF). Por outro lado, quando apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, o STF citará, previamente, o Advogado-Geral da União. Este, ao atuar no processo, deverá defender o ato ou texto impugnado (FACHIM, 2012).

Verifica-se, desta forma, que tanto o PGR quando o AGU desempenham papéis essenciais no controle de constitucionalidade em âmbito concentrado.

Ademais, preceitua o artigo 8º da Lei nº 9.868/99, que “decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias”.

Independentemente do procedimento adotado, com ou sem pedido de liminar, decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente o AGU e o PRG que deverão manifestar-se no prazo de quinze dias. Importante salientar, ainda, que a lei supramencionada contém disposição (art. 12 da Lei nº 9.868/99[xv]) que autoriza o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e segurança jurídica, a submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação

do AGU e do PGR, sucessivamente, no prazo de cinco dias (MENDES; BRANCO, 2014).

Primeiramente, quanto à figura do Procurador-Geral da República, o texto Constitucional é mais flexível, visto que, no artigo 128, §1º da CF/88 lhe atribui função precípua de Chefe do Ministério Público da União, dando-lhe completa liberdade de atuação no controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, VI da CF/88), sendo, inclusive, legitimado para propor quaisquer de suas ações de forma livre e independente, e até de mudar de opinião quando chamado a se posicionar sobre a ação que ele houvera entrado.

As Constituições de 1967 e 1969 outorgaram ao Procurador-Geral da República o monopólio de ação, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas “*difusos*” ou “*incidentes*” de controle de constitucionalidade.

Atualmente, todavia, com o aumento do rol de legitimados para propositura de ações de controle de constitucionalidade reduziu-se o controle incidental ou difuso, como ensina Gilmar Mendes^[xvii]:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Assim, verifica-se que hoje o Procurador-Geral da República além de ser um dos legitimados universais, previsto no artigo 103 da CF/88, para propositura da ADI, deverá ser ouvido em todas as ações que tramitam perante o Supremo

Tribunal Federal, oportunizando, assim, o conhecimento do PGR de todas as questões que estão em debate na Suprema Corte, permitido que desempenhe sua tarefa de defensor da Constituição - *custus constitutionais* (MASSON, 2015).

Ademais, sua participação deverá ser imparcial na defesa da Constituição da República, podendo se manifestar tanto pela constitucionalidade, quanto pela inconstitucionalidade da norma, a depender das circunstâncias do caso. Ademais, o parecer do PGR é meramente opinativo, ou seja, não vincula os Ministros do Supremo Tribunal (MASSON, 2015).

Quanto ao Advogado-Geral da União, preceitua o art. 131 da Constituição Federal de 1988 que o AGU tem o poder-dever de, diretamente ou através de órgão vinculado, representar a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Portanto, nas palavras da Constituição, a função do Advogado-Geral da União é vinculada, ou seja, não cabe ao AGU atuar de maneira livre e independente.

Nesse sentido, ensina Nathalia Masson^[xvii]:

Em conformidade com o que preceitua o artigo 103, §3º da CF/88, deverá ser citado para defender o ato ou texto impugnado, desempenhando, pois o papel de curador da presunção de constitucionalidade da norma, vale dizer, de *defensor legis*. No exercício dessa tarefa, defenderá tanto as leis (e os demais atos normativos) federais, quanto os estaduais. O AGU será ouvido logo após o término do prazo das informações que serão prestadas pelos órgãos ou autoridades das quais emanou o comando normativo impugnado, sendo seu prazo de manifestação de quinze dias (art. 8º da Lei nº 9.868/99).

Ocorre que, em que pese norma expressamente prevista na Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, visando maior celeridade no julgamento das ações judiciais e economia processual, tem mudado o entendimento quanto ao poder-dever de atuação do AGU nas ADI, passando a dispensar sua atuação, caso já tenha fixado entendimento pela inconstitucionalidade de determinada norma, ou se esta ofender interesses da União.

Quanto a esta mutação de entendimento Constitucional, ensina Gilmar Mendes^[xviii]:

Assinale-se, ainda, quanto à manifestação do Advogado-Geral da União, que, diferentemente do que decorre da literalidade do art. 103, § 3º – citação para defesa do ato impugnado –, não está ele obrigado a fazer defesa do ato questionado, especialmente se o Supremo Tribunal Federal já se tiver manifestado em caso semelhante pela inconstitucionalidade.

Neste sentido, também explica Nathalia Masson^[xix]:

A jurisprudência do STF manteve-se estável durante muitos anos na compreensão de que não era possível ao AGU opinar pela inconstitucionalidade na norma impugnada em hipótese alguma, sob pena de desrespeito à sua missão constitucionalmente indicada (de defensor da norma, prevista no já citado dispositivo constitucional art. 103, §3º). Descarte, por mais evidente que fosse a inconstitucionalidade do dispositivo, por mais flagrante fosse a incompatibilidade da norma com o documento constitucional, não era permitido ao Advogado-Geral da União recusar-se a defendê-la. Paulatinamente, no entanto, o STF foi modificando seu entendimento sobre essa matéria, passando a flexibilizar

referida regra, isto é, compreendendo com temperamentos. Em síntese, decidiu a corte que o AGU tem certa autonomia na atuação, existindo casos que justifiquem sua opção pela inconstitucionalidade da lei de acordo com sua livre percepção jurídica do assunto.

Diante disso, verifica-se que há essa mutação constitucional, não exigindo a atuação normal do AGU, quando a lei contrariar os interesses da União ou quando a própria corte do Supremo já houver se manifestado pela inconstitucionalidade de referida norma.

Em sede de julgamento da ADI 3.916 a maioria dos ministros do STF entendeu que a AGU tem autonomia para agir. “A AGU manifesta-se pela conveniência da constitucionalidade e não da lei”, disse a ministra Cármen Lúcia. Para o ministro Carlos Britto, a Advocacia-Geral deveria ter a oportunidade de escolher como se manifestar, “conforme a convicção jurídica” completou o ministro Cezar Peluso^[xx].

Segundo Olavo Ferreira^[xxi]:

[...] apesar da literalidade do §3º do art. 103 da Constituição, recente julgado do STF modificou a interpretação do dispositivo. A Corte já havia decidido que o Advogado-Geral da União não estava obrigado a defender tese jurídica sobre a qual o STF já tivesse fixado “entendimento pela sua inconstitucionalidade” (ADIn 1.616/PE). Porém, em julgamento de 7-10-2009, o **STF aboliu** de vez a obrigação nitidamente estabelecida pelo §3º do art. 103 da Constituição, para entender que o Advogado-Geral da União dispõe de “autonomia funcional” para avaliar se irá ou não defender a constitucionalidade do ato impugnado (v. QO na ADIn 3.916/DF).

Diante disso, verifica-se que várias foram as decisões proferidas pelos Ministros do STF no qual se entendeu que, mesmo contrariando norma expressa prevista na Constitui o Federal, o Advogado-Geral da União, atualmente, não   obrigado a defender tese jurídica sobre a qual o próprio Supremo já tenha fixado entendimento pela inconstitucionalidade, bem como, possui autonomia funcional para avaliar se irá ou não defender a constitucionalidade de ato impugnado.

4. CONCLUSÕES/CONSIDERA ES FINAIS

Procurou-se com o presente artigo e a partir da análise e demonstra o de estudos doutrinários e de decisões jurisprudenciais do STF, definir as atua es do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União no controle concentrado de constitucionalidade, mas especificamente em sede de A o Direta de Inconstitucionalidade.

Posto isto, analisou-se decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ADI, as quais proporcionaram muta o constitucional ao  3  do art. 131, da Constitui o Federal o qual define a atua o do AGU.

Constatou-se assim, portanto, que mesmo contrariando norma expressa prevista na Constitui o Federal, o STF entendeu que o Advogado-Geral da União, não   obrigado a defender tese jurídica sobre a qual o próprio Supremo já tenha fixado entendimento pela inconstitucionalidade, bem como, possui autonomia funcional para avaliar se irá ou não defender a constitucionalidade de ato impugnado.

REFERÊNCIAS

____ **AGU pode se negar a defender Ente Público.** Notícia. Disponível em:
<http://www.conjur.com.br/2009-out-08/agu-negar-defender-cao-uniao-concordar-acao>

Acesso dia 12/06/2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a constru o do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 255.

BRASIL, TV Justiça do. **Atuação do PGR e AGU no Controle de Constitucionalidade** - Nathalia Masson - Prova Final. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 19 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=25328.40114&seo=1>>.

Acesso em: 09 nov. 2012.

BRUGNEROTTO, Rafael Cristiano. **Ações Penais Constitucionais** 1ª ed. – São Paulo – Lawbook, 2009

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 956)

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Acesso em 16/04/2014.

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERREIRA, O. **STF: O Advogado Geral da União na ADI – breves considerações**. Disponível em:

<http://olavoalvesferreira.jusbrasil.com.br/artigos/121938563/stf-o-advogado-geral-da-uniao-na-adi-breves-consideracoes>

Acesso 12/06/2015

HABERMANS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional** 6ª Ed.- São Paulo – Podivm 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª Ed. – São Paulo – Saraiva, 2012.

MASSON, N. – **Manual de Direito Constitucional** – 03^o Ed. – Salvador, 2015.
Ed. JusPODIVM.

MENDES, G. F. e BRANCO, P. G. G. – **Curso de Direito Constitucional** - São Paulo, 2014. Ed. Saraiva – 09^o Edi o.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de Constitucionalidade** 8^o ed. – Rio de Janeiro – Método, 2008.

Notas:

[i] José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, 2005, p. 37

[ii] José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, 2005, p. 47 e 49

[iii] MENDES, Gilmar Ferreira e Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** - São Paulo, 2014. Ed. Saraiva – 09^o Edi o pag. 1446 *apud* Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, cit., p. 273-274.

[iv] HABERMANS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 01 p. 302.

[v] Bernardes, Juliano T e Vianna, Olavo A, Teoria da constitui o e controle de constitucionalidade, p. 301

[vi] Brugnerotto, Rafael Cristiano, A o es Penais Constitucionais, 2009, p. 45

[vii] MENDES, Gilmar Ferreira e Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** - São Paulo, 2014. Ed. Saraiva – 09^o Edi o.

[viii] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16^o Ed. – São Paulo – Saraiva, 2012.

[ix] Pedro Lenza, Direito constitucional esquematizado, 2008, p. 158

[x] Brugnerotto, Rafael Cristiano, A o es Penais Constitucionais, 2009, p. 47

[xi] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional – São Paulo: Atlas, 2014.

[xii] Art. 59. O processo legislativo compreende a elabora o de:

I - emendas   Constitui o; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resolu es.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

[xiii] Conforme advertem David Araújo e Serrano Nunes, “nem toda resolução ou decreto legislativo podem ser objeto de controle concentrado, já que podem não constituir atos normativos. Por exemplo, a resolução que autoriza o processo contra o Presidente da República, prevista no inciso I do art. 51 da Constituição, não está revestida de abstração e generalidade, o que impede o seu controle. Da mesma forma, a autorização para que o Presidente da República se ausente do País por mais de quinze dias, prevista no art. 49, III, não tem qualquer generalidade ou abstração, constituindo, portanto, ato concreto e impossível de ser controlado pelo poder concentrado” (Curso ..., cit., 4. Ed., p. 42)

[xiv] BARROSO, Luis Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 255.

[xv] Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

[xvi] MENDES, Gilmar Ferreira e Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** - São Paulo, 2014. Ed. Saraiva – 09º Edição.

[xvii] MASSON, N. – **Manual de Direito Constitucional** – 03º Ed. – Salvador, 2015. Ed. JusPODIVM.

[xviii] MENDES, Gilmar Ferreira e Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** - São Paulo, 2014. Ed. Saraiva – 09º Edição.

[xix] MASSON, N. – **Manual de Direito Constitucional** – 03º Ed. – Salvador, 2015. Ed. JusPODIVM.

[xx] <http://www.conjur.com.br/2009-out-08/agu-negar-defender-cao-uniao-concordar-acao>

[[xxi](#)] FERREIRA, O. **STF: O Advogado Geral da União na ADI – breves considerações.** Disponível em:
<http://olavoalvesferreira.jusbrasil.com.br/artigos/121938563/stf-o-advogado-geral-da-uniao-na-adi-breves-consideracoes> - Acesso 12/06/2015

AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE ESTUPRO

CLEIA ZILLE PEREIRA: Analista em direito do Ministério Público de Minas Gerais, pós graduada em direito administrativo e em direito penal.

A Lei n.º 12.015 de 07 de agosto de 2009, que alterou o Título VI, da Parte Especial do Código Penal, no tocante ao crime de estupro, assim dispôs:

“Art. 225 – Nos crimes definidos nos capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo Único: Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Assim, a ação penal pública condicionada à representação tornou-se a regra geral para os delitos contra a dignidade sexual e, a ação pública incondicionada, a exceção, tal como dispõe o citado paragrafo único do artigo 225 do CP, quando a vítima for menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável.

No tocante à questão da vulnerabilidade, se a vítima não for pessoa permanentemente vulnerável, a ação penal será publica condicionada à representação; contudo, tratando-se de vítima possuidora de incapacidade permanente, a ponto de não oferecer resistência aos atos libidinosos, a ação será incondicionada.

A propósito, é a lição de Cesar Roberto Bitencourt:

A confusa previsão da natureza da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e contra vítima vulnerável A Lei n. 12.015/2009, que alterou a redação do art. 225 do Código Penal, determina que a ação penal, para os crimes constantes dos Capítulos I e II do Título VI ("Dos Crimes contra a liberdade sexual" e "Dos crimes sexuais contra vulnerável", respectivamente), passa a ser pública condicionada à Documento: 37700959. Inverte, dessa forma, sua natureza, que era de exclusiva iniciativa privada. Contudo, paradoxalmente, o parágrafo único do mesmo dispositivo legal determina que a ação penal é pública incondicionada se a vítima for menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável, ou seja, na hipótese dos crimes previstos no Capítulo II do mesmo Título do Código Penal, o exercício da ação penal não depende de qualquer condição, contrariando a previsão do caput. Afinal, nos crimes sexuais contra vulnerável (Capítulo II) a ação penal será pública condicionada à representação, como determina o caput do questionado art. 225, ou será pública incondicionada, como afirma o seu parágrafo único? Trata-se de um dos aspectos de uma verdadeira

vexata quaestio deste Capítulo IV, que cuida das disposições gerais; o outro aspecto reside na contradição do ordenamento jurídico que, a pretexto de proteger um direito constitucionalmente tutelado - a liberdade sexual do cidadão -, restringe exatamente o exercício dessa liberdade, que era protegida pela natureza da ação penal de exclusiva iniciativa privada, pois reconhecia, nesses crimes, a prevalência do interesse individual em relação ao interesse público. (Tratado de Direito Penal, Parte Especial - Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual até os Crimes Contra a Fé Pública . 8ª ed., págs. 150/151)

Também é o que vem decidindo o STJ, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. WRIT IMPETRADO CONCOMITANTE À INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO.

VERIFICAÇÃO DE EVENTUAL COAÇÃO ILEGAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO.

VIABILIDADE. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE NOS DEPOIMENTOS COLETADOS POR MEIO DE AUDIOVISUAL. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO EM MOMENTO OPORTUNO. INEXISTÊNCIA DE

DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA, ADEMAIS, DE PREJUÍZO EVIDENTE. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. VULNERABILIDADE VERIFICADA APENAS NA OCASIÃO DA SUPOSTA OCORRÊNCIA DOS ATOS LIBIDINOSOS. VÍTIMA QUE NÃO PODE SER CONSIDERADA PESSOA PERMANENTEMENTE VULNERÁVEL, A PONTO DE FAZER INCIDIR O ART. 225, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. CRIME DE AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE INEQUÍVOCA MANIFESTAÇÃO DA VÍTIMA NO SENTIDO DE VER O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PROCESSADO. INEXISTÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. É inadmissível o emprego do habeas corpus em substituição ou concomitante a recurso ordinariamente previsto na legislação processual penal ou, especialmente, no texto constitucional (precedentes do STJ e do STF).

2. Apesar de se ter solidificado o entendimento no sentido da impossibilidade de utilização do habeas corpus como substitutivo do recurso cabível, o Superior Tribunal de Justiça analisa, com a devida

atenção e caso a caso, a existência de coação manifesta à liberdade de locomoção, não tendo sido aplicado o referido entendimento de forma irrestrita, de modo a prejudicar eventual vítima de coação ilegal ou abuso de poder e convalidar ofensa à liberdade ambulatorial.

3. Em se tratando de nulidade, necessária a demonstração do efetivo prejuízo, bem como a arguição em momento oportuno, sob pena de preclusão. Precedente.

4. Evidenciado que a defesa alegou o vício decorrente de cortes nos depoimentos de testemunhas de acusação, coletados por meio de audiovisual, apenas nas razões da apelação, não tendo demonstrado prejuízo indispensável ao reconhecimento da nulidade, não há falar em anulação da ação penal.

5. De acordo com o art. 225 do Código Penal, o crime de estupro, em qualquer de suas formas, é, em regra, de ação penal pública condicionada à representação, sendo, apenas em duas hipóteses, de ação penal pública incondicionada, quais sejam, vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

6. A própria doutrina reconhece a existência de certa confusão na previsão contida no art. 225,

caput e parágrafo único, do Código Penal, o qual, ao mesmo tempo em que prevê ser a ação penal pública condicionada à representação a regra tanto para os crimes contra a liberdade sexual quanto para os crimes sexuais contra vulnerável, parece dispor que a ação penal do crime de estupro de vulnerável é sempre incondicionada.

7. A interpretação que deve ser dada ao referido dispositivo legal é a de que, em relação à vítima possuidora de incapacidade permanente de oferecer resistência à prática dos atos libidinosos, a ação penal seria sempre incondicionada. Mas, em se tratando de pessoa incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos libidinosos, a ação penal permanece condicionada à representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha de evitar o *strepitus iudicii*.

8. Com este entendimento, afasta-se a interpretação no sentido de que qualquer crime de estupro de vulnerável seria de ação penal pública incondicionada, preservando-se o sentido da redação do caput do art. 225 do Código Penal.

9. No caso em exame, observa-se que, embora a suposta vítima tenha sido considerada incapaz de oferecer resistência na ocasião da prática dos atos

libidinosos, esta não é considerada pessoa vulnerável, a ponto de ensejar a modificação da ação penal. Ou seja, a vulnerabilidade pôde ser configurada apenas na ocasião da ocorrência do crime. Assim, a ação penal para o processamento do crime é pública condicionada à representação.

10. Verificada a ausência de manifestação inequívoca da suposta vítima de ver processado o paciente pelo crime de estupro de vulnerável, deve ser reconhecida a ausência de condição de procedibilidade para o exercício da ação penal.

11. Observado que o crime foi supostamente praticado em 30/1/2012, mostra-se necessário o reconhecimento da decadência do direito de representação, estando extinta a punibilidade do agente.

12. Writ não conhecido. Concessão de ordem de habeas corpus de ofício, para anular a condenação e a ação penal proposta contra o paciente.

(HC 276.510/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 01/12/2014)

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL.
WRIT IMPETRADO CONCOMITANTE À

INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
NÃO CABIMENTO.

VERIFICAÇÃO DE EVENTUAL COAÇÃO ILEGAL À
LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO.

VIABILIDADE. PRETENSÃO DE
RECONHECIMENTO DE NULIDADE NOS
DEPOIMENTOS COLETADOS POR MEIO DE
AUDIOVISUAL. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO EM
MOMENTO OPORTUNO. INEXISTÊNCIA DE
DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA,
ADEMAIS, DE PREJUÍZO EVIDENTE. COAÇÃO ILEGAL
NÃO DEMONSTRADA.

PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO
PENAL. VULNERABILIDADE VERIFICADA APENAS NA
OCASIÃO DA SUPOSTA OCORRÊNCIA DOS ATOS
LIBIDINOSOS. VÍTIMA QUE NÃO PODE SER
CONSIDERADA PESSOA PERMANENTEMENTE
VULNERÁVEL, A PONTO DE FAZER INCIDIR O ART.
225, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. CRIME DE AÇÃO
PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À
REPRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE INEQUÍVOCA
MANIFESTAÇÃO DA VÍTIMA NO SENTIDO DE VER O
CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PROCESSADO.
INEXISTÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE.
CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. É inadmissível o emprego do habeas corpus em substituição ou concomitante a recurso ordinariamente previsto na legislação processual penal ou, especialmente, no texto constitucional (precedentes do STJ e do STF).

2. Apesar de se ter solidificado o entendimento no sentido da impossibilidade de utilização do habeas corpus como substitutivo do recurso cabível, o Superior Tribunal de Justiça analisa, com a devida atenção e caso a caso, a existência de coação manifesta à liberdade de locomoção, não tendo sido aplicado o referido entendimento de forma irrestrita, de modo a prejudicar eventual vítima de coação ilegal ou abuso de poder e convalidar ofensa à liberdade ambulatorial.

3. Em se tratando de nulidade, necessária a demonstração do efetivo prejuízo, bem como a arguição em momento oportuno, sob pena de preclusão. Precedente.

4. Evidenciado que a defesa alegou o vício decorrente de cortes nos depoimentos de testemunhas de acusação, coletados por meio de audiovisual, apenas nas razões da apelação, não tendo demonstrado prejuízo indispensável ao

reconhecimento da nulidade, não há falar em anulação da ação penal.

5. De acordo com o art. 225 do Código Penal, o crime de estupro, em qualquer de suas formas, é, em regra, de ação penal pública condicionada à representação, sendo, apenas em duas hipóteses, de ação penal pública incondicionada, quais sejam, vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

6. A própria doutrina reconhece a existência de certa confusão na previsão contida no art. 225, caput e parágrafo único, do Código Penal, o qual, ao mesmo tempo em que prevê ser a ação penal pública condicionada à representação a regra tanto para os crimes contra a liberdade sexual quanto para os crimes sexuais contra vulnerável, parece dispor que a ação penal do crime de estupro de vulnerável é sempre incondicionada.

7. A interpretação que deve ser dada ao referido dispositivo legal é a de que, em relação à vítima possuidora de incapacidade permanente de oferecer resistência à prática dos atos libidinosos, a ação penal seria sempre incondicionada. Mas, em se tratando de pessoa incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos libidinosos, a ação penal permanece condicionada à

representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha de evitar o *strepitus judicii*.

8. Com este entendimento, afasta-se a interpretação no sentido de que qualquer crime de estupro de vulnerável seria de ação penal pública incondicionada, preservando-se o sentido da redação do caput do art. 225 do Código Penal.

9. No caso em exame, observa-se que, embora a suposta vítima tenha sido considerada incapaz de oferecer resistência na ocasião da prática dos atos libidinosos, esta não é considerada pessoa vulnerável, a ponto de ensejar a modificação da ação penal. Ou seja, a vulnerabilidade pôde ser configurada apenas na ocasião da ocorrência do crime. Assim, a ação penal para o processamento do crime é pública condicionada à representação.

10. Verificada a ausência de manifestação inequívoca da suposta vítima de ver processado o paciente pelo crime de estupro de vulnerável, deve ser reconhecida a ausência de condição de procedibilidade para o exercício da ação penal.

11. Observado que o crime foi supostamente praticado em 30/1/2012, mostra-se necessário o reconhecimento da decadência do direito de

representa o, estando extinta a punibilidade do agente.

12. Writ não conhecido. Concessão de ordem de habeas corpus de ofício, para anular a condena o e a a o penal proposta contra o paciente.

(HC 276.510/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 01/12/2014)

Assim, a interpreta o que Sexta Turmado STJ vem dando ao referido dispositivo legal seria no sentido de que, em se tratando de pessoa vulnerável, a a o penal   pública incondicionada. Em rela o   vítima vulnerável, possuidora de incapacidade permanente de oferecer resistência   prática dos atos libidinosos, a a o penal seria incondicionada. Em se tratando de pessoa incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos libidinosos, a a o penal permaneceria condicionada   representa o da vítima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Tratado de Direito Penal, Parte Especial - Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual até os Crimes Contra a F  Pública . 8  ed., págs. 150/151.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: RT, 2009.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável – a Lei 12.015/09. Disponível em www.jurid.com.br , acesso em 11.09.2009.

www.stj.jus.br

ANOTAÇÕES AO DECRETO Nº 7.404/2010: PONDERAÇÕES AO REGULAMENTO DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

Resumo: O meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se, em um primeiro contato, da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Além disso, pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. Nesta esteira, o parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio

ecologicamente equilibrado, preceituado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se desenvolve, enquanto indivíduo sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados.

Palavras-chaves: Meio Ambiente Artificial. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Sistema de Logística Reversa.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica do Direito Ambiental; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial; 4 Anotações ao Decreto nº 7.404/2010: Ponderações ao Regulamento da Política Nacional de Resíduos Sólidos.

1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica do Direito Ambiental

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 a ênfase reclamada, 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, em razão do burilado, 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, com cores quentes, 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.º. 1.856/RJ, em especial quando coloca em destaque que:

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 N.º 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 viventes. Consoante os ensinamentos de Silva, considera-se meio-ambiente como *“a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”*[\[10\]](#).

Nesta senda, ainda, Fiorillo[\[11\]](#), ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 4.029/, 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 da República Federativa do Brasil 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.

Assim, decorrente de tal fato, 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, o direito à interidade 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.

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, 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.

Em tom de arremate, é possível destacar que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem manter dependência de motivações de âmbito essencialmente econômico, notadamente quando estiver presente a atividade econômica, considerada as ordenanças constitucionais que a norteiam, estando, dentre outros corolários, subordinadas ao preceito que privilegia a defesa do meio ambiente, 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. O corolário do desenvolvimento sustentável, além de estar impregnando de aspecto essencialmente constitucional, encontra guarida legitimadora em compromissos e tratados internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, os quais representam fator de obtenção do justo equilíbrio entre os reclamos da economia e os da ecologia, porém, a invocação desse preceito, quando materializada situação de conflito entre valores constitucionais e proeminentes, a uma condição inafastável, cuja observância não reste comprometida nem esvaziada do aspecto essencial de um dos mais relevantes direitos fundamentais, qual seja: 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.

3 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial

O meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos,

nomeados de espaço urbano aberto, como tão bem salienta Fiorillo[16]. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se, em um primeiro contato, da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Além disso, pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. É possível ilustrar as ponderações estruturadas utilizando o paradigmático entendimento jurisprudencial que direciona no sentido que:

Ementa: Administrativo. Conflito negativo de competência. Ação civil pública. Propaganda eleitoral. Degradação do meio ambiente. Ausência de matéria eleitoral. Competência da Justiça Estadual. [...] 4. A pretensão ministerial na ação civil pública, voltada à tutela ao meio ambiente, direito transindividual de natureza difusa, consiste em obrigação de fazer e não fazer e, apesar de dirigida a partidos políticos, demanda uma observância de

conduta que extravasa período eleitoral, apesar da maior incidência nesta época, bem como não constitui aspecto inerente ao processo eleitoral. 5. Ação civil pública ajuizada imputa conduta tipificada no art. 65 da Lei 9.605/98 em face do dano impingido ao meio ambiente, no caso especificamente, artificial, formado pelas edificações, equipamentos urbanos públicos e comunitários e todos os assentamentos de reflexos urbanísticos, conforme escólio do Professor José Afonso da Silva. Não visa delimitar condutas regradas pelo direito eleitoral; visa tão somente a tutela a meio ambiente almejando assegurar a função social da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, nos termos do art. 182 da Constituição Federal. 6. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Maceió - AL, ora suscitado. (Superior Tribunal de Justiça – Primeira Seção/ CC 113.433/AL/ Relator:

Ministro Arnaldo Esteves Lima/ Julgado em 24.08.2011/ Publicado no DJe em 19.12.2011).

Ementa: Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Praças, jardins e parques públicos. Direito à cidade sustentável. Art. 2º, incisos I e IV, d Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). Doação de bem imóvel municipal de uso comum à União para construção de agência do INSS. Desafetação. Competência. Inaplicabilidade da súmula 150/STJ. Exegese de normas locais (Lei Orgânica do Município de Esteio/RS). [...] 2. Praças, jardins, parques e bulevares públicos urbanos constituem uma das mais expressivas manifestações do processo civilizatório, porquanto encarnam o ideal de qualidade de vida da cidade, realidade físico-cultural refinada no decorrer de longo processo histórico em que a urbe se viu transformada, de amontoado caótico de pessoas e construções toscas adensadas, em ambiente de convivência que se pretende

banhado pelo saudável, belo e aprazível. 3. Tais espaços públicos são, modernamente, objeto de disciplina pelo planejamento urbano, nos termos do art. 2º, IV, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e concorrem, entre seus vários benefícios supraindividuais e intangíveis, para dissolver ou amenizar diferenças que separam os seres humanos, na esteira da generosa acessibilidade que lhes é própria. Por isso mesmo, fortalecem o sentimento de comunidade, mitigam o egoísmo e o exclusivismo do domínio privado e viabilizam nobres aspirações democráticas, de paridade e igualdade, já que neles convivem os multifacetários matizes da população: abertos a todos e compartilhados por todos, mesmo os "indesejáveis", sem discriminação de classe, raça, gênero, credo ou moda. 4. Em vez de resíduo, mancha ou zona morta - bolsões vazios e inúteis, verdadeiras pedras no caminho da plena e absoluta explorabilidade imobiliária, a estorvarem aquilo que seria o destino inevitável do adensamento -, os

espaços públicos urbanos cumprem, muito ao contrário, relevantes funções de caráter social (recreação cultural e esportiva), político (palco de manifestações e protestos populares), estético (embelezamento da paisagem artificial e natural), sanitário (ilhas de tranquilidade, de simples contemplação ou de escape da algazarra de multidões de gente e veículos) e ecológico (refúgio para a biodiversidade local). Daí o dever não discricionário do administrador de instituí-los e conservá-los adequadamente, como elementos indispensáveis ao direito à cidade sustentável, que envolve, simultaneamente, os interesses das gerações presentes e futuras, consoante o art. 2º, I, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). [...] 8. Recurso Especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.135.807/RS/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 15.04.2010/ Publicado no DJe em 08.03.2012)

O domínio em apreço é caracterizado por ser fruto da interferência humana, logo, *“aquele meio-ambiente trabalhado, alterado e modificado, em sua substância, pelo homem, é um meio-ambiente artificial”* [17]. Como robusto instrumento legislativo de tutela do meio ambiente artificial, pode-se citar a Lei N°. 10.257, de 10 de Julho de 2001 [18], que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, conhecido como “Estatuto da Cidade”, estabelece os regramentos e princípios influenciadores da implementação da política urbana. Nesta esteira, cuida trazer à colação o entendimento firmado por Fiorillo, em especial quando destaca que o diploma legislativo em apreço *“deu relevância particular, no âmbito do planejamento municipal, tanto ao plano diretor (art. 4º, III, a, bem como arts. 39 a 42 do Estatuto) como à disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo”* [19].

Com efeito, um dos objetivos da política de desenvolvimento urbano previsto no artigo 182 da Constituição Federal [20], são as funções sociais da cidade, que se realizam quando se consegue propiciar ao cidadão qualidade de vida, com concretização dos direitos fundamentais, e em consonância com o que disciplina o artigo 225 da Carta Magna, que

garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E as funções sociais da cidade se concretizam quando o Poder Público consegue dispensar ao cidadão o direito à habitação, à livre circulação, ao lazer e ao trabalho. Ora, *“dado ao conteúdo pertinente ao meio ambiente artificial, este em muito relaciona-se à dinâmica das cidades. Desse modo, não há como desvinculá-lo do conceito de direito à sadia qualidade de vida”*[21], tal como o direito à satisfação dos valores da dignidade humana e da própria vida.

Nesta esteira, o parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio ecologicamente equilibrado, preceituado na Carta de 1988. Neste sentido, colacionar se faz premente o entendimento jurisprudencial que:

Ementa: Apelação Cível. Direito Público. Município de Caxias do Sul. Planejamento Urbanístico. Estatuto da Cidade. Plano Diretor. Código de Posturas Municipal. Construção de Passeio Público. Meio

Ambiente Artificial. O passeio público deve estar em conformidade com a legislação municipal, sobretudo com o Código de Posturas do Município e o Plano Diretor. Tal faz parte da política de desenvolvimento municipal, com o adequado planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano, nos exatos termos em que disciplina a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. A prova pericial carreada aos autos demonstra a total viabilidade de adequação do passeio público de frente à residência dos autores, não se podendo admitir que eventual prejuízo causado aos demais réus, moradores vizinhos, que utilizam a área para acesso à sua residência, venha a ser motivo para a não regularização da área, de acordo com o planejamento municipal em termos de desenvolvimento urbano. Eventual desgaste entre os autores e seus vizinhos deverá ser resolvido em demanda própria que não esta. Se os vizinhos dos demandantes utilizam o passeio público em frente à

residência dos autores como entrada de suas casas, terão que deixar de fazê-lo e também se adequarem ao que disciplina a lei. O que não pode é o Município ser proibido de fiscalizar e de fazer cumprir com legislação que é, ou deveria ser, aplicável a todos. Recurso Provido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Primeira Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70038560991/ Relator: Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal/ Julgado em 11.05.2011).

Ementa: Administrativo. Poluição Visual. Propaganda em meio aberto (frontlights, moving signs, outdoors). Ilegalidade. 1. Cabe ao Município regular e policiar a propaganda em meio aberto, seja qual for o veículo (frontlights, moving signs, outdoors), pois tal atividade é altamente nociva ao meio ambiente artificial e, no caso da cidade de Porto Alegre, provocou grosseira poluição visual, de acordo com a prova técnica. É necessária prévia licença para expor propaganda no meio aberto e a

prova revelou que as empresas exploradoras dessa atividade econômica não se ocuparam em cumprir a lei. Demonstrado o dano ao meio ambiente, devem os responsáveis indenizá-lo, fixando-se o valor da reparação pecuniária em valor módico. Por outro lado, mostra-se prematura a fixação de multa ante a necessidade de examinar caso a caso as hipóteses de remoção na execução. 2. Apelações das rés desprovidas e apelação do município provida em parte. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70011527215/ Relator: Desembargador Araken de Assis/ Julgado em 30.11.2005).

Assim, é plenamente possível traçar um íntimo liame entre o conceito de cidade e os próprios paradigmas integrantes do meio-ambiente artificial. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se desenvolve, enquanto indivíduo sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados. Deste modo, temas como a poluição sonora ou mesmo

visual se revelam dotados de grande relevância, eis que afetam ao complexo equilíbrio existentes no meio-ambiente urbano, prejudicando, direta ou indiretamente, a saúde, a segurança e o bem-estar da população, tal como a criar condições adversas às atividades dotadas de cunho social e econômico ou mesmo afetando as condições estéticas ou sanitárias em que são estabelecidas.

4 Anotações ao Decreto nº 7.404/2010: Ponderações ao Regulamento da Política Nacional de Resíduos Sólidos

Inicialmente, cuida anotar que os fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, consumidores e titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos são responsáveis pelo ciclo de vida dos produtos. Ao lado disso, nos termos do parágrafo único do artigo 5º do Decreto[22] em comento, a responsabilidade compartilhada será implementada de forma individualizada e encadeada. Os consumidores são obrigados, sempre que estabelecido sistema de coleta seletiva pelo plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos ou quando instituídos sistemas de logística reversa na forma do art. 15, a acondicionar adequadamente e de forma diferenciada os resíduos sólidos gerados e a disponibilizar adequadamente

os resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis para coleta ou devolução. A obrigação referida no *caput* do artigo 6º do Decreto em exposição não isenta os consumidores de observar as regras de acondicionamento, segregação e destinação final dos resíduos previstas na legislação do titular do serviço público de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos. O Poder Público, o setor empresarial e a coletividade são responsáveis pela efetividade das ações voltadas para assegurar a observância da Política Nacional de Resíduos Sólidos e das diretrizes e determinações estabelecidas na Lei nº 12.305, de 2010, e no Decreto em apreço. O disposto no art. 32 da Lei nº 12.305, de 2010, não se aplica às embalagens de produtos destinados à exportação, devendo o fabricante atender às exigências do país importador.

A coleta seletiva dar-se-á mediante a segregação prévia dos resíduos sólidos, conforme sua constituição ou composição. A implantação do sistema de coleta seletiva é instrumento essencial para se atingir a meta de disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, conforme disposto no art. 54 da Lei nº 12.305, de 2010. O sistema de coleta seletiva será implantado pelo titular do serviço público de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e deverá estabelecer, no mínimo, a

separação de resíduos secos e úmidos e, progressivamente, ser estendido à separação dos resíduos secos em suas parcelas específicas, segundo metas estabelecidas nos respectivos planos. Para o atendimento ao disposto neste artigo, os geradores de resíduos sólidos deverão segregá-los e disponibilizá-los adequadamente, na forma estabelecida pelo titular do serviço público de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos. Os titulares do serviço público de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, em sua área de abrangência, definirão os procedimentos para o acondicionamento adequado e disponibilização dos resíduos sólidos objeto da coleta seletiva. O sistema de coleta seletiva de resíduos sólidos priorizará a participação de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis constituídas por pessoas físicas de baixa renda. A coleta seletiva poderá ser implementada sem prejuízo da implantação de sistemas de logística reversa.

Consoante diciona o artigo 13 do Decreto[23] em apreço, a logística reversa é o instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado pelo conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial,

para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada. O sistema de logística reversa de agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, seguirá o disposto na Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, e no Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002. Os sistemas de logística reversa serão implementados e operacionalizados por meio dos seguintes instrumentos: I - acordos setoriais; II - regulamentos expedidos pelo Poder Público; ou III - termos de compromisso. Os acordos setoriais firmados com menor abrangência geográfica podem ampliar, mas não abrandar, as medidas de proteção ambiental constantes dos acordos setoriais e termos de compromisso firmados com maior abrangência geográfica. Com o objetivo de verificar a necessidade de sua revisão, os acordos setoriais, os regulamentos e os termos de compromisso que disciplinam a logística reversa no âmbito federal deverão ser avaliados pelo Comitê Orientador referido na Seção III em até cinco anos contados da sua entrada em vigor. Os sistemas de logística reversa dos produtos e embalagens previstos no art. 33, incisos I a IV, da Lei nº 12.305, de 2010, cujas medidas de proteção ambiental podem ser ampliadas mas não abrandadas, deverão observar as exigências específicas previstas em: I - lei ou regulamento; II - normas estabelecidas pelos órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, do

Sistema Nacional de Vigilância Sanitária - SNVS, do Sistema Único de Atenção à Sanidade Agropecuária - SUASA e em outras normas aplicáveis; ou III - acordos setoriais e termos de compromisso.

Os sistemas de logística reversa serão estendidos, por meio da utilização dos instrumentos previstos no art. 15, a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e aos demais produtos e embalagens, considerando prioritariamente o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados. A definição dos produtos e embalagens a que se refere o *caput* do artigo 17[24] deverá considerar a viabilidade técnica e econômica da logística reversa, a ser aferida pelo Comitê Orientador. Os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes dos produtos referidos nos incisos II, III, V e VI do art. 33 da Lei nº 12.305, de 2010, bem como dos produtos e embalagens referidos nos incisos I e IV e no § 1º do art. 33 daquela Lei, deverão estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante o retorno dos produtos e embalagens após o uso pelo consumidor. Na implementação e operacionalização do sistema de logística reversa poderão ser adotados procedimentos de compra de produtos ou embalagens usadas e instituídos postos de entrega de resíduos

reutilizáveis e recicláveis, devendo ser priorizada, especialmente no caso de embalagens pós-consumo, a participação de cooperativas ou outras formas de associações de catadores de materiais recicláveis ou reutilizáveis. Para o cumprimento do disposto no *caput* do artigo 18, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes ficam responsáveis pela realização da logística reversa no limite da proporção dos produtos que colocarem no mercado interno, conforme metas progressivas, intermediárias e finais, estabelecidas no instrumento que determinar a implementação da logística reversa.

Os acordos setoriais são atos de natureza contratual, firmados entre o Poder Público e os fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes, visando a implantação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto. O procedimento para implantação da logística reversa por meio de acordo setorial poderá ser iniciado pelo Poder Público ou pelos fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes dos produtos e embalagens referidos no art. 18. Os acordos setoriais iniciados pelo Poder Público serão precedidos de editais de chamamento, conforme procedimento estabelecido nesta Subseção. Os acordos setoriais iniciados pelos fabricantes, importadores, distribuidores

ou comerciantes serão precedidos da apresentação de proposta formal pelos interessados ao Ministério de Meio Ambiente, contendo os requisitos referidos no art. 23[25]. Poderão participar da elaboração dos acordos setoriais representantes do Poder Público, dos fabricantes, importadores, comerciantes e distribuidores dos produtos e embalagens referidos no art. 33 da Lei nº 12.305, de 2010, das cooperativas ou outras formas de associações de catadores de materiais recicláveis ou reutilizáveis, das indústrias e entidades dedicadas à reutilização, ao tratamento e à reciclagem de resíduos sólidos, bem como das entidades de representação dos consumidores, entre outros.

No caso dos procedimentos de iniciativa da União, a implantação da logística reversa por meio de acordo setorial terá início com a publicação de editais de chamamento pelo Ministério do Meio Ambiente, que poderão indicar: I - os produtos e embalagens que serão objeto da logística reversa, bem como as etapas do ciclo de vida dos produtos e embalagens que estarão inseridas na referida logística; II - o chamamento dos interessados, conforme as especificidades dos produtos e embalagens referidos no inciso I; III - o prazo para que o setor empresarial apresente proposta de acordo setorial, observados os

requisitos mínimos estabelecidos neste Decreto e no edital; IV - as diretrizes metodológicas para avaliação dos impactos sociais e econômicos da implantação da logística reversa; V - a abrangência territorial do acordo setorial; e VI - outros requisitos que devam ser atendidos pela proposta de acordo setorial, conforme as especificidades dos produtos ou embalagens objeto da logística reversa. A publicação do edital de chamamento será precedida da aprovação, pelo Comitê Orientador, da avaliação da viabilidade técnica e econômica da implantação da logística reversa, promovida pelo grupo técnico previsto no § 3º do art. 33. As diretrizes metodológicas para avaliação dos impactos sociais e econômicos da implantação da logística reversa referidas no inciso IV do *caput* do artigo 21 serão estabelecidas pelo Comitê Orientador.

No caso dos procedimentos de iniciativa dos fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes, as propostas de acordo setorial serão avaliadas pelo Ministério do Meio Ambiente, consoante os critérios previstos no art. 28, que as enviará ao Comitê Orientador para as providências previstas no art. 29[26]. Os acordos setoriais visando a implementação da logística reversa deverão conter, no mínimo, os

seguintes requisitos: I - indicação dos produtos e embalagens objeto do acordo setorial; II - descrição das etapas do ciclo de vida em que o sistema de logística reversa se insere, observado o disposto no inciso IV do art. 3º da Lei nº 12.305, de 2010; III - descrição da forma de operacionalização da logística reversa; IV - possibilidade de contratação de entidades, cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais recicláveis ou reutilizáveis, para execução das ações propostas no sistema a ser implantado; V - participação de órgãos públicos nas ações propostas, quando estes se encarregarem de alguma etapa da logística a ser implantada; VI - definição das formas de participação do consumidor; VII - mecanismos para a divulgação de informações relativas aos métodos existentes para evitar, reciclar e eliminar os resíduos sólidos associados a seus respectivos produtos e embalagens; VIII - metas a serem alcançadas no âmbito do sistema de logística reversa a ser implantado.

Igualmente, ainda em consonância com o artigo 23 do Decreto[27] em comento, são requisitos: IX - cronograma para a implantação da logística reversa, contendo a previsão de evolução até o cumprimento da meta final estabelecida; X - informações sobre a possibilidade ou a viabilidade de aproveitamento dos resíduos gerados,

alertando para os riscos decorrentes do seu manuseio; XI - identificação dos resíduos perigosos presentes nas várias ações propostas e os cuidados e procedimentos previstos para minimizar ou eliminar seus riscos e impactos à saúde humana e ao meio ambiente; XII - avaliação dos impactos sociais e econômicos da implantação da logística reversa; XIII - descrição do conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos participantes do sistema de logística reversa no processo de recolhimento, armazenamento, transporte dos resíduos e embalagens vazias, com vistas à reutilização, reciclagem ou disposição final ambientalmente adequada, contendo o fluxo reverso de resíduos, a discriminação das várias etapas da logística reversa e a destinação dos resíduos gerados, das embalagens usadas ou pós-consumo e, quando for o caso, das sobras do produto, devendo incluir: a) recomendações técnicas a serem observadas em cada etapa da logística, inclusive pelos consumidores e recicladores; b) formas de coleta ou de entrega adotadas, identificando os responsáveis e respectivas responsabilidades; c) ações necessárias e critérios para a implantação, operação e atribuição de responsabilidades pelos pontos de coleta; d) operações de transporte entre os empreendimentos ou atividades participantes, identificando as responsabilidades; e e) procedimentos e responsáveis pelas ações de reutilização, de reciclagem e de tratamento,

inclusive triagem, dos resíduos, bem como pela disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; e XIV - cláusulas prevendo as penalidades aplicáveis no caso de descumprimento das obrigações previstas no acordo. As metas referidas no inciso VIII do *caput* do artigo 23 poderão ser fixadas com base em critérios quantitativos, qualitativos ou regionais.

Durante as discussões para a elaboração do acordo setorial, o grupo técnico a que se refere o § 3º do art. 33[28] poderá promover iniciativas com vistas a estimular a adesão às negociações do acordo, bem como realizar reuniões com os integrantes da negociação, com vistas a que a proposta de acordo setorial obtenha êxito. Deverão acompanhar a proposta de acordo setorial os seguintes documentos: I - atos constitutivos das entidades participantes e relação dos associados de cada entidade, se for o caso; II - documentos comprobatórios da qualificação dos representantes e signatários da proposta, bem como cópia dos respectivos mandatos; e III - cópia de estudos, dados e demais informações que embasarem a proposta. As propostas de acordo setorial serão objeto de consulta pública, na forma definida pelo Comitê Orientador. O Ministério do Meio Ambiente deverá, por ocasião da realização da consulta pública:

I - receber e analisar as contribuições e documentos apresentados pelos órgãos e entidades públicas e privadas; e II - sistematizar as contribuições recebidas, assegurando-lhes a máxima publicidade.

O Ministério do Meio Ambiente fará a avaliação das propostas de acordo setorial apresentadas consoante os seguintes critérios mínimos:

I - adequação da proposta à legislação e às normas aplicáveis; II - atendimento ao edital de chamamento, no caso dos processos iniciados pelo Poder Público, e apresentação dos documentos que devem acompanhar a proposta, em qualquer caso; III - contribuição da proposta e das metas apresentadas para a melhoria da gestão integrada e do gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos e para a redução dos impactos à saúde humana e ao meio ambiente; IV - observância do disposto no art. 9º da Lei nº 12.305, de 2010, quanto à ordem de prioridade da aplicação da gestão e gerenciamento de resíduos sólidos propostos; V - representatividade das entidades signatárias em relação à participação de seus membros no mercado dos produtos e embalagens envolvidos; e VI - contribuição das ações propostas para a inclusão social e geração de emprego e renda dos integrantes de cooperativas e associações de catadores de materiais reutilizáveis e

recicláveis constituídas por pessoas físicas de baixa renda. Concluída a avaliação a que se refere o art. 28, o Ministério do Meio Ambiente a enviará ao Comitê Orientador, que poderá: I - aceitar a proposta, hipótese em que convidará os representantes do setor empresarial para assinatura do acordo setorial; II - solicitar aos representantes do setor empresarial a complementação da proposta de estabelecimento de acordo setorial; ou III - determinar o arquivamento do processo, quando não houver consenso na negociação do acordo. O acordo setorial contendo a logística reversa pactuada será subscrito pelos representantes do setor empresarial e pelo Presidente do Comitê Orientador, devendo ser publicado no Diário Oficial da União.

Sem prejuízo do disposto na Subseção I[29], a logística reversa poderá ser implantada diretamente por regulamento, veiculado por decreto editado pelo Poder Executivo. Na hipótese prevista no *caput* do artigo 30, antes da edição do regulamento, o Comitê Orientador deverá avaliar a viabilidade técnica e econômica da logística reversa. Os sistemas de logística reversa estabelecidos diretamente por decreto deverão ser precedidos de consulta pública, cujo procedimento será estabelecido pelo Comitê Orientador. O Poder Público poderá celebrar termos de

compromisso com os fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes referidos no art. 18, visando o estabelecimento de sistema de logística reversa: I - nas hipóteses em que não houver, em uma mesma área de abrangência, acordo setorial ou regulamento específico, consoante estabelecido neste Decreto; ou II - para a fixa o de compromissos e metas mais exigentes que o previsto em acordo setorial ou regulamento. Os termos de compromisso ter o eficácia a partir de sua homologa o pelo órgão ambiental competente do SISNAMA, conforme sua abrangência territorial.

Referência:

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

BRASIL. **Constitui o (1988). Constitui o (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 mai. 2015

_____. **Decreto n  7.404, de 23 de Dezembro de 2010**. Regulamenta a Lei n  12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da

Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 mai. 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 24 mai. 2015

_____. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 mai. 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 24 mai. 2015

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 24 mai. 2015

_____. **Tribunal Regional Federal da Primeira Região.** Disponível em: <www.trf1.jus.br>. Acesso em 24 mai. 2015

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 24 mai. 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, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 24 mai. 2015

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

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 24 mai. 2015

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 24 mai. 2015

[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 24 mai. 2015

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 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 24 mai. 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 24 mai. 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 24 mai. 2015

[7] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 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 24 mai. 2015

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

[9] BRASIL. **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 24 mai. 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 Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 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 Nº 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 24 mai. 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 24 mai. 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 Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 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 24 mai. 2015

[16] FIORILLO, 2012, p. 79.

[17] 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 24 mai. 2015

[18] BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 mai. 2015.

[19] FIORILLO, 2012, p. 467.

[20] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 mai. 2015.

[21] FIORILLO, 2012, p. 549.

[22] BRASIL. **Decreto nº 7.404, de 23 de Dezembro de 2010**. Regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 mai. 2015.

[23] BRASIL. **Decreto nº 7.404, de 23 de Dezembro de 2010**. Regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a

Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 mai. 2015.

[24] BRASIL. **Decreto nº 7.404, de 23 de Dezembro de 2010.** Regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 mai. 2015.

[25] BRASIL. **Decreto nº 7.404, de 23 de Dezembro de 2010.** Regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 mai. 2015.

[26] BRASIL. **Decreto nº 7.404, de 23 de Dezembro de 2010.** Regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 mai. 2015.

[27] BRASIL. **Decreto nº 7.404, de 23 de Dezembro de 2010.** Regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a

Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências.
Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 mai. 2015.

[28] BRASIL. **Decreto nº 7.404, de 23 de Dezembro de 2010.** Regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 mai. 2015.

[29] BRASIL. **Decreto nº 7.404, de 23 de Dezembro de 2010.** Regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 mai. 2015.

NOÇÕES SOBRE ALIENAÇÃO PARENTAL: UM TRIBUTO ÀS FAMÍLIAS

TEDDY ARTHUR MONTEIRO TERÁN: Advogado e pós graduando em direito previdenciário pela Universidade Tiradentes.

RESUMO: O presente artigo destina-se à comunidade em geral, com o objetivo de conferir-lhes noções basilares acerca da alienação parental. Esse fenômeno social passou a ser previsto oficialmente com o advento da lei 12.318/10, que traçou balizas interpretativas que auxiliam a sociedade a identificar a ocorrência da alienação parental. Um vez constatada a ocorrência da alienação parental é indispensável a responsabilização do genitor, podendo, na esfera civil, ser-lhe aplicada a suspensão, ou até mesmo a destituição, do poder familiar.

Palavras-chave: Alienação parental. Lei 12.318/2010. Balizas interpretativas. Ocorrência. Responsabilização. Suspensão ou destituição do poder familiar.

CONCEPTS OF SALE PARENTAL: A tribute to families

ABSTRACT: This article is intended for the community at large, in order to give them basic notions of parental alienation. This social phenomenon has been provided officially with the advent of Law 12,318 / 10, which outlined interpretive beacons that help society to identify the occurrence of parental alienation. Once found the occurrence of parental alienation is indispensable accountability of the parent and may, in the

civil sphere, the suspension apply to him, or even the removal of the family power.

Keywords: Parental Alienation. Law 12,318 / 2010. Beacons interpretation. Occurrence. Accountability. Suspension or removal of the family power.

1 Consideração preambular

De início, é importante salientar que o presente artigo destina-se à comunidade em geral e têm como objetivo conferir-lhes noções basilares acerca desse fenômeno que, seguramente, se constitui como um dos mais malfazejos na atualidade.

A alienação parental não é algo novo no meio familiar e social. Em verdade, sempre esteve presente. Alienar a cabeça da criança com ideias malévolas ou inverídicas sobre o parente é uma atitude que certamente causará grandes males ao desenvolvimento sócio afetivo da criança com o familiar alvo da alienação.

O judiciário quando da análise de casos, onde, perifericamente, se postava a alienação parental se deparava com uma verdadeira anomia jurídica, já que não havia regulamentação exclusiva para o fato. Algumas leis, *v.g.*, o ECA preveem tais situações, sem contudo atribuir uma nomenclatura específica. Sem detalhar o assunto.

A mais nova lei 12.318/10, que trata da matéria, é uma norma jurídica acabou de entrar em vigência e que necessita ser melhor internalizada pelos operadores do direito e, mais especificamente, pelos membros da sociedade civil.

2 Conceito jurídico de alienação parental – ou implementações de falsas memórias, e considerações basilares

Segundo considerações de MARIA BERENICE DIAS, *trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. A mãe monitora o tempo do filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele (Dias, 2010).*

A lei 12.318/10 preceitua no artigo 2^a que a alienação parental é *“ato de 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”*.

A citada conceituação é, aos nossos olhos, merecedora de encômio, pois abarca como sujeito ativo (alienante) não apenas um dos pais – clássica situação – mas também os avós ou as pessoas que guarneçam autoridade, guarda ou vigilância sobre a criança ou adolescente.

O conceito ainda fala em interferência: *i)* promovida ou *ii)* induzida. Mas qual a diferença? A diferença em ambas está tão somente na forma como opera o sujeito para atingir o resultado pretendido, qual seja a aliena o psicológica do infante.

Nesta esteira, o parágrafo único do mesmo artigo 2  emoldura exemplificativamente algumas formas de aliena o parental:

I – realizar campanha de desqualifica o da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

Hipótese clássica. Trata-se dos casos onde v.g. o pai divorciado da mãe e com a guarda da criança ou adolescente tem o seu exercício paternal levemente criticado pela mãe. Só que tais críticas não se fazem frente a frente, mas da mãe diretamente para a criança. Portanto, o sujeito *promove* determinadas ideias na cabeça da criança ou adolescente com o fito de minar o vínculo deste com o sujeito passivo.

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;

Os incisos III e IV estão implicitamente contidos no n  II. Nestas hipóteses, aquele que det m a guarda da criança ou adolescente dificulta o direito de visita o do outro. Isto  , cria empecilhos com fulcro a diminuir o contato entre a criança ou adolescente e o pai ou a mãe. Isto  , há a *promo o* da dificuldade.

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

Neste passo, o genitor promove o distanciamento da criança por meio da omissão de informações pertinente ao crescimento educacional, a saúde e a mudança de residência. Ou ainda, pode o genitor ou genetriz fazer com que cartas ou presentes do outro genitor não cheguem a sua ciência, *induzindo* a ideia no menor de que representa pouco para este.

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

Aqui estamos diante de uma hipótese que poderá provocar o abalo em outra esfera do direito, qual seja: o criminal ou penal.

Trata-se dos casos onde são apresentadas afirmações pejorativas em relação a familiares ou contra a própria pessoa do genitor ou genetriz.

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.

Consiste no fato de o agente mudar o domicílio com o escopo de distanciar a criança ou adolescente (Lépore & Rossato, 2010).

3 Das personagens

Apontados na lei 12.318/10, temos como sujeitos ativos *os genitores, avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância* (art. 2º).

E como principal vítima do ato de alienação parental, temos a criança ou adolescente que crescerá sem ter contato mais próximo com o pai ou a mãe. Consoante se depreende da leitura do art. 3º da lei:

“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”.

Portanto, temos que o sujeito ativo da prática de alienação são *os genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade*”. Como sujeito passivo aquele parente que se quer afetar e, finalmente, a grande vítima, que funciona como o instrumento para a prática de alienação, a criança.

Vejamos um pequeno excerto da jurisprudência, selecionada pela Des. MARIA BERENICE DIAS:

[AC 70015224140](#)

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABUSO SEXUAL. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Estando as visitas do genitor à filha sendo realizadas junto a serviço especializado, não há justificativa para que se proceda a destituição do poder familiar. A denúncia de abuso sexual levada a efeito pela genitora, não está evidenciada, havendo a possibilidade de se estar frente à hipótese da chamada síndrome da alienação parental. Negado provimento.

[AI 70014814479](#)

GUARDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Havendo na postura da genitora indícios da presença da síndrome da alienação parental, o que pode comprometer a integridade psicológica da filha, atende melhor ao interesse da infante, mantê-la sob a guarda provisória da avó paterna. Negado provimento ao agravo.

5 Conclusão

Posta tais no es, pode-se dizer que a aliena o parental   um “câncer” na edifica o da personalidade do infante, pois   causadora de desvirtuamentos na realidade afetiva entre o filho, pais e demais parentes; também porque a criança   utilizada como mero instrumento de ódio. A essência humana acaba sendo esquecida.

Para tanto,   que num caso onde se suspeite da ocorrência da aliena o parental   indispensável que o Judiciário lance mão de auxílio de outras ciências, tais como, a psicologia, a psiquiatria e profissionais da assistência social. Além do que, também   necessária a capacita o do juiz para poder para poder distinguir o sentimento de ódio exacerbado que leva ao desejo de vinga a a ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias com o só intuito de afastá-lo do genitor.

Flagrada a presença da síndrome da aliena o parental,   indispensável a responsabiliza o do genitor que age desta forma por ser sabedor da dificuldade de aferir a veracidade dos fatos e usa o filho com finalidade vingativa. Podendo, na esfera civil, ser-lhe aplicada a suspensão, ou até mesmo a destitui o, do poder familiar.

6 Referências bibliográficas:

LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. Comentários   lei de aliena o parental: Lei 12.318/18. São Paulo. Acessado em 08/09/2012. Disponível

em:<<http://jus.com.br/revista/texto/17871/comentarios-a-lei-de-alienacao-parental-lei-no-12-318-10>>

DIAS, Maria Berenice. Síndrome da Alienação Parental. São Paulo.
Acessado em 08/09/2012. Disponível
em:<<http://www.mariaberenice.com.br/pt/home-artigos-sindrome-da-alienacao-parental-alienacao-parental.dept>>.