



# O novo papel da vítima no processo penal e a assistência à acusação<sup>1</sup>

## *The victim's new role in criminal proceedings and the accusation assistant'*

JOÃO PEDRO PETEK

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Advogado.

**RESUMO:** O presente artigo volta-se para o estudo da vítima delitual e a sua posição dentro do sistema processual penal moderno, como assistente da acusação. Nesse passo, busca-se traçar um diálogo entre a dignidade da pessoa humana, sob a ótica vitimal, e as formas de garantia desse *status dignitatis* diante da legislação em vigor no país, mais precisamente, realizando um exame da controvertida figura da assistência à acusação, valorosa ferramenta de inserção da vítima no processo penal – nas hipóteses de ação penal pública incondicionada e condicionada à representação – ao lado do Ministério Público, abordando os temas mais espinhosos com relação a esse instituto, e procurando demonstrar a relevância do papel do ofendido para o deslinde da ação penal.

**Palavras-chave:** Processo penal; Vítima; Assistente da acusação.

**ABSTRACT:** The present article turns to the study of victims of crimes and their position within the modern criminal justice (and procedure) system, as Accusation assistant. At this point it is intended to stablish a dialogue between human dignity, from the victimal perspective, and the ways to secure that *status dignitatis* before the law in force in the country, more precisely performing an examination of the controversial figure of the Accusation assistant, valuable tool for insertion of victims in criminal proceedings – in cases of unconditioned public criminal action and the ones that are conditioned to the victim's representation – along to the Public Prosecutor, addressing the thorniest issues in relation to this institute, and seeking to demonstrate the important role of the victim to the disentangling of criminal action.

**Keywords:** Criminal procedure; Victim; Accusation assistant.

## 1 INTRODUÇÃO

As vítimas de infrações penais têm sido, desde a Idade Média – quando tiveram a sua atuação neutralizada pela ação do Estado moderno –, relegadas às margens do processo penal.

A partir da metade do século passado, contudo, teve início um movimento mundial, inspirado por criminólogos como Hans Von Hentig e Benjamin Mendelsohn, que voltaram seus olhos para o estudo da vítima e que deu origem à vitimologia (corrente da criminologia), inauguraram uma fase conhecida como o renascimento “processual” da vítima.

A ciência criminal que até então se voltava tão somente à análise do delinquente e os reflexos do delito em relação à quebra sistêmica da norma penal pela infração cometida, passou a se preocupar com a vítima daqueles crimes, as consequências psicológicas que lhe assacavam decorrentes do injusto, os mecanismos para a sua proteção e a reparação pelo dano sofrido.

Diversos estudos se desenvolveram nesse sentido, e a legislação acompanhou tal tendência, da mesma forma que diversos documentos internacionais, editados com o intuito de reconhecer a importância da vítima na relação processual. É o caso da Resolução 40/34 (*Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*) da Organização das Nações Unidas, que repisa a necessidade de um tratamento justo para a vítima e a garantia de acesso à justiça de forma célere e eficaz, ressalta a importância do suporte psicológico e material, e institui diretrizes para acurar a restituição dos bens e a justa indenização ao ofendido.

Sob essa perspectiva, o presente ensaio procura delinear a importância do papel da vítima no processo penal contemporâneo, na busca em reconhecê-la também como personagem principal na estrutura do delito.

É, porém, nos casos de ação penal pública incondicionada, que nos ateremos, realizando uma análise a respeito da figura do assistente da acusação,

instituto processual penal que, em que pese altamente controvertido entre a doutrina e a jurisprudência pátrias, tem tomado corpo e ganhado força com o passar dos anos – acompanhando a tendência mundial de revalorização da vítima –, fixando-se como importante ferramenta de intervenção supletiva do ofendido ao lado do representante estatal titular da ação penal pública, na busca pela correta aplicação da lei penal, e auxiliando a acusação na seara penal para garantir os reflexos da sentença penal em sede civil.

Sob essa óptica, procurar-se-á analisar as ferramentas alcançadas pelo legislador ao ofendido, para possibilitar o acompanhamento e a sua intervenção nos procedimentos que se desdobram a partir da deflagração do crime, buscando diagnosticar os problemas e as dificuldades encontradas para suprir as necessidades da vítima, bem como verificar se estão aptas a preservar a dignidade da pessoa da vítima.

## 2 A FIGURA DO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO

Com a ofensa à ordem jurídica estatal, que tutela os bens de seus administrados, cumpre ao Estado a punição daquele que à ordem desrespeitou. Não somente porque é de seu interesse, mas também porque importa à vítima, que sofreu diretamente os danos físicos e psicológicos decorrentes do fato delituoso que o Estado não impediu fosse deflagrado.

Assim, a participação da vítima no processo funciona como meio de atenuar a insatisfação da sociedade e da pessoa do ofendido para com a ordem jurídica vigente, possibilitando, inclusive, a via da composição nos crimes menos graves. Some-se a isso, a importância de sua atuação para resguardar os reflexos civis da sentença penal, e então se vislumbrará o porquê da existência da figura sob análise.

### 2.1 Histórico do Assistente

O assistente da acusação, ou ainda, assistente do Ministério Público, é uma figura processual de há muito debatida na vida jurídica e acadêmica do nosso País, uma vez que dela participa desde antes da promulgação do Código de Processo Penal brasileiro.

A referida figura foi introduzida no Código de Processo Penal brasileiro a partir da inspiração (Ziyade, 1993, p. 17) do legislador no Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul de 1898, que concedia, à parte ofendida, o direito de defender seus interesses como assistente do promotor de justiça, intervindo antes, ou até depois da sentença, como o disposto no art. 7º daquele Caderno processual<sup>2</sup>:

Em todos os termos da ação privada será sempre ouvido o Ministério Público; e nos da ação pública pode intervir a parte ofendida ou quem a substitua para defender o seu direito como assistente.

§ único. O assistente pode intervir antes ou depois da sentença, contanto que esta não tenha passado em julgado, mas recebe a causa no estado em que se acha e deve alegar seu direito nos mesmos termos que competem ao Ministério Público.

O supramencionado artigo tinha como *ratio* permitir que a vítima, ou seu representante legal, pudesse intervir no processo, visando a garantir os reflexos da sentença penal na esfera cível (indenização), além de auxiliar o Ministério Público na acusação – no intuito de alcançar a condenação como medida de justiça –, bem como fiscalizá-lo em sua trajetória de levar a cabo a ação penal.

Não é, contudo, o que entende Scarance Fernandes (1995, p. 132), que se volta ao Código Penal de 1890 para afirmar que o assistente foi ali recepcionado, diante da referência expressa feita pelo legislador no sentido de autorizar a participação do ofendido nos processos iniciados por denúncia, ou por ato *ex officio* para auxiliar a acusação (art. 408 do Código Penal), mas sem fazer constar no que consistiria tal auxílio.

Assim, destaca o mesmo autor que, diante da natureza processual atribuída ao assistente, o Supremo Tribunal Federal, em vista do que dispunha a Constituição da República à época, com relação à competência dos Estados para legislar sobre matéria dessa natureza, deixou ao arbítrio dos legisladores estaduais (por meio dos Códigos de Processo Penal estaduais) dizê-lo. Foi nesse momento que se passou a designar o ofendido nas ações penais públicas como “assistente do Ministério Público”, dispondo, ainda, sobre o alcance de sua atuação: reinquirição de testemunhas, requerimento de diligências, proposição de meios de prova ao Ministério Público, requerimento de perguntas às testemunhas, aditamento do libelo e intervenção no debate oral em seguida à parte principal.

Finaliza o autor dizendo que o Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul não falava em assistente como auxiliar da acusação, referindo-se à possibilidade do ofendido intervir “para defender o seu direito como assistente”.

Independentemente da discussão acerca da origem inicial do assistente da acusação, de lá para cá, o referido instituto permaneceu intacto e à parte dos códigos de processo penal brasileiros, até que chegou à sua atual redação, presente no Código de Processo Penal de 1941:

Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31.<sup>3</sup>

Não obstante as referências históricas apresentadas para tentar definir como o assistente da acusação foi inserido no *corpus iuris* brasileiro, importa referir que o legislador de 1941 se inspirou em ambas acepções da figura para introduzi-la no sistema penal brasileiro vigente até os dias de hoje, ou seja, no legislador federal de 1890 (que concebia tal figura para o fim de auxiliar a acusação) quanto naquele sul-rio-grandense (que a tinha direcionada à busca da restituição e indenização).

## 2.2 O Assistente no Direito Comparado

Na esteira dos atuais aspectos que se difundem internacionalmente com relação à posição da vítima no processo penal, reconhecendo-a, nas legislações mais modernas, não mais como mera espectadora passiva, mas com vistas a lhe oferecer uma maior ingerência no desenvolvimento do processo, concedendo-lhe prerrogativas para atuar ativamente em seu desenlace (sem negar, é claro, a sua subordinação ao órgão acusador público), é que vislumbramos a existência de figuras processuais (ainda que com particularidades em relação aos seus objetivos, função e interesse, em cada país) que possibilitam ao ofendido a participação ativa dentro do processo penal em diversos países ao redor do mundo.

Em Portugal, o novel Código de Processo Penal<sup>4</sup> estabelece uma ampla gama de funções ao assistente do Ministério Público, diferenciando-o da parte civil, que interfere, segundo o art. 74 daquele Caderno processual, tão somente para sustentar e buscar provas para o pedido de indenização civil. Assim, os assistentes, com previsão legal no art. 69, possuem “a posição de colaborador do Ministério Público, a cuja atividade subordinam a sua intervenção no processo, salvas as exceções da lei”. Auxiliam, portanto, no exercício da pretensão punitiva (Santos, 1998, p. 158).

Compete-lhes (i) intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo diligências que se afigurem necessárias; (ii) deduzir acusação independente daquela proposta pelo Ministério Público e, no caso de procedimento dependente de acusação particular, ainda que aquele não a deduza; (iii) interpor recurso das decisões que os afetem, mesmo que o Ministério Público não o tenha feito.

Ainda, poderá o assistente requerer a intervenção do júri para julgamento dos feitos de sua competência (art. 13), requerer ao Tribunal a cessação da conexão (art. 30) e arguir exceção de incompetência (art. 32). São legitimados a habilitarem-se aquelas pessoas ou

entidades a quem leis especiais conferirem tal direito, e, ainda, (i) os ofendidos, considerando-se como tais os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação, desde que maiores de 16 anos; (ii) as pessoas de cuja queixa ou acusação particular depender o procedimento; (iii) no caso do ofendido morrer sem ter renunciado à queixa, o cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens, os descendentes e adotados, ascendentes e adotantes ou, na falta deles, irmãos e seus descendentes e a pessoa que vivesse com o ofendido em condições análogas às dos cônjuges, salvo se alguma dessas pessoas houver participado no crime; (iv) no caso do ofendido ser menor de 16 anos ou por outro motivo incapaz, o representante legal e, na sua falta, as pessoas indicadas na alínea anterior, segundo a ordem aí referida, salvo se alguma delas houver participado no crime; (v) qualquer pessoa, nos crimes contra a paz e a humanidade, bem como nos crimes de tráfico de influência, favorecimento pessoal praticado por funcionário, denegação de justiça, prevaricação, corrupção, peculato, participação econômica em negócio, abuso de poder e fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção (Patente, 2002, p. 9).

Além disso, ainda se permite ao assistente requerer a “aceleração de processo atrasado” (art. 108); requerer perícia e designar assistente técnico (arts. 1532 e 1534); requerer revisão e confirmação de sentença penal estrangeira (art. 236); e prestar declarações em juízo (art. 346).

No Paraguai, a legislação processual penal<sup>5</sup> estabelece, além de todos os direitos concedidos à vítima previstos no art. 68<sup>6</sup> do Diploma processual penal, regramento específico para oportunizar a atuação do ofendido no processo. Para isso, estipula, em seu art. 69<sup>7</sup>, a figura do *querellante adhesivo*, o qual possui relativa independência do órgão ministerial e não tem a sua existência vinculada à obtenção da reparação civil. Contudo, a lei é clara em não permitir que as entidades do setor público ocupem essa posição, pois é o Ministério Público o legitimado a representar os interesses do Estado.

No México a situação do assistente é um tanto quanto diversa. Nesse país, a vítima não é parte no processo, nem tem autonomia, prevalecendo, portanto, o monopólio da ação penal pelo Estado. Não obstante, faculta-se ao ofendido a possibilidade de fornecer ao órgão acusador, ou diretamente ao magistrado, os dados e elementos de prova de que dispor, capazes de auxiliar no estabelecimento do ilícito penal e na responsabilidade do acusado, sem embargo de poder proceder contra terceiros no que concerne à reparação civil (Sanchez, 1970, p. 192).

Na Espanha, tal qual na Argentina, vislumbra-se a figura do acusador particular (Scarance Fernandes, 1995, p. 125), chamado *querellante particular*, o qual poderá impulsionar o processo, proporcionar elementos de convicção, argumentar sobre as provas e recorrer dentro do alcance estabelecido pela legislação processual penal.<sup>8</sup>

Ainda possuem, ambas as nações, em seus sistemas jurídicos, a figura do *actor civil*, que nada mais é do que uma parte acusadora contingente que pratica, no processo penal, a pretensão de ressarcimento por meio do qual se poderá exercer a ação civil emergente do delito (Ziyade, 1993, p. 21).

Perante o Direito Processual Penal italiano, o ofendido assume a posição de “parte civil”, como disposto no art. 74<sup>o</sup>:

L'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno di cui all'articolo 185 del codice penale può essere esercitata nel processo penale dal soggetto al quale il reato ha recato danno ovvero dai suoi successori universali, nei confronti dell'imputato e del responsabile civile.

Assim, apesar da crítica de Lozzi (2008, p. 130):

L'inserimento dell'azione civile nel processo penal ha suscitato molte critiche poiché è anomalo che un soggetto privato sostenga la responsabilità dell'imputato nel processo penal affiancandosi alla parte pubblica per far valere il diritto al risarcimento del danno: tanto più anomalo in quanto spesso la parte civile non mira concretamente al risarcimento del danno ma funge da ausiliario della parte pubblica per giungere ad una condanna dell'imputato.<sup>10</sup>

O autor refere que, apesar de ser lógico que se deixe a cargo do Ministério Público o tema de demonstrar a responsabilidade do acusado, em um sistema processual-penalístico – no qual o julgado penal exercita uma eficácia vinculante no juízo civil ou administrativo –, é inevitável que se preveja a inserção da ação civil no processo penal, pois, do contrário, o titular do direito de ressarcimento poderia ver frustrada a sua pretensão no juízo civil, em face de uma decisão da esfera penal da qual não lhe foi concedida a oportunidade de participar.

Não possui, portanto, na Itália, aspectos de auxiliar da acusação para buscar a aplicação da lei penal, mas tão somente para garantir a eficácia da ação civil de reparação.

Na França, por sua vez, não há a possibilidade de se admitir o acusador particular conjunto. A vítima intervém como *partie civile* e promove ela própria a

ação de efeitos também patrimoniais, pois dirime no juízo criminal a matéria relativa à ação civil. Contudo, apesar da oportunidade de defender seus interesses patrimoniais na ação penal, o ofendido não pode recorrer da sentença, nem mesmo no que tange ao seu patrimônio (Ziyade, 1993, p. 21).

Por fim, na Alemanha, permite-se que a vítima adira à acusação pública, como explica Scarance Fernandes (1995, p. 128):

Limitada era no sistema da Ordenação Processual Penal a legitimação do ofendido para essa intervenção, que vinha estabelecida no §395; salientava Maier que “só pode aderir à ação pública quem segundo o §374 é titular da ação privada, o que supõe tenha o Ministério Público, ainda que se tratasse deste tipo de delito, decidido promover a ação pública (§§37 e 377); quem é pai, filho, irmão ou cônjuge de alguém morto em decorrência de uma conduta punível e, por último, quem mediante uma “instância” penal pediu ao Ministério Público a promoção da ação pública e, diante de sua negativa, utilizou com êxito do remédio do §172, conseguindo uma resolução jurisdicional que obrigou o Ministério Público a promover a ação penal”. Atua o ofendido como auxiliar da acusação, mas, quanto ao recurso e à revisão criminal, tem poder autônomo de impugnação ou proposição, vindo aqui a se constituir substituto processual (§ 395 e § 401).

Dessa forma, percebe-se a importância da discussão acerca do instituto da assistência à acusação, que, resguardadas as peculiaridades de cada país, há de oportunizar ao ofendido a participação no processo penal que apura o crime que o “feriu”, seja para auxiliar a acusação pública, seja para assegurar a sua justa indenização.

### 2.3 Natureza jurídica

A natureza jurídica da figura sob análise é, e sempre foi, controvertida na doutrina brasileira.

Fátima Ziyade (1993, p. 23), identifica quatro correntes que divergem em sua definição: a primeira considera o instituto da assistência como “parte civil”, apoiando-se nos ensinamentos de Joaquim Canutto Mendes de Almeida, que adota posição isolada no sentido de equiparar a posição do assistente com aquela do ofendido-apelante, do ofendido-querelante na ação penal privada e do ofendido proponente da ação penal subsidiária, com o que todos esses institutos deveriam estar reunidos sob a denominação de “parte civil”, uma vez que buscam, de forma exclusiva, os efeitos civis resultantes da ação penal.

Contudo, ressalta a autora que, apesar de alguns efeitos dos referidos institutos serem os mesmos, sua natureza jurídica é diversa, uma vez que o assistente da acusação é parte adjunta na ação penal pública incondicionada, ao passo que, na privada ou subsidiária, ocorre uma substituição processual, e é, o ofendido, a parte principal. Lembra, ainda, que não existe parte civil no processo penal brasileiro, como se vê da exposição de motivos do Código de Processo Penal – item VI.<sup>11</sup>

A segunda corrente trata o assistente como “substituto processual”, identificando que só se pode considerar tal situação quando o ofendido recorre nas oportunidades em que o Ministério Público não o faz, pois, nesses casos, passa a ser substituto processual agindo como parte principal. No entanto, lembra-se que, em determinados casos, ainda que pareça estar o ofendido exercendo direito de outrem em nome próprio, “a verdade é que todos esses atos decorrem de sua condição de interveniente adesivo” (Ziyade, 1993, p. 25).

A terceira interpretação é a de “auxiliar da acusação”. Seus defensores prelecionam que o assistente da acusação não é parte no processo, mas mero auxiliar do Ministério Público, sendo considerada parte, somente quem tem legitimidade para dar início ao processo. É esse o entendimento de Machado (2009, p. 88), ao lecionar que o assistente não é parte no sentido técnico processual e que é chamado, impropriamente, pela doutrina, parte adesiva ou adjunta, por ter, assegurados, alguns direitos típicos de autor, sem, no entanto, sê-lo.<sup>12</sup>

Nesse sentido é a lição de Hamilton (2002, p. 28)<sup>13</sup>:

No meu entendimento assistente não é parte. E não é parte, justamente, porque ele não pede; quem pede é o MP. Por tal motivo, com a devida vênia, parecem-me equivocadas certas posições que a ele se referem como parte adjunta ou, ainda, parte secundária. Da mesma forma, não pode ser visto como litisconsorte, porque sua intervenção não importa em cumulação subjetiva de lides.

Não obstante, Capez (2006, p. 185), é um dos que rechaça tal definição, ao considerar que, no processo penal, há as partes necessárias (para a existência processo) e as contingentes (autorizadas pela lei a participarem do processo, mas que, contudo, não são necessárias para que este exista e se desenvolva validamente). É nesse ponto, segundo sua doutrina, que se situa o assistente da acusação.

Por fim, o último entendimento doutrinário que se vislumbra, no que tange à natureza jurídica da figura

do assistente da acusação, é o que mais se difunde na doutrina brasileira. Leciona-se que tal instituto funciona como “parte adesiva” à acusação, em uma intervenção de natureza litisconsorcial de natureza contingente, uma vez que não se mostra imprescindível à existência do processo e à sua validade, mas que nele atua por força de um reconhecido direito de intervenção (Patente, 2002, p. 18).

Essa é a posição de Marques (2000, p. 52), para quem a atividade da vítima e do Ministério Público, como partes, estabelece um “litisconsórcio criminal”. Ele aduz: “A doutrina alemã, segundo Massari, denomina tal situação como um litisconsórcio necessário para o acusador público, e voluntário para o acusador particular” (Tornaghi, 1977, p. 431).<sup>14-15</sup>

Nesse passo, afigura-se como definição mais adequada da natureza jurídica do assistente da acusação aquela de parte contingente, pois, apesar de dispensável para o início e o desenvolvimento da ação penal, dispõe de poderes independentes em relação ao Ministério Público para agir no decorrer do processo, de forma que funciona como litisconsorte do órgão acusatório público, seja para obter a garantia do justo ressarcimento, para a correta aplicação da lei penal, seja, ainda, como forma de controle externo da atividade do Ministério Público.

## 2.4 Conceito e cabimento da assistência

O vocábulo “assistente” é proveniente do verbo “assistir”, o qual tem, na acepção específica para este ensaio, o significado de “estar presente a determinado acontecimento, observando-o e acompanhando o seu desenrolar, na qualidade de ajudante ou assessor” (Ferreira, 1986, p. 185).

Segundo Mendes (1969, p. 54), o assistente “é a parte ofendida que comparece a juízo à sombra do Ministério Público, armada de poderes legais, para, à guisa de ‘auxiliar a Justiça’, exercer a sentinela do promotor de justiça”.

Sob tal aspecto, o assistente da acusação é a vítima delitual que intervém na ação penal pública (incondicionada ou condicionada à representação), para defender um interesse seu proveniente da ofensa sofrida, bem como auxiliar a acusação pública na correta aplicação da norma penal ao agressor. Não é, portanto, o advogado que, em defesa dos interesses da vítima, auxilia o Ministério Público, mas sim o próprio ofendido, seu representante legal – em caso de incapacidade – ou, sendo ele morto ou ausente, aqueles parentes enumerados no art. 31 do Código de Processo Penal.

Gize-se que os legitimados a se habilitarem como assistente da acusação deverão fazê-lo por meio de

advogado. Isso se dá, pois é o advogado quem exercerá tecnicamente a função de assistente, tendo em vista ser ele o detentor do *ius postulandi* (direito de postular em juízo), sempre com poderes específicos outorgados pelo legitimado para tal (Machado, 2009, p. 89).

A assistência está prevista, ainda que inúmeros dispositivos legais do Código de Processo Penal lhe façam referência, mais especificamente nos artigos 268 a 273 daquele Diploma processual. Dessa forma, consoante a redação do art. 268 do Código de Processo Penal<sup>1516</sup>, a vítima (ou seu representante legal) deve ser admitida na ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação, na forma de assistente do Ministério Público, podendo intervir em todos os seus atos.

Também quanto à atuação do assistente da acusação, nos casos de contravenção penal, verifica-se discussão doutrinária acerca da matéria.

Greco Filho (2009, p. 241) entende pela impossibilidade da assistência em processos que apuram contravenções penais, utilizando-se, para tanto, do argumento de que não haveria ofendidos nesses casos. Outra fatia da doutrina, que não acolhia a pretensão do assistente nas hipóteses contravencionais, restou superada com a superveniência da Constituição da República de 1988, pois, anteriormente à sua proclamação, tal corrente sustentava que o assistente só poderia intervir nas ações intentadas pelo Ministério Público. Como, à época, os processos contravencionais eram iniciados por portaria da autoridade policial, entendiam não ser possível a habilitação.

Contudo, tal posicionamento deixou de ser considerado válido quando a novel Carta Magna instituiu a obrigatoriedade do Ministério Público de dar início, também, aos processos contravencionais (Fernandes, 1995, p. 142) (art. 129, inc. I, da Constituição da República).

Desse modo, tendo em vista serem as contravenções penais apuradas por meio do Juizado Especial Criminal (introduzido no sistema jurídico pela Lei nº 9.099/95), como dispõem os arts. 60 e 61 daquela Lei<sup>17</sup>, nada mais justo do que o assistente poder atuar nas outras hipóteses atendidas pela Lei nº 9.099/95, quais sejam, as dos delitos com pena máxima cominada em abstrato não superior a 2 (dois) anos. Pois, ainda que a lei não faça expressa referência a respeito da participação do assistente do Ministério Público, seu art. 92<sup>18</sup> manda aplicar, subsidiariamente (não havendo incompatibilidades), as disposições do Código de Processo Penal, com o que se verifica a possibilidade da presença do assistente nos feitos sujeitos ao rito do JECRIM (Hamilton, 2003, p. 226).

## 2.5 Função e interesse

Divergência doutrinária (e jurisprudencial) há com relação à função e ao interesse do assistente da acusação no processo penal brasileiro, subdividindo entendimentos em duas principais correntes.

A primeira delas admite a intervenção da vítima (e dos demais legitimados previstos na lei) como assistente da acusação, por força do interesse civil a que faz jus na busca pela reparação do dano patrimonial e/ou moral decorrente do fato criminoso sofrido. Assim, o condão do assistente seria auxiliar o Órgão acusador tão somente a alcançar uma sentença condenatória e obter a fixação do valor mínimo indenizatório na própria decisão de primeiro grau, além do título executivo judicial (a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória), que poderá ser executado na esfera cível para resgatar o restante do valor que entender devido, por meio de uma ação civil *ex delicto*. Lembrando-se, para isso, como faz Capez (2006, p. 190), de que, segundo o Código Penal (Brasil, 1940), art. 91, I, constitui efeito genérico da condenação penal, tornar certa a obrigação de indenizar o dano, fazendo coisa julgada no juízo cível (em combinação com o art. 935<sup>19</sup>, do Código Civil, 63<sup>20</sup> do Código de Processo Penal, e 475-N, II, do Código de Processo Civil<sup>21</sup>).

Moura Bittencourt (1978, p. 171), condiciona a admissibilidade da intervenção da vítima a um interesse moral ou material próprio, não sendo possível que se assente, exclusivamente, na vontade de punição do acusado.

Atente-se que, com a modificação trazida pela Lei nº 11.719/2008 (que alterou o inciso IV do art. 387<sup>22</sup> e inseriu um parágrafo no art. 63<sup>23</sup>, ambos do Código de Processo Penal), agregou-se ainda mais importância à figura do assistente da acusação. Isso porque, se o Ministério Público se preocupa exclusivamente com a aplicação da norma penal como reprimenda à prática delituosa, nada mais justo do que ter, a vítima, a possibilidade de lutar pela sua reparação, em atividade conjunta com o Ministério Público.

Dessa forma, tem o assistente uma atribuição, e por que não dizer, responsabilidade, para com o andamento da ação penal e seus desdobramentos a partir da sentença, que o colocam em importante posição dentro do processo, concedendo, o legislador, diversas ferramentas (produção de prova, legitimidade de recorrer de decisões etc.) para que essa figura processual possa defender seus interesses e velar por uma justa reparação.

Os defensores dessa corrente doutrinária, portanto, não admitem a habilitação do assistente quando este não tiver sofrido danos. Em outras palavras, quando

não ostentar a posição de sujeito passivo do delito. Mais ainda, nos casos em que for admitido, está adstrito a praticar atos necessários à tutela da sua pretensão patrimonial.

Assim é a lição de Tourinho Filho (2008, p. 385):

Entendemos 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. (...) Conclui-se, pois, que a função do assistente não é a de auxiliar a Acusação, mas a de procurar defender seu interesse na indenização do dano *ex delicto*.

O autor conclui seu entendimento expondo que, se fosse função do assistente reforçar a acusação, poderia ele interpor recurso nas hipóteses em que o juiz reconhece sua incompetência, julga exceções, concede *habeas corpus*, arbitra fiança, etc., situações não previstas em seu rol de permissões do art. 271 do Código de Processo Penal.<sup>24-25</sup>

O segundo entendimento (Avena, 2009, p. 95), é o de que o interesse do assistente da acusação não se limita à obtenção de uma indenização (nos termos do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal) ou de um título executivo judicial, mas prima pela correta aplicação da justiça ao agressor do caso de que fora vítima, com vistas ao próprio interesse da sociedade na apuração do crime, colaborando com o Ministério Público para aplicação da devida pena ao infrator, e suprimindo suas eventuais omissões.

É que, além da ofensa à vítima, o crime causa um dano social que vai além da pessoa do ofendido, pois gera reflexos em seus filhos, parentes, cônjuge, enfim, em toda a sociedade (Espínola Filho, 1954, p. 269). Assim, o legislador, ainda que dando predominância à atuação do órgão público para a instauração da ação penal, reconheceu, afora o interesse público e social, o sempre grande e muito ponderável interesse particular na apuração do fato e na punição dos responsáveis (Rocha, 1999, p. 406).

Sob essa perspectiva, ensina Marques (1961, p. 249) que a função do assistente não é a de defender um direito seu, e sim a de auxiliar a acusação.<sup>26</sup>

Observe-se que o interesse do assistente da acusação está diretamente ligado ao seu raio de atuação. Significa dizer que, de acordo com o entendimento acerca da função do assistente (buscar tão somente a reparação civil do dano sofrido, ou a correta aplicação da justiça), é que se traçará a amplitude de sua atuação durante a fase de instrução, bem como a sua legitimidade recursal.

Mirabete (2004, p. 378), fala em “reforço da acusação pública” e ressalta que embora o instituto da assistência à acusação se prenda precipuamente ao interesse civil do ofendido na reparação do dano, tem-se entendido que tem ele também um interesse objetivo, além da simples condenação, permitindo-se seu recurso na hipótese, inclusive, de sentença condenatória.

Scarance Fernandes (1995, p. 137), a seu turno, rebate o argumento levantado por Tourinho Filho (há pouco explorado) – de que o legislador pretendeu dar ao assistente tão somente poderes para que ele interviesse no processo com o fim de buscar a reparação civil do delito –, ao advertir que diversas são as possibilidades do assistente dentro do processo, que desvelam que a intenção do legislador vai em sentido contrário. É o caso da possibilidade de interposição do recurso em sentido estrito da sentença de impronúncia ou da que declarar a prescrição (art. 584, §1º, do Código de Processo Penal) – hoje, após as reformas introduzidas pelas leis Lei nº 11.689/08, que modificou a redação do art. 416, do Código de Processo Penal, e nº 11.719/08, que deu nova redação ao art. 397, IV, do Código de Processo Penal, o recurso correto é o de apelação –, decisões estas que não vedam a via cível para a vítima, mas que, contudo, foram concedidas pelo legislador ao assistente.

Refere o autor que não lhe parece acertada a tese de que a intervenção do assistente visa, exclusivamente, à reparação civil, pois, se assim fosse, o assistente não poderia intervir se tivesse já proposto a ação civil de conhecimento, sem aguardar a sentença condenatória, ou se renunciasse, previamente, à vantagem econômica que poderia resultar da indenização. Essas situações – que, relembre-se, não impedem a admissão do assistente, pois não há qualquer vedação legal – revelam o interesse público do instituto, que prima pela colaboração com a justiça pública.<sup>27</sup>

É nesse ponto que exemplifica Leite (1969, p. 156), o pensamento dessa corrente, ao delinear que, se o interesse do assistente fosse única e exclusivamente econômico, restaria infundada a sua intervenção nos crimes em que não há dano a ser ressarcido.

Pimentel ainda nos brinda com outra análise, entendendo que “O Assistente, em nosso Direito Processual Penal, deva ter um legítimo interesse coligado à finalidade precípua da ação penal, isto é, deve estar ética e juridicamente vinculado ao *poder-dever de punir* que o Estado exerce através do processo penal” (Pimentel, 1975, p. 14) (grifos do autor).

Bechara (2002, p. 11), por sua vez, vai além na discussão que busca determinar o fundamento do assistente, ressaltando que, se o legislador previu a possibilidade da ação penal subsidiária da pública,

é porque reconheceu a possibilidade de desídia do acusador público.<sup>28</sup> Desse modo, concebe o autor que a justificativa do assistente no processo penal brasileiro é no sentido de coibir a desídia e a omissão por parte do Ministério Público.

Assim, tem-se que, como bem salienta Greco Filho (2009, p. 241), o assistente da acusação possui as duas funções: uma de natureza específica (reparação civil) e outra de natureza ampla (auxílio à aplicação da lei penal).

## 2.6 A (in)constitucionalidade do assistente da acusação

A matéria, todavia, que sugere e ocupa maior reflexão no que tange à possibilidade de intervenção da vítima no processo penal brasileiro é com relação à própria constitucionalidade dessa figura.

Impõe-se analisar, diante da discussão em torno do assunto, a posição de alguns autores que reservam entendimento mais rigoroso com relação à figura do assistente da acusação, prescrevendo que tal instituto é inconstitucional sob a óptica da nova ordem constitucional vigente a partir de 1988.

Os defensores dessa corrente doutrinária – minoritária no País, diga-se de passagem – sustentam-na baseando-se em uma análise restrita do art. 129, da Constituição da República de 1988 (Brasil, 1988), que possui a seguinte redação: “São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

Defendem que, com a promulgação da Carta Magna de 1988, o domínio da ação penal pública passou a ser exclusivo do Ministério Público, ficando revogadas todas as disposições em contrário situadas nas legislações infraconstitucionais, dentre as quais aquelas atinentes ao assistente da acusação.

Polastri Lima, prelecionando nesse sentido, dispõe:

Indubitavelmente, a Constituição expurgou, de forma definitiva, a chamada ação penal pública *ex officio*, iniciada por portaria judicial ou da Autoridade Policial, bem como através de prisão em flagrante. Mas não é só. Ao dispor a Lei Maior que a promoção da ação penal pública é *privativa* do Ministério Público, *derrogado* está o Código de Processo Penal no que tange aos dispositivos atinentes à assistência ao *parquet*. É cediço que, advindo promulgação de uma nova Carta Constitucional, pelo princípio da *recepção*, são recebidas as legislações ordinárias *no que não conflitem com a Lei Maior*. Destarte, não podem sobreviver dispositivos ordinários incompatíveis com a nova ordem constitucional. Dispondo a Constituição de 1988 que a promoção

da ação penal pública é *privativa* do órgão oficial, eliminado está o instituto da assistência ao Ministério Público, face à manifesta incompatibilidade (Lima, 2006, p. 184).

Em igual sentido afirma Lopes Júnior, que propõe, em sua obra, a abolição da figura do assistente da acusação do processo penal brasileiro, porque geneticamente problemática (Lopes Júnior, 2008, p. 38).

O referido autor, no entanto, traz à baila outra visão para defender a expurgação do referido instituto do sistema processual pátrio, impingindo que o sentimento que motiva o assistente, é o de vingança, além do interesse econômico privado. Não acredita, assim, que o assistente esteja interessado em fazer “justiça”, pois aduz que não se pode conceber que uma sentença “justa” seja tão somente aquela condenatória. Portanto, o assistente não estaria buscando justiça, uma vez que ninguém se habilita para pedir a absolvição do réu (Lopes Júnior, 2008, p. 40).<sup>29</sup>

Explica, para defender o seu ponto de vista que, muito embora a vítima faça jus a uma justa indenização pelos danos sofridos, o processo penal não é o terreno adequado para fazê-lo. Isso porque a mistura de pretensões gera um hibridismo perigoso para o sistema, que pode desaguar em “condenações penais disfarçadas de absolvições fáticas” que são nada mais, nada menos do que condenações com penas irrisórias pela prática de delitos insignificantes, somente para satisfazer a pretensão econômica da vítima (Lopes Júnior, 2008, p. 40).

Silvério Júnior (2006, p. 93), explora outra faceta da matéria para sustentar sua posição contrária à figura do assistente. Ressalta o autor que, a partir da promulgação da Carta Magna de 1988, que referendou o sistema acusatório (assegurando a imparcialidade do juiz e relegando a produção da prova às partes, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa), não se pode conceber que o Ministério Público necessite de auxílio, pois, diante da estrutura, da capacitação e das prerrogativas do órgão, a assistência desaguaria em flagrante violação ao princípio do contraditório, que exige a paridade de armas no processo penal.

Nessa linha de raciocínio, Azevedo (2010, p. 64), pontifica algumas críticas sobre o assistente, identificando, inicialmente, a ofensa ao princípio constitucional do sistema acusatório, em decorrência de ser o Magistrado, e não o Ministério Público (titular da ação penal), o legitimado a decidir acerca da habilitação do assistente da acusação, além de impossibilitar ao órgão acusatório o ataque a tal decisão, pois que irrecurível.



Ao depois, sustenta a quebra do princípio da isonomia processual, de forma que o ingresso do assistente de acusação no caso penal ofenderia o equilíbrio da relação jurídica processual, uma vez que confere ao polo ativo maior capacidade de produção de provas e de defesa de suas teses.

Explora, como terceiro argumento, a identificação de vestígio do fenômeno de privatização do processo penal que, segundo o autor, é um movimento político criminal que tem o condão de dar destaque à vítima no processo penal, possibilitando o exercício da vingança.

Segue o autor, no ponto posterior, argumentando que a ideia de atender aos fins econômicos da vítima dentro da esfera penal deturparia a finalidade primeira a que se destina o processo penal, e aduz que tal ramo do direito público, por se tratar de palco de conflitos acerca de direitos indisponíveis, não pode se prestar a atender aos fins econômicos da vítima, pois tratar-se-ia de um desvirtuamento de seu objeto.

Como quarto argumento, o autor refere que é ilógico acreditar que a Carta Magna de 1988 tenha recepcionado a assistência, pois o Estado não poderia admitir deficiências em seu próprio instrumento, deixando o Ministério Público sob a desconfiança de um precário desempenho na realização da pretensão punitiva. Ora, ao prever o constituinte que o órgão acusador público necessita de auxílio, reconhece-se a sua incapacidade de promover a ação penal, o que violaria, ainda, segundo o autor, o princípio da autonomia funcional.

Por fim, defende que a admissão do assistente da acusação traz uma supervalorização do fim retributivo da pena, “viabilizando ao ofendido a possibilidade de legitimar com a benção do Estado os seus desejos de reparação e vingança, e o pior, com amparo da coisa julgada” (Azevedo, 2010, p. 78).

Contudo, apesar da manifestação de parte da doutrina e de algumas decisões judiciais<sup>30</sup> nesse sentido, tais argumentos não têm a simpatia da maioria dos autores e da jurisprudência brasileira.

Os que admitem a assistência (citados no ponto anterior deste artigo) consideram que os autores aversos ao instituto partem de uma premissa equivocada, pois consideram que o assistente esteja invadindo a exclusividade dada pelo constituinte ao Ministério Público para o exercício da ação penal. Tal afirmativa, contudo, não procede, uma vez que o assistente não pode (afora a possibilidade de ação penal subsidiária da pública) dar início à ação penal pública incondicionada, o que de fato não faz. Em outras palavras, o fato do particular participar do processo como assistente da acusação pública não retira daquele órgão a

exclusividade que lhe foi outorgada pelo constituinte de 1988. A titularidade (para usar a expressão exata constante no art. 129 da CF/88) da ação penal segue, indubitavelmente, com o Ministério Público, pois o assistente não a promove, até porque só é admitido quando a instância já está instaurada, ou seja, quando o Ministério Público já efetuou a sua propositura e esta já foi recebida pela autoridade judiciária. Com o que se verifica não haver, portanto, qualquer impedimento para que o assistente funcione auxiliando o *parquet*.

Ainda, se o legislador previu a possibilidade de haver inércia do Ministério Público e, para isso, concedeu a instauração da ação penal pública incondicionada (de forma subsidiária) à vítima, é porque reconhece a possibilidade de desídia do Órgão acusador. Ora, se o próprio legislador se houve por acreditar nessa possibilidade, não há motivo para crer que o Ministério Público seja indefectível e não possa, em meio à tramitação de um processo, ou em fase recursal, olvidar-se de agir em defesa da vítima e da sociedade. Com isso, não se pode retirar do ofendido vítima a sua chance (por meio da atuação do assistente) de ver cumprida a lei.

Importante ressaltar que, quando da promulgação de uma nova Constituição, as leis ordinárias que estão em vigência devem (na medida do possível e necessário) se adequar aos artigos da novel Carta Magna, por meio do “princípio da recepção”. No entanto, o legislador brasileiro, quando da modificação das disposições relativas à prova, ao tribunal do júri e aos procedimentos do Código de Processo Penal, no ano de 2008 (Leis nº 11.689/08, nº 11.690/08 e nº 11.719/08), teve a oportunidade de alterar/revogar os artigos que não estariam de acordo com os princípios constitucionais vigentes, e não o fez.

Deixou intactas as disposições com relação ao assistente da acusação, motivo pelo qual não se pode conceber a inconstitucionalidade de tal instituto.

Acrescente-se que o anteprojeto do novo código de processo penal (PLS 156) traz um capítulo exclusivo para tratar da vítima e de seus interesses, ressaltando ainda mais a importância de sua participação no processo, também como assistente.

Ainda, como se vê da modificação do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, o juiz criminal, ao ser obrigado a fixar na sentença condenatória um valor mínimo da indenização (o qual poderá ser até mesmo o valor final), mais em evidência e destaque coloca a figura do assistente do Ministério Público, que atuará para perseguir a condenação e a consequente indenização a que faz jus, como ofendido.

### 3 CONCLUSÃO

O crime conduz ao rompimento da paz social, mantida pelo Estado em uma sociedade civil organizada.

Nesse passo, o papel da vítima nos desdobramentos administrativo-judiciais resultantes da ação delituosa, é fundamental para a manutenção da tranquilidade social, pois como cidadão, e elemento apartenente ao Estado Democrático de Direito, a vítima é sujeito de direitos e, diante disso, deve ter a faculdade – se não a obrigação – de participar e intervir nos procedimentos que apuram determinado fato traumático.

A partir da metade do século XX, inicia-se o período do “renascimento” vitimal, com o início do estudo relacionado à vítima, a partir do desenvolvimento da corrente criminológica chamada “vitimologia”.

Ao analisarmos o contexto do Direito Comparado, diagnosticamos a preocupação, em caráter global, com relação à assistência do vitimado, oportunizando, cada legislação com a sua peculiaridade, o ingresso do ofendido de forma ativa na ação penal, visando seja a sua reparação, seja a correta aplicação da lei penal, mas, acima de tudo, a paz social.

Instituto processual que de controverso não tem só a natureza, mas a sua própria existência, o assistente da acusação, para alguns, deve ter, quando muito, o seu poder limitado à busca do ressarcimento econômico, seja na sentença penal condenatória diante da nova disposição legislativa que prevê a fixação do valor mínimo pelo juízo criminal, seja por meio da ação *ex delicto*, a se desenvolver na seara civil.

Todavia, a grande maioria da doutrina e da jurisprudência brasileiras, reconhecendo a importância da figura do assistente para auxiliar o Ministério Público também na aplicação da lei penal, tem ampliado seus horizontes para além da dicção legal presente na lei processual penal.

É que a reparação econômica do dano não é única pretensão do ofendido, até por que, diante da manifesta dificuldade de obter a justa indenização em face do desfavorecimento econômico da maioria dos infratores, a atuação do ofendido no processo penal ficaria prejudicada.

A dor e as consequências psicológicas presentes nas vítimas em decorrência do delito não podem ser restauradas com pecúnia, mas com a correta aplicação da lei penal, sob uma perspectiva de justiça. Não se trata de vingança privada, como querem alguns, pois a vítima não pretende punir o acusado; quem o faz é o Estado. A ela resta a possibilidade de atuar supletivamente em relação ao acusador público, de forma a participar do processo que tenta reconstruir o fato delituoso do qual foi vítima, e estar segura da justa sanção aplicada ao

seu algoz, o que traz, ao mesmo tempo, tranquilidade social, pois apazigua os ânimos da sociedade, que não se contenta com a impunidade.

Não é que o Ministério Público, órgão incumbido constitucionalmente de iniciar a ação penal, não cumpra o seu papel. Mas o fato de se tratar de um órgão estatal não o imuniza contra o possível cometimento de erros ao carrear a ação. Tanto é assim que o próprio constituinte previu a possibilidade do ofendido intentar a ação penal privada subsidiária da pública diante de uma possível inércia do órgão ministerial, e o consagrou no inciso LIX, do art. 5º, da Constituição da República.

Ainda que alguns juristas tratem a intervenção do ofendido no processo penal como um retorno à época da vingança privada, justificando-se sob o argumento de que delegar tal “poder” ao ofendido descambaria para o seu abuso, não há mais espaço para tal interpretação, diante da importância e atenção que a norma constitucional e infraconstitucional tem dado ao acusado, com vistas a assegurar seus direitos e garantir seu julgamento por meio de um processo justo, público e fundamentado (não arbitrário).

Dessa forma, a abertura do processo à participação do ofendido não se trata de um retorno à aplicação da justiça “pelas próprias mãos”, tendo em vista que os atos praticados pelo assistente possuem caráter de colaboração e auxílio, de forma transparente e democrática mediante controle ministerial.

Por esse motivo, cresce a preocupação das legislações, em nível mundial, no tratamento da intervenção da vítima no processo, inserindo mecanismos para integrá-la, amenizar as consequências decorrentes do delito e oportunizar um justo ressarcimento ao mal que lhe foi causado.

Desse modo, não se pode olvidar que a vítima, assim como o acusado, deve ter seus direitos assegurados, como forma de lhe resguardar a dignidade. Mais, não se pode retirar o ofendido de um processo que nada mais é do que a tentativa de reconstrução de um fato passado, na maioria das vezes marcante – quando não eternamente traumático –, do qual foi, também, protagonista.

A vítima tem o direito de fazer parte dessa reconstrução de fatos pretéritos, pois está intrinsecamente ligado a eles. E por assim ser, mais do que servir como meio de prova pericial e testemunhal ao órgão acusador público, deve ter o direito de integrar a causa.

Reduzir o interesse da vítima à reparação civil do dano é o mesmo que lhe negar a cidadania. Por esse motivo, há de se incentivar a participação do ofendido e da sociedade como um todo, por meio das associações e órgãos de defesa dos interesses difusos no processo, como auxiliar do Ministério Público, não só com vistas à

obtenção da uma indenização, como forma de recompor as necessidades pecuniárias a que faz jus o ofendido, mas também para a correta aplicação da lei penal.

Enfim, deve-se procurar estabelecer um tratamento digno àquele que é um dos protagonistas do injusto penal e o que mais sofre com a sua ocorrência: a vítima.

## REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal: esquematizado*. São Paulo: Método, 2009.
- AZEVEDO, Bernardo. Do assistente de acusação: o (des)assistido pela Constituição. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 407, p. 57-86, 2010.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. Da assistência no processo penal. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, v. 10, n. 117, p. 11-12, ago. 2002.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima*. São Paulo: Universitária de Direito, 1978.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988.
- \_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940, p. 23.911, ret. 3 jan. 1941, p. 61.
- \_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941, p. 19699.
- \_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973, p. 1.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 set. 1995, p. 15.033.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002, p. 1.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Embargos Infringentes nº 70005315270*. 3º Grupo Crim. Relator: Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Data de Julgamento: 21.07.2006. Data da Publicação: 28.08.2006. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 21 out. 2010.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CÓDIGO Procesal Penal de Paraguay. Disponível em: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l\_20080616\_73.pdf>. Último acesso em: 10 out. 2010.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- FARIA, Bento de. *Código de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960. v. II.
- FAYET, Ney. O assistente do Ministério Público e o recurso contra a pronúncia. In: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 23, p. 37-43, 1990.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- GATTI, Giustino. *Codice penale e di procedura penal e leggi complementari*. Napoli: Simone, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio. Assistente da acusação: legitimidade para recorrer. *Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal*, n. 36, p. 7-11, jun./jul. 2010.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HAMILTON, Sérgio Demoro. A taxatividade das atribuições do assistente do Ministério Público. *Revista Ibero-americana de Direito Público*, Rio de Janeiro, n. 10, p. 223-230, 2003.
- \_\_\_\_\_. O recurso do assistente do Ministério Público. *Revista Síntese de Direito Penal e Direito Processual Penal*, Porto Alegre, n. 16, p. 22-29, 2002.
- JESUS, Damásio E. *Código de processo penal anotado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LEITE, Luciano Marques. O assistente na ação penal. *Justitia*, São Paulo, v. 64, p. 153-159, 1969.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. V. II.
- LOPES Jr., Aury. *Direito Processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. V. II.
- LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penal*. 7. ed. Torino: G. Giappichelli, 2008.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000. V. I.
- MENDES, Nelson Pizzotti. *O assistente na ação penal*. *Justitia*. São Paulo, v. 66, p. 53-56, 1969.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Curso temático de direito processual penal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PACELI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PATENTE, Antônio Francisco. *O assistente da acusação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. A figura do assistente do Ministério Público no direito processual penal brasileiro. *Justitia*, São Paulo, v. 88, p. 13-21, 1975.
- RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 24, de 15 de agosto de 1898.
- ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro da. *Curso de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ROSA, Inocêncio Borges da. *Processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1942. V. II.
- SÁNCHEZ, Guillermo Colín. *Derecho mexicano de procedimientos penales*. 2. ed. México: Porrúa, 1970.
- SANTANA, Fernando. Da intervenção do querelante e do assistente do ministério público em processo de habeas-corpus. *Nomos*, Fortaleza, v. 4, n. 1/2, p. 130-149, 1982.
- SANTOS, Cláudia Cruz. Assistente, recurso e espécie e medida da pena. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 18, n. 1, p. 137-166, jan./mar. 2008.
- SCARANCA FERNANDES, Antonio. *O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. A incompatibilidade do assistente de acusação com o processo acusatório de 1988. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 345, p. 85-93, jul. 2006.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. II.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ZIYADE, Fátima. *O assistente da acusação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado com grau máximo pela banca examinadora composta pelo orientador, Prof. Dr. Ney Fayet Júnior, e pelos examinadores, Prof. Ms. Mário Rocha Lopes Filho, e Prof. Ms. Rafael Braude Canterji, em 26 de novembro de 2010. E-mail do autor: Jppetek@gmail.com
- <sup>2</sup> RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 24, de 15 de agosto de 1898, art. 7º.
- <sup>3</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.
- <sup>4</sup> PORTUGAL. Lei nº 59/98, de 25 de agosto de 1998.
- <sup>5</sup> Código Procesal Penal de Paraguay. Disponível em: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l\_20080616\_73.pdf>. Acesso em: 10 out. 2010.
- <sup>6</sup> Artículo 68. Derechos de la víctima. La víctima tendrá derecho a: 1) recibir un trato digno y respetuoso, que se hagan mínimas sus molestias derivadas del procedimiento, la salvaguarda de su intimidad en la medida en que no obstruya la investigación y a la protección de su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que depongan en su interés, a través de los órganos competentes; 2) intervenir en el procedimiento penal, conforme con lo establecido por este código; 3) ser informada de los resultados del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite; 4) ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite; 5) impugnar la desestimación o el sobreseimiento definitivo, aun cuando no haya intervenido en el procedimiento como querellante. La víctima será informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento
- <sup>7</sup> Artículo 69. Querellante adhesivo. En los hechos punibles de acción pública, la víctima o su representante legal, en calidad de querellante, podrán intervenir en el procedimiento iniciado por el Ministerio Público, con todos los derechos y facultades previstos en la Constitución, en este código y en las leyes. Las entidades del sector público no podrán ser querellantes. En estos casos el Ministerio Público representará los intereses del Estado. Quedarán exceptuados de estas reglas los entes autónomos con personalidad jurídica, las gobernaciones y las municipalidades. La participación de la víctima como querellante no alterará las facultades concedidas por la ley al Ministerio Público y a los tribunales, ni los eximirá de sus responsabilidades.
- <sup>8</sup> Como se vê do art. 82, do Código Procesal Penal de la Republica Argentina: Capítulo IV: El querellante particular. Art. 82: Derecho de querrela. Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante y como tal impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezcan.
- <sup>9</sup> Codice penale e di procedura penal e leggi complementari. Napoli: Simone, 2008. Tradução livre: a ação civil para as restituições e para o ressarcimento do dano de que trata o art. 185 do código penal, pode ser exercitada no processo penal pelo sujeito no qual tenha recaído os danos do crime, ou mesmo, pelos seus sucessores universais, em face do imputado e do responsável civil.
- <sup>10</sup> LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penal*. Tradução livre: A inserção da ação civil no processo penal tem suscitado muitas críticas por ser anômalo que um sujeito privado busque a responsabilidade do imputado no processo penal colocando-se ao lado da parte pública para fazer valer o direito ao ressarcimento do dano: tanto anômalo quanto recorrente, a parte civil não objetiva concretamente o ressarcimento do dano mas pratica atos de auxiliar da parte pública para buscar a condenação do acusado.
- <sup>11</sup> VI – O projeto, ajustando-se ao Código Civil e ao novo Código Penal, mantém a separação entre a ação penal e a ação civil *ex delicto*, rejeitando o instituto ambíguo da constituição de “parte civil” no processo penal.
- <sup>12</sup> Fernando Scarance Fernandes ostenta o mesmo entendimento, afirmando que o ofendido, no papel de assistente, não é parte principal, nem litisconsorte ativo, pois não exerce a ação penal. Considera-o um terceiro interveniente voluntário, que auxilia o Ministério Público, e que, na verdade, é um sujeito processual indevidamente chamado de parte acessória ou contingente.
- <sup>13</sup> O autor acredita tratar-se de atuação *ad coadjuvandum*, ou seja, sem figurar como parte, apenas auxiliando (nos estritos limites da Lei) o Ministério Público. (Hamilton, 2002, p. 28).
- <sup>14</sup> Tornaghi (1977, p. 431): O autor não acredita tratar-se de assistência litisconsorcial, mas de parte adjunta, de forma que a sua intervenção se dá *ad coadjuvandum tantum*, apenas nos estritos limites impostos pela lei e de forma dependente do Ministério Público.
- <sup>15</sup> No mesmo sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho, quando diz: “Ao falarmos sobre as ‘partes processuais’, fizemos a sua distinção em ‘necessárias’ e ‘contingentes’. Aquelas são imprescindíveis, isto é, para a existência de um processo, impõe-se que haja partes necessárias: de um lado, a pessoa rem in iudicio deducens e, do outro, a pessoa contra quem *res in iudicio deducitur*. Contingentes são as partes – cuja constituição está permitida por la ley, pero que no son necesarias para que ele proceso exista. Entre nós, a única parte contingente é o assistente da acusação. A lei permite sua intervenção no processo, mas, com assistente ou sem assistente, o processo existirá. Contingente, portanto, como já vimos”. (Tourinho Filho, 2008, p. 384).
- <sup>16</sup> Art. 205 – Código de Processo Penal: Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31.
- <sup>17</sup> Lei 9.099/95 – Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juizes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.
- <sup>18</sup> Lei 9.099/95 – Art. 92. Aplicam-se subsidiariamente as disposições dos Códigos Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.
- <sup>19</sup> Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.
- <sup>20</sup> Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.
- Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.
- <sup>21</sup> Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: II – a sentença penal condenatória transitada em julgado.
- <sup>22</sup> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.
- <sup>23</sup> Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.
- Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.
- <sup>24</sup> Art. 271. Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, §1º, e 598.
- <sup>25</sup> Assim o entendimento de Moreira (2009, p. 115), que preleciona: “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”. Na mesma esteira, Fayet (1990, p. 37), que aduz: “Tem assim o ofendido reconhecida sua pretensão a uma decisão condenatória do ofensor, por nascer dela uma obrigação civil de ressarcimento do prejuízo sofrido com o delito. Somente este motivo justifica a presença da vítima ou de seu representante legal ou de seu substituto, junto ao órgão do Ministério Público, assistindo a acusação”. Ainda, em igual linha intelectual, Santana (1982, p. 139), quando diz: “mais técnico será admitir que o assistente é parte e defende direito próprio. Está legitimado porque, sendo vítima do crime, a sentença penal exercerá decisiva influência no juízo cível e o interesse que preside a assistência é o de obter a indenização do dano resultante do crime”. Coloca ainda, o mesmo autor, que o resultado útil da sentença condenatória já afasta a discussão na esfera cível e este proveito é o

que justifica e autoriza a habilitação do ofendido como parte assistente do titular da ação penal pública, uma vez que o Ministério Público não carece de auxílio pois tem a sua atividade condicionada pelos princípios da obrigatoriedade, indisponibilidade e oficialidade.

<sup>26</sup> Noronha (1998, p. 185-187) fala em assistente, auxiliando o Ministério Público, reforçando o *dominus litis*.

<sup>27</sup> No mesmo sentido: Paceli de Oliveira (2008, p. 404); JESUS (2009, p. 218); NUCCI, (2009, p. 572); FARIA (1960, p. 21); ROSA (1942, p. 203); GOMES (2010, p.11); entre outros.

<sup>28</sup> Nestor Távora e Rosmar Alencar sob tal aspecto identifica: “Na realidade, não se vê motivo plausível para não legitimar a participação ampla das pessoas – físicas e jurídicas (públicas ou privadas) – que sofreram os efeitos do crime. A reaproximação dos protagonistas do crime ao processo parece ser uma necessidade para a compreensão do processo penal como um instrumento efetivo. (...) Decerto, a abstração dos interesses do ofendido não é condizente com a efetividade dos direitos fundamentais da Constituição. Sustentar que à vítima não interessa a aplicação de pena é posição tendente à mecanização do direito. Se a ela não coubesse pelo menos “auxiliar” o Ministério Público, através do assistente – que é o menos –, a Constituição não teria assegurado o exercício de ação penal privada subsidiária da pública como garantia fundamental (que é o plus). Daí a tendência em ver que o assistente pode interpor recurso inclusive contra a sentença condenatória, para o fim de ver a aplicação de uma pena que, por ter sido aplicada em limite aquém do razoável, redundaria na prescrição da pena em concreto.” Távora; Alencar (2010, p. 489).

<sup>29</sup> Francisco de Assis do Rêgo Monteiro da Rocha (1999, p. 417) apresenta três motivações para explicar a sua aversão ao instituto da assistência: entende, em primeiro lugar, que a reparação do dano deve ser perseguido no juízo cível, pois os propósitos e ideais que se coadunam com a busca pelo ressarcimento econômico são incompatíveis com a dignidade

do direito criminal. Ao depois, refere que não se pode conceber o assistente nos dias atuais, pois, hoje tem-se um órgão ministerial forte, independente, e capacitado para exercer a ação penal. Como terceiro argumento, diz enxergar, no assistente, a mais expressiva homenagem ao sistema medieval do direito, onde prevalecia a justiça privada e que hoje já está superada com a legitimidade exclusiva do Estado na aplicação do *ius puniendi*.

<sup>30</sup> EI. CONFORMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO COM A SENTENÇA CONDENATÓRIA DE PRIMEIRO GRAU. APELO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. ILEGITIMIDADE POSTULATÓRIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE. – O elemento que distingue os ilícitos penais dos civis é a irreparabilidade do dano, ou seja, o interesse público que reside na parcela de lesão que a indenização / reparação cível não consegue confortar. - O Direito Penal, enquanto ramo do Direito Público, não pode permitir que a vítima consagre seus interesses privados através da estrutura estatal-judiciária penal. – A participação da vítima no processo penal – com “P” maiúsculo (sentido forte que a expressão ao menos deveria ter) – reforça as doutrinas retributivas cuja máxima de justiça é a devolução do mal com o mal – “venganza de la sangre”, diria Ferrajoli. O Estado de direito, enquanto negação da vingança privada, implanta o fim da dominação do mais forte, tomando para si o monopólio do direito de punir. A Constituição Federal admite a intervenção da vítima no processo penal, através da ação penal privada subsidiária da pública (Art. 5º LIX, da CF), nos casos de inércia do órgão ministerial. Contrário sensu, havendo movimentação do Ministério Público, porém em direção contrária ao interesse da vítima, cuida-se de conflito de interesses (público e privado), e não de omissão do parquet, hipótese diferenciada da exceção constitucional à acusatoriedade pública. (TJRS, Embargos Infringentes nº 70005315270, 3º Grupo Crim., j. 21. 07.2006).