

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
ÁREA DAS CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

Larissa Pedrolo Silveira

ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
FRENTE AO NOVO PAPEL DO OFENDIDO NO PROCESSO PENAL

Porto Alegre

2011

Larissa Pedrolo Silveira

**ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
FRENTE AO NOVO PAPEL DO OFENDIDO NO PROCESSO PENAL**

**Trabalho de Conclusão de Curso de
Especialização apresentado como
requisito parcial para a obtenção de título
de Especialista em Direito penal e
processual penal, pelo Curso de
Especialização em Direito penal e
processual penal da Universidade do Vale
do Rio dos Sinos – UNISINOS**

**Orientador: Professor Mestre Alexandre
Ayub Dargél**

Porto Alegre

2011

Larissa Pedrolo Silveira

**ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
FRENTE AO NOVO PAPEL DO OFENDIDO NO PROCESSO PENAL**

**Trabalho de Conclusão de Curso de
Especialização apresentado como
requisito parcial para a obtenção de título
de Especialista em Direito penal e
processual penal, pelo Curso de
Especialização em Direito penal e
processual penal da Universidade do Vale
do Rio dos Sinos – UNISINOS**

**Orientador: Professor Mestre Alexandre
Ayub Dargél**

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais pelo constante estímulo em aperfeiçoar cada fase da minha formação.

Ao meu marido, Rafael Dourado, pelo incentivo e companheirismo na vida que recentemente começamos a construir.

A Melania Trelles Krack pela amizade incondicional e pelo auxílio na correção metodológica do presente trabalho.

Aos colegas do curso de especialização, pelo enriquecimento jurídico proporcionado durante o período das aulas.

RESUMO

A posição da vítima no processo penal foi objeto de grandes desequilíbrios valorativos ao longo da história, encontrando-se, atualmente, em posição de destaque diante das inúmeras alterações legislativas que visam sua proteção e inserção no sistema processual. O objetivo primordial desse trabalho é analisar essa nova influência exercida pelo ofendido e até que ponto pode interferir na atuação da Defensoria Pública quando se trata do assistente de acusação. Para tanto, no primeiro capítulo, apresenta-se um panorama da participação do ofendido no processo penal, desde a origem até as recentes reformas processuais penais. No capítulo seguinte, abordam-se as discussões existentes acerca da (in)constitucionalidade do assistente de acusação. Por fim, analisa-se a função institucional da Defensoria Pública neste novo paradigma conceitual de participação da vítima, a fim de estabelecer critérios de análise capazes de definir se é ou não um dever de atuação.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Evolução do papel da vítima. Assistente de acusação. Atuação da Defensoria Pública.

ABSTRACT

The position of victims in criminal proceedings was the subject of large imbalances of value throughout history, and is currently in a prominent position on the many legislative changes aimed at their protection and integration into the court system. The primary objective of this work is to analyze the influence of the new offense and how much can interfere with the operation of the Public Defender when it comes to the assistant to the prosecution. To this end, the first chapter presents an overview of the participation of the victim in criminal proceedings, from the origin to the recent criminal procedure reforms. In the next chapter expounds on existing discussions about the (un)constitutionality of the assistant to the prosecution. Finally, it explores the institutional role of the Ombudsman in this new conceptual paradigm of victim participation in order to establish criteria analysis can define whether or not a duty of action.

Keywords: Criminal Procedure Law. Evolution of the role of victim. Assistant to the prosecution. Role of the Public Defender.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PARTICIPAÇÃO DO OFENDIDO NO PROCESSO PENAL	11
2.1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA	11
2.2 RELEVÂNCIA ATRIBUÍDA AO OFENDIDO NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	15
2.2.1 Novos direitos concedidos à vítima com a nova redação do artigo 201 do Código de Processo Penal	18
2.2.2 A vítima no projeto de reforma do Código de Processo Penal - Projeto de Lei do Senado nº156/09	22
2.3 DA (IM)POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DO DANO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA	26
2.3.1 Enfoque dado à reparação do dano no Código Penal Brasileiro	26
2.3.2 Reparação do dano após a nova fase introduzida pelo artigo 387, inciso IV do CPP	26
2.4 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL COMO SUJEITO DE DIREITOS	40
3 ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO EM DEFESA DOS DIREITOS DA VÍTIMA ..	43
3.1 NATUREZA JURÍDICA, LEGITIMIDADE E INTERESSE PROCESSUAL DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO	47
3.1.1 Atuação da vítima na ação penal subsidiária da pública	56
3.1.2 Legitimidade recursal do assistente	59
3.2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA COMO AGENTE COLABORADOR E CONTROLADOR DA ATUAÇÃO ESTATAL	64
3.3 DA NÃO-RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988 DA FIGURA DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO	67
3.3.1 Da ofensa ao sistema acusatório	69
3.3.2 Da admissibilidade contraditória de que o Ministério Público necessita de auxílio	72
3.3.3 Violação ao princípio da isonomia processual e princípio do contraditório	73

3.3.4 Retrocesso à vingança privada	76
3.3.5 Privatização do processo penal e o indevido atendimento dos fins econômicos da vítima	78
3.3.6 Ação penal subsidiária da pública como única exceção à atuação da vítima	80
4 ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA	82
4.1 DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL	83
4.2 PRERROGATIVAS, PRINCÍPIOS E LEGITIMIDADE	91
4.3 TENDÊNCIA ATRIBUÍDA PELA LEI DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. INFLUÊNCIA NA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO	96
4.3.1 Contexto histórico de criação da Lei 11.340/06 e breves apontamentos	96
4.3.2 Assistência jurídica integral à mulher vítima de violência doméstica	98
4.3.3 Influência na atuação da Defensoria Pública como assistente de acusação	100
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	103
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	108

1 INTRODUÇÃO

Considerando que o direito não está dissociado das demais ciências penais, há iminente necessidade da construção de uma visão interdisciplinar do direito penal, ou seja, de sua aplicação em consonância com as demais ciências. Neste novo paradigma, se insere a discussão sobre a participação do ofendido no processo penal, tema característico do expansionismo dos sistemas penais contemporâneos.

A nova ordem processual penal brasileira vem, cada vez mais, abrindo espaço para proteção da vítima, o que é criticado por muitos doutrinadores sob o argumento de que o processo penal é destinado a assegurar os direitos e garantias fundamentais apenas do réu e mais, porque torna o ofendido sujeito da relação processual.

Nesse contexto, frente à crescente inserção da vítima na instrução criminal, a pesquisa assume relevo porque permite estabelecer a função institucional da Defensoria Pública com o fim de definir seus planos de atuação e de que forma será feita a defesa do réu juntamente com a proteção da vítima, em um mesmo contexto fático, o que, até hoje, ainda não foi debatido dentro da instituição.

O objetivo é fazer uma análise acerca das alterações legislativas impostas pelas leis 11.690/08, 11.719/08 e PL 156/09 que atribuíram ao ofendido relevante papel no processo penal em confronto com a atuação institucional da Defensoria Pública.

E mais, a pesquisa é importante para estabelecer uma análise crítica, não apenas na obrigatoriedade de atuação de uma instituição pública, mas também para se verificar se essa supervalorização da vítima é progresso ou retrocesso do sistema penal.

A questão que se impõe é demonstrar se as tendências político-criminais que atualmente se manifestam em favor dessa proteção conferida a vítima/ofendido, não

acarretam desequilíbrio na relação processual, se não desvirtuam a atividade finalística do Direito Penal e se caracterizam dever de atuação da Defensoria Pública em atuar na defesa da vítima, em todos os casos, inclusive como assistente de acusação.

Sendo assim, no primeiro capítulo apresenta-se uma contextualização histórica do ofendido no processo penal bem com sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, em especial com as mudanças oriundas das recentes alterações legislativas. Aborda-se a questão da fixação de um valor mínimo de indenização para reparação do dano na sentença penal condenatória. Tudo em contraponto com a interpretação constitucional da participação da vítima no processo penal.

Posteriormente, insere-se no estudo específico do assistente de acusação, sua natureza jurídica, legitimidade, interesse processual e legitimidade recursal. Faz-se uma análise crítica dos fundamentos pelos quais a doutrina considera o instituto como inconstitucional, analisando-se pontualmente eventual violação ao sistema acusatório e a isonomia processual, retrocesso à vingança privada, possibilidade de privatização do processo penal, dentre outros argumentos.

No terceiro capítulo, aborda-se a atuação da Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça, suas prerrogativas, princípios e legitimidade. Analisa-se a função institucional da Defensoria Pública neste novo paradigma conceitual de participação da vítima, a fim de definir se é ou não um dever de atuação como assistente de acusação. Ao final, revela-se a tendência atribuída pela lei 11.340/06 e qual sua influência no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, registra-se que o presente trabalho apresenta-se em metodologia de abordagem dialética, contrapondo as interpretações e os conceitos trazidos pela doutrina e jurisprudência acerca do papel da vítima no processo penal e a nova sistemática adotada no Projeto de Lei do Senado n. 156/2009. O método de procedimento utilizado é empírico, histórico e funcionalista, com técnicas de pesquisa bibliográfica, por meio de fichas de leitura de livros e artigos científicos relativos ao tema do trabalho, assim como a análise de julgados mais recentes dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça dos Estados.

2 PARTICIPAÇÃO DO OFENDIDO NO PROCESSO PENAL

2.1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA

A posição da vítima¹ no processo penal foi objeto de grandes desequilíbrios valorativos ao longo da história. Foi no século XX que ressurge a importância do ofendido com a elaboração de normas de direito internacional e da ordem interna dando destaque a sua proteção bem como determinando os meios para o exercício deste novo papel.²

Para a doutrina, ao longo da história a vítima passou por três etapas: protagonismo ou idade de ouro, neutralização ou ostracismo e redescobrimto.

Conforme BARROS (2008, p. 3) a primeira fase compreende a época da vingança privada, em que competia ao próprio ofendido e seus familiares retribuírem o mal recebido, ou seja, eles eram os responsáveis pela repressão do delito em um modelo de justiça privada.

A partir da necessidade de salvaguardar os interesses do Estado e de garantir o monopólio da jurisdição, a vingança privada, progressivamente, começou a dar lugar a justiça pública, em que a expropriação do conflito por parte do Estado, colocou a vítima em situação de neutralidade. De parte integrante da resolução do crime a vítima passou a ser mera informante.

¹ A terminologia seria diferenciada conforme a natureza do crime: a *palavra vítima* seria para os crimes contra a pessoa; *ofendido*, para os crimes contra a honra e contra os costumes; *lesado*, nos crimes patrimoniais (GRECO, 2004). Outra diferenciação quanto a utilização das expressões 'vítima' e ofendido' é apresentada por BECK (2009,p.71), para quem, sob um enfoque mais técnico, referem-se, respectivamente, ao direito penal e direito processual penal. No presente trabalho serão as expressões utilizadas como sinônimos, uma vez que não existe rigor técnico na legislação processual penal brasileira.

² Ofendido ou vítima é a pessoa – física ou jurídica- que suporta os danos decorrentes da infração penal; é o sujeito passivo da infração penal; também considerado sujeito passivo mediato, tendo em vista que o Estado é, sempre, o sujeito passivo genérico e imediato (BARROS, 2008).

Este período de neutralização durou do Império Romano até o século XX, um extenso período histórico em que a prioridade foi a defesa da integridade do acusado e o término das penas desumanas e cruéis.

A fase do redescobrimento surge com os avanços da Vitimologia, ramo da criminologia que estuda a vítima e suas relações com o infrator e o sistema. Deixa-se de analisar apenas o delito (Escola Clássica) e passa-se a focar o delinqüente em seus aspectos sociológico, antropológico e psicológico (Escola Positivista), momento em que a reparação do dano passa a ter relevância, juntamente com o reconhecimento de direitos e garantias processuais à vítima.

A tendência internacional de proteção à vítima passa, então, a ser regulamentada com a edição de diversos atos normativos, em que se destaca a Declaração dos Direitos das Vítimas de Delitos e do Abuso de Poder, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas através da Resolução 40/34, de 11 de dezembro de 1985.

Trata-se de Declaração de abrangência mundial uma vez que aderida por todos os países membros da ONU. Insta salientar, que no Brasil, assume relevo de norma constitucional, uma vez que, conforme leitura do artigo 5º, parágrafo 2ª da Constituição Federal³, todos os direitos previstos em tratados internacionais do qual o Brasil seja signatário tem natureza de norma constitucional.⁴

Segundo CHOUKR (2009, p. 398) o documento tem por objeto uma definição mais ampla da palavra vítima, não a restringindo apenas ao contexto criminal, já que estão previstos o tratamento digno da vítima, seu direito de acesso à justiça, mecanismos de restituição e compensação, além daqueles referentes à assistência quando necessária. A Declaração impôs aos estados Membros a necessidade em dar efetividade às suas disposições, criando mecanismos para garantir o respeito

³ Artigo 5º, § 2º, CF - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁴ Com o Projeto de alteração do CPP (PLS 156), o reconhecimento dos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil faz parte passam a integrar o texto do novo CPP (artigo 1º).

aos direitos da vítima, com normas orientadoras acerca da reparação dos prejuízos por ela suportados.⁵

Também assumiram relevância neste cenário de ‘redescobrimto’ da vítima, diversas Resoluções e Recomendações proclamadas pelo Conselho da Europa⁶, com diretrizes sobre a fixação de indenização por parte do agressor e pelo Estado subsidiariamente, reparação de danos por lesão física ou morte, proteção da privacidade e ampla assistência.

No Brasil, o dispositivo constitucional a regular a matéria é artigo 245 da Constituição Federal de 1988, que prevê assistência jurídica, pelo Poder Público, às vítimas de crime e seus herdeiros. E, como não poderia deixar de ser, de uma forma implícita, o artigo 5º, onde assume relevo a dignidade da pessoa humana, a garantia de contraditório entre os afetados pela decisão e o direito à reparação do dano.

O direcionamento da matéria no direito brasileiro foi trazido pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/95), pela Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas (Lei 9.807/99) regulamentada pelo Decreto n. 3.518, de 20 de julho de 2000, dentre outras.

Certamente a indagação que se faz, a primeira vista dos dois diplomas legais citados é, qual a relação entre Juizados Especiais e participação da vítima no processo penal. A resposta é simples. Foi a Lei 9.099/95 que permitiu à vítima sair do ‘ostracismo processual’ legitimando seu acesso à Delegacia de Polícia para que fizesse ocorrência policial do possível crime sofrido, dando azo a direta elaboração de Termo Circunstanciado pela autoridade policial, e imediato encaminhamento ao

⁵ Conclui Juana Giacobbo Souza que “o diploma foi arrojado, pois dimensionou a figura da vítima do delito, consolidando um lugar de realce na política criminal e induzindo a aplicação destes princípios nas legislações internas dos países membros, não apenas assegurando direito a uma devida indenização, mas, também, conforme se depreende da redação da resolução das Nações Unidas, dando azo a possibilidade de ostentar uma nova alocação no cenário do processo penal de forma mais atuante.”

⁶ O Conselho da Europa é uma organização internacional vocacionada para a defesa dos Direitos Humanos. Antecede a União Européia na sua instituição e, com a evolução de ambas as organizações regionais européias, completa-a no domínio dos Direitos Humanos, onde detém uma posição de vanguarda no elevado nível dos padrões de proteção destes direitos, incluindo o único Tribunal Europeu para a proteção das liberdades fundamentais e dos direitos do homem. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-historia.html>. Acesso em 03 jan 2011.

Poder Judiciário para a realização de audiência e aplicação de seus institutos despenalizadores.

A Lei 9.099/95, portanto, atribuiu à vítima 'poder denunciante', prevendo legalmente sua possibilidade de participar da relação processual como peça importante na solução dos conflitos.

Além disso, a lei dos Juizados Especiais implantou no Brasil um modelo de justiça consensual, introduzindo a possibilidade de composição do dano civil, aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade e suspensão condicional do processo, em que a reparação do dano assume relevo ao constituir-se em requisito para concessão do benefício. Esta é a razão pela qual alguns autores tem sustentado que a lei dos Juizados Especiais Criminais foi o marco divisor do nosso sistema político criminal.

Por sua vez, a Lei de Proteção de Vítimas e testemunhas, não influenciou diretamente a participação da vítima na instrução processual, mas se trata de lei importante cunho assistencial, na medida em que seu objetivo é, como a própria denominação já antecipa, proteger a vítima e testemunha que esteja coagida ou exposta a grave ameaça em decorrência de sua colaboração nas investigações ou no processo.⁷

CHOUKR (2009, p. 400) vem a reforçar a idéia de que proteção das vítimas tem aplicabilidade de forma mais efetiva no plano extraprocessual:

O tema da proteção de vítimas e testemunhas no processo penal é construído como um **tema de direitos humanos e não apenas como fruto de visão utilitarista do emprego do testemunho para a obtenção de um resultado (potencialmente condenatório)** ao final da ação penal. Neste ponto há um distanciamento considerável em relação ao emprego desse mesmo mecanismo em países como os Estados Unidos, onde a proteção à vítima e testemunhas é instrumentalizada para o alcance do objetivo condenatório. (Grifo nosso).

⁷ Lei 9807/99- Art. 1º As medidas de proteção requeridas por vítimas ou por testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências, na forma de programas especiais organizados com base nas disposições desta Lei.

As medidas aplicáveis em benefício da pessoa protegida e de seus familiares, vêm delineadas pelo artigo 7º da Lei e incluem: segurança na residência, controle de telecomunicações, escolta em deslocamentos, transferência de residência, preservação da identidade e dados pessoais, ajuda financeira mensal, suspensão temporária das atividades funcionais, assistência social, médica e psicológica. Providências que destoam flagrantemente da realidade brasileira e levantam questionamentos acerca da aplicabilidade prática de adesão ao programa.

CHOUKR (2009, p. 400) e BARROS (2008, p. 3) referem, ainda, que foi em decorrência da condição social das vítimas de crimes de grande repercussão social, que foram editadas leis mais severas, o que deu origem à lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) e à Lei 8.930/94 que ampliou seu rol.

Foi, então quando surgiram as discutidas alterações legislativas: Leis n. 11.689/08, 11.690/08, 11.719/08 que passaram a atribuir à vítima uma relevância antes não reconhecida pelo vetusto Código Processo Penal de 1941.

2.2 RELEVÂNCIA ATRIBUÍDA AO OFENDIDO NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.

O ofendido no Código de Processo Penal de 1941 não assumia acentuada valorização, estando disciplinada sua existência apenas em dispositivos isolados, como, por exemplo, a possibilidade de ajuizamento da ação penal subsidiária da pública (artigo 29 do Código de Processo Penal).⁸

Na contramão da história, a vitimologia⁹, disciplina autônoma no conjunto das ciências penais, sempre sustentou que a humanização do Direito Penal dependia

⁸ Art. 29 - Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

⁹ Ciência empírica que se ocupa do crime, do delinqüente, da vítima e do controle social do delitos. Baseia-se na observação, nos fatos e na prática, mais que em opiniões e argumentos, é interdisciplinar e, por sua vez, formada por outra série de ciências e disciplinas.

diretamente de se atribuir relevância à vítima em seu fim precípua. A sociedade estaria só aparentemente humanizada enquanto não se reconhecer a vítima como portadora de faculdades processuais e como fator de determinação da pena, enquanto isso não ocorre está a justiça penal a cometer a injustiça social (SANTANA, 2008).

No âmbito penal, a discussão envolvendo partes do processo penal e ofendido, limitava-se a questionar o valor probatório da palavra da vítima.

Para CHOUKR (2009, p. 403) a vítima “ora é entendida como único veículo capaz de levar a verdade dos fatos, e é pretensamente colocada num pedestal de moralidade absoluta e eticamente irrepreensível(...)” o que sempre justificou a posição da jurisprudência no sentido de admitir decisões judiciais condenatórias baseadas apenas no depoimento da vítima, ou quando muito, combinando sua manifestação com eventuais outros indícios existentes nos autos, como comumente ocorre nos delitos sexuais.

A importância atribuída à palavra da vítima como elemento de prova acusatória sempre foi manifesta nos casos de crimes contra os costumes sendo, na grande maioria das vezes, fonte inequívoca de convencimento do julgador.

LOPES JÚNIOR (2010, p. 645) entende que a vítima deve ter uma menor credibilidade na valoração da prova, primeiro porque não presta compromisso de dizer a verdade e, segundo, porque está intimamente comprometida com o julgamento:

Está contaminada pelo caso penal, pois dele faz parte. Isso acarreta interesses (diretos) nos mais diversos sentidos, tanto para beneficiar o acusado (por medo, por exemplo) como também para prejudicar um inocente (vingança, pelos mais diferentes motivos).

Até que com reforma do Código de Processo Penal ocorrida no ano de 2008, mais especificamente com a aprovação das leis n.º 11.689/08 e 11.719/08, e com o projeto de alteração do Código de Processo Penal (Projeto de lei do Senado nº 156/09 ainda em tramitação), a discussão acerca do verdadeiro papel do ofendido

no Processo Penal Brasileiro, fruto do expansionismo dos sistemas penais contemporâneos, passa a ser muito mais ampla do que simples análise valorativa de sua palavra como elemento de prova.¹⁰

Novas tendências político criminais começam a demonstrar a necessidade da construção de uma visão interdisciplinar do direito penal, apresentando como novo paradigma a inserção do ofendido no processo penal.

A crítica mais veemente conferida a abertura de espaço à proteção da vítima cinge-se ao argumento de que o processo penal é destinado a assegurar os direitos e garantias fundamentais apenas do réu e que tal valorização torna o ofendido sujeito da relação processual, às vezes, com mais direitos que as próprias partes. E mais, que acarreta desequilíbrio na relação processual, desvirtuando a atividade finalística do Direito Penal.

Esse é o entendimento de GIACOMOLLI (2008, p. 55):

A incorporação do ofendido no processo penal, na extensão dada pelo legislador, é uma das características dos sistemas penais contemporâneos, **permitindo um desequilíbrio na situação processual (habilitação do ofendido como assistente de acusação), um aumento na duração do processo (intimações do ofendido), desnaturando a atividade finalística do processo (incidência do jus puniendi e proteção do statua libertatis), como anteriormente referido.** O legislador pretende que o ofendido se torne um sujeito processual, com mais direitos que as próprias partes e que o acusado, contrariando o justo processo (art. 5º, LV, CF). (...) Isso representa um retorno à época da vingança privada, onde o direito de punir não pertencia ao Estado, mas ao ofendido. (Grifo nosso).

Na mesma linha crítica, EBERHARDT (2009, p.155) menciona que:

A reforma persistiu em desnaturar o fundamento de existência de processo penal quando, sem qualquer razoabilidade, prestigiou os interesses da vítima em detrimento do acusado. A necessidade de fazer sofrer pelo sofrimento já infligido marca uma reforma com nítida expressão de vingança privada.

¹⁰ Anteriormente as referidas alterações de 2008 já havia ensaios na legislação penal brasileira para valorização da vítima, como por exemplo a criação da multa reparatória do Código Brasileiro de Trânsito e a composição dos danos na Lei dos Juizados Especiais criminais.

LOPES JÚNIOR (2010, p. 274) também entende que “a participação da vítima no processo penal não pode ser potencializada para evitar uma molesta contaminação pela sua ‘carga vingativa’. Seria um retrocesso a autotutela e autocomposição questões já superadas pelos processualistas”.

De qualquer sorte a vítima se encontra presente no ordenamento jurídico brasileiro e, cada vez mais, é fortalecida com a inserção de novos direitos no Código de Processo Penal, conforme será a seguir analisado.

2.2.1 Novos direitos concedidos à vítima com a nova redação do artigo 201 do Código de Processo Penal

A Lei 11.690/08 introduziu importante modificação no tratamento dispensado ao ofendido, o que vem exposto pela nova redação do artigo 201 do Código de Processo Penal, com o acréscimo de cinco parágrafos à redação original:

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

§ 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

§ 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.

§ 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

§ 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.

§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

Introduziu-se nos parágrafos 2º e 3º a necessidade de comunicação dos atos processuais ao ofendido relativos ao ingresso e saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência, à sentença e respectivos acórdãos.

Pela redação do dispositivo, mostra-se imperiosa a comunicação, no entanto, a *contrario sensu*, tal notificação deveria ser facultada ao ofendido, preservando-se sua vontade acerca de um direito que lhe é disponível. Não se pode olvidar que, na maioria das vezes, as vítimas de crimes não tem interesse em reviver fatos que lhes foram traumáticos, de forma que a comunicação não poderia ser obrigatória.

Ademais, como bem refere BECK (2009, p. 78):

(...) tanto a comunicação da entrada quanto – e principalmente- da saída do agressor da prisão **colaboram para rememoração do fato criminoso, o que pode desencadear um novo processo de vitimização (vitimização secundária)**. Como não bastasse, a notícia de saída do ofensor da prisão, por vezes ocorrida vários anos após o fato, pode ainda funcionar como elemento de catalisação do medo de uma repetição do evento, não raro gerando um clima de histeria e prejudicando um longo trabalho íntimo de superação de um possível trauma. (grifo nosso).

Para GIACOMOLLI (2008, p.55), “essas comunicações processuais desvirtuam o processo penal, na medida em que o direito de acusar e o direito de aplicar a pena pertencem a um órgão oficial, estatal e não ao ofendido (...)”.

A nossa realidade, percebida por aqueles que se dispõe a tal atitude (perceber, ver e crer nos fatos reais), demonstra a falsa expectativa da assistência e do tratamento ao ofendido. E o tratamento ao apenado, o que vem ocorrendo? (...) A realidade fala por si só e dispensa maiores referências à degradação da vida, em todas as suas dimensões nos cárceres brasileiros. A comunicação dos atos processuais se destina às partes e ao acusado, nos limites da legitimidade processual e da ampla defesa, e não a quem não dispõe dessa faculdade. (GIACOMOLLI, 2008).

O parágrafo 4º, por sua vez, determina que antes do início da audiência e durante sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido, sob a justificativa de evitar constrangimento da espera em sala comum, o que para EBERHARDT (2009, p. 155) demonstra o total desconhecimento da realidade forense.

BECK (2008, p. 80) alude que a precaução é paliativa, na medida em que as partes terão, de qualquer forma, enfrentamento dentro da sala de audiências¹¹. E

¹¹ Isso porque, de regra, deve o réu permanecer na sala de audiências em atenção aos princípios da ampla defesa e contraditório, somente sendo retirado com autorização judicial mediante a demonstração, por parte da vítima ou testemunha, de que causa humilhação, temor ou constrangimento.

mais, refere que o constrangimento causado pela presença de partes contrárias, faz parte do próprio litígio judicial, não se podendo afirmar que a animosidade na esfera penal seja maior que em outras esferas de conflito judicial.

Outra alteração é o encaminhamento do ofendido a atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, às expensas do ofensor ou do Estado. Veja-se que a inovação legislativa não trará grandes modificações práticas, uma vez que atrelada a questões de política pública de saúde e de assistência social.

Acrescenta BECK (2008, p. 83) que munido de um encaminhamento judicial “caberia ao ofendido dirigir-se às filas dos atendimentos públicos, já que restaria inconstitucional que o encaminhamento garantisse um acesso privilegiado, violando as regras da universalidade e da igualitariedade.”

Ademais, há de ser mencionado que estes direitos agora previstos no Código de Processo Penal já estão delineados pela Constituição Federal, desde o artigo 1º ao assegurar a dignidade da pessoa humana, no artigo 6ª que estabelece os direitos sociais (saúde e assistência) e no artigo 196 (saúde como dever do Estado). Não será a alteração legislativa infraconstitucional que influenciará maior aplicabilidade de garantias fundamentais existentes desde a Carta Magna de 1988.

Inócua é a alteração também no ponto atinente à responsabilidade pelo pagamento do tratamento multidisciplinar. Determina a lei que correrão às expensas do ofensor ou do Estado. Não são necessárias maiores digressões para concluir pela impossibilidade prática de que isso ocorra, seja pela total ausência de condições econômicas dos acusados, seja pela necessidade de uma organização específica do Estado para tal fim.

Por fim, o parágrafo 6ª, estabeleceu a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o magistrado segredo de justiça em relação aos dados e outras informações a respeito do ofendido.

Também neste aspecto, fala-se em direito já previsto pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso X, CF), em repetição ao mandamento da inviolabilidade constitucional. O que houve, em acréscimo, foi a possibilidade de decretar-se sigredo de justiça quanto a dados e informações das vítimas.

A questão é que a regra é a publicidade processual, sendo a concessão de sigilo exceção no ordenamento jurídico brasileiro.¹²

EBERHARDT (2009, p. 155) cita a preocupação da doutrina com a compatibilização da norma penal que estabelece sigredo de justiça com a necessária publicidade dos atos processuais, porque com a alteração legislativa os casos de decretação de sigredo deixarão de ser exceção.

Veja-se que a própria previsão constitucional já seria suficiente para amparar a decretação de sigilo em defesa da vítima, considerando que estes mesmos preceitos constitucionais aplicam-se aos acusados em razão da presunção da inocência, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

Verifica-se, portanto, que as inovações legislativas podem ser analisadas sob dois prismas:

a) o primeiro seria reconhecer que a reforma se preocupou em com os interesses particulares dos ofendidos, passando a considerá-los como sujeitos processuais e não meros informantes do processo. As modificações significam a adequação do sistema processual penal brasileiro à tendência mundial de 'redescobrimto' da vítima.

b) O segundo enfoque, é que, inobstante venham em defesa e proteção da vítima, estabelecem um tratamento diferenciado - uma vez que não são determinações extensivas ao acusado- desconsiderando que o verdadeiro hipossuficiente do processo penal é o réu e não a vítima, e que, tendo seus direitos

¹² Artigo 5º, inciso LX e artigo 93, IX da CF

assegurados constitucionalmente, o ofendido não precisa do processo penal para uma proteção específica e individualizada.

2.2.2 A vítima no projeto de reforma do Código de Processo Penal- Projeto de Lei do Senado nº156/09

As modificações de 2008 ainda ecoam divergências de entendimentos e interpretações, de forma a ser possível prever que o Projeto de Lei do Senado nº 156/09 trará discussões ainda maiores no meio acadêmico e nos juízos criminais, em que pese, a primeira vista, reconhecer-se a necessidade de um Código de Processo Penal adaptado à nova ordem constitucional.

O PLS 156, inicialmente, foi fruto do trabalho realizado por uma Comissão de Juristas formada para apresentar um anteprojeto de lei, presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Hamilton Carvalhido. O projeto foi discutido na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal, tendo por relator o senador Renato Casagrande, que, após examiná-lo, apresentou projeto substitutivo, consolidado na Emenda nº 1-CCJ, posteriormente aprovada pelo Plenário do Senado no dia 07 de dezembro de 2010, em sessão extraordinária. Atualmente está para votação da Câmara dos Deputados, local onde se espera maior morosidade em vista da experiência com a aprovação de códigos anteriores.

As perspectivas são boas. De uma forma ou de outra, o projeto supera em muito o atual modelo, tanto que se pode observar, desde os primeiros artigos, que as alterações foram impulsionadas para afirmação da Constituição Federal e, principalmente, do sistema acusatório. “Nesse passo, o PLS 156 já tem o mérito de criar uma principiologia geral, fundada na proibição do excesso, mas, também, na efetividade da tutela penal dos direitos fundamentais”. (OLIVEIRA, 2010).

É o que se observa do Título I (Dos Princípios Fundamentais) onde consta, expressamente, que o processo se realizará sob ampla defesa e o contraditório (artigo 3º), que terá estrutura acusatória, sendo vedada ao juiz a substituição da

atuação probatória do órgão de acusação (artigo 4º), e que, a interpretação da lei processual será orientada pela proibição de excesso, privilegiando a máxima proteção dos direitos fundamentais (artigo 5º).

A 'reforma global do CPP'¹³, portanto, trouxe reconhecíveis avanços. Assim, para atender a temática proposta far-se-ão breves apontamentos das inovações a serem incorporadas ao Código de Processo Penal em um contexto geral. Citam-se como progressos:

- a) Alviareira idealização do Juiz das garantias¹⁴;
- b) valorização da Defensoria Pública como instituição essencial a função jurisdicional do Estado com a inserção gradativa da instituição dentro do ordenamento jurídico, diferenciando-se Defensor Público de advogado dativo;
- c) definição das cautelares que agora se dividem em reais e pessoais;
- d) possibilidade do agravo de instrumento como recurso do processo penal, o que vem a dar maior efetividade ao trabalho da defesa, que antes contava com apenas o HC;
- e) impossibilidade de menção aos depoimentos policiais em plenário;
- f) regramento da inquirição de crianças e adolescentes;
- g) prazo determinado para duração da prisão preventiva, adequando o código ao direito de julgamento em prazo razoável (artigo 5º, inciso LXXVIII, CF), bem como o dever de revisão da prisão que exceder 90 dias (sem deixar de lado a crítica acerca do exagerado prazo de 4 anos para prisão provisória);

¹³ Denominação de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

¹⁴ Como foi mencionado no editorial da edição especial do IBCRIM de ago 2010.

h) introdução do princípio da identidade física do juiz pela primeira vez no processo penal, o qual determina que o juiz que preside a instrução seja o mesmo que proferirá a sentença.

No entanto, há resquícios de nítida natureza inquisitorial e meramente condenatórios, (o que LOPES JÚNIOR denomina de ‘furor punitivista’) que acabaram por ceder aos clamores de segurança pública¹⁵. Exemplo é a inserção da gravidade do delito e as reiteradas práticas criminosas como fundamento para decretação da prisão preventiva (art. 554), “uma abrangência desmedida que colide frontalmente com o princípio da presunção da inocência”.(BOTTINI, 2010).

Os atuais fundamentos “garantia da ordem pública ou da ordem econômica” já são objetos de ferrenhas críticas, na medida em que contém grave defeito genético: não são cautelares (pois não servem para a tutela do processo) e, portanto, são consubstancialmente inconstitucionais, (LOPES JÚNIOR, 2010).

Destacam-se, ainda, como retrocessos e/ou problemas a serem enfrentados:

a) expressa manifestação no capítulo das provas de que os indícios não servem como prova salvo se graves e contundentes, dispensando-se, tacitamente, a necessidade de prova cabal e estreme de dúvida para condenação;

b) introdução de capítulo sobre a interceptação telefônica o que pode gerar a banalização do instituto e a legalização da violação à privacidade e violação ao princípio da proporcionalidade;

c) permissão da condução para reconhecimento pessoal, a violar o princípio da não auto-incriminação;

d) aplicação da pena privativa de liberdade por consenso- a pena deverá ser aplicada no mínimo legal com possibilidade de redução, desde que haja dispensa da produção da prova, confissão do acusado, pedido do MP e do defensor. A crítica é que o processo penal não permite privação de liberdade sem prévia produção da

¹⁵ O que GERALDO PRADO refere como ‘pressões corporativas comuns ao processo democrático de elaboração de leis’.

prova, não tendo como se falar em consenso quando se trata de direito indisponível (FERNANDES,2010);

e) possibilidade da Polícia colher depoimentos de forma informal em qualquer local – a imaginar os abusos que tal permissivo propiciará. “Não se pode fechar os olhos para a nossa realidade, em que os abusos praticados pela polícia continuam, infelizmente, sendo frequentes.” (DELMANTO JÚNIOR, 2010).

No que tange, especificamente, aos direitos da vítima, seu regramento passa a constar em título próprio (Dos direitos da vítima), estabelecendo novas formas de proteção ao ofendido, em atenção cada vez maior a esta tendência de ‘redescobrimto’ e valorização da vítima no processo penal. No artigo 88 são elencados uma série de direitos a serem assegurados, além daqueles já existentes no atual Código de Processo Penal, considerando efetivamente a vítima como ‘ser’ processual.

A grande celeuma certamente ficará a cargo da possibilidade de ingresso da vítima nos autos como ‘parte civil’ para pleito indenizatório. Além de assistente de acusação, poderá a vítima requerer a recomposição civil do dano moral causado pela infração, com arbitramento do dano moral na sentença condenatória (artigo 78). Como parte civil terá as mesmas faculdades e deveres processuais do assistente, além de autonomia recursal quanto à matéria tratada na adesão (artigo 79).

Em decorrência desse novo direito, passa a ser requisito da sentença o arbitramento do valor da condenação civil pelo dano moral (artigo 418, IV), o que vai muito além da fixação do valor mínimo para reparação do dano (dano que, até então, é meramente material).

Se ainda não se obteve consenso quanto à aplicação do artigo 387, inciso IV, imagine-se os debates que ocorrerão com mais esta novidade processual. Ressalte-se que as críticas e comentários acerca da pretensão civil cumulada com pretensão acusatória penal serão tema de abordagem específica ao longo do trabalho.

Dando continuidade, é importante destacar que para o ato de adesão civil, se a vítima não puder constituir advogado, ser-lhe-á nomeado um pelo juiz (artigo 78, parágrafo 2º), possivelmente o Defensor Público atuante na comarca, trazendo à tona o ponto nevrálgico da presente pesquisa: É dever da Defensoria Pública atuar como assistente de acusação ou, neste caso, representando a vítima como parte civil, sem ferir o precípua dever funcional atribuído pela Constituição Federal e pela LC 80/94 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública)? de que forma será feita a defesa do réu juntamente com a representação da vítima, como partes contrapostas, no mesmo processo, pelo mesmo Defensor Público? Questão a ser estudada nos capítulos subseqüentes.

2.3 DA (IM)POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DO DANO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA

O nova concepção político criminal de valorização da vítima, como já visto, vem ocupando o cenário mundial e influenciando as legislações dos países da Europa (com origem na Declaração Universal dos Direitos das Vítimas de Crime e de Abuso de Poder e nas Resoluções do Conselho da Europa) bem como os países latino americanos.

A principal influência foi, sobretudo, oportunizar à vítima o direito à reparação ao dano sofrido, razão pela qual muitos diplomas legais passaram a ser alterados a fim de atender a tendência mundial que interliga a proteção à vítima ao respeito aos direitos humanos.

Para tanto será feita uma abordagem de como a reparação do dano vinha prevista no Código Penal e como passou a ser regulamentada após a inserção do inciso IV ao artigo 387 do Código de Processo Penal, que permitiu a fixação de valor mínimo para indenização dos danos suportados pelo ofendido na sentença condenatória.

2.3.1 Enfoque dado à reparação do dano no Código Penal Brasileiro

Neste tópico serão analisadas, de forma meramente exemplificativa, os dispositivos do Código Penal e de leis específicas que versam sobre a reparação do dano produzido pelo infrator, matéria que recebe atenção, no Brasil, desde a reforma processual penal produzida em 1984.

Relevante começar pelo instituto do arrependimento posterior previsto no artigo 16 do Código Penal, norma que determina a redução da pena para o agente que voluntariamente reparar o dano nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça antes do recebimento da denúncia.

No caso da suspensão condicional da pena (sursis) estabelece o artigo 78, § 2º do Código Penal que a reparação do dano possibilita a substituição da prestação de serviços à comunidade ou limitação de final de semana por outras restrições de direitos mais brandas, sendo que a não reparação do dano sem motivo justificado é causa de revogação do benefício (artigo 81, II).

É também prevista atenuante de pena ao agente que tiver por sua livre e espontânea vontade, antes do julgamento, reparado o dano conforme previsão do artigo 65, inciso III, alínea 'b' do Código Penal.

O estímulo ao ressarcimento do dano por parte do réu foi, de igual forma, inserido na execução penal como requisito para concessão do livramento condicional (artigo 83, inciso, Código Penal) e da reabilitação (artigo 94, III), salvo comprovação da impossibilidade absoluta.

Na legislação infraconstitucional, outros dispositivos favorecem a reparação do dano, é o caso da suspensão condicional do processo (artigo 89, parágrafo 1º, inciso I da lei 9.099/95), aplicável a todos os crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a dois anos; da Lei 9.503/07 (Código de Trânsito) que trouxe a multa reparatória às infrações cometidas na direção de veículo automotor; bem como da Lei 9605/98 que requer a reparação do dano ambiental como

condição para transação.¹⁶

Por fim, quanto à fixação dos danos civis na sentença. De acordo com o inciso I, do artigo 91, do Código Penal, a condenação torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, em decisão que é vinculante para efeitos civis. Nos termos do que dispõe o artigo 63 do Código de Processo Penal, com a sentença condenatória transitada em julgado, o ofendido, seu representante legal ou herdeiros podem promover a execução no juízo cível (ação *ex delicto*)¹⁷ para o efeito da reparação do dano.

Em que pese essa tendência político-criminal, é de ser reconhecido que o ressarcimento por parte do réu em países como o Brasil está longe de atingir os objetivos pretendidos, isso porque a esmagadora maioria dos condenados é totalmente destituída de capacidade financeira até mesmo para seu próprio sustento e da família. São oriundos das camadas mais pobres da população enquadrando-se na classe dos vulneráveis econômicos atendidos pela Defensoria Pública.

Conforme demonstra o relatório Anual 2009/2010 apresentado pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, em dados concretos, foram realizados mais de 54.463 atendimentos apenas na área criminal, número que tende a aumentar progressivamente, considerando que ainda não há assistência por parte da instituição em todas as comarcas do Estado. A atuação da Defensoria Pública na maciça maioria dos processos criminais demonstra o quão carente de recursos são os réus e quanto a reparação do dano ameaça a ser mera ideologia.

2.3.2 Reparação do dano após a nova fase introduzida pelo artigo 387, inciso IV do CPP

¹⁶ 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.

¹⁷ O artigo 475-N, II do Código de processo Civil, estabelece que a sentença penal condenatória transitada em julgado é título executivo no plano civil.

No contexto social que vem sendo analisado, surge a Lei nº 11.719/09 que introduziu o inciso IV ao artigo 387 do Código de Processo Penal, trazendo polêmicas e alterando a sistemática brasileira ao permitir a cumulação de pretensão acusatória criminal com a pretensão indenizatória cível.

Este dispositivo que determina que o juiz ao proferir sentença condenatória fixe o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, deve ser analisado em consonância com o novo parágrafo único do artigo 63 do CPP, que autoriza a execução imediata da sentença condenatória no juízo cível pelo valor fixado, sem a necessidade de liquidação. (BALTAZAR, 2009).¹⁸

Desnecessário que a vítima postule a liquidação da sentença no juízo cível (com a quantificação do dano), para poder executar civilmente a condenação criminal. Com o novo sistema trazido pelo artigo 387, inciso IV do CPP, basta ao ofendido ajuizar diretamente a execução, uma vez que o valor já foi previamente fixado pelo juiz criminal e que já possui um título executivo judicial líquido e exigível.

Parece que o legislador identificou como um 'problema' a demora que a vítima enfrentava para que lhe fosse alcançada a indenização, agravada, ainda, pela demora de um processo de liquidação, dado o caráter 'ilíquido' da sentença criminal. (RIEGER; CAMARGO, 2009).

Assim, no que tange a relação existente entre ação penal e ação civil¹⁹,

¹⁸ A sentença continua ser um título executivo judicial, no entanto, agora é também líquida, executável na jurisdição cível.

¹⁹ Do ponto de vista da relação entre ação penal e ação civil decorrente do delito, existe divergência na doutrina quanto a nomenclatura e quanto a aplicabilidade de um ou outro sistema. De qualquer sorte, a conclusão é a mesma. Na opinião de ALEXANDRE MOTA BRANDÃO DE ARAÚJO o sistema adotado com o artigo 387, inciso, IV foi o da separação parcial de instâncias.

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA menciona que são conhecidos no direito moderno, dois sistemas de fixação da responsabilidade civil pelos danos decorrentes de crime: a) sistema da separação: proíbe que no processo penal se postule reparação civil que foi o modelo adotado pelo Direito Brasileiro no período anterior à reforma do CPP e b) sistema da adesão: que permite que no processo penal se postule reparação civil, adotado após a reforma de 2008.

Para JOSÉ PAULO BALTAZAR JÚNIOR, os sistemas são divididos em: a) união - unidade de processo para punição de culpado; b) separação absoluta - não há relação entre as ações; c) independência ou separação relativa - a competência é diversa, mas o julgamento penal vincula o civil, em maior ou menor intensidade, d) adesão - outorgada competência ao juiz criminal para decidir sobre indenização, sistema agora adotado pelo Brasil.

Para ARAKEN DE ASSIS os sistemas jurídicos seriam denominados: a) da separação ou independência; b) da confusão; c) da solidariedade; d) da livre escolha. Denominação que é seguida por GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ e EDILSON MOUGENOT BOMFIM para quem o Brasil teria

contemporaneamente, a fixação pelo juiz penal do montante dos danos causados faz com que o sistema adotado deixe de ser o da independência relativa e passe a ser o sistema da adesão, o qual, para BALTAZAR (2009, p. 285), por razões de economia processual, outorga autonomia ao juiz criminal para decidir sobre indenização.

Segundo CÂMARA (2009, p. 73) e, também RIEGER e CAMARGO (2009,p. 129) este novo regime não impede o ajuizamento de demanda civil de reparação de danos (ação civil *ex delicto*). O que ocorre é que o juiz do processo criminal deverá fixar um valo mínimo de indenização pelos danos sofridos pela vítima, caso esta se dê por satisfeita promoverá desde logo a execução, caso entenda ser insuficiente o valor, poderá executá-la no juízo cível mediante prévia liquidação, almejando quantia maior.

Ao contrário do sistema anterior, em que era irrelevante o fato de o juiz indicar ou não a necessidade de reparação cível (porque era efeito da sentença nos termos do artigo 91, I, CP), a fixação de valor mínimo da indenização depende de decisão judicial expressa, sob pena de ser atacada por meio de embargos declaratórios para sanar a omissão, uma vez que requisito da sentença. (BALTAZAR, 2009)

Alguns doutrinadores defendem a idéia de que o arbitramento de valor mínimo na sentença para reparação de danos à vítima significa a aproximação do processo penal com o processo civil, admitindo, com isso, a discutida inserção da idéia de lide no processo penal.

A inovação trazida pela Lei nº 11.719/2008 trouxe a lume novamente a idéia da transposição teórica do conceito de lide do processo privado para o processo penal. **Pretende-se, com isso, encetar o Direito Processual Penal sob o viés crítico de um novo horizonte teórico baseado em uma espécie de privatização de conflitos** que não se coaduna com o sistema persecutório criminal desencadeado a partir da notícia da infração de alguma normal penal incriminadora (GERSON, 2009, grifo nosso).

GERSON (2009, p.61) afirma que “é da essência do processo criminal a inexistência de contenda pessoal, um desacordo entre acusador e acusado,

inviabilizando-se a compreensão da chamada pessoalização do processo penal”, argumento pelo qual sustenta a inexistência de uma lide no processo penal tal como concebida a jurisdição contenciosa do processo civil. E, de fato, quando estão em jogo dois direitos indisponíveis, de um lado o *jus puniendi* do Estado e de outro o *status libertatis* do acusado, não há que se falar em ‘lide pessoalizada’.

Nessa linha de pessoalização do processo penal, há o surgimento de uma tendência consensualista na justiça penal, que busca devolver o conflito para as pessoas, permitindo uma justiça mais célere, eficaz e menos dispendiosa, “admitindo-se a reparação como terceira via do direito penal, ao lado das penas e das medidas de segurança, renovando-se soluções de diversão, implantando-se e ampliando-se o uso da mediação (SANTANA, 2008)”.

Esta corrente doutrinária que admite a reparação do dano como uma consequência autônoma do delito²⁰, sustenta que a satisfação da vítima, na maioria dos casos de pequena ou média criminalidade, está mais relacionada com a reparação do dano do que com a aplicação de pena privativa de liberdade, o que tornaria desnecessária qualquer outra sanção penal. Assim, a reparação do dano teria importante efeito ressocializador uma vez que comprometeria o acusado à compensação das consequências do delito.

Devolução do conflito às pessoas, reparação como terceira via do direito penal e justiça negociada, são expressões da fase do redescobrimento da vítima, em que o Estado recua, restringe seu domínio para que as partes disponham livremente do bem jurídico.

O Direito Penal não estaria legitimado a intervir em condutas que não violem bem jurídico claramente individualizável, por mais imorais, a-sociais ou politicamente indesejáveis que fosse, e que, ainda quando uma conduta viole um bem jurídico, os instrumentos jurídico-penais não devem ser utilizados, desde quando a violação possa ser satisfatoriamente controlada por instrumentos não-criminais de política criminal (SANTANA, 2008).

Nesse contexto, não apenas está justificada a participação da vítima durante a instrução com a inserção da reparação do dano no processo penal (como terceira

²⁰ Claus Roxin é um dos defensores da concepção de reparação como terceira via, paralela às penas e medidas de segurança.

via ao lado da aplicação de pena ou medida de segurança)²¹, como afastada está a atuação do Estado, reforçando-se a idéia da não-intervenção²² para um eficaz controle da criminalidade.

Em linhas gerais, o que se quer demonstrar é que a reparação do dano vem sendo entendida, para seus adeptos, como a aproximação do processo penal com o processo civil com a transposição teórica do conceito de lide para o direito penal, bem como uma conseqüência autônoma do delito a ponto de representar, em alguns casos, a única resposta a conduta praticada pelo réu.

Ocorre que, não há que se falar em reparação de dano cível no processo penal, na medida em que, o processo penal por sua natureza não admite a privatização de conflitos.

A justificativa de BARROS (2208, p. 188) é de que o modelo de reparação como terceira via não pode ser considerado, porque pode ser compreendido como simples retorno ao *status quo ante*, não cumprindo a função social do direito penal, “pois seria uma forma de privatização do direito penal ou, mesmo, publicização do direito privado já que a reparação não se separa de seu conteúdo disponível, que autoriza a renúncia pela vítima”.

Olvidou-se que o titular da ação penal é o Ministério Público, atribuição constitucional atribuída pelo artigo 129, I da Constituição Federal, e que, portanto, não existe pessoalização na disputa judicial penal²³. Inexistente a pessoalização, afastada está a lide, e, por conseguinte, descabida a reparação civil em sentença

²¹ Para Francisco Francisco Bueno Arus, *apud* Selma Pereira de Santana (2008, p. 163), uma Política Criminal voltada para a vítima, deverá considerar os seguintes princípios: a) em matéria de delitos, a vítima concreta sempre é, obviamente, um elemento essencial da infração; b) em matéria de penas, o juiz deve possibilitar a aplicação de sanções que, sem desatender aos aspectos irrenunciáveis da prevenção penal, facilitem aos interesses da vítima ou dêem a esta a possibilidade de expor seu critério sobre a pena aplicável e sobre o princípio da oportunidade, em seu caso; c) em matéria de procedimento, o legislador deve enfocar o papel fundamental da vítima, o de protagonista do processo penal, que se há de converter em uma relação trilateral (Estado, delinqüente e vítima), com todas as conseqüências.

²² Sobre a temática, ver movimento criminológico e político criminal da não-intervenção.

²³ O *jus puniendi* é irrenunciável por parte do Estado mesmo diante da mitigação imposta por alguns institutos como a transação penal e suspensão condicional do processo, introduzidas pela Lei 9.099/95, que se apresentam como exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. O que Aury Lopes Júnior chama de ‘Justiça Negociada’, que está intimamente relacionada ao afastamento do Estado imposto pelo modelo neoliberal e também com o movimento da lei e ordem.

penal condenatória, por direta afronta a princípios constitucionais e incompatível combinação de procedimentos penais e cíveis na mesma sentença.

Outra questão a ser levantada é que a vítima não é sujeito processual a justificar que tenha parte da sentença penal voltada para fixação de reparação cível em seu benefício, tópico a ser discutido em subtítulo específico a seguir.

BALTAZAR (2009, p. 287) menciona que “a idéia é de tornar mais célere a reparação do dano para o lesado, uma vez que, estando fixado o patamar mínimo do dano não haverá necessidade de processo civil de liquidação”. Inobstante sua posição, a inserção de discussão probatória cível é uma falsa perspectiva de celeridade e eficácia jurisdicional, constituindo-se em “mais um entrave à resposta da jurisdição dentro do tempo razoável”²⁴ (GIACOMOLLI, 2008).

Na sequência, analisando criticamente a inovação legislativa, CÂMARA (2009, p. 79) sustenta a violação ao sistema acusatório, em vista da incompatibilidade criada pela regra estabelecida pelo artigo 387, inciso IV do CPP, ao permitir que o juiz criminal fixe o valor mínimo da indenização sem que haja demanda com esse objeto, imiscuindo-se das atividades de acusar e julgar.

A aplicabilidade do instituto também vem questionada por GIACOMOLI (2008, p. 110) para quem, sob outro enfoque, a estipulação de uma indenização dos danos de natureza cível no âmbito do processo criminal, incrementou o pólo acusador e fragilizou, ainda mais, o pólo defensivo. E acrescenta:

O objetivo da prova e da carga desta, na esfera civil tem outra dimensão e **poderão desvirtuar as regras probatórias criminais, diante dos danos do ofendido (condenar para propiciar a fixação de uma indenização)** Isso porque a acusação terá interesse em também levar para o processo criminal a prova destinada à fixação dessa indenização e a defesa, por outro lado, terá mais uma preocupação, além da criação da dúvida razoável no processo, tendente a sua absolvição, preocupar-se-á com a indenização. (grifo nosso).

No que pertine às condições processuais para a fixação de um valor mínimo para reparação de danos na sentença, muito bem delineados na obra de LOPES

²⁴ Art. 5º, inciso, LXXVIII, CF

JÚNIOR (2010, p. 375) estão os requisitos a serem preenchidos para autorizar a tão discutida indenização.

Para que seja reconhecida como válida a reparação fixada deve haver: a) existência um pedido expresso na inicial acusatória de condenação do réu ao pagamento de valor mínimo para reparação dos danos causados sob pena de violação do princípio da correlação e nulidade da sentença por incongruência da sentença; b) a questão da reparação dos danos deve ser submetida ao contraditório e ampla defesa do réu²⁵; c) somente é cabível em relação aos fatos ocorridos após a vigência da lei 11.719/08 a fim de evitar a retroatividade de lei penal mais grave.

Infelizmente, o que se observa pela atuação forense diária é que praticamente nenhum destes requisitos é considerado pelo magistrado ao proferir a sentença condenatória com a fixação de indenização cível. Não existe pedido de reparação na denúncia, sequer instrução processual destinada a produzir provas acerca do dano sofrido, o que muitas vezes restringe-se a indagação pelo juiz, durante o depoimento da vítima, acerca do montante do prejuízo suportado. A consequência é uma condenação indenizatória, fixada de ofício, em abrupta negativa de vigência aos princípios do contraditório, ampla defesa e correlação da sentença.

²⁵ Há decisões do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afastando a reparação do dano na sentença condenatória sob o argumento de ser inviável estabelecer a indenização cível na seara penal sem que restem ofendidos os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULOS. PERÍCIA INVÁLIDA. PRELIMINAR ACOLHIDA. DELITO DESCLASSIFICADO. APENAMENTO REDIMENSIONADO. INDENIZAÇÃO AFASTADA. (...). Indenização cível afastada. Embora não se discuta a (boa) intenção do legislador ao pretender evitar a busca de reparação civil em processo próprio e adequado, por parte do ofendido, derivada da responsabilidade penal, inviável o estabelecer de indenização civil na seara penal - como obrigação do juiz na sentença penal - sem que, da forma como concebida, restarem feridos de morte os princípios do due proces in law, do contraditório e da ampla defesa. Registro, ainda, que o legislador não se apercebeu que a simplificação pretendida promove exatamente o contrário, ou seja, uma confusão desnecessária entre a responsabilização penal e a responsabilização civil, de inegável derivação, mas de impossível compatibilização. À UNANIMIDADE, ACOLHERAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, REDIMENSIONARAM A PENA IMPOSTA AO RÉU PARA 06 MESES DE RECLUSÃO, SUBSTITUÍDA POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E PAGAMENTO DE PENA DE MULTA NO MÍNIMO LEGAL. AFASTARAM, AINDA, A INDENIZAÇÃO FIXADA EM FAVOR DA VÍTIMA. (Apelação Crime Nº 70038138053, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mario Rocha Lopes Filho, Julgado em 21/10/2010).

Certamente, a fim de tentar consertar a lacuna processual criada pela alteração legislativa no sentido de inexistir instrução probatória para fixação de reparação de dano, é que o Projeto de Alteração do Código de Processo Penal em seu artigo 268 estabeleceu a possibilidade do acusado especificar, no prazo da resposta a acusação, as provas e elementos necessários para defesa desta reparação cível (podendo arguir tudo o que interessar à sua defesa, no âmbito penal e civil).

Contudo, será modificação sem efetividade se este contraditório não for oportunizado também à vítima, na medida em que o Ministério Público não tem alcance às provas do dano suportado por ela, sua dimensão, sequer a possibilidade de postular dilação probatória com esse fim sem a anuência específica do ofendido.

É este contraditório que garantirá que vítima e réu possam trazer ao processo suas alegações para 'reconstrução' do dano e sua dimensão, da mesma forma que permitirá a imparcialidade do magistrado. Contraditório "é uma nota característica do processo, uma exigência política, e mais do que isso, se confunde com a própria essência do processo, (...) engloba o direito das partes de debater frente ao juiz" (LOPES JÚNIOR, 2010).

Para BARROS (2008, p. 176) a garantia do contraditório é "compreendida como a possibilidade de os destinatários do provimento jurisdicional participarem do mesmo plano de recíproca e simétrica paridade."

Neste contexto, para que possa o juiz aplicar a norma prevista no artigo 387, inciso IV, deve haver a necessária correlação entre o pedido formulado na denúncia e a decisão proferida, do contrário, haverá a violação do princípio da congruência ou correlação entre demanda e sentença. Nas palavras de RIEGER e CAMARGO (2009, p. 133).

(...) para que seja aplicada a reparação do dano tal qual estabelece o dispositivo processual, deve a peça inicial estabelecer, ainda que aproximadamente, o quantum indenizável a título de reparação do dano. Mais, no decorrer do processo, a parte interessada deve fazer a prova necessária e indispensável que venha a embasar sua pretensão e eventual condenação à reparação do dano.

Esta questão é também levantada por CÂMARA (2009, p. 74): “Para que se admita que o juiz penal, na sentença, fixe o valor da indenização, é absolutamente essencial que isso tenha sido pedido, sob pena de se ter uma sentença incongruente”.

Em complementação, ARAÚJO (2009, p. 98) posiciona-se contrariamente a fixação de ofício da indenização cível, uma vez que o magistrado perde a imparcialidade ao violar o princípio da inércia, corolário da adoção do sistema acusatório. Sustentando, ainda que:

(...) ao permitir que o juiz fixe a indenização e ofício, sem requerimento do Ministério Público ou da vítima ou dos familiares dela, suprime-se o direito do réu ao contraditório e à ampla defesa, surpreendendo-o com condenação à prestação pecuniária que não foi objeto de discussão no processo.

Por sua vez SOUZA (2010, p. 88) manifesta que impedir o contraditório no arbitramento dos danos afeta tanto vítima quanto o réu:

(...) é notoriamente ilegal a conduta de arbitramento de danos sem que as partes tenham a oportunidade para dizer sobre o quantum a ser estabelecido. Há violação dos direitos tanto da vítima quanto do acusado, pois da mesma forma que o acusado tem o direito de refutar o pleito indenizatório, à vítima é imprescindível oportunizar-lhe a possibilidade de demonstrar o quanto deve receber, e as proporções dos danos experimentados.

Assim, como a indenização não pode ser fixada de ofício pelo juiz, discutem-se várias possibilidades quanto à necessidade de requerimento expresso para a fixação de indenização civil: a) que caberia ao Ministério Público fazê-lo, b) caberia a vítima ou familiares em litiscorsócio ativo com o órgão acusador, c) seria formulado pela própria vítima com a indicação de valores e comprovação da pretensão durante a instrução criminal. Somado a isso, há, ainda, entendimento que fulmina qualquer destas pretensões ao sustentar a incompetência do juízo criminal para julgar indenização civil. Vejamos:

Com relação ao pedido formulado pelo Ministério Público, indubitavelmente, é de ser reconhecida sua ilegitimidade. A indenização cível envolve direito disponível,

logo, não tem o *parquet* legitimidade para postular pretensão individual em nome ofendido (não ocorre, no caso, nenhuma das hipóteses do artigo 81, III, do CPC). Se assim fosse, poder-se-ia criar uma nova forma de sobrevitimização, pois obrigaria o ofendido a receber determinada soma pecuniária, por exemplo, sem que com ela concorde ou aceite.

Ademais, ressalta BARROS (2008, p. 189), 'a vítima tem legitimidade facultativa no processo penal', não tem o MP legitimidade de requerer em seu nome, sequer o juiz pode postular de ofício de não for do interesse da vítima, uma vez que a reparação está na sua esfera de disponibilidade:

(...) a legitimação do Ministério Público se regula pelo princípio da insisponibilidade e da legalidade, que a obriga a agir de ofício, sem a análise de conveniência e oportunidade. Já a legitimação da vítima, como advém de sua posição como protagonista, como participante do fato ilícito, é facultativa no processo penal de iniciativa pública, não atuando como parte principal no processo, mas sim como parte acessória, a fim de garantir seus direitos processuais à participação contraditória. (grifo nosso).

A solução dada por ARAÚJO (2009, p. 99) de que o Ministério Público poderia formular a pretensão acusatória quando a vítima for pobre, nos termos do artigo 68 do CPP também não prospera²⁶. Isso porque o dispositivo não foi recepcionado pela Constituição, sendo reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade progressiva do dispositivo²⁷. Com a criação da Defensoria Pública pela Constituição Federal de 1988 (artigo 134), é esta a instituição a quem incumbe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do Art. 5º, LXXIV²⁸.

²⁶ Essa atuação do Ministério Público, hoje, só se admite em caráter subsidiário, até que se viabilize, em cada Estado, a implementação da Defensoria Pública, nos termos do art. 134, parágrafo único, da Constituição Federal, inexistente apenas no Estado de Santa Catarina.

²⁷ Reparação de danos. Ação indenizatória "ex delicto". Legitimidade do ministério público para intenta-la na qualidade de substituto processual. Art. 68, CPP. Inconstitucionalidade progressiva reconhecida pelo c. Supremo tribunal federal. - o art. 68, CPP, consoante assentou a suprema corte, não foi recepcionado pela vigente carta política. Estando organizada no estado a Defensoria Pública, com pleno funcionamento, falece legitimidade ao Ministério Público para propor a ação de indenização "ex delicto". - votos que, acompanhando o relator na conclusão, consideraram inadmissível o resp no caso. Recurso especial não conhecido. Relator(a): Ministro BARROS MONTEIRO. Julgamento: 09/09/1996 Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA, Publicação: DJ 11.11.1996 p. 43715 STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 58658 MG 1995/0000471-2.

²⁸ O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Portanto, quanto ao MP, verifica-se que inexistente supedâneo para que atue como legitimado extraordinário ou como substituto processual, sequer na hipótese da vítima ser pobre.

Segue-se a apreciação, no que tange ao pedido do *quantum* indenizatório ser formulado pela própria vítima diretamente ao juiz da causa ao ser ouvida em juízo, independentemente de advogado, limitada a indenização a 20 (vinte) salários mínimos em função do que reza o artigo 9º da Lei 9.099/95, como sugere ARAÚJO (2009, p.99):

A conclusão mais inequívoca, em vista de tudo que vem sendo tratado é que persiste a violação do direito do réu a ampla defesa e contraditório, uma vez que seria surpreendido no meio da instrução processual com pedido não inserido na denúncia ao qual não formulou defesa (ainda mais diante da nova sistemática do CPP em que todos os atos são concentrados na mesma audiência).

A saída, então, que mais atende as premissas do sistema acusatório e o princípio da correlação, seria estender ao ofendido a possibilidade de postular indenização cível perante o juízo criminal juntamente com a denúncia oferecida pelo Ministério Público, em litisconsórcio ativo. Um, perseguindo a pretensão indenizatória e, outro, a pretensão punitiva, desde que estabelecido o contraditório desde o início da persecução penal, com a comunicação à vítima de todos os atos processuais e denúncia oferecida juntamente com pedido de indenização, delimitando-se o *quantum* e a extensão do dano.

No entanto, todas estas possibilidades de requerimento de reparação do dano caem por terra diante da tese sustentada pelo processualista Alexandre Freitas Câmara quanto a incompetência do juízo criminal para julgar indenização civil.

O autor adverte que Lei Federal (no caso a lei 11.719/08 que inseriu a possibilidade de fixação do valor mínimo para reparação de dano ocasionado em ilícito penal) não pode tratar de competência em razão da matéria dos juízos estaduais. Isso porque matéria de competência dos Tribunais somente é regulável por lei de organização judiciária (o artigo 125, § 1º da Constituição Federal

estabelece que “a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça)²⁹.”

Assim, o sistema estabelecido pela lei 11.719/2008, padeceria de vício de inconstitucionalidade, não podendo ser aplicado (CÂMARA, 2009).

Superando-se a alegação de inconstitucionalidade formal, outro ponto que não pode deixar de ser referido é o atinente a eficácia da fixação de indenização considerados os limites subjetivos da coisa julgada, na medida em que no processo penal a coisa julgada se opera apenas *inter partes*, ou seja, apenas às partes que participaram do processo.

Ao tratar do assunto, com grande proficiência CÂMARA (2009, p. 77) refere que, estando constatado o fato de que, com a reforma do CPP, a declaração da existência da obrigação de indenizar e do valor mínimo da indenização passam a ser alcançados pela autoridade da coisa julgada material, se a vítima não participa do processo penal, obviamente, não haverá coisa julgada entre ofensor e ofendido. E assim, o autor conclui o raciocínio:

Daí se extrai, pois, que não há qualquer utilidade em se fixar, na sentença penal condenatória, o valor mínimo da indenização, pois o juízo cível não está vinculado a tal fixação, podendo estabelecer valor menor, ou até mesmo declarar a inexistência do dever de indenizar por ausência de dano indenizável. A regra trazida pela Lei 11.719/08 que aqui se analisa, portanto, é absolutamente inútil e, desse modo, despedida de qualquer efetividade.

BARROS (2008, p. 182), por sua vez, sustenta a inconstitucionalidade e a inexistência de coisa julgada em um processo “que não garante a participação dos afetados pelo provimento jurisdicional em posição de simétrica paridade”, argumentando haver violação ao princípio contraditório, a garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional e o devido processo legal.

²⁹ Nos moldes do que ocorreu com a Lei Maria da Penha, onde coube à lei estadual de iniciativa do TJRS a previsão de um órgão com competência cível e criminal -criação dos Juizados da Violência Doméstica.

Enfim, não faltam manifestações dos maiores especialistas em direito processual brasileiro, no sentido de que a condenação reparatória cível no juízo criminal, da forma como vem sendo aplicada, configura verdadeira afronta aos princípios básicos do processo penal, bem como um desvirtuamento da aplicabilidade da lei penal, seja baseado no argumento que for (violação de princípios, inconstitucionalidade pela incompetência do juízo, violação do sistema acusatório, inexistência de coisa julgada ou indevida pessoalização do processo penal).

Assim, tendo por base a análise anterior, se houver pedido expresso da vítima em litisconsórcio com o MP desde o início da persecução penal não haverá violação ao princípio da correlação ou congruência, sequer violação ao sistema acusatório, porque não agirá o juiz de ofício. Se houver a participação da vítima durante a instrução e citação do réu para defesa da reparação postulada na inicial não haverá violação aos princípios da ampla defesa e contraditório, sequer afetação aos limites subjetivos da coisa julgada, pois ambas as 'partes' participaram da instrução. Seriam estes, argumentos suficientes para aqueles que defendem a plena aplicabilidade e constitucionalidade do artigo 387, inciso IV do CPP.

Persistirá a discussão no que tange ao vício formal de competência do juízo criminal para decidir questão cível e quanto a indevida pessoalização do direito penal (privatização de conflitos, com a inserção da 'lide' do processo civil ou tutela de interesses privados³⁰). Persistirá a controvérsia acerca da necessidade da reparação do dano ser travada em ação civil, uma vez que é pretensão totalmente alheia a função do direito penal e de seus princípios norteadores.

2.4 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL COMO SUJEITO DE DIREITOS

³⁰ Conceito de Aury Lopes Júnior

Todo o enfoque atribuído, até então, à impossibilidade de fixação de valor para reparação do dano leva em conta o sistema processual penal vigente, ou seja, apenas o Código de Processo Penal brasileiro. Ao ser analisada a participação da vítima em um contexto constitucional, as conclusões tendem a ser diferentes, motivo pelo qual o estudo se restringirá, a seguir, ao papel do ofendido à luz da Constituição Federal de 1988.

Anteriormente mencionou-se, como um dos argumentos que tornariam incabível a reparação no juízo criminal, o fato de que a vítima não é sujeito/parte processual, a ponto de justificar uma sentença penal voltada para fixação de reparação cível em seu benefício.

Institui o artigo 363 do Código de Processo Penal que o processo terá finalizada a sua formação quando realizada a citação do acusado, ou seja, estabelece que a perfectibilização da relação processual penal encerra-se com a citação do acusado, após o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público e recebimento desta pelo magistrado, o que a *contrario sensu*, pode ser entendido como afastamento da vítima na formação da relação processual penal.

A doutrina, por sua vez, não é pacífica quanto ao reconhecimento da existência de partes no processo penal.

Há doutrinadores que negam esta existência por entender que o conceito de partes contrapostas está intimamente ligada com a idéia de um conflito de interesses (a lide antes abordada), e também, porque a atuação do Ministério Público é um poder-dever, sendo que a qualidade de órgão do Estado o impediria de atuar como parte.³¹

Outros, como LOPES JÚNIOR (2010, p. 1), sustentam existência de partes no processo penal, argumentando que o acusado deve ser visto como sujeito e não como mero objeto do processo. Assim, no processo penal existem três sujeitos

³¹ Para Guilherme de Souza Nucci não existe, no Brasil, a figura da parte civil, podendo a vítima ou seu representante legal figurar, no máximo, como assistente da acusação (artigos 268/273). Isso até que seja aprovado o PLS 156/09.

(Ministério Público, acusado e órgão jurisdicional) e duas partes processuais apenas (órgão acusador e réu), porque o juiz é sujeito mas não é parte na medida em que vigora no Brasil o sistema acusatório, em que a imparcialidade do magistrado assume relevância preponderante.

De qualquer sorte, a princípio, não existe discussão quanto ao fato de que no processo penal são sujeitos processuais: o Ministério Público, o acusado e o juiz, não estando incluída, dentre eles, a vítima.

Por essa razão, quando se comete uma infração penal, quem sofre a lesão é o próprio Estado, a par da lesão sofrida pela vítima. Em que pese o particular seja o titular do bem jurídico ofendido, o sujeito passivo genérico é o Estado, uma vez que há sempre um interesse público violado pelo crime. (TOURINHO FILHO, 1999)

Ocorre que nova vertente hermenêutica vem trazendo à tona grande debate quando se analisa a participação da vítima no processo penal à luz da interpretação constitucional. Esta interpretação vem delineada na tese de doutorado da professora mineira Flaviane de Magalhães Barros, com fundamentos sólidos capazes de sustentar que a vítima é, sim, parte no processo penal. Então, qual a interpretação constitucionalmente adequada da participação da vítima no processo penal brasileiro, com base no paradigma do Estado Democrático de Direito? É o que se pretende descobrir a seguir.

Primeiramente haveria que se reconhecer a vítima como sujeito de direitos. A teoria que sustenta a definição segundo BARROS (2008. P. 171) é a Teoria do Discurso definida por Habermas, a qual não é objeto de estudo da presente pesquisa uma vez que decorrente dos ensinamentos da Filosofia do Direito. O importante, é que sob a perspectiva da referida teoria (estruturada a partir de uma visão procedimentalista do direito), “o sujeito de direitos é aquele que se coloca tanto como destinatário da norma jurídica quanto como seu autor.”

Neste enfoque, o conceito de parte no processo se define a partir dos destinatários que serão afetados pelo provimento jurisdicional em sua esfera de direitos, e, portanto, atuarão no processo em posição de simétrica paridade.

Logo, imperativa a participação da vítima porque ela é afetada pelo delito e pela decisão jurisdicional a respeito do fato ilícito. A vítima é sujeito na medida em que destinatária e autora de direitos. Na verdade, para a estudiosa, todos os afetados pelo provimento jurisdicional, sejam autores, réus, intervenientes ou assistentes, são considerados partes e possuem ação, em que pese tenham direitos e deveres distintos.

O Código Penal Brasileiro prevê a atuação da vítima como colaborador do Ministério Público (assistente de acusação), como controlador da atuação estatal (ação penal subsidiária da pública) e como titular de direito à reparação do dano (obtenção de título executivo para consubstanciar seu pedido no juízo cível). As duas primeiras atuações da vítima mencionadas serão analisadas no capítulo seguinte que tratará, especificamente, da figura do assistente de acusação, sendo a atuação da vítima como titular da reparação do dano referida nas linhas a seguir.

No que tange a participação da vítima em razão de seu direito de reparação do dano, a conclusão, nesta nova acepção, é a de que a participação da vítima no processo (como um dos afetados pelo provimento jurisdicional) é essencial para que ela possa ter seus direitos processuais assegurados e ser atingida pelos efeitos da coisa julgada. Este tema assume importância em se tratando de sentença penal absolutória que reconhece a inexistência do fato, uma vez que a vítima não pode ser privada de seu 'hipotético' direito à reparação sem que seja submetida ao contraditório e ampla defesa.

Ao contrário disso, o modelo de processo penal vigente não apresentaria uma interpretação constitucional adequada no tratamento dado à vítima: por violação a ampla defesa, por não garantir o contraditório, sequer a proteção jurisdicional baseada na inafastabilidade da tutela jurisdicional na hipótese de lesão ou ameaça de lesão à direitos (artigo 5º, XXXV, CF). E por quê?

Porque a vítima assume posição secundária, como parte alheia ao processo. Praticar atos processuais restritos (atos de assistente de acusação), sem que lhe seja garantida a atuação ampla em contraditório (já que impedida de recorrer automaticamente, tendo vedado o duplo grau de jurisdição). A consequência é que, ao final, é afetada (e muitas vezes prejudicada) pelo provimento jurisdicional sem que tivesse participado do processo de forma plena.³²

Outra questão merece destaque. Para a autora a própria Constituição Federal assegura a aproximação do direito penal e direito civil a fim de garantir o direito a reparação do dano. Afasta com isso os argumentos que sustentam não ser o processo penal o juízo destinado a reparação de dano civil.

A base constitucional seria o artigo 5º, inciso XLV: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. A justificativa, por sua vez, é a existência de um princípio de Direito Penal (princípio da intranscendência da pena ou pessoalidade da responsabilidade criminal) e outro princípio de Direito Civil (responsabilização dos sucessores do *de cuius* até as forças da herança).

Conclui, então, BARROS (2008, p. 187) que a disposição conjunta de institutos pertencentes a áreas distintas do direito demonstra justamente a possibilidade de sua aproximação a fim de garantir um direito protegido pelo constituinte como fundamental, qual seja, o direito à reparação do dano decorrente de ilícito penal. “Assim, a reparação do dano deixa de ser exclusivamente definida como matéria civil e passa a ter importância para o Direito Penal”.

Ressalte-se que esta aproximação não significa que o instituto da reparação tenha se transferido do Direito Civil para o Direito Penal, pois continua vinculado à autonomia da vontade da vítima e a sua iniciativa como parte na busca da tutela

³² “Assim, no caso da sentença absolutória, mesmo participando do processo penal, como não poderia impugnar a decisão que absolveu sumariamente o acusado, a fim de reformá-la, deverá, após o trânsito em julgado da mesma, ingressar com pedido de reparação de danos no civil, em um processo de conhecimento, tendo ainda que discutir a questão a respeito da inconstitucionalidade da imutabilidade dos efeitos civis da sentença absolutória.” (Barros, 2008).

jurisdicional. Por essa razão, são equivocados os entendimentos no sentido de que a reparação do dano seria compreendido como um interesse social a superar o interesse individual.

Esta compreensão (de ser um interesse social) é a que vigora no CPP e que continuará a produzir efeitos no PLS 156, ao exigir-se que o juiz penal defina um *quantum* de pena, sem, contudo, garantir à vítima a participação no processo penal como sujeito processual, justamente porque entende a reparação como um interesse social que 'extravasa' a esfera de autonomia de vontade da vítima (BARROS, 2008).

Nessa conjuntura, se existe direito à reparação assegurado constitucionalmente (ressalte-se que a carta Magna não define em qual das esferas, cível ou penal, deve ser feita essa reparação), e se, contudo, este direito não é assegurado processualmente, de nada adiantará estabelecer novos direitos à vítima com modificações no CPP se ela não for parte no processo, capaz de participar do contraditório e de expor seu interesse pessoal.

Não é um processo realizado em simétrica paridade pelos afetados pelo provimento, já que não modifica os 'poderes' do assistente no processo penal, não respeita a garantia da ampla defesa do acusado, que não poderá impugnar pedido de indenização, porque este não é formulado explicitamente, ou, mesmo, mensurando em termos de *quantum debeat* no início do processo e, por fim, desprestigia o princípio da iniciativa de partes e a busca por um processo penal de partes, próprio do modelo acusatório. (BARROS, 2008)

Do que foi exposto pela tese analisada, extraem-se dois pontos de argumentação: 1) a satisfação do dano é direito fundamental da vítima, garantido constitucionalmente e 2) o provimento jurisdicional atinge a esfera de direito da vítima (é abrangida pelo efeito civil da sentença absolutória, em especial). Assim, se a reparação do dano é direito fundamental e se a vítima fica atrelada aos efeitos da sentença, a conclusão é a de que o Código de Processo Penal deveria permitir a participação da vítima no processo, deveria consentir que a vítima fosse informada de seus direitos reparatórios e que ocupasse lugar de contraditor, por fim, deveria aceitar a cumulação do pedido de reparação do dano aos pedidos do Ministério Público exarados na denúncia.

Assim, para tal vertente interpretativa, o modelo ideal é o de que a vítima deveria ser parte (deve participar da reconstrução do fato criminoso porque é 'protagonista' dele), para ter garantido o contraditório e ser afetada pelos efeitos da coisa julgada, sendo esta a interpretação constitucionalmente adequada da participação da vítima no processo penal.

Qualquer decisão jurisdicional a respeito do referido direito da vítima deve garantir a sua posição de contraditória e deve o processo penal aceitar a cumulação do pedido de reparação do dano ao pedido efetivado pelo Ministério Público na denúncia quando a vítima preferir a solução da decisão da reparação em sede penal. **Assim, ela passará a ser parte, com direitos , deveres, faculdades e ônus do processo penal, que garantirão sua atuação em simétrica paridade, já que afetada pelo provimento.** (BARROS, 2008) (grifo nosso.)

Em que pese os argumentos apresentados por esta 'análise constitucional' acerca da participação da vítima no processo penal, o que se verifica é que não é o entendimento predominante, sendo superado pelas inúmeras críticas da doutrina, já mencionadas e que continuarão a aparecer no decorrer do trabalho.

No que se refere ao segundo enfoque da participação da vítima, agora, como colaboradora do Ministério Público na figura de assistente de acusação e como controladora da atuação estatal, por meio da ação penal privada subsidiária da pública), a análise será objeto no próximo capítulo do presente trabalho.

3 ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO EM DEFESA DOS DIREITOS DA VÍTIMA

3.1 NATUREZA JURÍDICA, LEGITIMIDADE E INTERESSE PROCESSUAL DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

Juntamente com a discussão acerca desse ‘redescobrimto’ da vítima no processo penal, permanece o debate na doutrina acerca de sua habilitação como assistente de acusação, já que o instituto nunca teve posição nítida e indiscutível na sistemática processual brasileira (BARBOSA, 1971).

Dispõe o artigo 268 do Código de Processo Penal que “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”.

Ressalte-se, todavia, que o assistente só pode atuar quando já instaurada a ação penal de iniciativa pública. Isso significa que não poderá intervir como assistente durante o inquérito policial e investigações preliminares; atuará apenas como vítima requerendo diligências que podem ou não ser deferidas a critério da autoridade policial, conforme preceitua o artigo 14 do CPP. Da mesma forma que, em tese, não poderá recorrer do arquivamento do inquérito e da decisão que rejeita liminarmente a denúncia, vez que todos são provimentos jurisdicionais anteriores ao recebimento da denúncia e início da ação penal.

Neste sentido é o posicionamento de BADARÓ (2008, p. 160):

Não é possível a intervenção do assistente de acusação durante o inquérito policial. Somente durante a ação penal é que terá cabimento a intervenção do assistente, desde o início da ação penal (CPP, art. 268) até o trânsito em julgado da condenação (CPP, art. 269).

Quando a vítima é admitida como assistente recebe o processo no estado em que se encontra, ou seja, pode participar apenas dos atos subseqüentes, sendo-lhe vedada requerer a realização de atos processuais já preclusos.

Conforme previsão do artigo 271 do Código de Processo Penal, o assistente pode atuar juntamente com o Ministério Público, propondo meios de prova, requerendo perguntas às testemunhas, participando do debate oral e arrazando recursos. Entretanto, não poderá indicar rol de testemunhas, uma vez que o momento processual pertinente é a denúncia (ato processual já precluso), e sua intervenção somente é possível após o recebimento da acusação (LOPES JR, 2010).³³

Ressalte-se que, em se tratando do procedimento do Tribunal do Júri, é plenamente admissível a indicação do rol de testemunhas a serem ouvidas em plenário, uma vez que são indicadas após a decisão de pronúncia.

O artigo 288 do CPP, por sua vez, estabelece que a legitimidade para ser assistente é do ofendido, seu representante legal no caso de ser menor de 18 anos, ou ainda, os sucessores em caso de morte ou ausência declarada: cônjuge³⁴, ascendente, descendente ou irmão.

Segundo LOPES JR. (2010, p. 40) excepcionalmente, e apenas em casos expressos em lei, admite-se que órgãos e entidades sejam assistentes da acusação. Seria o caso dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional com a assistência da CVM- Comissão de Valores Imobiliários (Lei 7.492, art. 26 parágrafo único) e dos Crimes contra as Relação de Consumo com a assistência das entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta e associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano, especialmente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078, art. 80 c/c 82, III e IV).

Outros exemplos são citados por BADARÓ (2008, p. 162): artigo 34 do Código Florestal que prevê a possibilidade de os 'funcionários da repartição florestal

³³ Em que pese criticar, o autor esclarece que a saída encontrada pelos advogados é requerer que as testemunhas que julgam importantes sejam ouvidas como testemunhas do juízo, conforme autoriza o artigo 209 do CPP, o que vem a violar o sistema acusatório, que veda a iniciativa de prova pelo magistrado.

³⁴ PATENTE (2003, p. 44) acrescenta que há flexibilização da norma para incluir a companheira, uma vez que a Constituição reconheceu a união estável entre homem e mulher como entidade familiar para efeito de proteção do Estado (artigo 226, § 3º, CF).

e de autarquias, com atribuições correlatas, designados para a atividade de fiscalização” atuem como assistentes nas ações e contravenções nele previstas. Ainda, os presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB podem se habilitar nos inquéritos policiais e nos processos penais em que sejam ofendidos advogados inscritos na OAB (art. 49, parágrafo único, Lei 8906/94)³⁵. E, por fim, a possibilidade de assistência dos órgãos federais, estaduais e municipais nos crimes de responsabilidade dos prefeitos e vereadores (Decreto-lei nº 201/1967, art. 2ª, parágrafo 1º).

De qualquer sorte, a regra é que apenas quem tenha capacidade processual para intentar a ação penal privada é que poderá habilitar-se como assistente do Ministério Público, ou seja, o sujeito passivo do delito.

Alerta LOPES JR. (2010, p. 41) que “não há que se confundir o assistente com o advogado que o representa. Assistente é a vítima, seu ascendente, descendente ou irmão, mas em qualquer caso, necessita de advogado para postular em juízo (capacidade postulatória)”.

Salutar bem definir quem é esse sujeito passivo, uma vez que nem sempre aquele que sofreu a ação criminosa terá a capacidade postulatória, por isso, relevante a distinção entre ofendido e prejudicado.

Ofendido é aquele que efetivamente sofreu na condição de sujeito passivo do crime - como tal titular de um direito lesado ou posto em perigo -, o gravame direto ocasionado pelo ato típico, e que não pode ser confundido com o simples prejudicado do delito, este, na maioria das hipóteses fáticas, sem autorização processual para se habilitar como assistente. (PATENTE, 2003).

Segundo PIMENTEL (1975, p. 16) a idéia de vítima não pode ser identificada com a de lesado ou prejudicado, porque o prejudicado (que nem sempre será o sujeito passivo do crime) só poderá postular a indenização decorrente de dano causado pelo delito na esfera civil, porque ausente a capacidade postulatória para

³⁵ PATENTE (2003, p. 41) menciona que a legitimidade concedida pelo Estatuto da OAB (Lei 8906/94) de ingressar como assistente de acusação rompeu com a limitação imposta pela norma legal, admitindo, pela primeira vez, que se operasse a assistência *pro reo* no processo penal. A OAB pode postar-se tanto como assistente da acusação como da defesa, independente da natureza da ação penal em que é protagonista um de seus inscritos.

postular na esfera criminal. O autor utiliza como exemplo o preposto que é assaltado: este será o sujeito passivo, enquanto que o patrão, apenas o prejudicado do delito. Ou ainda, nos casos de crimes contra a incolumidade pública (incêndio), em que o ofendido não é quem sofreu o dano, mas o Estado/coletividade, verdadeiro titular do bem jurídico lesado.

Excetuadas as hipóteses dos crimes pluriativos, em que há multiplicidade de sujeitos passivos, nem todo o prejudicado pelo crime ostenta a condição de ofendido, vocábulo que a lei reserva para designar o titular de um bem ou de um interesse jurídico lesado ou posto em perigo pelo crime. (PIMENTEL, 1975)

Daí importante observar-se que nem todo aquele que sofreu prejuízo decorrente de um ato ilícito terá legitimidade para ingressar como assistente do Ministério Público.

Baseando-se nos estudos de LEITE (1969, p.153) pode-se afirmar que a fonte originária do assistente de acusação seria o velho código de processo penal do Rio Grande do Sul de 1989³⁶, fulminado, posteriormente, de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Esta fonte originária também vem mencionada por ZIYADE (1993, p. 17).

Desde então, foram enormes as dificuldades do legislador brasileiro para enfrentar a conceituação jurídica do assistente. Até hoje, não existe consenso na doutrina quanto ao interesse que legitima a participação da vítima nesta atuação.

Quanto a sua natureza jurídica, demonstra PIMENTEL (1975, p. 13) que a figura do assistente de acusação no direito processual penal brasileiro é peculiar, diferenciando-se de quase todos os sistemas estrangeiros. Refere que sua caracterização é diferida entre os doutrinadores, na medida em que para uns o assistente é parte adjunta ou secundária, para outros é parte adesiva, ou, ainda, parte civil.

³⁶ O assistente de acusação estava previsto no artigo 7^a do Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul de 1898 nos seguintes termos: “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. Parágrafo 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.”

Para ZIYADE (1993, p. 23) quatro são as principais correntes que buscam explicar a natureza jurídica do instituto: *parte civil*, já que a intervenção da vítima decorreria exclusivamente aos efeitos civis decorrentes da ação penal; *auxiliar da acusação* uma vez que a vítima não seria parte do processo; *substituto processual* na hipótese em que o ofendido não se habilitou como assistente durante a instrução e, posteriormente, aparece para exercer o direito de apelar; e por fim, *parte adesiva*, como a forma de intervenção de terceiro denominada de litisconsórcio ativo voluntário. No mesmo sentido PATENTE (2003, p. 16).

LOPES JÚNIOR (2010, p. 40) entende que a natureza jurídica do assistente “é a de parte contingente e secundária. É uma parte, mas não principal, pois sua atividade processual é acessória em relação àquela desenvolvida pela parte principal, que é o Ministério Público”.

BADARÓ (2008, p. 158), em complementação, deixa claro que o assistente é parte *ad coadjuvandum* e mero auxiliar do Ministério Público.

Em posição contrária, BARBOSA (1971, P. 43) é expresso ao discordar daqueles que afirmam que o assistente não é parte e que sua atuação é meramente auxiliar do Ministério Público, na medida em que são conferidas ao assistente de acusação capacidades de postulação, de formação de prova e poderes recursais que independem da ocasião oficial em si.

Na opinião de BOMFIM (2007, p. 362) o assistente é parte contingente, pois a lei faculta a sua intervenção no processo, sendo, entretanto, totalmente dispensável a sua presença no juízo. Posição acompanhada por PATENTE (2003, p. 21) ao sustentar que “afigura-se no contexto das suas atribuições como parte contingente, cuja natureza adesiva não é necessária ao desenvolvimento regular do processo.”

A discussão é relevante, na medida em que o entendimento adotado embasará o campo de atuação do assistente e influenciará sua relação com o Ministério Público, no sentido do ofendido agir em complementação ao órgão acusador, em sua substituição ou apenas com fins de reparação civil.

A maior controvérsia, contudo, não está na natureza jurídica, mas sim no interesse processual do assistente: se é auxiliar a acusação ou buscar a proteção de interesse privado (título executivo judicial para satisfação de interesse patrimonial).

Para FERRARI e GOMES (2005) seu interesse vai mais além, e abrangeria um interesse social.

Há outros interesses que podem ser requeridos ou resguardados pelo ofendido, como a aplicação da lei penal contra quem praticou o crime ou acobertar quaisquer repercussão negativa do crime, seja em sua vida pessoal, afetando sua honra, dignidade e prestígio ou mesmo sua vida em sociedade. Em razão disso, a atuação do assistente no processo vem a ser uma forma de colaboração do cidadão vitimado por um delito, para que a ação criminosa seja reprimida, além de ser um meio de resgatar a própria tranquilidade e a dos demais cidadãos.

Em que pese a intervenção do assistente ainda ser admitida pela maioria dos tribunais, pode-se observar que a doutrina passada tinha contorno diverso do atualmente reconhecido.

Seguem alguns posicionamentos, obtidos em artigos publicados em 1934, 1961, 1969, 1970 e 1975, no sentido de que o assistente é parte, que tem interesse social na repressão do crime e de que exerceria os mesmos poderes do Ministério Público. Vejamos:

O Assistente ingressa na lide, ao lado do Ministério Público, numa intervenção adesiva, que lhe confere direitos de parte penal e não simplesmente de parte civil (PIMENTEL, 1975).

Não só porque a ação penal pública poderá estender seus efeitos em direção ao ofendido, quanto à reparação civil do dano resultante do delito, mas também porque a acusação deverá ser a mais completa possível, **evidenciando-se indeclinável interesse social na repressão do crime, outorga a lei ao ofendido o direito de intervir na ação penal, sem que se considere tal participação como um ditame de vingança privada** (MALANGA, 1970). (Grifo nosso).

Da mesma forma AUTRAN (1934, p. 212), ao sustentar que “sempre que a parte privada requerer a sua intervenção como assistente, receberá a causa,

exercendo como o Ministério Público os mesmos actos deste, constitutivos do processo como se fosse autor do mesmo.”

Autores como MARQUES (1961, p. 249) e LEITE (1969, p. 156) entendem que a vítima quando intervém como assistente, atua não em defesa de direito próprio, mas como auxiliar do Ministério Público e do próprio Estado na proteção do interesse público, mesmo que, muitas vezes, possa se beneficiar com a sentença proferida.

LEITE (1969, p. 155), para quem a vítima “nada mais é que um fiscal do princípio da legalidade”, menciona as palavras do Des. Florêncio de Abreu no trabalho que apresentou por ocasião do 1º Encontro Nacional do Ministério Público em 1943, o qual sustenta a posição de que o assistente acaba extrapolando a mero interesse civil durante sua participação no processo criminal:

Demonstra, com efeito, a experiência que praticamente seria **impossível conter-se ao assistente na discussão de fatos tendentes a demonstrar o prejuízo *ex delicto*, sem entrar na apreciação da responsabilidade criminal do agente do mesmo delito, secundando em consequência a acusação oficial. Acresce que facultar ao assistente o recurso só para efeito de ordem civil, seria uma incoerência e um erro de política criminal.** Incoerência, porque se admitiria em segunda instância uma decisão para efeitos civis e eficaz, que poderia estar em contradição com a decisão penal em primeira; o erro de política criminal, porque a coexistência de sentenças contraditórias e igualmente eficazes, em relação ao mesmo fato, afrouxaria o respeito público às decisões judiciais. (Grifo nosso).

Trata-se de tendência histórica, cuja origem é a criação do Código de Processo Penal de 1941, em um contexto histórico ditatorial-autoritário, contraposto à implementação do Estado Democrático de Direito.

Para AZEVEDO (2007, p. 286) “não se deve olvidar a circunstância histórica de que quando tal código foi confeccionado, o Brasil suportava o horror da ditadura do Estado Novo e o Mundo atravessava o auge da II Grande Guerra”. Essa impregnação de ideologias ditatoriais não se coadunaria com o Estado Democrático de Direito e com a interpretação constitucional a ser dada para a lei processual penal pátria.

O raciocínio é válido para demonstrar o quanto deve ser questionada a

legitimidade do Código de Processo Penal e, especialmente, a figura do assistente de acusação, que era aplicável àquela época e, por conseqüência, inadequado aos dias atuais.

Quando da criação do Código de Processo Penal Brasileiro, havia, ainda, forte influência do sistema inquisitorial, ditadura e autoritarismo, onde vigorava a participação do juiz na produção da prova e, principalmente, a desigualdade de poderes entre acusação e defesa, razão pela qual a intervenção do assistente era tranqüila e de acordo com o sistema.

Posteriormente, quando em vigor o sistema acusatório, a justificativa para a participação do assistente precisava ter novos contornos, e teve por base a nova tendência político-criminal de valorização de vítima, tema discutido no primeiro capítulo.

Assim, sob outro argumento e seguindo a tendência moderna, o assistente da acusação, ainda é admitido pela maioria dos Tribunais Brasileiros.

Como exemplo, menciona-se entendimento do desembargador Sylvio Batista, no julgamento dos Embargos Infringentes nº 70005315270³⁷, o qual sustentou que o processo penal não tem partes, pedido ou lide, de forma que o assistente também seria interessado na averiguação da verdade substancial e mais, que seu interesse não se restringiria à aquisição de título executório para reparação de perdas e danos, isso porque a vítima, assim como réu, teria direito a uma decisão justa.

No mesmo sentido REIS JÚNIOR (2010, p. 3) ao defender ampla atuação do assistente com a justificativa de que a vítima, além de pretender um ressarcimento pelo dano sofrido, tem “justo interesse de ver efetivamente punido aquele que lhe ofendeu com a prática da conduta delituosa, o que autoriza, na ação penal, um desempenho colaborativo com a acusação pública”. Para o autor o assistente de acusação é o “fiscal do fiscal da lei”.

³⁷ Citado pelo Des Amilton Bueno de Carvalho no julgamento da apelação crime 70012003943, 5ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Julgado em 05/10/2005

Nesta acepção conceitual, é utilizado como argumento de que não existe interesse meramente patrimonial da vítima e, sim, o intuito de auxiliar a acusação, o fato de que a maioria dos criminosos se encontra dentre as classes mais carentes da população o que impediria a eficaz reparação patrimonial, por não haver de quem pretender a indenização. E mais, porque o ofendido poderia atuar, inclusive, nos crimes em que não existe dano a ser ressarcido (crimes de perigo, por exemplo), a demonstrar o cunho meramente colaborativo de sua intervenção.

BADARÓ (2008, p. 159) faz a seguinte reflexão: “se o interesse do assistente de acusação fosse apenas patrimonial, visando a obter uma reparação do dano, não seria admissível assistência em crime tentado ou crime que não resultasse prejuízo material.” Acrescenta, ainda, a possibilidade de a vítima já ter obtido a reparação com sentença transitada em julgado no cível e, ainda assim, poder ser nomeada assistente da acusação.

A questão que se impõe quando se fala em buscar a proteção de interesse privado é o grande risco de se legitimar os nefastos efeitos da vingança privada, que segundo WUNDERLICH (2004, p.6) ainda estão presentes na justiça criminal brasileira, tema a ser enfrentado posteriormente.

Como menciona BARROS (2008, p.8):

Ou considera-se que ele vai à juízo como auxiliar da acusação e não em defesa de um interesse próprio, ficando equiparada a litisconsorte do processo civil, ou que, ao contrário, sua função não é a de auxiliar a acusação, mas a de procurar defender seu interesse na indenização do dano ex delicto.

STRECK (2001, p.158) em firme oposição à atuação do ofendido como assistente, acrescenta que ambos os argumentos de auxílio ao MP ou satisfação de interesse patrimonial não convencem, a saber:

Primeiro, porque tal auxílio é ilógico, na medida em que 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.” E, segundo, porque não é o processo penal o juízo competente para discussão de

pretensão individual. O ofendido poderá, se preferir, ingressar no juízo cível para discutir o mérito de sua reparação, onde a discussão acerca da culpa é muito mais ampla. Logo, a presença do assistente seria totalmente destituída de finalidade.

São controvérsias que jamais chegarão a um uníssono entendimento. A discussão acerca da participação da vítima no processo penal (habilitando-se como assistente ou não) sempre existiu, desde quando a vítima era protagonista na época da vingança privada, passando pela fase de neutralidade, até a fase atual de redescobrimto.

Perigoso o pensamento de que é preciso defender a inserção da vítima no processo penal a todo custo, especialmente quando se verifica prejuízos às garantias do acusado, o verdadeiro hipossuficiente do processo. É preciso que se encare com cautela essa evolução de 'redescobrimto', deixando-se de colocar a vítima em um pedestal como se fosse a única detentora de direitos.

3.1.1 Atuação da vítima na ação penal subsidiária da pública

A vítima deve sim ter participação no processo penal, no entanto, é preciso que se defina sua verdadeira função e em que momentos tem legitimidade para atuar.

Sua legitimidade está expressa no artigo 5º, LIX, da Constituição Federal e no artigo 46 do Código de Processo Penal estabelecendo-se que, se o Ministério Público não oferecer a denúncia nos prazos estipulados por lei, poderá o particular promover a ação privada subsidiária (ou substitutiva) da pública.

A ação penal subsidiária seria, então, uma permissão para que o ofendido, diante da omissão do Estado, atue em substituição, para proteção do interesse público.

Ressalta-se que, a ação subsidiária não perde a natureza de ação pública, podendo o Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, e, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal (artigo 29 CPP).

Já a participação da vítima na ação penal pública condicionada a representação estaria legitimada, nas palavras de FERRARI e GOMES (2005), 'quando um delito atinge imediatamente o interesse particular e mediadamente o interesse público', razão pela qual a ação estaria condicionada a manifestação do lesado.³⁸ Seria, na verdade, não uma forma propriamente dita de atuação da vítima, mas uma condição de procedibilidade da ação penal.

Para tanto, a representação consiste em uma declaração de vontade da vítima. É a manifestação de vontade necessária para a acusação pública, é necessária, pois, remove um obstáculo existente quanto ao exercício da ação penal. Portanto, a vítima na ação penal pública condicionada é titular do direito de representação. (FERRARI; GOMES, 2005).

De qualquer sorte, é na ação penal privada subsidiária (e exclusivamente neste tipo de ação) que se aceita, constitucional e legalmente, a participação da vítima no processo penal, com a concessão de maiores poderes dentro da instrução criminal. É apenas aqui que se legitima a atuação da vítima como fiscalizadora do Ministério Público (em vista de sua inércia, lembre-se) ou como colaboradora na busca da justa decisão.

Vale reiterar que existe concordância da maioria doutrina e jurisprudência no sentido de que a ação penal subsidiária não é cabível quando o Ministério Público pede o arquivamento do inquérito policial, isso porque não teria iniciado a ação penal, como alhures referido e porque não estaria configurada a inércia do órgão acusador.³⁹

Falando-se de ação privada, assume relevância no PL 156/09, mais

³⁸ Artigo 24, CPP: Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

³⁹ Ressalvada a opinião dos adeptos da interpretação constitucional da participação da vítima como agente colaborador e controlador da atuação estatal.

expressamente com a extinção da previsão da queixa-crime do ordenamento jurídico brasileiro.

“Na ação penal privada, há substituição processual ou legitimação extraordinária, em que o Estado transfere ao particular a legitimidade para perseguir em juízo um direito estatal, no caso o direito de punir” (BADARÓ, 2008).

Assim, precisamente para o fim de evitar essa transferência do direito de punir (que na verdade é a transferência da pretensão acusatória apenas) é que está prevista a exclusão da queixa crime, como demonstração da necessária evolução do sistema processual, apesar do instituto do assistente de acusação ainda permanecer no Código de Processo Penal, mesmo sob o alvo de severas críticas.

A Exposição de Motivos do Projeto do novo CPP justifica a retirada da ação privada pela inexistência de espaço para uma ação penal movida por interesses particulares, enfraquecendo a defesa do assistente de acusação. A atuação da vítima e o controle da morosidade do Estado ficariam legitimados com a propositura de ação penal subsidiária da pública apenas.

Não nos parece haver lugar para uma ação penal que esteja a disposição dos interesses e motivações do particular, ainda que seja a vítima. Eventual necessidade de aplicação de sanção penal somente se legitima no interesse público. O modelo processual atualmente em vigor ignora completamente essa realidade, deixando em mãos da vítima, não só a iniciativa da ação, mas a completa disposição da intervenção estatal criminal. (...) Se o problema é a necessidade de proteção da intimidade da vítima em relação à publicidade do fato, basta condicionar o exercício da ação pública à autorização dela. Exatamente como faz o anteprojeto, que, a seu turno, preserva o controle da morosidade do poder público, por meio da ação penal subsidiária da pública, de iniciativa da vítima. Essa, sim, como verdadeiro direito, constitucional, de ação.⁴⁰

Para OLIVEIRA (2010, p.11):

a ação penal privada não se justifica em uma ordem jurídica em que se reserva – ou se deva reservar – ao direito penal um papel de mínima intervenção, direcionada para a proteção dos bens jurídicos de maior alcance social ou comunitário contra as maiores e mais graves agressões.

⁴⁰ Transcrição de parte da exposição de motivos do Projeto de Alteração do CPP. Disponível em: <http://www.amperj.org.br/emails/PLS156-09.pdf>

Veja-se que está o novo Código de Processo Penal, valorizando ainda mais a função institucional do Ministério Público, reconhecendo que compete somente a ele a promoção privativa da ação penal pública e ao ofendido apenas a ação subsidiária.

3.1.2 Legitimidade recursal do assistente

Do que acima foi exposto, extrai-se que poderia a vítima atuar somente nos casos de inércia do Ministério Público na promoção da ação penal. Há quem entenda, todavia, que o assistente tem poder para recorrer da sentença também quando o MP é inerte quanto à interposição de recurso.

Ocorre que a “autorização recursal” que é concedida ao assistente pelo artigo 271 do Código de Processo Penal refere-se, exclusivamente a possibilidade de arrazoar os recursos já interpostos (e não interpô-los), ou interpor recurso nos casos dos artigos 584, parágrafo 1º e 598. Seguem os referidos dispositivos legais:

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 (grifo nosso).**

Art. 584, § 1º - Ao recurso interposto de sentença de impronúncia ou no caso do nº VIII do art. 581, aplicar-se-á o disposto nos arts. 596 e 598.

Art. 598 - Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no Art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo.

Assim, as únicas possibilidades previstas em lei para que o assistente interponha recurso seriam: 1) recurso da sentença de impronúncia e recurso em sentido estrito contra decisão que decretar a prescrição ou julgar extinta a punibilidade; 2) não apelando o Ministério Público nos casos do Tribunal do Júri.

FAYET (1990, p. 38) entende estar a legitimidade recursal do assistente diretamente relacionada com a inércia do Ministério Público em não recorrer no

prazo legal. Assim, poderia recorrer da decisão de impronúncia ou da que decretar a prescrição, que julgar extinta a punibilidade, ou apelar de sentença absolutória, exclusivamente quando o Ministério Público não o fizer.

RANGEL (2005, p. 492) deixa bem claro que a atuação do assistente é “para quando houver INÉRCIA do Ministério Público”. Não basta que não tenha recorrido, é necessário que se configure a não atuação. Assim, se foi o próprio promotor que se manifestou pela impronúncia, não cabe recurso em sentido estrito por parte do assistente caso impronunciado o réu, sob o falso fundamento de que o MP não recorreu. Da mesma forma se absolvido o réu com parecer absolutório do promotor de justiça.

Assim, a premissa seria: o assistente só pode recorrer no artigo 598 do CPP, “se a sentença for absolutória e o MP, tendo sustentado a condenação, não recorrer”. (RANGEL, 2005).

Em que pese a expressa disposição legal, há quem entenda que há possibilidade do assistente recorrer sempre que houver omissão do MP, em analogia ao que preceitua o artigo 598 do Código de processo Penal- recurso do assistente nos crimes de competência do Tribunal do Júri.

Surge, então, um contrassenso, que vem mencionado no julgado em que figurou como relator o Desembargador Amilton Bueno de Carvalho⁴¹, para quem haveria fundamentos contraditórios para validar a atuação do assistente.

O primeiro entendimento tem base constitucional (art. 5º, LIX, CF) e se refere à propositura da ação penal por particular nos crimes de ação penal pública, nos casos de desídia do Ministério Público. Outro, tem base legal (art. 598, CPP) e se refere à legitimidade recursal do particular, mesmo quando o Ministério Público atuou devidamente durante todo o processo, propondo a ação, acompanhando a instrução e entendendo estar atingido o interesse público com a sentença prolatada.

⁴¹ Já citada anteriormente: apelação crime 70012003943, 5ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Julgado em 05/10/2005

A conclusão do referido Desembargador é pela ilegitimidade recursal do assistente da acusação, sob pena de se privilegiar o interesse particular do assistente em detrimento do interesse público, especialmente porque inexistente a inércia do titular da acusação. Se a Constituição estabeleceu que a atuação do assistente seria em caso de inércia, não pode vir a lei (no caso o CPP) definir que poderá atuar indistintamente.

Promover, privativamente, a ação penal pública não compreende apenas o desencadeamento da ação penal, alcança o acompanhamento de todo o seu trâmite. **E a única exceção prevista na Constituição é para a deflagração da ação, e, ainda assim, quando verificada a omissão do órgão acusador** (CARVALHO, 2005). (Grifo nosso).

Complementa o nobre desembargador em seu voto:

O discurso de que o assistente também tem interesse na busca pela verdade real é sempre oportuno porque a verdade real é aquela que o poder está a consagrar agora (a verdade do julgador). Ou alguém duvida de que as Cortes Superiores possam pretender para o caso uma outra verdade real? Destarte, se quem diz o que é a verdade real é sempre aquele que a está institucionalizando, este discurso só pode acabar com o esgotamento das instâncias recursais. (CARVALHO, 2005).

Não bastando a analogia referida, também a Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal (“O assistente do Ministério Público pode recorrer inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal”), tem sido aplicada pelo Plenário do STF para admitir que o assistente de acusação em ação penal incondicionada possa interpor recurso, no caso de omissão do Ministério Público.

Foi o que ocorreu no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus nº 102.085/RS em 10 de junho de 2010⁴², figurando como relatora a Ministra

⁴² HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DA ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO PARA RECORRER DA SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA DO PARECER MINISTERIAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. 1. A assistente de acusação tem legitimidade para recorrer da decisão que absolve o réu nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso. 2. Aplicação da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal: "O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal". 3. A manifestação do promotor de justiça, em alegações finais, pela absolvição da

Cármem Lúcia, julgado comentado em artigo publicado por GOMES (2010, p. 7) e que vale a pena ser reproduzido.

O artigo discute um caso real em que o Ministério postulou a absolvição da ré, o juiz a absolveu e o MP não recorreu da decisão. Inconformado, o assistente de acusação interpôs recurso de apelação junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao qual foi negado provimento diante do não reconhecimento de legitimidade do assistente recorrer. Foi, então, interposto RESP que superou o óbice da ilegitimidade recursal. Desta vez a defesa interpôs Habeas Corpus no STF que restou indeferido.

No julgamento do Supremo Tribunal Federal prevaleceu a tese defendida pela relatora Ministra Cármem Lúcia Antunes Rocha no sentido de admitir a legitimidade recursal do assistente com fundamento no artigo 5^a, LIX da CF. No entendimento da Ministra se a Constituição permite ao assistente ingressar com ação pública em caso de inércia do MP, poderia fazê-lo em caso de omissão recursal.

A questão é verificar se houve, de fato, omissão do Ministério Público, na medida em que, entendendo o promotor de justiça por postular a absolvição de ré e não recorrer da decisão que julgou neste sentido, atuou dentro das possibilidades permitidas por sua independência funcional. Porque haveria omissão se no entender do Ministério Público atendeu-se o interesse público com a absolvição da acusada?

Foram vencidos na decisão os Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio, que fundamentaram seus votos na prerrogativa exclusiva do MP em agir na ação penal e na inexistência de omissão do *parquet*. Sustentaram que o recurso é apenas uma etapa da ação, só podendo ser reconhecido como direito de quem seja titular da ação. Com base nisso o Ministro Cezar Peluso deu interpretação conforme o artigo 584 e 598 do CPP no sentido de reconhecer que a possibilidade de recurso é apenas assegurada ao querelante e não ao assistente de acusação.

O Ministro Mauro Aurélio, por sua vez, asseverou que o artigo 5^a, inciso LIX da CF só poderia ser aplicado em caso de inércia do Ministério Público em promover a ação penal pública, o que não ocorrera no caso concreto. Reputou não ser admissível que uma ação pública incondicionada se transformasse, na fase recursal, em ação penal privada.

Em que pese os razoáveis argumentos apresentados pelos Ministros vencidos, foi concedido pelo STF, no julgamento do caso narrado, o direito de o assistente recorrer.

Denota-se, enfim, como é de praxe em se tratando de assistente de acusação, que não existe entendimento pacificado, também, quanto a legitimidade recursal do assistente.

O que se observa da doutrina é que as divergências acerca da capacidade do assistente recorrer acabam resumindo-se e relacionando-se com o entendimento adotado acerca do seu interesse no processo.

Para os doutrinadores que entendem que seu interesse é apenas a reparação do dano não haveria legitimidade recursal para aumentar a pena, uma vez que a quantidade de pena não influenciaria na responsabilidade civil. Outrossim, para aqueles que entendem que sua intervenção é auxiliar o órgão acusador em busca de uma pena justa, admite-se o recurso para exasperação da pena aplicada (uma vez que pena 'baixa' não seria justa).

Este raciocínio é apresentado por LOPES JR (2010, p. 42) para quem não é possível permitir que o assistente recorra para aumento de pena, uma vez ser a pena de interesse do Estado-Administração. O que não impediria o recurso apenas quanto ao valor indenizatório fixado na sentença penal.

No mesmo sentido FAYET (1990, p. 39), para quem o assistente já teria atingido seu objetivo (reparação civil) com a condenação do réu, independente de maior ou menor pena aplicada. Acrescenta que não pode o assistente recorrer da pronúncia “visando tão somente a inclusão de uma qualificadora, que, se admitida

ou negada pelo júri, não modificará o mérito do julgamento, mas somente o quantum da pena”.

Em complementação PORTO (2005, P. 306), ao sustentar que a “legitimidade só é verificável no interesse direto do assistente, que então estaria ausente quando o recurso formulado contra decisão condenatória almeja classificação penal diversa ou elevação de pena”.

Para ALMEIDA (2004, p. 11) o recurso por parte do assistente está relacionado com a interpretação a ser dada ao artigo 598 do CPP. Aos adeptos da interpretação restritiva, o assistente de acusação só poderá apelar na hipótese da sentença ser-lhe prejudicial, e nesse caso, se a nova classificação do delito interferir no ressarcimento do dano, admite-se recurso para agravar a situação do réu (exemplo seria a decisão que desclassifica o crime de homicídio para lesão corporal). Aos adeptos de uma interpretação extensiva entendem que o assistente pode apelar para agravar direta e indiretamente a pena da sentença condenatória, ou seja, buscando o aumento de pena ou nova classificação (como alteração de homicídio simples para qualificado), independentemente da ocorrência de prejuízo ao seu interesse.

Enfim, percebe-se a considerável controvérsia de posicionamentos acerca da natureza jurídica do assistente, de sua atuação no processo criminal e tudo que envolve o instituto, motivo pelo qual os argumentos que sustentam a legalidade ou a inconstitucionalidade do assistente da acusação serão analisados em subtítulos específicos.

3.2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA COMO AGENTE COLABORADOR E CONTROLADOR DA ATUAÇÃO ESTATAL

No capítulo anterior mencionou-se a existência de um novo entendimento acerca da participação da vítima no processo penal, ou melhor, a interpretação que a pesquisadora entendia como constitucionalmente adequada a esta participação.

Abordou-se, então, a participação da vítima como detentora do direito à reparação do dano.

Neste momento, será analisada a participação do ofendido como agente colaborador e controlador da atuação estatal, em consonância com a Constituição Federal.

Segundo BARROS (2208, p. 195) a classificação de agente colaborador não compreende todas as hipóteses de atuação da vítima no processo, pois ela não está apenas para auxiliar o Ministério Público, mas para participar da reconstrução fática do delito em que foi protagonista. Nesse pensar, os poderes conferidos pelo CPP para o assistente de acusação seriam restritos e inadequados em vista da compreensão da vítima como sujeito de direitos.

De qualquer forma, neste ponto de vista, carece de constitucionalidade a forma como vem sendo tratada a vítima no processo penal brasileiro, pois como sujeito de direito no processo penal, possui direito a intimidade e tratamento digno.

O fato de encarar-se a vítima como parte no processo traz reflexos dos mais abrangentes. A vítima não pode ser obrigada a dar seu depoimento, bem como não pode ser submetida ao exame de corpo de delito sem seu consentimento, podendo utilizar-se de seu direito ao silêncio, a partir da garantia de que os participantes do processo não podem produzir prova contra si mesmo e, ainda, de que atua em simétrica paridade com o acusado.

Quando a vítima se coloca no processo como 'meio de prova', ela possui direitos correlatos ao acusado, visando a sua proteção em face da atuação estatal, **já que seu depoimento se assemelha ao interrogatório do acusado**, devendo ambos serem realizados com a participação em contraditório dos afetados pelo provimento. (BARROS, 2008).

Outros reflexos de sua atuação como parte no processo penal seriam: a necessidade de ser-lhe garantido o direito de especificar provas e de contraditar as apresentadas pela defesa, já que foi participante do fato do qual se quer buscar a reconstrução, e mais, a possibilidade de insurgir-se contra o provimento jurisdicional (legitimidade recursal).

Para esta corrente minoritária, os poderes definidos pelo CPP para a vítima atuar no processo penal (que se dá por meio da assistência à acusação) devem ser analisados a partir do modelo constitucional de processo, a fim de evitar a sobrevitimização, de forma que as restrições existentes à atuação do assistente não se adaptariam à interpretação constitucionalmente adequada de sua participação no processo penal.

Para BARROS (2008, p.195) seriam hipóteses de sobrevitimização: restrição do assistente a proposição de elementos de prova; compreensão da vítima como objeto de prova o que acontece quando é conduzida coercitivamente para depois ou para realização de corpo de delito; análise do comportamento da vítima no momento da aplicação da pena; restrição da garantia do duplo grau de jurisdição quanto a sentença válida como título executivo judicial para reparação do dano; ausência de atos de comunicação da vítima no início do processo e provimento final.

Enfim, para essa corrente hermenêutica, a vítima/assistente de acusação é considerada como parte no processo penal e deveria ter direito a atuar como Ministério Público e acusado na instrução processual.

Ou seja, a vítima deve atuar não apenas participando da produção probatória com direito à contraditório, mas também com direito a participar de debates orais ou memoriais (já que afetada pelo fato ilícito e como tal possuidora dos 'melhores argumentos na produção do provimento'), e legitimidade para recorrer em todas as hipóteses de sucumbência (isso porque a Constituição Federal não teria recepcionado os artigos do CPP que restringem a legitimidade recursal da vítima).

A atuação da vítima como agente controlador, como já referido, está definida no artigo 5º, LXI da Constituição Federal, ao estabelecer que "será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal". Assim, estaria atribuída à vítima legitimidade constitucional para atuar nos casos de inércia do Ministério Público ao dar início à ação penal. BARROS (2008, p. 200) vai mais longe e entende ser cabível ampliar os direitos da vítima, permitindo a insurgência desta contra os pedidos do Ministério Público de arquivamento do inquérito.

Com respeito a esta 'interpretação constitucional' acerca da participação da vítima (trazida para enriquecer o debate e para mostrar o quão divergentes são os pensamentos doutrinários), trata-se de posição bastante ousada, e porque não dizer, isolada, na medida em que tenta, indevidamente e utilizando-se de falso viés constitucional, estender à vítima os mesmos poderes pertencentes ao Ministério Público como titular da ação penal.

Contraria o fim precípua do processo penal, seja pela violação da paridade de armas, seja porque no processo penal o hipossuficiente é o acusado e não a vítima como 'protagonista' do processo, argumentos que vêm desenvolvidos no capítulo a seguir.

3.3 DA NÃO-RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988 DA FIGURA DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

A ampla maioria da doutrina brasileira entende que a figura do assistente de acusação é válida, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e que o Código de Processo Penal de 1941 se encontra em harmonia com os princípios constitucionais vigentes sem grandes ofensas aos direitos fundamentais expressos ou implícitos na Carta Magna.

AZEVEDO (2007, p. 290) em artigo publicado sobre o tema elenca, a título de exemplo, renomados autores que sustentam a constitucionalidade do assistente de acusação. Alguns deles: Júlio Fabrini Mirabete, Damásio Evangelista de Jesus, Fernando Capez, Edilson Mougénout Bonfim, Aeda Pelegrini Grinover, Eugênio Pacelli de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci, Fernando da Costa Tourinho Filho, Hélio Tornaghi, José Frederico Marques, Vicente Greco Filho, dentre outros.

No entanto, ousando divergir de tais autores, sustentam que a figura do assistente de acusação não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, um reduzido porém qualificado grupo: Bernardo Montalvão Varião de Azevedo, Aury

Lopes Júnior, Lênio Streck, Amilton Bueno de Carvalho, Aramis Nassif, Genacéia da Silva Alberton, Alexandre Wunderlich, João Porto Silvério Júnior.

AZEVEDO (2004, p. 291) sustenta a não recepção baseado em quatro premissas: a) circunstância histórica que cerca o Código de Processo Penal e a propositura do assistente de acusação; b) concepção do Direito como produto da cultura humana; c) perspectiva de uma hermenêutica constitucional do processo penal; d) compreensão do direito penal como sistema aberto.

Basicamente poder-se-ia resumir suas premissas em dois pontos:

a) a não recepção porque o CPP de 1941 foi criado em meio a Ditadura do Estado Novo e II Guerra Mundial, ideologias incompatíveis com o Estado Democrático de Direito e com uma interpretação constitucional da lei processual;

b) a não-recepção porque o direito penal deve ser compreendido como um sistema aberto, ou seja, sistema incompleto cientificamente, em constante mutação e de caráter modificável, que admite suas imperfeições históricas e que busca se (re)legitimar. Nessa acepção, é que um processo penal como um sistema aberto “é um processo penal que não se harmoniza com a figura do assistente de acusação, na medida em que tal figura é resquício de um processo penal construído em outro contexto histórico.” (AZEVEDO, P. 289).

Tendo por fundamento esse raciocínio, o autor elenca como motivos que fundamentam a não recepção do assistente: ofensa ao sistema acusatório; quebra do princípio da isonomia processual; vestígio evidente do fenômeno da privatização do processo penal; atendimento dos fins econômicos e financeiros da vítima; admissibilidade contraditória de que o Ministério Público necessita de auxílio; assistente de acusação como uma derivação de um Estado de Direito Liberal em contraposição ao Estado de Bem-Estar Social instituído pela CF; reforço a tese do Direito Penal do Autor; desconsideração de que a vítima, por vezes, contribui para ocorrência do delito; supervalorização do fim retributivo da pena; ofensa ao princípio do contraditório; violação ao princípio da oficialidade.

Vislumbrando outro fundamento para não recepção pela Constituição de 1988 do assistente, SILVÉRIO JÚNIOR (2003, p. 85) faz uma análise histórica da criação do instituto para concluir que não guarda qualquer harmonia com a aplicação dos preceitos fundamentais da Carta Magna.

A explicação é que a figura do assistente da acusação teria sido criada pelo legislador de 1941 para suprir a falta de estrutura do Ministério Público que, na época, era ineficiente no desempenho da função acusatória. “O atestado da falta de estrutura estava na possibilidade de o juiz de direito nomear promotor *ad hoc* quando não houvesse titular ou quando esse não comparecesse à sessão do Tribunal do Júri (SILVÉRIO JÚNIOR, 2003).

A sociedade, contudo, foi evoluindo e a necessidade de dar corpo ao fortalecimento do Ministério Público fez com que o legislador criasse a Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981 (Lei de Organização do Ministério Público). O órgão incumbido da promoção da ação penal passou a ser rigorosamente estruturado, com integrantes possuidores do status constitucional de agentes políticos e prerrogativas de membros de poder.

Assim, conclui o autor que com a evolução do Ministério Público e com a entrada em vigor da Constituição de 1988, que adotou o sistema acusatório e banuiu qualquer resquício de atuação de ofício pelo julgador, tornou-se incompatível a figura do assistente de acusação no processo penal, quer porque o MP não mais precisa de auxílio, quer em flagrante violação ao princípio do contraditório que exige a paridade de armas.

Em prosseguimento serão analisados os fundamentos de inconstitucionalidade considerados mais relevantes.

3.3.1 Da ofensa ao sistema acusatório

Haveria inconstitucionalidade ou não recepção pela Constituição Federal⁴³ na medida em que incumbe, tão somente, ao Ministério Público (excepcionando-se a ação penal subsidiária), promover privativamente a ação penal pública, razão pela qual seria ilegítima a intervenção do assistente.⁴⁴

Dessarte, permitir que a vítima atue juntamente com o órgão acusador é admitir a violação ao sistema acusatório consagrado pela Constituição Federal no artigo 129, inciso I.

No sistema acusatório o réu é sujeito do processo, com direito de defesa e garantias individuais. Assim, com a intervenção do assistente, relativiza-se, até mesmo, o princípio da presunção de inocência no momento em que se admite um 'reforço acusatório' para garantir uma condenação satisfativa.

Fala-se, primordialmente, em violação ao sistema acusatório porque com a atuação do assistente de acusação ao lado do Ministério Público está havendo flagrante disparidade entre acusação e defesa. A paridade de armas fica violada e a defesa do acusado prejudicada. Ou é possível assegurar ao acusado uma defesa tão ampla como o direito de acusação?

Interpretar um processo penal inserido no sistema acusatório significa exigir a presença de alguns requisitos essenciais, que na definição de FERRAJOLI (2002, p. 450) seriam: separação rígida entre juiz e acusação; paridade entre acusação e defesa; publicidade e oralidade do julgamento. Veja-se que estão em absoluta contrariedade aos requisitos que seriam próprios do sistema inquisitório: iniciativa do juiz no campo probatório; disparidade entre acusação e defesa e caráter secreto da instrução.

Para THUMS (2206, p. 262) a separação absoluta entre acusador e julgador é

⁴³ Na presente pesquisa inconstitucionalidade será utilizada como sinônimo de não recepção pela Constituição Federal.

⁴⁴ Esclarece STRECK (2001, p. 158) que o termo 'inconstitucionalidade' nesse caso, de ser entendido como norma não recepcionada pela Constituição de 1988, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal após o julgamento da ADIN nº 2 firmou posição no sentido de que norma anterior a constituição não pode ser inconstitucional. Acrescenta o autor que "na realidade, havendo conflito entre norma infraconstitucional anterior ao conteúdo da nova constituição – o que a doutrina denomina de inconstitucionalidade superveniente- ocorre o fenômeno da revogação implícita."

o principal elemento constitutivo do modelo teórico acusatório, em que a acusação e a defesa mantêm-se em condições de igualdade dentro da concepção de que:

Um sistema acusatório moderno é estruturado a partir de um Poder Judiciário independente, inerte, só decidindo quando provocado, e com juízes comprometidos com os sistema de garantias reconhecidos na Constituição Federal e em Pactos e Convenções Internacionais. Um sistema acusatório moderno é dotado de um Ministério Público independente e com as mesmas prerrogativas da magistratura.

Acrescenta AZEVEDO (2004, p. 293) que a flagrante violação do princípio do sistema acusatório fica escancarada quando o Código de Processo Penal atribui ao juiz o poder para decidir acerca da admissão ou não do assistente de acusação. É poder concedido quando ao juiz lhe é vedado participar da busca da prova. Entende, ainda, o autor que, o Estado ao admitir o ingresso do assistente compromete sua imparcialidade pois se inclina a favor do pólo ativo da ação, vinculando-se a um dos sujeitos da ação e, portanto, tornando-se parte na causa.

Apesar do Código de Processo Penal determinar que deva ser ouvido previamente o Ministério Público a decisão acerca da admissão é do magistrado, decisão esta, em tese irreversível, a corroborar a indevida atuação do juiz no plano da produção probatória⁴⁵. Assim conclui o autor:

Ora, como é possível tolerar a figura do assistente de acusação perante o princípio constitucional do sistema acusatório, se é o juiz que decide se o assistente de acusação poderá ingressar no pólo ativo da demanda ao lado do Ministério Público? Não se pode falar em princípio do sistema acusatório se ao Ministério Público, mesmo sendo titular privativo da ação penal, não é dado decidir acerca da admissão do assistente de acusação.

A questão levantada por WOTTRICH (2010, p. 392) é que, não sendo o juiz uma parte, mas um terceiro imparcial, há que se obstar a extrapolação de sua posição passiva de recebedor e valorador das provas, devendo sim o magistrado “garantir a paridade de armas entre os litigantes, abandonando o papel investigativo-inquisidor”.

Para RANGEL (2005, p. 493) haveria violação ao sistema acusatório quando,

⁴⁵ No Brasil o aspecto mais notável do sistema inquisitório claramente declarado no Código de Processo Penal é o disposto no artigo 156, que autoriza o juiz a buscar provas que as partes não foram capazes de produzir (THUMS, 2006).

em plenário do Júri, o MP postula a absolvição do acusado e o assistente, em contrariedade, a condenação. Criar-se-ia uma situação inusitada, na medida em que passaria a haver um litisconsórcio entre defesa e MP que juntos atacam o assistente de acusação, como se o assistente tivesse legitimidade para figurar sozinho no pólo ativo, em inversão de papéis e afronta ao sistema acusatório. Por razões como esta sustenta que o assistente é figura secundária, acessória com atuação subsidiária.

De qualquer sorte, estará havendo violação ao sistema acusatório, seja porque há desequilíbrio na paridade de armas, seja porque está o juiz imiscuindo-se na decisão de produção de provas, o que vem a corroborar a tese de não recepção do assistente no processo penal brasileiro.

Como bem coloca THUMS (2206, p. 259): “lamentavelmente o avanço para um sistema de garantias, conforme preconizado por Ferrajoli, e a adoção nos países democráticos de um modelo acusatório pleno ainda são uma utopia”.

3.3.2 Da admissibilidade contraditória de que o Ministério Público necessita de auxílio

Com base no estudo anteriormente realizado acerca da natureza jurídica do assistente de acusação, a conclusão que se extrai acerca do entendimento majoritário é a de que a vítima, quando ingressa no processo, não o faz unicamente para a reparação do dano sofrido, sua intenção direta e imediata é atuar ao lado do Ministério Público para reforçar a acusação.

No Brasil a figura do assistente está mais aproximada do modelo alemão, em que o assistente tem interesse de contribuir para o exercício do poder-dever de punir do Estado (PIMENTEL, 1975).

Nesse contexto, havendo contribuição para a atuação da acusação, reforço ou auxílio ao exercício do *jus puniendi*, seja qual for a denominação usada para atuação da vítima ao lado do Ministério Público, esbarra-se em outro problema a ser

enfrentado: é necessária a intervenção de um particular quando o próprio Estado já está legalmente legitimado a atuar por meio do Ministério Público?

Fortalece a tese da não recepção pela Constituição do assistente de acusação assumir que o Ministério Público necessita de auxílio. Ou seja, seria admitir que o Estado, ao prever a figura do assistente, reconhece que não tem capacidade de promover, de forma privativa, a ação por meio do órgão acusador legítimo.

Em momento anterior mencionou-se entendimento de Lênio Luis Streck o qual vai repetido diante do perfeito enquadramento ao tema. Entende STRECK (2001, p.158) que este 'auxílio' por parte da vítima é ilógico, na medida em que 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", considerando-se que somente ao Estado pode interessar a aplicação da pena.

Para AZEVEDO (2004, p. 299) antecipar essa necessidade de auxílio, de forma genérica e abstrata, é ofensa a outro princípio constitucional: o da autonomia funcional dos membros do Ministério Público, na medida em que obriga-os a acusar quando, por vezes, tem a intenção de postular a absolvição, como comumente acontece no Tribunal do Júri.

THUMS (2206, p. 252) defende que "o interesse público do processo no que diz respeito à acusação esgota-se na atuação do Ministério Público."

De fato, existindo por parte do estado um órgão especializado e especificamente criado para a função de atuar como fiscal da lei e como titular da ação penal, não se justifica a intervenção de particular no processo penal, sob pena de fazer prevalecer o interesse privado (seja qual for o motivo: egoístico, de vingança ou patrimonial) sobre o público.

3.3.3 Violação ao princípio da isonomia processual e princípio do contraditório

Talvez a quebra do princípio constitucional da isonomia seja o mais óbvio dos argumentos que sustentam a inconstitucionalidade da figura do assistente de acusação.

O ingresso do assistente no caso concreto acarreta flagrante desequilíbrio na relação jurídica processual e disparidade entre acusação e defesa, mesmo argumento que anteriormente embasou a violação ao sistema acusatório por ofensa à paridade entre acusação e defesa.

Para AZEVEDO (2007, p. 294) a ofensa à isonomia:

(...) resta vislumbrada quer na maior facilidade que o pólo ativo terá para conferir credibilidade e verossimilhança a sua versão sobre os fatos, seja arrolando testemunhas, seja produzindo provas documentais, quer na maior facilidade que o pólo ativo terá para contrariar a versão apresentada pelo pólo passivo sobre esses.

Pode-se ler ofensa à isonomia como ofensa ao postulado da igualdade, eis que, segundo as lições de ÁVILA (2003, p. 101), “a igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido”.

Havendo violação à isonomia processual, viola-se, por conseqüência, o princípio do devido processo legal em sentido material, perspectiva que compreende a garantia a um processo justo.

Assim não bastando, entende AZEVEDO (2007, p. 307) também haver violação ao princípio do contraditório, direito constitucionalmente assegurado no artigo 5º, LV da CF, na medida em que ao ser admitido o assistente de acusação na instrução processual não se oportuniza ao réu ou seu defensor a manifestação sobre sua admissão no processo.

O contraditório é que garante que o processo transcorra sem surpresas para as partes, permite que sejam valoradas as razões da acusação e as razões da

defesa, é o que oportuniza a manifestação ou oposição aos atos praticados pela outra parte, com fins da prolação de uma justa sentença. Por sua importância foi elevado ao status de princípio constitucional.

É essencial o contraditório, não apenas diante do direito de se manifestar no processo, mas especialmente quando houver a possibilidade de uma das partes ser afetada pela decisão, exatamente o que ocorre quando admitido o ingresso do assistente em que o réu é obrigado a suportar as conseqüências nocivas sem qualquer intervenção.

Veja-se que sequer o réu é intimado a manifestar-se acerca da inclusão do assistente, em violação direta também a ampla defesa. O réu não tem oportunidade de impugnar o ingresso de um terceiro no processo cuja função é produzir provas contra si, sequer pode demonstrar que o ingresso desse assistente venha a causar tumulto processual com sérios prejuízos ao deslinde da instrução e desvirtuamento dos fins colimados pelo processo penal.

SILVÉRIO JÚNIOR (2003, p. 93) coloca a necessidade de um contraditório efetivo no processo penal, que só ocorre quando há paridade de armas:

Com um órgão tão bem estruturado e com seus membros detendo prerrogativas de poderes constituídos, o sistema acusatório restaria prejudicado caso a própria constituição não tivesse equilibrado os pratos da balança do contraditório.

Então, complementa o autor que, para haver equilíbrio na balança do contraditório, criaram-se formas de compensar os poderes conferidos ao órgão acusador, o que vem expresso com o princípio da presunção do estado de inocência, da lei penal mais benéfica, da vedação das provas obtidas por meios ilícitos e princípio da igualdade.

Outro instrumento previsto na Lei Fundamental para equilibrar os pólos da relação processual e dar efetividade à ampla defesa foi a criação da Defensoria Pública, ainda não estruturada pelo Estado como deveria ser.

Nesse contexto, encerra SILVÉRIO JÚNIOR (2003, p. 93) com a assertiva de que a atual sistemática processual penal é totalmente incompatível com a admissão do assistente de acusação, cujo papel é unicamente desequilibrar absurdamente a balança do contraditório.

3.3.4 Retrocesso à vingança privada

Somando-se às alegações de inconstitucionalidade decorrentes da violação ao sistema acusatório e princípios da isonomia e contraditório, encontra-se a tese de não recepção baseada nos interesses que motivam a atuação do assistente da acusação: sentimento de vingança e interesse patrimonial.

“A Antiguidade foi marcada pelo prestígio da vítima, titular do direito de acusar e de punir na maioria dos casos nas épocas de predomínio da vingança privada e justiça privada” (FERRARI; GOMES, 2005)

Na medida em que a sociedade foi se desenvolvendo, sentiu-se a necessidade de limitar a agressão desmedida da vingança que estava por dizimar as tribos, com isso, os conflitos passaram a ser direcionados para um representante da comunidade. A vítima, e a vingança praticada por si e seus familiares, começavam a perder força.

Na Idade Média, segundo FERRARI e GOMES (2005) ‘os senhores feudais, a Igreja e os reis passaram a se responsabilizar pela punição dos culpados’. Por isso, a ação penal privada persistiu nas legislações apenas como exceção a regra, e em breve, deixaria de existir, consolidando a titularidade do *jus puniendi* para o Estado.

O Estado de Direito nasce com a negação da vingança privada. Se o direito de punir é monopólio do Estado, formalizado por meio da atuação do Ministério Público, conforme preceito constitucional, não há que se falar na presença do ofendido, sob de pena da vítima retomar o direito de punir que antes lhe era delegado nos primórdios da história (CARVALHO, 2005).

TOURINHO FILHO (1999, p. 10) esclarece que a intervenção do Estado no campo da administração da justiça veio para pacificar o grupo social e restabelecer a ordem jurídica ameaçada e violada. Paulatinamente o Estado passou a vedar a 'autodefesa' acentuando sua intervenção, a ponto de que, hoje, somente o Estado pode dirimir conflitos de interesses.

Desse modo, se apenas o Estado é que pode administrar justiça, solucionando litígios, e ele o faz por meio do Poder Judiciário, é obvio que, se alguém sofre uma lesão em seu direito, estando impossibilitado de fazer valer pelo uso da força, pode dirigir-se ao Estado, representado pelo Poder Judiciário, e dele reclamar a prestação jurisdicional, isto é, pode dirigir-se ao Estado-Juiz e exigir dele se faça respeitando seu direito. (TOURINHO FILHO, 1999)

Assim, a censura à figura do assistente da acusação visa a demonstrar a necessidade de impedir o retrocesso à vingança privada e reconhecimento da esfera civil como a competente para satisfazer o interesse econômico que não ficará desamparado.

A mistura de pretensões (acusatória e indenizatória) gera uma grave confusão lógica e, principalmente, um hibridismo bastante perigoso e problemático, que pode conduzir a "condenações penais disfarçadas de absolvições fáticas, ou seja, condena-se alguém na esfera penal a uma pena irrisória (multa ou restritiva de direitos), muitas vezes por delitos insignificantes, porque no fundo o que se quer satisfazer é a pretensão indenizatória.(...) O processo penal não pode ser desvirtuado para ser utilizado a tais fins, por mais legítimos que sejam, pois o instrumento é inadequado.(LOPES JR, 2010)

Como diz LOPES JR (2010, p. 41) "como regra, a assistência à acusação é motivada por sentimento de vingança e/ou interesse econômico". O autor prossegue com uma ponderação que derruba qualquer alegação de interesse da vítima em contribuir para justiça: " que conceito de justiça é esse que somente se conforma com uma sentença condenatória?... sim, porque ninguém se habilita como assistente para postular a absolvição do acusado."

STRECK (2001, p. 159) entende que "é antinômica a presença do Ministério Público, que no júri defende os interesses da sociedade, com a figura do assistente de acusação, que defende os interesses privados da vítima, transparecendo, disso,

resquícios de vindita.”

Nesse contexto, há que se ter muito cuidado com este renascimento da participação da vítima como figura relevante no processo penal. É preciso que haja um equilíbrio na busca da preservação de seus interesses particulares, sob pena de serem resgatadas as doutrinas retributivas cuja idéia de justiça seria a devolução do mal com o mal.

3.3.5 Privatização do processo penal e o indevido atendimento dos fins econômicos da vítima

Não se pode negar que a existência do assistente é um claro sinal dado pelo legislador de 1941 no sentido de atender os interesses econômicos da vítima (aliado ao entendimento de SILVÉRIO JÚNIOR no sentido de que foi criado para dar sustentação a um Ministério Público ainda insuficientemente estruturado na época).

Distanciou-se, assim, da função precípua do direito penal e, com isso, afastou-se a vítima da possibilidade de discutir todos os aspectos financeiros do ressarcimento do dano, cuja discussão probatória só é esgotada na seara do processo civil.

A inconstitucionalidade, neste aspecto, é sustentada pelo Desembargador Amilton Bueno de Carvalho nos votos proferidos junto a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁴⁶, em arrazoados que remetem às origens

⁴⁶ PROCESSUAL PENAL. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS. APELO DO SEDIZENTE OFENDIDO. ILEGITIMIDADE POSTULATÓRIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE. - Com a superação da vingança privada, o Estado, como reserva ética, assume a condição de - ofendido - e cala a vítima. Trata-se de conquista da civilização porque o punir assume sua condição de racionalidade, afastando as ambições menos nobres daquele que sofre o crime diretamente, via de regra permeadas pela emotividade e pelo sentimento de busca de punição a qualquer preço. - O Direito Penal, enquanto ramo do Direito Público, não comporta a participação da vítima para a busca da consagração de seus interesses privados (recomposição dos danos sofridos) que, por certo, são merecedores da proteção do Estado, mas no local próprio, qual seja, o juízo cível. - Assim, tem-se que a legitimidade à propositura das medidas assecuratórias previstas nos artigos 125 a 144 do CPP (seqüestro de bens e hipoteca legal), por dever de vinculação ao interesse público, é exclusiva titular da acusatoriedade penal. Não conheceram do apelo (unânime). (Apelação

do direito penal e que trazem indagações cujas respostas todos sabem mas não tem coragem de reconhecer como verdades: “O direito penal, enquanto ramo do direito público, comporta a proteção de interesses particulares? Qual é a função do direito penal? Em que medida o interesse público se confunde com o particular?” (CARVALHO, 2005).

E, em resposta a estas inquirições, tendo por norte os ensinamentos de FERRAJOLI (2006, p. 255), coloca que é “precisamente a irreparabilidade do dano que distingue os ilícitos penais dos civis”, daí a necessidade da intervenção do Estado, onde o particular outorga ao Estado o direito de punir em troca da proteção de seus direitos, pela manifesta existência do interesse público. Nesse contexto, não haveria espaço para a vítima no processo penal.

Com a devida vênia a posição de FERRARI e GOMES (2005), os quais defendem que a figura do assistente “além de ser uma forma de colaboração da vítima na repressão estatal da ação criminosa, estimula o estímulo ao exercício da cidadania, a democratização do processo e do provimento jurisdicional”, sua atuação, como referido no primeiro capítulo, privatiza conflitos em uma órbita (processo penal) que não admite a prevalência de interesses privados.

Para AZEVEDO (2007, p. 295) a existência do assistente de acusação é um vestígio evidente do fenômeno de privatização do processo penal, na medida em que se confere à vítima um papel de destaque no processo penal, tornando-a um sujeito do processo, possibilitando à vítima o exercício da vingança.

Acrescenta que, o fato de a vítima ter sido colocada em segundo plano por muito tempo, faz com que se queira reverter esse quadro a todo custo, e a consequência é atribuir um papel de importância que “macula o caráter de direito público do processo penal, desconsidera-se a natureza indisponível dos direitos com os quais lida e se sobreleva, em excesso, a busca da satisfação dos interesses da vítima.”

O processo civil e o processo penal devem ser entendidos como diferentes tipos de processo, autônomos, cada qual com funções e naturezas diversas, de forma que não se pode permitir que um instituto, no caso a atuação do assistente da acusação com fins de reparação civil, seja 'importada' para o processo penal de forma anômala.

Enfim, a inserção do assistente de acusação na instrução processual viola a dicotomia: interesse público/ direitos indisponíveis/ seara penal x interesse privado/ direitos disponíveis/ seara cível, razão pela qual a privatização dos conflitos, vem a ser considerada como elemento justificador da não recepção do instituto ora estudado.

3.3.6 Ação penal subsidiária da pública como única exceção à atuação da vítima

No início do presente capítulo mencionou-se que a ação penal subsidiária é uma permissão para que o ofendido, diante da omissão do Estado, atue em sua substituição, para proteção do interesse público e, que esta seria a única possibilidade para participação da vítima no processo penal. Ou seja, sua atuação estaria constitucionalmente legitimada em vista da inércia do Ministério Público.

Nesse espeque, AZEVEDO (2207, p. 306) bem demonstra que a previsão constitucional da ação penal subsidiária da pública reforça a tese da não recepção pela Constituição do assistente de acusação. Isso porque, a contrario senso, estabelecendo a CF/88 a única exceção em que atuará a vítima como 'substituta ao titular da ação' não pode haver outras possibilidades por previsão infraconstitucional, até porque, sendo a ação penal privada subsidiária uma cláusula pétrea (5º, LIX, CF), somente pode ser modificado por emenda constitucional.

Dessarte, a previsão no Código de Processo Penal do assistente de acusação seria norma que não se coaduna com a intenção do constituinte originário.

A título de complementação, cumpre mencionar que a atuação da vítima fora dos casos de ação penal subsidiária acarretam violação ao princípio da oficialidade, vez que o monopólio do poder punitivo é do Estado não se podendo admitir atuação de particulares. O princípio da oficialidade estabelece que o impulso processual compete ao Ministério Público, quem detém a iniciativa de acusar, acentuando o caráter público da ação penal e a indisponibilidade dos direitos postos em jogo.

A ação penal subsidiária da pública seria apenas mais um dos argumentos que alicerçam a tese da não recepção pela Constituição Federal do assistente de acusação, somando-se aos demais já apresentados.

No entanto, enquanto vigorar no Código de Processo Penal e enquanto for reconhecido como válido pelos Tribunais Brasileiro indelével se faz a adequação do instituto do assistente de acusação ao ordenamento constitucional a fim de que, pelo menos sejam reduzidos os danos suportados pela sua atuação.

Dentro desse contexto de adequação do assistente da acusação à Constituição Federal há outro problema a ser enfrentado, qual seja a possibilidade de atuação da Defensoria Pública como assistente de acusação, o que nos remete à análise proposta no capítulo a seguir.

4 ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

É neste cenário de valorização da vítima/ inconstitucionalidade do assistente de acusação que se insere a indagação acerca do campo de atuação da Defensoria Pública do Estado⁴⁷.

Sabe-se que é a Defensoria Pública a instituição responsável, dentre outras funções, pela defesa dos réus nos processos criminais, com o fim de garantir a assistência jurídica integral, bem como a ampla e plena defesa. Sabe-se, também, que atua na esmagadora maioria dos processos criminais em tramite perante as Varas Criminais do país.

Dessa forma, firmada posição de que atuará criminalmente também em favor da vítima, no caso de ser procurado pelo ofendido, deverá o Defensor Público habilitar-se como assistente de acusação, atuando ao lado do Ministério Público no plenário do júri, em lado oposto a outro Defensor Público que atuará em defesa do réu, causando desequilíbrio entre acusação e defesa.

Por outro lado, não se pode olvidar que está dentre as atribuições institucionais da Defensoria Pública concretizar o direito de acesso à justiça, o mais fundamental dos direitos de um Estado Democrático de Direito, direito este também pertencente à vítima do processo criminal. Eis o dilema.

Por derradeiro, a inserção de novos direitos à vítima (como consequência da tendência mundial de relacionar a proteção da vítima com a proteção dos direitos humanos) irá influenciar a atuação da Defensoria Pública como responsável por prestar a assistência jurídica e integral aos desprovidos de recursos financeiros, mesmo que esse hipossuficiente seja a vítima do processo penal.

⁴⁷ Hoje, a Defensoria Pública do Estado é uma instituição consolidada, com poder de decisão, forte presença no cenário político estadual e com Defensores Públicos atendendo nas principais regiões do Estado para prestar atendimento jurídico à população carente do Rio Grande nas áreas Cível, Penal, Direito Administrativo e Sistema Prisional. Além disso, a Defensoria conta com projetos de grande importância social, como o exame de paternidade gratuito e a regularização fundiária. Mensalmente, a Defensoria presta, sempre de forma gratuita, cerca de 30 mil atendimentos. Disponível em: http://www.dpe.rs.gov.br/site/institucional_historico.php

É este o cerne da questão e o ponto crucial do presente trabalho, que tem por objetivo tentar definir se é dever da Defensoria Pública atuar como assistente de acusação, caso a vítima manifeste interesse em colaborar com a atuação do Ministério Público. Como essa colaboração dá-se por meio de advogado, não tendo o ofendido capacidade financeira para contratá-lo caberia ao órgão estatal destinado a fornecer justiça gratuita sua representação.

Nessa conjuntura, didaticamente se faz conveniente uma breve exposição sobre a Defensoria Pública, com o intuito de que, através do método dedutivo, possam ser analisados genericamente seus princípios, legitimidade e dever constitucional para se chegar à solução do questionamento.

4.1 DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

Em estudo realizado sobre o percurso histórico da assistência judiciária no Brasil, ALVES (2010, p. 330) mostra que “desde o início da colonização portuguesa a defesa das pessoas pobres perante os Tribunais era considerada uma obra de caridade, com fortes traços religiosos”.

Esclarece ALVES que foi herança de Portugal a praxe forense pela qual os advogados deviam, por dever moral, patrocinar gratuitamente os pobres que os solicitassem, sendo que apenas no século XIX começaram a surgir as primeiras leis propriamente brasileiras, como por exemplo, em 1832, o Código de Processo Criminal do Império⁴⁸.

Interessante a informação de que, ainda durante o império, houve a primeira manifestação do poder público no sentido de custear um agente investido do *múnus*

⁴⁸ Na França, desde 1851 havia sido aprovada a lei que criou o Código de Assistência Judiciária (ALVES, 2010).

específico para defender os réus miseráveis nos processos criminais, cargo que apesar de extinto, representou a primeiro Defensor Público da história do Brasil.

O certo é que, antes da ordem constitucional de 1988, ainda não existia um órgão incumbido especificamente de prestar assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes. O serviço era prestado por advogados remunerados pelo Poder Público, pelo Ministério Público ou por órgãos ligados ao Executivo, como por exemplo, as Procuradorias de Assistência Judiciária.

Inobstante o atual modelo de acesso dos pobres à justiça tenha sido delineado a partir da Constituição de 1946⁴⁹, somente com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, o direito de acesso à Justiça veio previsto no art. 5º, inciso LXXIV e incluído entre os Direitos e Garantias Fundamentais, nos seguintes termos: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

E, para dar efetividade ao direito de acesso à justiça, foi, finalmente, criada a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado e destinada à prestação jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (artigo 134, CF⁵⁰).

“Trata-se de situação peculiar no concerto das nações, eis que poucos são os países que erigiram a assistência jurídica e judiciária no patamar das garantias constitucionais” (ALVES, 2010).

SILVA (2007, p. 15) menciona que a Defensoria Pública tem o monopólio da assistência jurídica gratuita pública, e que, portanto, “se o Estado brasileiro, por qualquer dos seus entes, almeja aplicar dinheiro público na assistência jurídica aos necessitados, obrigatoriamente deve aplicá-lo na Defensoria Pública”.

⁴⁹ Na Constituição de 1934 houve a primeira previsão de justiça gratuita, no entanto, logo foi substituída pela Constituição de 1937 outorgada por Getúlio Vargas, dando-se início ao regime de ditadura militar, em que não havia qualquer menção de direito à assistência judiciária gratuita. Já sob a vigência da Constituição de 1946, numa tentativa de reconstrução do Estado Social, importante marco foi a aprovação da Lei 1.060 em 05 de fevereiro de 1950, que estabeleceu como dever do Estado a prestação de assistência judiciária.

⁵⁰ Art. 134 - A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do Art. 5º, LXXIV.

REIS (2008, p. 260) salienta a necessidade de que o acesso à justiça deve ser entendido não apenas em seu significado formal, mas também material. Formalmente tem-se o acesso à justiça como a garantia de buscar a tutela jurisdicional do Estado, o que vem consagrado pelo artigo 5º, inciso XXXV, CF ao definir que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, preceito conhecido como Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

No conceito material, o acesso à justiça é muito mais que uma previsão abstrata de direito. Deve ser entendido que o acesso à justiça deve igualmente acessível a todos e que os resultados desse acesso sejam efetivos. Ou seja, não basta prever sua existência (acepção formal), devem sim ser disponibilizados mecanismos para sua efetividade (acepção material). Não basta possuir um direito é preciso ter condições de exercê-lo.

Não há que se confundir, contudo, benefício da assistência judiciária, assistência jurídica e justiça gratuita. A distinção é apresentada por JUNKES (2003, p. 145):

a) o ‘benefício da justiça gratuita’ como instituto de direito pré processual, é a gratuidade de custas processuais e honorários advocatícios. Para seu deferimento basta uma simples petição ao juiz informando a impossibilidade de pagamento das despesas processuais sem prejuízo do próprio sustento e da família.

b) a ‘assistência judiciária’ consiste na defesa técnica gratuita dos interesses da pessoa assistida unicamente perante o Poder Judiciário. Apesar de ser oferecido pelo Estado pode ser exercido por particulares (advogados dativos). Expressão prevista pela Lei 1.060/50, posteriormente substituída pela denominação assistência jurídica;

c) a ‘assistência jurídica integral’, de sentido mais abrangente, é exercida por um órgão estatal, no caso, a Defensoria Pública, abarcando o patrocínio judicial e extrajudicial das demandas, aconselhamento e informações jurídicas, razão pela qual se exige a comprovação de insuficiência de recursos. JUNKES (2003, p.145)

denomina como o exercício em benefício dos necessitados de atividades típicas de advocacia consultiva e advocacia postulatória.

À Defensoria Pública não cabe a mera realização da assistência 'judiciária', mas a assistência 'jurídica, integral e gratuita, posto que isso é o que mais se compagina com a noção de cidadania e, pois, de transformação social (REIS, 2008).

BUSTAMANTE (2003, p. 34) ratifica que os serviços jurídicos prestados pelas Defensorias Públicas devem ser os mais amplos possíveis, abrangendo desde a orientação jurídica preventiva, por meio dos acordos extrajudiciais, até o ajuizamento de todo o tipo de demanda judicial, justamente porque a prestação jurisdicional, além de gratuita, deve ser 'integral'.

É imperioso dizer que essa atuação extrajudicial, pode-se dizer, abrange tanto a promoção da mediação de conflitos- atividade ligada à chamada terceira onda de acesso à justiça-, que auxilia sobremaneira o desafogamento do Poder Judiciário, como a orientação jurídica e a educação em direitos (REIS, 2008).

Ressalte-se que a assistência jurídica estende-se às pessoas jurídicas, na medida em que o constituinte originário não fez distinção entre pessoas físicas ou jurídicas na destinação da gratuidade. Obviamente que o privilégio não se estende às empresas com patrimônio considerável, no entanto, atinge as pessoas jurídicas desprovidas de patrimônio, as que tenham fins filantrópicos, assistenciais ou que sejam reconhecidas de utilidade pública.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do ERESP 388045/RS⁵¹ consolidou entendimento sobre a admissibilidade de assistência jurídica gratuita,

⁵¹ EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PESSOA JURÍDICA. ALEGAÇÃO DE SITUAÇÃO ECONÔMICA-FINANCEIRA PRECÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO MEDIANTE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. INVERSÃO DO **ONUS PROBANDI**.

I- A teor da reiterada jurisprudência deste Tribunal, **a pessoa jurídica também pode gozar das benesses alusivas à assistência judiciária gratuita, Lei 1.060/50**. Todavia, a concessão deste benefício impõe distinções entre as pessoas física e jurídica, quais sejam: **a) para a pessoa física**, basta o requerimento formulado junto à exordial, ocasião em que a negativa do benefício fica condicionada à comprovação da assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é da parte contrária **provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade jurídica**. Pode, também, o juiz, na qualidade de Presidente do processo, requerer maiores esclarecimentos ou até provas, antes da concessão, na hipótese de encontrar-se em "estado de perplexidade"; **b) já a pessoa jurídica**, requer uma **bipartição**, ou seja, se a mesma não objetivar

inclusive, às pessoas jurídicas com fins lucrativos, desde que haja comprovação da miserabilidade por meio de documentos que retratem a precária saúde financeira da entidade, como declaração de imposto de renda ou livros contábeis registrados na Junta Comercial.

Atualmente, pode-se afirmar que a Defensoria Pública é também instrumentalizadora de um dos objetivos da República, constante no artigo 3^a, III, da Constituição Federal: erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, na medida em que, permitindo o acesso gratuito à justiça, trata desigualmente os desiguais.

Essa idéia de busca pela isonomia é levantada por RÉ (2009, p. 242) quando menciona que:

Não se pode olvidar que a Defensoria Pública, como instrumento de ação afirmativa, visa à concretização do princípio da isonomia ou igualdade, na medida em que o Estado, por meio dela, trata desigualmente os desiguais (necessitados, almejando à igualdade de condições.

A Defensoria é, ainda, garantidora da cidadania e dignidade da pessoa humana, fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1^a, incisos II e III.

BUSTAMENTE (2003, p. 31), repete a conhecida máxima de que a cidadania nada mais é do que o “direito a ter direitos”, muitos dos quais, para a esmagadora maioria da população brasileira, potencialmente hipossuficiente, serão concretizados pela Defensoria Pública e pelos mecanismos de acesso à justiça. Por isso sustenta que a Defensoria é a instituição responsável por aproximar o Poder Judiciário da sociedade civil.

Outra interpretação é dada por ROCHA (2007, p.145) ao definir que a Defensoria Pública é a responsável por “proporcionar representatividade a estes

o lucro (entidades filantrópicas, de assistência social, etc.), o procedimento se equipara ao da pessoa física, conforme anteriormente salientado.

(...) (ERESP 388045/RS, julgado em 01/08/2003, Rel Min Gilson Dipp, STJ) Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200483587&dt_publicacao=22/09/2003

Acesso em: 11 jul 2011.

grupos de vulneráveis.” É quem dá legitimação ao Estado Democrático e Social de Direito ao possibilitar a participação efetiva dos economicamente pobres no processo democrático.

ROCHA (2007, p. 142), alude, ainda, que a criação da Defensoria, deu-se pela “busca da eficácia de direitos fundamentais”. A proeminência da dignidade da pessoa humana teria exigido a criação de um órgão incumbido de prestar assistência jurídica aos necessitados.

Ocorre que, inobstante o substancial catálogo normativo de proteção aos direitos fundamentais apresentados pela Constituição Federal, os grupos vulneráveis ainda não conseguem exercitá-los com efetividade, isso porque, grande parte da população, não possui os mais básicos direitos de sobrevivência.

Conforme a estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, realizada em 2010, o Brasil possui cerca de 192 milhões de habitantes⁵², sendo que 16,27 milhões de pessoas estão em situação de extrema pobreza, o que representa 8,5% da população.

De acordo com o IBGE, do contingente de brasileiros que vivem em condições de extrema pobreza, 4,8 milhões têm renda mensal domiciliar igual a zero, e 11,43 milhões possuem renda de R\$ 1 (um) a R\$ 70 (setenta) reais.⁵³

Não há dúvidas de que o crescimento da economia multiplica a pobreza e a desigualdade social. Nos anos 80 o economista Edmar Bacha criou a expressão ‘Belíndia’ que sintetizou o sentimento da trajetória do Brasil como nação. Tratava-se de neologismo que representava uma minoria que consome como os ricos da Bélgica enquanto a maioria vive como os pobres da África (PADUAN, 2011).

⁵²Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Demografia_do_Brasil. Acesso em 09 jul 2011.

⁵³ Para demilitar os brasileiros que vivem em condição de extrema pobreza, o governo utilizou dados preliminares do Censo Demográfico de 2010. A linha de pobreza foi estabelecida em R\$ 70 per capita considerando o rendimento nominal mensal. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/05/brasil-tem-1627-milhoes-de-pessoas-em-situacao-de-extrema-pobreza.html>. Acesso em 09 jul 2011

É essa grande massa brasileira que sofre de forma mais dolorosa e marcante os nefastos efeitos da violência, desemprego, analfabetismo e injustiça social. Estas são as pessoas que sofrem o 'estelionato social' e que deveriam constituir-se, potencial ou efetivamente, nos destinatários diretos das atribuições dos defensores públicos.

Inegavelmente, o acesso à justiça ainda é privilégio de poucos. A assistência jurídica gratuita e integral não consegue atingir a todos os milhares de brasileiros, que, também sem acesso à justiça, continuam sem cidadania e sem dignidade, isso porque a deficiência estrutural do órgão que tem atribuição para lhes dar assistência ainda é evidente.

É justamente a necessidade de reconhecimento e de estruturação funcional que se busca desde a previsão constitucional. Aos poucos, e graças ao trabalho incessante de seus agentes, a Defensoria vem assumindo relevância e tornando-se conhecida da população como meio de acesso à justiça.

REIS (2008, p. 265) menciona seu dever de transformação social:

Embora preste assistência jurídica, a função da Defensoria Pública não pode nunca limitar-se a ser mero assistencialismo, pois isso acarreta a manutenção do *status quo*. A Defensoria Pública vem à baila para contribuir com a transformação social, juntamente com outras instituições, como o Ministério Público.

ALVES (2010, 357) conclui que não se trata de apenas um dever de cunho social, voltado para a promoção do bem estar e para a erradicação da pobreza. Trata-se de um dever estatal inerente ao próprio dever da cidadania que não se reveste da mesma natureza que as demais funções de caráter assistencial prestadas pelo Estado (construção de hospitais, moradias, por exemplo), razão pela qual não pode ser afetado em razão de restrições referentes a prioridades orçamentárias.

O acesso à justiça, juntamente com a educação básica, saúde básica e assistência aos desamparados, integra o mínimo existencial, o qual deve merecer

prioridade absoluta na execução de políticas públicas (BARCELLOS, 2002 apud ALVES, 2010, p. 357).

Por sua vez, ACOSTA (2010, p.7) demonstra, como Defensora Pública-Geral, no Relatório anual 2010 que

torna-se irrecusável reconhecer a essencialidade da Defensoria Pública e sua necessária estruturação no momento em que desponta no cenário nacional como uma das mais relevantes instituições públicas, verdadeiramente comprometida com a democracia, com a redução das desigualdades sociais e regionais e com construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Para ROCHA (2007, p. 145) o enquadramento da Defensoria Pública como órgão essencial à justiça, ao lado do Ministério Público e da Advocacia Pública decorre da existência de três diferentes categorias de interesses a serem tutelados pelo ente estatal. Nesses termos “é razoável a interpretação de que seja dado tratamento isonômico entre estes órgãos, porquanto não há prevalência, em abstrato, de um determinado interesse em desfavor de outro”.

Em complementação, JUNKES (2003, p. 145) esclarece quais seriam as três categoriais de interesses que determinaram a estruturação das instituições públicas essenciais à justiça: a) interesses da sociedade como um todo, tutelados pelo Ministério Público; b) os interesses do Estado tutelados pela Advocacia-Geral da União e Procuradorias Estaduais; c) os das pessoas economicamente carentes tutelados pela Defensoria Pública.

Verifica-se, assim, que, cada qual tutelando um interesse diverso não há que se falar em supremacia de um ente sobre o outro, sendo o tratamento isonômico previsão implicitamente constitucional. Nesse sentido, manifesta-se ALVES (2010, p. 355):

Esse entendimento de que a vontade do constituinte foi a de assegurar total simetria de tratamento jurídico-institucional entre a Defensoria Pública e o Ministério Público, e até mesmo com a Magistratura, fica evidente também numa interpretação sistemática do texto constitucional de 1988.

No entanto, não é o que se vislumbra na realidade. Em que pese a imprescindibilidade relatada, passados mais de 20 (vinte) anos de previsão constitucional, o poder público insiste em não efetivar essa garantia, omissão evidente em alguns Estados que ainda não instalaram Defensoria Pública como Santa Catarina, que não há sequer previsão de simétrica implantação na Constituição Estadual. Nesse contexto, falar em isonomia é utopia.

JUNKES (2008, p. 148) há tempos alerta que a Defensoria Pública em Santa Catarina não passa de um convênio firmado entre o poder público e a OAB, onde a assistência jurídica é prestada por meio de advogados privados, em violação ao artigo 134 da CF, que exige a criação de um organismo público, estruturado com cargos e carreira definida.

O modelo de justiça gratuita adotado por Santa Catarina já foi questionado, inclusive, no Supremo Tribunal Federal (STF) por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.892 e 4270, sendo no mérito o parecer do então procurador-geral da República Antonio Fernando Barros e Silva de Souza pela procedência do pedido na primeira destas ADIs.

Além do apoio de diversos órgãos pela criação da Defensoria Pública, como do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tramita na Assembleia Legislativa (Alesc) um projeto de lei de iniciativa popular assinado por mais de 48 mil cidadãos que pedem a implantação da Defensoria Pública no Estado.⁵⁴

Por derradeiro, como afirma ALVES (2010, p. 359): “O horizonte é bastante desafiador”.

4.2 PRERROGATIVAS, PRINCÍPIOS E LEGITIMIDADE

Para fazer valer a garantia de acesso à justiça, os fundamentos da República (cidadania e dignidade da pessoa humana), bem como os objetivos da República (erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais) é imprescindível a existência de prerrogativas e princípios norteadores para que os Defensores

⁵⁴Acesso em 08.08.11. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=12058>

Públicos, considerados o ‘órgão de execução’ da instituição, possam atuar com eficiência.⁵⁵

Expõe JUNKES (2008, p. 106) que a Defensoria Pública, para ser esse instrumento de transformação social deve, antes de qualquer coisa, efetivamente existir, “deve ter uma estrutura voltada à atuação preventiva e fiscalizadora perante o Executivo e o Legislativo”.

A Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, foi, então, criada para organizar a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e fixar as normas gerais em relação às Defensorias Estaduais. Por isso, é considerada a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública- LONDEP.

Com a publicação da LC 80/94 o movimento para criação das Defensorias Públicas de cada Estado se intensificou⁵⁶. No Rio Grande do Sul a concepção deu-se por meio da Lei Complementar 9.230/91.

No entanto, é no Estatuto dos Defensores Públicos do Estado do Rio Grande do Sul (LC 11.795/02) que está regulamentada a carreira, prerrogativas, garantias, direitos, deveres, proibições e responsabilidades dos seus membros.

A Defensoria Pública tem como princípios gerais institucionais a unidade, indivisibilidade e independência funcional. Unidade porque forma um todo orgânico formado por idênticos aspectos estruturais. A indivisibilidade permite que seus membros substituam uns aos outros sem qualquer prejuízo a atuação da instituição ou validade processual. E, por fim, a independência funcional, que concede autonomia de atuação, livre de quaisquer ingerências de outro organismo estatal.

⁵⁵ Importante mencionar que os objetivos e fundamentos da República acima referidos foram instituídos pela Lei Complementar nº 132, de 2009 como ‘objetivos da Defensoria Pública’, a demonstrar o quão relevante é sua função na sociedade:

I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais;

II – a afirmação do Estado Democrático de Direito;

III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e

IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

⁵⁶ A criação e organização das Defensorias deveriam ser estabelecidas por Lei Estadual desde que ajustadas à LONDEP e às diretrizes do artigo 134, parágrafo único da Constituição Federal

Dentre as prerrogativas institucionais destacam-se: intimação pessoal, prazo em dobro, possibilidade de manifestação por cota nos autos, poder de requisição de documentos, diligências, informações e quaisquer providências necessárias ao exercício das atribuições.

O âmbito de atuação abrange as mais diversas áreas do direito: civil, penal; proteção da criança, adolescente, deficiente físico, idoso, da mulher vítima de violência doméstica; execução penal; direito fundiário; consumidor e todos os demais em que for necessária a assistência jurídica dos economicamente vulneráveis.⁵⁷

Para tanto, existem critérios de atendimento:

- no cível, comprovação de renda mensal líquida familiar igual ou inferior a três salários mínimos, deduzindo-se, para tanto, meio salário mínimo por dependente, parcelas do INSS, IPE, IR, IPTU, aluguel, pensão alimentícia, água, luz e/ou condomínio.
- no Juizado Especial será observado o disposto no artigo 8º da Lei 10.675/96, ampliando-se o limite de renda familiar para cinco salários mínimos.
- nos procedimentos de competência do Juizado de Infância e Juventude e Varas de Família onde há interesse de crianças e adolescentes, idosos e mulheres vítimas de violência, aplica-se o limite de renda familiar líquida fixado para os atendimentos no Juizado Especial (cinco salários mínimos).
- nas defesas criminais não há limite de renda para o interessado, bastando seja solicitado ao juiz que lhe seja nomeado um Defensor Público, em face do princípio da ampla defesa. No caso de réus com condições econômicas, o Juiz fixará honorários a serem pagos em prol do FADEP – Fundo de Aparelhamento da Defensoria Pública⁵⁸

Esses critérios de atendimento acabam vinculando-se ao fundamento constitucional que norteia a atuação da Defensoria. Explica-se: no cível, nos juizados especiais e nos juizados da infância e juventude atua-se em favor dos desprovidos de recursos financeiros conforme previsão do artigo art. 5º, inciso LXXIV (assistência aos hipossuficientes); no crime, por sua vez, opera-se em

⁵⁷ Sem esquecer da conciliação extrajudicial que é importante meio de solução de conflitos Ressalte-se que a instrumento de transação referendado pela Defensoria Pública é considerado como título executivo extrajudicial nos termos no artigo 585, inciso II do CPC.

⁵⁸Disponível em: http://www.dpe.rs.gov.br/site/institucional_atuacao.php. Acesso em 03 set 2011

garantia do princípio da ampla defesa, razão pela qual não se faz triagem da capacidade econômica.

Importante ressaltar que, atualmente, a Defensoria Pública tem legitimidade, também, para propor ações coletivas, a teor do artigo 5º, inciso II da Lei 7347/85. A lei orgânica da Defensoria Pública é expressa ao referir como função institucional a promoção “de ação civil pública e de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupos de pessoas hipossuficientes” (redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

É de ser referido, como bem ressalta RÉ (2009, p. 222) que “o tema da legitimidade de agir nas ações coletivas causa grande aflição à doutrina que o aborda. A complexidade aumenta quando se adentra na questão da pertinência temática”.⁵⁹ De qualquer sorte há a previsão legal e a tendência é pelo reconhecimento da ampla legitimidade de atuação, em um claro processo de democratização da justiça.

Dando continuidade ao breve relato estrutural da instituição, mostra-se salutar mencionar que a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul conta com 8 (oito) Núcleos Especializados⁶⁰ cuja função é auxiliar nas atividades funcionais, congregar recursos humanos para direcionar e especializar o trabalho a ser desempenhado.

A tendência para que haja o efetivo reconhecimento e estruturação da Defensoria Pública é de otimismo, pelo menos em termos legislativos. Após a Reforma do Judiciário, operada com a promulgação da Emenda Constitucional

⁵⁹ O problema da pertinência temática assume maior relevo em se tratando de direitos difusos, uma vez que os titulares não podem ser identificados. Por essa razão, alguns insistem em negar a legitimidade da Defensoria Pública, que deveria atuar somente para os necessitados.

⁶⁰ 01- Núcleo de Família e de Defesa da Mulher Vítima da Violência;
02- Núcleo da Infância e Juventude;
03- Núcleo da Defesa do Consumidor e de Tutelas Coletivas;
04- Núcleo de Tutela da Saúde;
05- Núcleo de Direito Processual;
06- Núcleo Penal;
07- Núcleo dos Direitos Humanos;
08- Núcleo de Regularização Fundiária.

45/2004⁶¹ a Defensoria Pública ganhou novo enfoque com a previsão de autonomia financeira e administrativa, e com a iniciativa de proposta orçamentária, nos termos do artigo 134, § 2º da Constituição Federal.

Após, em 2 de dezembro de 2009, por meio da Lei nº 13.301/09 foi fixado o subsídio mensal dos Defensores Públicos, importante evolução para valorização da carreira. Em breve as Defensorias Públicas receberão parcela dos rendimentos líquidos oriundos da aplicação dos depósitos judiciais para aquisição e construção de sedes e capacitação de agentes, antes verba que era destinada exclusivamente ao Poder Judiciário.⁶²

Como refere HEERDT (2011, p. 1):

Em pouco mais de meia década, quase uma dezena de projetos de iniciativa da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, que tratam especialmente da organização institucional e de seus agentes, foi aprovada e sancionada, transformando-se em diplomas legais que fortificam ainda mais a importante Instituição gaúcha.

Há muito ainda a ser trilhado, os obstáculos são muitos, a estruturação da Defensoria Pública ainda precisa atingir outros patamares para conseguir assegurar o mínimo do acesso à justiça às classes historicamente marginalizadas, o que não falta é vontade e dedicação dos seus agentes. O objetivo é estar presente não apenas das demandas judiciais, mas nos estabelecimentos policiais, prisionais, de internação de adolescentes e em todos os lugares em que for preciso garantir a inclusão social e a diminuição das desigualdades.

⁶¹ O que significou na alteração da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul por meio da Emenda Constitucional 50, de 24 de agosto de 2005, com vistas a adequar-se à legislação federal.

⁶² A Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei nº 7.412/2010 que dispõe sobre procedimentos do Poder Judiciário dos Estados e do Distrito Federal para a aplicação dos recursos provenientes de depósitos judiciais sob aviso à disposição da Justiça em geral, e sobre a destinação dos rendimentos líquidos auferidos dessa aplicação, e dá outras providências.

Os recursos serão destinados ao Judiciário (77%), Ministério Público (10%), Defensoria Pública (10%) e Procuradoria-Geral do Estado (3%), a serem aplicados em construção e aquisição de prédios para as instituições, em Tecnologia da Informação e na capacitação de agentes.

Agora, o PL será analisado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), e, após, por se tratar de proposição conclusiva, vai diretamente ao Senado. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=478916>. Acesso em 09 jul 2011

Com razão JUNKES (2003, p. 155) ao defender que a valorização da carreira, “mais do que enaltecer a essencialidade da Defensoria Pública para os necessitados, evidencia também sua importância para a cristalização dos próprios fins perseguidos pelo Estado”.

4.3 TENDÊNCIA ATRIBUÍDA PELA LEI DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. INFLUÊNCIA NA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

Indubitavelmente a Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha ou Lei da Violência Doméstica, foi o marco divisório para a atuação da Defensoria Pública não apenas em garantia à ampla defesa do réu (como comumente ocorria) mas também em defesa da vítima.

4.3.1 Contexto histórico de criação da Lei 11.340/06 e breves apontamentos

Em 2001 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (Organização dos Estados Americanos) acatou as denúncias feitas em 1998 pela cearense Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de um tiro disparado pelo marido que a deixou paraplégica, através do Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil) e pelo Comitê latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM, seção nacional).⁶³

A Comissão da OEA responsabilizou o Estado Brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica, recomendando várias medidas no caso específico de Maria da Penha e a revisão das políticas públicas vigentes no âmbito da violência contra a mulher, até então inexistentes.

⁶³ Disponível em <http://www.slideshare.net/zozimolisboa/lei-maria-da-penha-5401669>. Acesso em 20.09.11

Surgiu, então, a lei 11.340/06, estabelecendo para o Estado a adoção de políticas públicas de prevenção, assistência e repressão da violência, capazes de resolver o problema da desigualdade entre homens e mulheres.

Não só isso, o objetivo foi reconhecer a violência doméstica e familiar como violação de direitos humanos. E justamente com o intuito de proteger direitos humanos é que a lei apresenta enfoques não apenas punitivos mas educativos e assistenciais, visando a uma mudança de mentalidade acerca do padrão familiar de supremacia masculina e submissão feminina, por muito tempo aceito pela sociedade.

Fica estabelecida a criação de equipe multidisciplinar, composta por profissionais das áreas social, jurídica e da saúde, que desenvolvem trabalhos de orientação, encaminhamento e prevenção voltados não só para a vítima mas também para o agressor e os demais familiares.

Destaca-se a possibilidade de aplicação de medidas protetivas, dentre as quais o afastamento do agressor do lar conjugal; proibição de contato com a vítima, por qualquer meio de comunicação; proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; restrição ou suspensão de visitas aos filhos e prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

A lei cria, ainda, em seu art. 5º, o conceito de violência de gênero:

*Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica ou familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
(...)*

Logo, para a incidência da Lei que coíbe a violência doméstica, se faz necessária a presença de três requisitos distintos, quais sejam:

- a) a violência tenha sido praticada contra mulher;

b) o fato tenha se dado no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou decorrente de relação íntima de afeto;

c) que a violência seja de gênero, ou seja, que as agressões sofridas tenham como motivação a opressão à mulher.

É indubitável que a Lei Maria da Penha visa coibir a violência doméstica e familiar contra o gênero “mulher”, protegendo exclusivamente a vítima do sexo feminino, no entanto, não basta que o sujeito passivo seja a mulher. É preciso que as agressões/ameaças sejam causadas com intuito discriminatório, contra mulher em condição de hipossuficiência e vulnerabilidade na relação, quando existente relação de dominação e subordinação.⁶⁴

Assim como a proteção da criança e adolescente, idoso ou negro, procurou-se editar uma legislação protetiva própria para proteção da mulher, outro grupo bastante fragilizado no âmbito de suas relações, com mecanismos capazes de reduzir as desigualdades.

Não há dúvida de que se trata de legislação inovadora e avançada, capaz de abordar a complexidade das relações sociais, no entanto, desnecessários maiores comentários para se concluir que a efetiva aplicação de seus preceitos ainda está muito longe de atingir o intento.

4.3.2 Assistência jurídica integral à mulher vítima de violência doméstica

Estabelece o artigo 27 da Lei Maria da Penha que em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e

⁶⁴ Nesse sentido é o entendimento do TJRS: Conflito negativo de competência. Ameaça. Filha contra genitora. Alegação de conduta abarcada pela Lei Maria da Penha. Afastamento. Inexistência de comprovação que a conduta tenha por motivação opressão ao "gênero". A Lei Maria da Penha exige que a **violência** praticada tenha por motivação a opressão ao **gênero**, situação que decorre, sempre, de uma condição de hipossuficiência e/ou vulnerabilidade da ofendida para com o ofensor, e isso incorre no caso. Conflito julgado improcedente. (Conflito de Jurisdição Nº 70043456672, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 17/08/2011)

familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 que trata da aplicação das medidas protetivas, aplicadas pelo juiz de imediato.

Na sequência, o artigo 28 da Lei ao referir que é garantida a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência judiciária gratuita, deixou claro que deverá haver um Defensor Público para assistir a vítima.

Ressalte-se que a previsão de que exista um Defensor Público para representar a vítima e outro para assistir ao réu é exigência que nem sempre pode ser cumprida porque exige a presença de dois agentes.

Ocorre que nem todas as comarcas possuem dois defensores para representação da vítima e do agressor, e pior, nem todas comarcas possuem sede da Defensoria Pública. Na medida do possível está se tentando suprir as deficiências.

De qualquer sorte, em face da nova previsão legal, é dever atuar em favor da vítima e do réu em se tratando dos procedimentos da Maria da Penha, motivo pelo qual não se pode utilizar como argumento a inexistência de estrutura.

Não se pode justificar a não atuação, com o que LOPES JÚNIOR (2010, p. 8) menciona de reducionismo teórico da 'falta de'. O certo é que se reconheça a necessidade de estruturar as instituições envolvidas, para que os mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar sejam eficazes e abrangentes.

Importante esclarecer que essa assistência à vítima, não significa que o Defensor deva se habilitar como assistente de acusação.

A lei, diferentemente do modelo tradicional, já determina a atuação direta do Defensor como essencial a defesa dos interesses da ofendida. Trata-se de presença obrigatória de advogado ou defensor nas demandas de violência doméstica.

4.3.3 Influência na atuação da Defensoria Pública como assistente de acusação

Tendo por norte esta tendência atribuída pela lei 11.430/06, surge uma nova visão acerca da atuação da Defensoria Pública, que passa a ocupar espaço no cenário jurídico-político. Hoje, atua-se pela vítima e pelo réu apenas nos procedimentos atinentes à violência doméstica, mas a evolução histórica nos mostra que logo será a regra e não a exceção.

Justamente tendo por base estes preceitos é que não se pode 'negar atribuições'. O momento é de ocupar espaço, mostrar a importância e a imprescindibilidade da Defensoria Pública, eis porque se mostra temerária a afirmação de que a Defensoria não pode ser assistente de acusação nos processos criminais de rito ordinário.

Temerário, porque vigorando no ordenamento jurídico brasileiro a tão questionada figura do assistente de acusação (sem previsão para exclusão do código de processo penal) e garantida sua constitucionalidade pelos Tribunais, não adianta discutir a validade do instituto para fundamentar a não atuação da Defensoria.

O ideal seria que houvesse um uníssono entendimento institucional e unidade de atuação, entretanto, esse ideal não existe.

Perfeito seria que se reconhecesse a inconstitucionalidade e que a figura do assistente de acusação fosse retirada do sistema processual penal por todos os argumentos já apresentados. O ideal seria que a vítima não tivesse poderes de parte e que buscasse seus direitos violados do âmbito civil para evitar a privatização de conflitos na esfera penal.

No entanto, enquanto o assistente de acusação for reconhecido como instituto válido no sistema processual penal brasileiro e enquanto a valorização da vítima continuar ocupando o cenário mundial nesta nova vertente político-criminal, é dever da Defensoria Pública adequar-se às novas mudanças.

Nesse contexto, e tendo por base dever constitucional garantir o acesso à justiça, deveria sim representar a vítima. Seria violar o princípio da isonomia afirmar que o direito de ser assistente de acusação fosse privilégio apenas daqueles que tivessem condições financeiras para contratar advogado particular.

Por outro lado é também violar a isonomia permitir-se que a acusação esteja fortalecida pelo Promotor de Justiça aliado a um Defensor Público atuando como assistente, enquanto o outro pólo da relação processual fica enfraquecido.

Não se pode deixar de reconhecer que cada Defensor Público labuta sob o pálio da independência funcional, podendo fundamentar criteriosamente seu posicionamento contrário ao instituto quando instado a atuar pela vítima. Cada Defensor pode recusar-se a atuar como assistente por entender estar violada a ampla e plena defesa do réu ou porque desequilibrará a paridade de armas.

Entendendo-se, contudo, pela possibilidade e pelo dever constitucional de atuar como assistente é preciso que se exija da vítima a comprovação da hipossuficiência financeira.

No processo penal, apenas o réu estaria dispensado da aferição de renda para ser assistido por um Defensor Público. Quanto a vítima, a conclusão mais coerente é que, querendo esta atuar como assistente de acusação, deve submeter-se a triagem de capacitação econômica anteriormente mencionada (renda mensal de três salários mínimos como os assistidos do âmbito cível).

É claro que a análise acerca dos critérios de atendimento à vítima que tem interesse em ser assistente de acusação é divagação hipotética, até porque, não existe consenso nem mesmo quando ao dever ou não da Defensoria Pública atuar nestes casos.

O problema está apresentado, está mais que na hora de firmar posicionamento, evocar o debate e mostrar que a Defensoria Pública é sim essencial a função jurisdicional do Estado motivo pelo qual deve justificar a

prerrogativa de fonte de acesso à justiça nas mais diferentes áreas de atuação, como esta que acaba de ser analisada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova concepção político criminal de valorização da vítima vem ocupando o cenário mundial e ratificando a nova fase de redescobrimto do ofendido, em superação as anteriores etapas que a doutrina denomina de protagonismo e neutralização ou ostracismo. Tudo como fruto do sistema penal contemporâneo.

No Brasil, editaram-se novas leis com o intuito de garantir direitos antes não expressos pelo Código de Processo Penal. Assim, as Leis n. 11.689/08, 11.690/08, 11.719/08 passaram a atribuir à vítima uma relevância antes não reconhecida.

Na busca de um Código de Processo Penal adaptado à nova ordem constitucional, com resgate da lição fundamental de ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, surge o Projeto de lei do Senado (PL 156/09) trazendo ainda mais discussões no sentido de ser ou não a alteração legislativa garantidora do sistema acusatório e da tutela dos direitos fundamentais.

A partir de então, intensificou-se a discussão acerca do verdadeiro papel do ofendido no ordenamento jurídico brasileiro. Surgiram críticas quanto a abertura de espaço para vítima no processo penal como parte e detentora de direitos, desnaturando-se a atividade finalística do direito penal. Questionou-se, também, a existência de um desequilíbrio na relação processual, com o ingresso da vítima com assistente de acusação.

O Código Penal Brasileiro prevê a atuação da vítima de várias formas: 1) como titular de direito a reparação do dano; 2) como controladora da atuação estatal (por meio da legitimidade concedida para interpor ação penal subsidiária da pública); 3) como titular da ação penal privada e, por fim 4) como colaboradora do Ministério Público (assistente de acusação).

A primeira forma de atuação da vítima - como titular de direito a reparação do dano - é, sem dúvida, a principal influência da fase de redescobrimto em que a vítima sai do ostracismo penal.

A censura a esse novo modelo tem por base a alegação de que haveria acumulação da pretensão acusatória criminal com a pretensão indenizatória civil.

Assim, a possibilidade do magistrado fixar um valor mínimo de indenização na sentença criminal, nos termos do artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal, traz à tona a polêmica acerca da inserção da idéia de lide no processo penal e da privatização de conflitos, aproximando-se ao processo civil.

O cerne da questão é definir se a participação do ofendido na instrução criminal tem como objetivo obter a reparação do dano ou se quer auxiliar o Ministério Público com o fim único de garantir a condenação do acusado.

Se a vítima quer intervir para garantir a reparação do dano sofrido, unicamente visando ao desdobramento econômico da punição, sustentam os críticos da atuação do ofendido, que o meio próprio e específico para este fim é o juízo cível e, neste caso, resta esvaziado o objetivo da assistência à acusação no processo penal.

Se, no entanto, o intuito é buscar a condenação do réu, sustenta-se que seria desnecessário qualquer 'auxílio acusatório' por parte do ofendido na persecução penal, uma vez que titularidade da ação penal é do Ministério Público, o único legitimado para desempenhar o direito de punir do Estado.

Outro forte argumento para afastar a vítima, é o de que processo civil e o processo penal devem ser entendidos como diferentes tipos de processo, autônomos, cada qual com funções e naturezas diversas, de forma que não se poderia permitir que um instituto, no caso a atuação do assistente da acusação com fins de reparação civil, seja 'importada' para o processo penal de forma anômala.

Vale mencionar que, em oposição a tais críticas existe uma vertente que tenta justificar a participação do ofendido com amparo em uma interpretação constitucional.

Os argumentos seriam de que a satisfação do dano é direito fundamental da vítima e que o provimento jurisdicional atinge sua esfera de direitos. Por isso, o modelo ideal seria o de que o ofendido fosse parte, participando ativamente na reconstrução do fato criminoso, para ter garantido o contraditório e ser afetado pelos efeitos da coisa julgada.

A segunda forma de atuação da vítima - como controladora da atuação estatal, por meio da ação penal subsidiária da pública- não causa polêmicas uma vez que decorrente de disposição constitucional.

A legitimidade da vítima está expressa no artigo 5º, LIX da Constituição Federal e no artigo 46 do Código de Processo Penal, onde esta obtém a permissão para atuar diante da omissão do Estado, em proteção ao interesse público.

Indubitavelmente é, unicamente, na ação penal privada que se aceita sem celeumas, a participação da vítima no processo penal e a concessão de maiores poderes na instrução criminal, frente à inércia do Ministério Público.

Quanto a sua atuação como agente titular da ação penal privada.

Atualmente admite-se a transferência da pretensão acusatória à vítima, no entanto, a propositura de ação privada está com os dias contados, na medida em que o PL/156 previu sua extinção justificando a necessidade de prevalência do interesse público.

Por fim, a última atuação da vítima mencionada, é como colaboradora do Ministério Público, mediante sua habilitação nos autos do processo criminal como assistente de acusação, ponto central da presente pesquisa.

A figura do assistente de acusação, apesar de toda controvérsia sobre sua recepção pela Constituição Federal de 1988 e dos inúmeros argumentos contrários a sua vigência, ainda é considerada válida pelos Tribunais, sem qualquer previsão de revogação.

Por essa razão, reconhecida a existência e validade do instituto procurou-se definir se cabe à Defensoria Pública atuar como assistente de acusação.

Até hoje não existe consenso se é ou não um dever de atuação, em especial quando se contrapõe o novo papel do ofendido, a discussão sobre a inconstitucionalidade do instituto do assistente de acusação, e o precípua dever funcional atribuído pela Constituição Federal e pela LC 80/94.

O dilema é: habilitar-se como assistente de acusação, atuando ao lado do Ministério Público causando inverossímil desequilíbrio entre acusação e defesa, ou fazer valer a função constitucional de concretizar o direito de acesso à justiça, o mais fundamental dos direitos de um Estado Democrático de Direito, direito este também pertencente à vítima do processo criminal?

O que se procurou demonstrar é que, desde a criação da Lei 11.340/06 - Lei Maria da Penha - estabeleceu-se um novo paradigma para a atuação da Defensoria Pública, uma vez que a lei passou a exigir um agente em garantia à ampla defesa do réu (como comumente ocorria) e outro para defesa da vítima.

Por isso, sustentou-se que esta tendência, até hoje uma exceção, logo passará ser regra, ou seja, de que haja um Defensor Público atuando em favor da vítima e outro em favor do réu.

Conclui-se assim, que a Defensoria Pública não pode negar atribuição, uma vez que tem o dever constitucional de assegurar o amplo e gratuito acesso à justiça, ainda mais neste momento histórico de fortalecimento e de comprovação de sua imprescindibilidade. Eis porque se mostra arriscada a afirmação de que a Defensoria não pode ser assistente de acusação nos processos criminais de rito ordinário.

No entanto, tal assertiva não pode ser recebida como verdade absoluta. Não se pode deixar de reconhecer que cada Defensor Público labuta sob o pálio da independência funcional, podendo fundamentar criteriosamente seu posicionamento contrário ao instituto quando instado a atuar pela vítima. Cada Defensor pode

recusar-se a atuar como assistente por entender estar violada a ampla e plena defesa do réu ou porque desequilibrará a paridade de armas.

O tema é controverso, servindo o presente trabalho para fornecer todos os subsídios possíveis para que seja firmado posicionamento, seja no sentido de o Defensor Público atuar ou não como assistente de acusação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Maurício Pinto de. Recurso de Apelação-crime pelo assistente de acusação. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 138, p. 11, maio 2004.

ALVES, Cleber Franciso. O percurso histórico da consolidação do direito de acesso igualitário à justiça no Brasil. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 184, p. 329-362, jun. 2010.

ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO DE JANEIRO. Projeto de Lei nº 156, de 2009 – Exposição de motivos. Disponível em: <http://www.amperj.org.br/emails/PLS156-09.pdf> Acesso em 20.09.2011.

AUTRAN, Victorino. A função dos assistentes nos processos criminaes. In: *Justiça*. Vol. IV. Porto Alegre: 1934

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios- da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

ARAÚJO, Alexandre Mota Brandão de. Indenização Cível como capítulo da sentença penal. In: *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo, n. 58, p. 93/108, 2009.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varão de. Do assistente de acusação: o (de) assistido pela Constituição. In: *Revista de Processo*. Ano 32. nº 154. São Paulo: dez 2007

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal. Tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BALTAZAR JÚNIOR. José Paulo. A sentença penal de acordo com as leis de reformas. In: NUCCI, Guilherme de Souza (org). *Reformas do Processo penal*. 2ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

BARBOSA, Marcelo Fortes. Considerações sobre a natureza jurídica da assistência de acusação no processo penal brasileiro. In: *Justitia*. Ano XXXIII, Vol. 72, 1º trimestre. São Paulo: 1971

BARROS, Antonio Milton de. O papel da vítima no processo penal. In: *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de França*. Vol. I. nº 1. São Paulo: 2008

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BECK, Francis Rafael. Inovações quanto ao papel do ofendido no Processo Penal brasileiro: entre o texto, a necessidade e a efetividade. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). *Reformas do Código de Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BOMFIM, Edilson Mongenot. *Curso de Processo Penal*. 2º ed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação Penal: denúncia, queixa e aditamento*. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Cautelares: superação da medíocre dicotomia. In: *Boletim-Publicação oficial do IBCRIM*. São Paulo, ano 18. ed. esp., ago 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto 7412/2010 – depósitos judiciais.. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=478916>. Acesso em 09 jul 2011.

_____. Presidência da República. *Lei nº 9.807*, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9807.htm>. Acesso em: 10 dez. 2010.

_____. Presidência da República. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>. Acesso em: 10 dez. 2010.

_____. Presidência da República. *Lei 8906/94*, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1994/lei-8906-4-julho-1994-349751-norma-pl.html>. Acesso em: 12 jun 2011.

_____. Presidência da República. *Lei 11.640*, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher;

altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 20.09.11

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 58.658*. Relator: Ministro Barros Monteiro. Julgado em 10.09.96. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/538399/recurso-especial-resp-58658-mg-1995-0000471-2-stj>. Acesso em: 11 jan 2011

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos em Recurso Especial nº 388045/RS. Relator: Ministro Gilson Dipp. Julgado em 01/08/2003. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200483587&dt_publicacao=22/09/2003. Acesso em: 11 jul 2011

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Crime nº 70012003943* Relator: Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Julgado em 05.10.05. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70012003943&tb=jurisnova&pesq=ementario&partiafields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q= Acesso em: 20 fev 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 210*. O assistente do Ministério Público pode recorrer inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal. Disponível http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300. Acesso em: 11 jun.2011

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 102.085/RS. Relatora: Ministra Cármem Lúcia. Julgado em 10.06.10. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+102085%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+102085%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 12 jun. 2011

_____. Presidência da Republica. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 jun. 2011.

_____. Presidência da Republica. *Decreto-lei 3869, de 03 de outubro de 1941*. Institui o Código de Processo Penal. <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 12 jun. 2011

BUSTAMANTE, Marcelo. O fortalecimento da Defensoria Pública. In: *Fórum Debates Sobre Justiça e Cidadania*. Rio de Janeiro, n. 10, p. 31-35, set 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas de. Efeitos Cíveis e processuais da Sentença Condenatória Criminal- reflexões sobre a lei nº 11.719/2008. In: *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo, n. 56, p. 71/81, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo penal. *Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CÔRTEZ, Iáris Ramalho. MATOS, Mylena Calazans de. *Lei Maria da Penha: do papel para a vida*. Disponível em <http://www.slideshare.net/zozimolisboa/lei-maria-da-penha-5401669>. Acesso em 20.09.11

DIREITO LIVRE. Perguntas. Assistente de acusação. Disponível em: http://www.direitolivre.com.br/perguntas/438/Defensor_Publico_pode_se_habilitar_co_mo_Assistente_de_Acusacao_vitima_hipossuficiente_relacao_art_387_inciso_IV_C_PP.aspx Acesso em 20.09.2011.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Recrudescimento à caminho. In: *Boletim-Publicação oficial do IBCRIM*. São Paulo, ano 18. ed. esp., ago 2010.

EBERHARDT, Marcos. Ainda sobre reformas processuais penais no Âmbito da produção probatória: o interrogatório por videoconferência. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). *Reformas do Código de Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Reformas Processuais Penais no âmbito da Produção Probatória. In: NUCCI, Guilherme de Souza (org). *Reformas do processo penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

FAYET, Ney. O assistente do Ministério Público e o recurso contra a pronúncia. In: *Revista do Ministério Público*. Porto Alegre, v.1, n. 23, jan 1990.

FERRARI, Patrícia Medianeira Mino Ferrari; GOMES, André Luis Callegaro Nunes. Os interesses da vítima na ação penal. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 94, vol. 834, abril. 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006

FERNANDES, Antônio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Os procedimentos no código projetado. In: *Boletim-Publicação oficial do IBCRIM*. São Paulo, ano 18. ed. esp., ago 2010.

GERSON, Fernando. Apontamentos críticos sobre as reformas processuais penais. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). *Reformas do Código de Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GIACOMOLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo penal. Considerações Críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Luis Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 298.

_____. Assistente de acusação: Legitimidade para Recorrer. In: *Revista Magister de Penal e Processo Penal*. Vol 36. Jun/jul. São Paulo: 2010.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JUNKES, Sérgio Luiz. A Defensoria Pública no Brasil: aspectos funcionais e estruturais. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina*. Florianópolis, vol. 9, n. 16, p. 143-159, jul. 2003.

_____. A Defensoria Pública como instituição essencial à democracia: um modelo institucional de implementação viável e necessária no Estado de Santa Catarina. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, v. 32, n. 114, p. 89-110, abr. 2007.

LEITE, Luciano Marques. O assistente na ação penal. In: *Justicia- Órgão do Ministério Público de São Paulo*. Ano XXXI. São Paulo: 1969

LOPES Júnior, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Vol. II. 3.ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. 5.ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...). In: *Boletim-Publicação oficial do IBCRIM*. São Paulo, ano 18. ed. esp., ago 2010.

MALANGA, José. Do assistente na ação penal. In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo, vol. XIII, abril, mai e jun 1970.

MARQUES, José Frederico. *Elementos do Direito Processual Penal*. Vol II. São Paulo: Forense, 1961

MOLINA, Antonio Garcias Pablode; GOMES, Luis Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 87.

_____. Eugênio Pacelli de. Reformas Legislativas e o CPP. In: *Boletim-Publicação oficial do IBCRIM*. São Paulo, ano 18. ed. esp., ago 2010.

PADUAN, Roberta. Classes A e B: o mercado que mais cresce. *Revista Exame*: revista quinzenal, São Paulo, ano 45, n. 12, p. 38-49, jun 2011.

PASSARINHO, Nathália. *O Brasil tem 16,27 milhões de pessoas em situação de extrema pobreza*. Maio 2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/05/brasil-tem-1627-milhoes-de-pessoas-em-situacao-de-extrema-pobreza.html>. Acesso em 09 jul 2011.

PATENTE, Antônio Francisco. *O assistente de acusação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PIMENTEL, Manuel Pedro. A figura do assistente do Ministério Público no Direito Processual Penal Brasileiro. In: *Justitia*. São Paulo, ano XXXVII, Vol. 88, jan-março. 1975.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri Procedimentos e aspectos do julgamento*. 11. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11. Ed. ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. A Defensoria Pública como instrumento de acesso à Justiça coletiva: legitimidade ativa e pertinência temática. In: *Revista de Processo*, São Paulo, vol.34, n. 167, p. 231-249, jan. 2009.

REIS, Gustavo Augusto Soares dos. A importância da Defensoria Pública em um Estado Democrático de Direito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 72, 253-274, jun 2008.

REIS JÚNIOR, Antônio José dos. O âmbito de atuação do assistente de acusação: fiscal do fiscal da lei. In: *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 35, 3-9, jan/mar 2010.

RIEGER, Renata Jardim da Cunha; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. Breves Considerações sobre a Revalorização da Vítima e a Reparação do Dano no Processo Penal Brasileiro. In: *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo, n. 58, p. 122/137, 2009.

ROCHA, Paulo Osório Gomes. Concretização de Direitos Fundamentais na perspectiva jurídico-constitucional da Defensoria Pública: um caminho 'ainda' a ser trilhado. In: *Direito Público*, ano V, nº 17, jul/set 2007.

ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. In: *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires: Ad hoc, 2001, p. 140.

SANTANA, Selma Pereira de. A reparação como sanção autônoma e o Direito Penal Secundário. In: *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo, n. 51, p. 154/176, 2008.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. A incompatibilidade do assistente de acusação com o processo acusatório de 1988. In: *Revista Jurídica*. Porto Alegre, ano 54, nº 345, julho 2006.

SOUZA, Juana Giacobbo de. *A vítima e a reparação do dano no processo criminal brasileiro*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito). Curso de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais*. 4.ed. rev. mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TORON, Alberto Zacharias. Inquérito só no MP e bye, bye ação penal privada. In: *Boletim-Publicação oficial do IBCRIM*. São Paulo, ano 18. ed. esp., ago 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo Penal* (Estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 157-161.

WIKIPÉDIA. *Demografia no Brasil*. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Demografia_do_Brasil. Acesso em 09 jul 2011.

WOTTRICH, Lisandro Luís. Revisitando o sistema inquisitorial: o inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal e a produção antecipada de provas. In: *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul, Ano 58, n. 392, jun 2010.

WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal. Impressões sobre o fracasso da Lei nº 9.099/95. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. (orgs.). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ZIYADE, Fátima. *O assistente da acusação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.