

# ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA

## PROSECUTION ASSISTANT: VICTIM PARTICIPATION IN THE PUBLIC CRIMINAL PROSECUTION

MARIANA TEODORO DE MORAIS<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo analisar a participação da vítima na persecução penal ao longo da história, culminando com a função de assistente de acusação exercida na ação penal de iniciativa pública. Investiga-se, também, a legitimidade para atuar como assistente e o interesse que move a vítima a requerer sua habilitação, bem como a possibilidade de interposição de recurso contra sentença penal condenatória e a constitucionalidade do instituto.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Assistente de acusação. Vítima. Interesse.

**Abstract:** This study aims to analyze the victim participation in criminal prosecution throughout history, culminating in the role of prosecution assistant in the unconditioned public criminal prosecution. It also investigates the legitimacy to act as assistant and the interest that moves the victim to request his habilitation as well as the possibility of an appeal against criminal sentence and the constitutionality of the institute.

**Keywords:** Penal Process. Prosecution Assistant. Victim. Interest.

**Sumário:** 1. A evolução histórica da participação da vítima no processo penal. 2. O conceito de vítima e seu papel atual no processo penal. 3. Assistente de acusação. 3.1. Legitimidade para atuar como assistente de acusação. 4. As contro-

1 Aluna do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.  
E-mail: marianateodorodemora@gmail.com

vérsias relativas ao assistente de acusação. **4.1.** O interesse do assistente de acusação. **4.2.** Recurso contra sentença condenatória. **4.3.** Assistente de acusação e sua conformidade constitucional. **5.** Considerações finais. **6.** Referências bibliográficas.

## I. A evolução histórica da participação da vítima no processo penal

A participação da vítima no processo de julgamento e punição daquele que lhe violou bem jurídico sofreu consideráveis alterações ao longo do tempo. Das sociedades primitivas até a Alta Idade Média, viveu-se um período de protagonismo da vítima, denominado a “Idade de Ouro”. Com o surgimento da Inquisição e dos Estados Nacionais modernos, deu-se início a um período de ostracismo, no qual a vítima foi afastada do processo penal. A concepção atual de processo trouxe de volta o ofendido para participar, com poderes limitados, do processo de julgamento do criminoso – vale dizer que a vítima não participa da execução da pena.

No período de protagonismo da vítima, vigorava o sistema de vingança privada, que também sofreu mudanças ao longo da “Idade de Ouro”. Nas sociedades tribais, a prática de um crime significava a violação das leis dos deuses e tinha por consequência a aplicação de uma punição, com o fim de amenizar a ira da divindade, sendo que as punições variavam no caso de o crime ter sido cometido por alguém de uma tribo rival, ou por um integrante da própria tribo, ou por um desconhecido, havendo gradação entre as penas de acordo com a natureza e gravidade do delito<sup>2</sup>.

As primeiras codificações conhecidas, notadamente a Lei das XII Tábuas, o Código de Hamurabi e o Código de Manu, impuseram um “tratamento igualitário entre infrator e vítima”<sup>3</sup>, na medida em que determinaram um critério de proporcionalidade entre o delito praticado e a sanção aplicada pela vítima. No Direito Romano<sup>4</sup>, surge a diferenciação entre as infrações de ordem social e as ofensas individuais, restringindo-se as reações privadas a estas.

2 JORGE, Alline Pedra. *Em Busca da Satisfação dos Interesses da Vítima Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 4.

3 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 14<sup>o</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 30.

4 JORGE. *Em Busca da Satisfação dos Interesses da Vítima Penal*, p. 5.

O período de transição do protagonismo da vítima para o seu ostracismo tem como marco inicial o Direito Canônico e a adoção de um sistema processual inquisitorial<sup>5</sup>. Nesse contexto, a vítima deixa de ser o sujeito central do conflito e principal interessado no processo, para tornar-se mero colaborador, por meio da prestação de informações relevantes ao esclarecimento da verdade real.

O fortalecimento dos Estados Modernos e a evolução nas formas de organização social tiveram por consequência a assunção, pelo Estado, do poder punitivo. Como titular do *ius puniendi*, o Estado passa a deter o monopólio da reação penal, extinguindo a vingança privada do sistema legal, de modo que já não cabe à vítima a titularidade da persecução penal. Altera-se, inclusive, a própria concepção de crime, antes entendido como um dano a um indivíduo, passando-se a uma noção de ofensa à coletividade e à ordem estatal<sup>6</sup>.

Destaca-se a observação feita por Alline Jorge<sup>7</sup>, no sentido de que a justificativa para o afastamento da vítima do processo penal, àquele tempo, seria o suposto sentimento de vingança que a motivava. Todavia, considerando-se a crueldade das penas aplicadas, a punição deixa de ser uma forma de vingança privada para se tornar um meio de vingança social, em que a pena assume uma função intimidadora. Dessa forma, “a parcialidade e a intenção de vingança permaneciam, só que desta vez exercidas pelos legitimados publicamente para tal”.

O processo de humanização das penas, tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana, iniciou-se com o Iluminismo e a Revolução Francesa, sendo que a discussão acerca do papel da vítima no processo penal somente foi retomada após a Segunda Guerra Mundial, a partir de estudos de criminologia e vitimologia.

De acordo com Ana Sofia Oliveira<sup>8</sup>, a concepção

“de que a vítima deseja vingança, deseja o sofrimento daquele que a fez sofrer, gera uma expectativa de neutralização da vítima a fim de que não se converta, ela própria, em autora de um crime através de uma reação passional. Nesse aspecto, a vítima é vista como uma ameaça aos direitos humanos, pois pode responder à violência com violência. É possível que

5 OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. *A vítima e o Direito Penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 31.

6 OLIVEIRA. *A Vítima e o Direito Penal*, p. 34.

7 JORGE. *Em Busca da Satisfação dos Interesses da Vítima Penal*, p. 9.

8 OLIVEIRA. *A Vítima e o Direito Penal*, p. 55.

o afastamento da vítima, na criminologia, deva-se à incorporação de uma justificativa mais adequada à ciência do direito penal: a neutralização da vítima seria a maneira de neutralizar também a cadeia da violência ou da vingança”.

No entanto, atualmente, a análise do papel da vítima deve ser adequada ao sistema processual constitucional democrático, que deve transformar suas expectativas e sua forma de agir<sup>9</sup>.

## 2. O conceito de vítima e seu papel atual no processo penal

Segundo destaca Edgard Bittencourt<sup>10</sup>, o conceito de vítima tem origem religiosa, referindo-se ao sacrifício de uma pessoa ou animal à divindade. Contudo, atualmente, a palavra é utilizada para designar aquele que “sofre as consequências de um ato, de um fato ou de um acidente”. No tocante ao Direito, diz que vítima é todo aquele que sofre uma ofensa ou ameaça a bem jurídico tutelado pelo ordenamento, sendo que a vítima sobre a qual versa o presente trabalho é aquela que sofre um injusto decorrente da violação de uma norma penal.

Em Direito Penal, classifica-se o sujeito passivo como o titular ou portador do bem jurídico atingido pela conduta delituosa, podendo ser pessoa física, pessoa jurídica, o Estado e/ou a coletividade. De acordo com Cezar Bitencourt<sup>11</sup>, sob o aspecto formal, o Estado sempre será sujeito passivo mediato, pois a conduta criminosa sempre afetar a ordem social. Do ponto de vista material, sujeito passivo é o titular do bem jurídico diretamente violado (em crimes que violam mais de um bem jurídico, seus titulares podem ser distintos). Ressalta-se que o sujeito passivo da conduta pode não ser necessariamente o titular do bem jurídico tutelado que é violado pelo delito.

A assunção pelo Estado do *ius puniendi* e a consagração dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal impõem que a aplicação de pena àquele que comete um delito deve obedecer ao devido processo legal. No atual sistema processual, a vítima desempenha diferentes papéis, segundo a natureza da ação, podendo ser o próprio autor da ação, oferecer representação ou figurar apenas como assistente de acusação.

---

9 JORGE. *Em Busca da Satisfação dos Interesses da Vítima Penal*, p. 11.

10 BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1987. p. 79.

11 BITENCOURT. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. p. 243.

Na ação penal de iniciativa privada, a vítima (ou seu representante ou sucessor) exerce o papel de autor, atuando como parte processual, apresentando a queixa-crime e conduzindo o processo. Constitui exceção à regra da ação penal pública e os casos em que se procede dessa maneira devem estar expressamente indicados no texto legal. As hipóteses de ação penal privada versam sobre delitos nos quais o interesse do ofendido é superior ao da coletividade. Cezar Bitencourt<sup>12</sup> destaca a existência de posicionamentos contrários à manutenção da ação penal privada no sistema brasileiro, no sentido de que se trataria de resquício do sistema de vingança privada. No entanto, rebate essa teoria, afirmando que o caráter da ação permanece público e que a aplicação de pena é realizada sem a interferência da vítima, sendo que seu papel é apenas o de movimentar a máquina judiciária através do oferecimento da queixa.<sup>13</sup>

A ação penal privada subsidiária da pública tem previsão constitucional (art. 5º, LIX, CR/88). É utilizada na hipótese de inércia do Ministério Público em oferecer denúncia, promover o arquivamento do inquérito, requerer diligências ou qualquer outra providência cabível, como uma forma de fiscalização da ação do *Parquet*. Nesse caso, o ofendido fica autorizado a iniciar a ação penal por meio da apresentação de queixa, no prazo decadencial de seis meses, contado após o encerramento do prazo para o Ministério Público<sup>14</sup>. Todavia, a ação não se transforma em privada propriamente dita, de modo que o querelante não pode dela desistir ou renunciar, perdoar o acusado ou dar causa a preempção, nem o termo final do prazo decadencial para a apresentação da queixa constitui causa de extinção de punibilidade. Ademais, fica autorizada a intervenção do Ministério Público para aditar a queixa, oferecer denúncia substitutiva, requerer diligências, produzir provas, manifestar-se, recorrer, ou praticar qualquer outro ato necessário ao seguimento do processo.

12 BITENCOURT. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. p. 756.

13 No Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, sobre o Novo Código de Processo Penal, é extinta a ação penal de iniciativa privada originária, permanecendo, contudo, a ação penal privada subsidiária da pública. Os casos previstos pela legislação submeter-se-ão ao procedimento da ação penal de iniciativa pública condicionada à representação. O fundamento dessa alteração está no fato de que o Direito Penal tem a finalidade de tutelar bens jurídicos cujos interesses vão além da esfera privada dos indivíduos. Nesse sentido, não haveria razão para que o Estado relegasse a titularidade da persecução penal a particulares em alguns casos específicos.

14 De acordo com o art. 46 do Código de Processo Penal, o “prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afluente. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos”.

Lado outro, na ação penal de iniciativa pública condicionada à representação, o início do procedimento, cuja titularidade é do Ministério Público, fica sujeito à satisfação de uma condição de procedibilidade, qual seja, o oferecimento de representação por parte do ofendido ou de seu representante legal. Vale dizer que a ação não pode ser iniciada sem a representação do ofendido, mas, uma vez demonstrado seu interesse na persecução penal, é de responsabilidade do *Parquet* o seguimento da ação. No caso dos crimes sujeitos a esse procedimento, o Estado confere ao ofendido o direito de “avaliar a oportunidade e a conveniência de promover a ação penal, pois este poderá preferir suportar a lesão sofrida a expor-se nos tribunais”<sup>15</sup>. Importante ressaltar que também é cabível o instituto do assistente de acusação nesses crimes.

Por fim, a ação penal de iniciativa pública incondicionada é a regra do sistema processual penal brasileiro, sendo que a titularidade para o exercício do direito de ação é atribuída ao Ministério Público (art. 129, I, CR/88) e a ação penal é iniciada com o recebimento da denúncia apresentada pelo órgão ministerial. Nesse procedimento, a vítima apenas pode figurar como assistente de acusação, instituto cujas características abordaremos nos tópicos seguintes.

### 3. Assistente de acusação

O art. 268 do Código de Processo Penal estabeleceu a possibilidade de o ofendido, ou seu representante, figurar como assistente do Ministério Público em todos os termos da ação pública. O jurista Aury Lopes Jr.<sup>16</sup> destaca que a natureza jurídica da assistência é de parte contingente, secundária, uma vez que é “parte, mas não principal, pois sua atividade processual é acessória em relação àquela desenvolvida pela parte principal, que é o Ministério Público”. Por se tratar de parte contingente, sua intervenção é permitida no processo, mas este existirá ainda que não haja assistente habilitado<sup>17</sup>.

15 BITENCOURT. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. p. 756.

16 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 4º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2. p. 38.

17 Apesar de não ser considerado como parte principal do processo, uma vez que o assistente de acusação esteja habilitado, passará a integrar a relação processual, de modo que a ausência de sua intimação acarretará a nulidade dos atos praticados posteriormente. Assim, já decidiu o STF: Recurso ordinário em habeas corpus. 1. Direito do assistente de acusação de ser intimado por ocasião da remessa dos autos ao juízo competente. 2. Direito do assistente de acusação devidamente habilitado de ser

Imperioso ressaltar que, apesar do disposto no art. 268 CPP, no sentido de que o assistente pode intervir “em todos os termos da ação penal”, certo é que sua atuação é limitada e não abrange todos os poderes conferidos ao *Parquet* - único titular do direito de ação -, sendo sua atividade supletiva. Seus poderes estão elencados no art. 271 CPP, quais sejam: propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar os articulados<sup>18</sup>, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 CPP.

A intervenção do assistente fica autorizada a partir do recebimento da denúncia, podendo ocorrer a qualquer momento, enquanto não transitar em julgado a sentença, conforme disposto no art. 269 CPP – ou seja, não é possível a participação do assistente no curso da execução penal. Vale dizer que o Ministério Público deverá ser ouvido previamente em relação à admissão do assistente, nos termos do art. 272 CPP e que o assistente receberá o processo no estado em que se encontrar. Contra a decisão que deferir ou não a habilitação do assistente não caberá recurso (art. 273 CPP), de modo que a parte inconformada deverá impetrar mandado de segurança para discutir a matéria<sup>19</sup>.

O art. 159, §3º, CPP permite ao ofendido a formulação de quesitos e de indicação de assistente técnico, bem como, nos termos do art. 201, §2º, CPP, 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. Nesse ponto, Eugênio Pacelli<sup>20</sup> faz importante observação acerca da partici-

---

intimado pelo juízo competente para dizer se tem interesse em prosseguir no feito. 3. *Não ocorrência de trânsito em julgado para a acusação em razão da ausência de intimação do assistente.* (grifos nossos) 4. Ofensa ao princípio do contraditório. 5. Recurso em HC a que se nega provimento.

(RHC 106710 segundo julgamento, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 27/09/2011, DJe-221 DIVULG 21-11-2011 PUBLIC 22-11-2011 EMENT VOL-02630-01 PP-00159)

18 A Lei 11.689/08, que reformou o Código de Processo Penal no tocante ao procedimento do Tribunal do Júri, excluiu a figura do libelo, cujo aditamento era permitido pelo art. 271 CPP, que ficou tacitamente revogado nesse ponto.

19 Mandado de segurança. Assistência à acusação. Habilitação indeferida. Interesse do ofendido. Preenchimento dos requisitos legais. Admissível o ingresso como assistente. Previsão legal. Dispositivos infraconstitucionais não-derrogados pela constituição federal. Direito líquido e certo do impetrante. Segurança concedida. (TJ-RS - MS: 70049967151 RS, Relator: Jaime Piterman, Data de Julgamento: 23/08/2012, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/09/2012)

20 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13º ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 498.

pação da vítima no processo penal, sem que seja necessário habilitar-se como assistente de acusação. Destaca, inclusive, que “o acompanhamento compulsório do processo, excluídas as comunicações relativas à prisão, é inadmissível”, pois o ofendido deveria manifestar-se sobre seu interesse ou não em ser comunicado dos atos previstos na legislação, não sendo razoável submetê-lo a esse procedimento contra a sua vontade.

### 3.1. Legitimidade para atuar como assistente de acusação

Segundo disposto no art. 268 CPP, podem figurar como assistente de acusação o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31 CPP. Assim, no caso de morte do ofendido ou de ser declarada judicialmente sua ausência, terão legitimidade seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Mencionado dispositivo, contudo, merece reparo no tocante à ausência de previsão para que o companheiro possa requerer sua habilitação como assistente.

A Constituição da República reconhece, em seu art. 226, §3º, a união estável como entidade familiar, gozando de especial proteção do Estado. Dessa forma, o Texto Magno incorporou as alterações nas relações sociais e familiares, passando a proteger também as famílias não constituídas pelo casamento civil. A interpretação desse dispositivo, conjugado com o princípio da igualdade, consagrado no art. 5º CR/88, e com o princípio da dignidade da pessoa humana, impede que a legislação infraconstitucional estabeleça qualquer tipo de diferenciação entre cônjuge e companheiro.

Segundo Cristiano Farias e Nelson Rosenvald<sup>21</sup>, todas as entidades familiares, independentemente de sua forma de constituição, são baseadas em relações de afeto e solidariedade, “com vistas à realização plena de seus componentes”. Nesse sentido, não é aceitável que se dispense ao companheiro tratamento diverso daquele destinado ao cônjuge, pois se trataria de discriminação injustificada de realidades idênticas. Afirmam, ainda, que “todo e qualquer dispositivo legal que, eventualmente, trate da união estável de modo distinto em relação ao casamento” deve ser expurgado do ordenamento jurídico pela incompatibilidade com as garantias constitucionais.

21 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. 4ª ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodium, 2012. v. 6. p. 495 e ss.

Nessa esteira, a despeito da ausência de previsão legal, cuja razão remonta à idade do vigente Código de Processo Penal, deve-se promover uma interpretação extensiva<sup>22</sup> do art. 268 CPP, para adequá-lo aos ditames constitucionais, a fim de incluir no rol de legitimados a figurar como assistente de acusação o companheiro. Dessa forma, onde se lê, no art. 31 CPP, “cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”, deve-se entender “cônjuge ou companheiro, ascendente, descendente ou irmão”.

Não é outro o entendimento dos Tribunais pátrios:

MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO PENAL - COMPANHEIRA - UNIÃO ESTÁVEL COM VÍTIMA DE HOMICÍDIO - PEDIDO DE ADMISSÃO DE ASSISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO DENEGADO - HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA DE MODO EXPRESSO NO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL - REGRA FORMAL CONCEDENDO TAL PRETENSÃO AO CÔNJUGE (ART. 31, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL)- DIREITO LÍQUIDO E CERTO COMPROVADO - SEGURANÇA CONCEDIDA - EXEGESE DO ARTIGO 226, § 3.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, LEGISLAÇÃO CIVIL MODERNA (LEIS N.º 8.971/94 E 9.278/96) E ART. 1.723, DO CÓDIGO CIVIL.

(1) Embora a lei processual penal não admita recurso contra despacho que possibilite ou indefira a assistência de acusação (artigo 273, do CPP) a doutrina processual penal e a jurisprudência dos tribunais têm, de forma lúcida, admitido a interposição do *writ of mandamus* para que possa o prejudicado ver apreciada a sua pretensão pelo tribunal.

(2) **É hoje perfeitamente possível que a companheira, em comprovada união estável com a vítima, possa atuar como assistente de acusação na ação penal cuja pretensão é impor aos causadores do dano as sanções pertinentes. Apesar da lei processual penal não contemplar expressamente tal hipótese, é forçoso reconhecer, em uma interpretação extensiva das normas adjetivas - admitida nos termos do artigo 3.º, do CPP - que o artigo 226, §3º, da CF, equipara companheira e cônjuge. A aplicação ao caso, portanto, do disposto nos artigos 31 e 268, do CPP, não é vedada pelo ordenamento jurídico, mas pelo contrário, constitui decisão rigorosamente correta e adequada.** (grifos nossos)

(3) Se a principal função do assistente é ajudar, colaborar, auxiliar e assistir o Ministério Público na acusação, demonstrada a sua legitimidade para figurar no pólo da acusação, é inviável a decisão que o afaste dos autos,

22 Nas palavras de CEZAR BITENCOURT (*Tratado de Direito Penal*. v. 1. p. 162), em caso de interpretação extensiva, “as palavras do texto legal dizem menos do que sua vontade, isto é, o sentido da norma fica aquém de sua expressão literal. Essa interpretação ocorre sempre que o intérprete amplca o sentido ou alcance da lei examinada”. Vale dizer que o art. 3º do Código de Processo Penal admite a interpretação extensiva.

mesmo porque tem ele também a função de “buscar garantir seus interesses reflexos quanto à indenização civil dos danos causados pelo crime.” (cf. MIRABETE, Júlio Fabrinni. “Código de Processo Penal Interpretado”. 10.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Atlas, 2003. p. 687)

(TJ-PR - MS: 3530832 PR 0353083-2, Relator: Oto Luiz Sponholz, Data de Julgamento: 31/08/2006, 1<sup>a</sup> Câmara Criminal em Composição Integral, Data de Publicação: DJ: 7214)

Por fim, vale mencionar que, em virtude do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, tal entendimento aplica-se também às uniões homoafetivas, reconhecidas como idênticas às relações entre pessoas do mesmo sexo, e, portanto, merecedoras da mesma proteção legal.

## 4. As controvérsias relativas ao assistente de acusação

O instituto é envolto por questões deveras tormentosas, tais como: (i) o interesse motivador do requerimento da vítima para atuar como assistente de acusação; (ii) a possibilidade de interposição de recurso pelo assistente contra sentença penal condenatória, com o fim de aumentar a pena; e (iii) a constitucionalidade do instituto, as quais analisaremos em seguida.

### 4.1. O interesse do assistente de acusação

Para alguns autores, como Fernando Tourinho Filho<sup>23</sup>, o interesse da vítima na persecução penal é meramente patrimonial, uma vez que o art. 91, I, do Código Penal estabelece como um dos efeitos da sentença penal condenatória a constituição da obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Dessa forma, transitada em julgado a sentença condenatória, que constitui título executivo judicial, o ofendido poderá mover execução cível contra o acusado. Por essa razão, afirma que “a função do assistente não é a de auxiliar a Acusação, mas a de procurar defender seu interesse na indenização do dano *ex delicto*”.

Na visão de Eugênio Pacelli<sup>24</sup>, a satisfação do dano civil não é o único interesse da vítima. Segundo o autor, a criação do instituto da assis-

---

23 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11<sup>o</sup> ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 385/386.

24 OLIVEIRA. **Curso de Processo Penal**. p. 491.

tência constitui “preocupação legislativa com a *participação* do ofendido na reprovação estatal à prática do fato delituoso”. Em suma, a vítima possui interesse na aplicação da sanção penal.

A seu turno, Alline Jorge<sup>25</sup> acredita que a finalidade do instituto é “manter a vítima informada sobre o andamento da acusação daquele que lhe prejudicou de alguma forma”. Afirmar ser justa a sua participação, uma vez que o ofendido sequer foi consultado quando do oferecimento da denúncia.

Apresentando posicionamento diverso, Aury Lopes Jr<sup>26</sup> defende que a participação da vítima é motivada por um sentimento de vingança, aliado ao interesse econômico. Sustenta que não há que se falar em uma busca por justiça, por se tratar de um conceito por demais vago, além do fato de que a justiça no caso não se resume apenas à condenação, como deseja o ofendido. Ressalta o interesse econômico, cuja motivação reside em garantir um valor mínimo a título de indenização, sendo que eventual aumento poderá ser discutido na liquidação do dano na esfera cível.

Referido jurista argumenta, ainda, pela extinção do instituto, cujo sentimento de vingança que impulsiona a ação da vítima geraria uma “contaminação que em nada contribui para um processo penal equilibrado e ético”<sup>27</sup>. Alerta, também, para o desvirtuamento que o interesse econômico causaria no processo, pois poderia conduzir a “condenações penais disfarçadas de absolvições fáticas”, hipótese em que o acusado seria condenado a uma pena ínfima apenas para garantir o direito à indenização da vítima na esfera cível, de modo que o processo penal teria por fim a satisfação de interesses privados, destacando que cabe ao processo civil, e não ao penal, a satisfação dos interesses da vítima.

Fátima Ziyade<sup>28</sup> critica a corrente do interesse econômico, sob o fundamento de que, se o interesse da vítima fosse meramente na indenização cível, a intervenção do assistente não se justificaria nos casos de crimes em que não há dano ou que o réu é miserável.

Entendemos que, embora o interesse econômico na reparação do dano possa estar presente no *animus* da vítima que se habilita como assistente, não é possível afirmar que essa seria a sua única motivação, mormente nos casos em que o réu não tem condições financeiras de arcar

25 JORGE. Em Busca da Satisfação dos Interesses da Vítima Penal, p. 81.

26 LOPES JR. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. v. 2. p. 40.

27 LOPES JR. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. v. 2. p. 42.

28 ZIYADE, Fátima. O Assistente da Acusação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993. p. 29.

com a indenização – que, vale dizer, são a maioria em nosso sistema. Não acreditamos que a participação do ofendido no processo constitua retrocesso à vingança privada, tendo em vista que o assistente não acompanha a execução da pena e seus poderes são limitados, além do fato de que a ação penal é conduzida segundo os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

O ingresso da vítima no processo penal configura uma forma de dar espaço àquele que integrou a dinâmica delituosa em seu aspecto mais negativo. Não se pode dizer que a vítima busca a mera condenação do acusado, mas sim uma condenação justa, nos termos da lei – e, se for o caso, até mesmo uma absolvição, de acordo com as hipóteses legais. O assistente atua como um “fiscal” da atividade do Ministério Público, suprindo suas faltas e apontando suas falhas, a fim de resguardar não apenas o seu interesse individual, mas também o interesse social na repressão à violação da norma penal.

## 4.2. Recurso contra sentença condenatória

Eugênio Pacelli<sup>29</sup> defende que não seria possível o assistente apresentar recurso contra sentença condenatória com o fim exclusivo de agravar a pena imposta pelo juízo de 1ª instância. Embora já tenha esposto posicionamento diverso, fundamenta sua mudança de entendimento no fato de que a existência da ação penal privada subsidiária da pública, como alternativa legislativa à inércia do Ministério Público, não seria suficiente para autorizar também o recurso contra a sentença condenatória. Isso porque já estaria satisfeita a obrigatoriedade de o órgão público propor a ação, não lhe sendo obrigatório o recurso, uma vez que cabe ao *Parquet* o “juízo valorativo acerca do eventual acerto da decisão”. Em adição, afirma que a possibilidade de recurso contra sentença absolutória, ainda que contrária ao entendimento do Ministério Público, justifica-se pela vinculação da instância civil, o que impediria a reparação do dano – conforme já exposto, embora o interesse econômico não seja o único motivador do instituto, não se pode dizer que não esteja presente.

Aury Lopes Jr<sup>30</sup> também argumenta pela impossibilidade de recurso do assistente para exasperação da pena imposta. Todavia, fundamenta seu posicionamento no interesse exclusivamente econômico que

---

29 OLIVEIRA. Curso de Processo Penal. p. 495.

30 LOPES JR. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. v. 2. p. 42.

moveria a vítima, razão pela qual a sentença condenatória satisfaria seus interesses, uma vez que o título executivo judicial já estaria formado. Ressalta, no entanto, a possibilidade de recurso para aumentar o valor indenizatório mínimo fixado na sentença.

Por outro lado, Antônio Patente<sup>31</sup> defende a possibilidade de interposição de recurso contra sentença condenatória pelo assistente. Isso porque o interesse da vítima não é meramente patrimonial, conforme já ressaltado, abrangendo também a correta aplicação da pena, de acordo com os requisitos legais, sobretudo a gravidade do crime e as condições pessoais do réu, em cada fase da dosimetria da pena. Ressalta que a lei, em especial o art. 598 CPP, não impõe qualquer impedimento ao recurso do assistente contra sentença condenatória ante a ausência de inconformismo ministerial.

É nesse sentido que tem se firmado a jurisprudência dos Tribunais brasileiros:

**Não tendo o ministério público apelado, tem interesse legítimo, para fazê-lo, o assistente da acusação, a fim de obter o agravamento da pena.** (grifos nossos)

Precedentes do supremo tribunal. Iniciativa concorrente do ministério público, para a ação penal regida pela lei n. 4.611-65. Inexistência de cerceamento de defesa, de nulidade de sentença, bem como de irregularidade de intimação para o julgamento da apelação. Pedido deferido, em parte, para correção de erro aritmético no cálculo da pena.

(STF HC 66754, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 18/11/1988, DJ 16-12-1988 PP-33514 EMENT VOL-01528-02 PP-00236)

HABEAS CORPUS. LESÕES CORPORAIS GRAVÍSSIMAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE DESCLASSIFICOU A CONDUTA IMPUTADA AOS PACIENTES PARA LESÕES CORPORAIS GRAVES. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

APELAÇÃO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. PROVIMENTO DO RECURSO DO OFENDIDO. RECLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O CRIME PREVISTO NO ARTIGO 129, § 2º, INCISOS III E IV, DO CÓDIGO PENAL. LEGITIMIDADE DO ASSISTENTE PARA RECORRER. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

ORDEM DENEGADA.

31 PATENTE, Antônio Francisco. *O Assistente de Acusação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 97 e ss.

**1. A legitimidade do assistente de acusação para apelar, quando inexistente recurso do Ministério Público, é ampla, podendo impugnar tanto a sentença absolutória quanto a condenatória, visando ao aumento da pena imposta, já que a sua atuação justifica-se pelo desejo legítimo de buscar justiça, e não apenas eventual reparação cível.**

Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. (grifos nossos)

2. Não se vislumbra, assim, qualquer mácula no acórdão objurgado que julgou procedente a apelação interposta autonomamente pelo assistente de acusação em face de sentença condenatória, valendo ressaltar que, no caso dos autos, a vítima objetivava o reconhecimento da ocorrência de deformidade permanente e da perda da sensibilidade em parte do braço e da mão em face das agressões sofridas.

3. Ordem denegada.

(STJ HC 137.339/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 01/02/2011)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO CULPOSO - PRELIMINARES - NULIDADE - ILEGITIMIDADE DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO EM RECORRER - NÃO OCORRÊNCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - DISPENSA DE TESTEMUNHAS - REJEIÇÃO - MÉRITO - CONDENAÇÃO - IMPRUDÊNCIA NÃO COMPROVADA - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - REJEITADAS AS PRELIMINARES E RECURSO NÃO PROVIDO.

**- A legitimidade do assistente de acusação para apelar, quando inexistente recurso do Ministério Público, é ampla, podendo impugnar tanto a sentença absolutória quanto a condenatória, visando ao aumento da pena imposta, já que a sua atuação justifica-se pelo desejo legítimo de buscar justiça, e não apenas eventual reparação cível.**

Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. (grifos nossos)

- O indeferimento da oitiva de uma testemunha não configura nulidade, vez que em observância ao artigo 411, §2º, do CPP o juiz pode indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

- Não tendo sido cabalmente demonstrado que os recorridos agiram de forma imprudente, infringindo dever objetivo de cuidado, impossível a condenação pelo delito de homicídio culposo, já que a dúvida deve ser resolvida em benefício dos mesmos.

(TJMG Apelação Criminal 1.0026.10.004437-4/001, Relator(a): Des. (a) Furtado de Mendonça, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 29/01/2013, publicação da súmula em 07/02/2013)

Dispõe o art. 598 CPP que “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 suspen-

sivo”. Verifica-se, pois, que o dispositivo que autoriza a interposição de apelação pelo assistente caso o Ministério Público não o faça, não limita o inconformismo às sentenças absolutórias. Nota-se, no mesmo sentido, que o art. 271 CPP autoriza a interposição de recurso de apelação pelo assistente, sem, contudo, limitá-lo às sentenças absolutórias.

A única ressalva feita pelo Código de Processo Penal em relação à apelação interposta pelo assistente diz respeito aos seus efeitos: o art. 598 determina que a apelação interposta pelo assistente não terá efeito suspensivo. Ora, se, nos termos dos arts. 596 e 597 CPP, aplica-se o efeito suspensivo apenas às sentenças condenatórias, uma vez que em caso de absolvição o réu preso deverá ser posto em liberdade – ou seja, não há aplicação do efeito suspensivo em recurso contra sentença absolutória –, a não aplicação expressa do efeito suspensivo em caso de recurso exclusivo do assistente indica ser permitida a apelação contra sentença condenatória, já que os recursos contra sentença absolutória não têm, de plano, efeito suspensivo.

Nesse sentido, apresentamos entendimento convergente ao supra mencionado, tendo em vista que o interesse da vítima não se restringe à reparação econômica, não havendo sequer limitação legal ao recurso do assistente em caso de sentença condenatória. Considerado como parte, ainda que contingente, seus poderes não podem ser interpretados de forma restritiva, criando-se uma limitação ao interesse recursal que a legislação não impôs.

### 4.3. Assistente de acusação e sua conformidade constitucional

Sustenta Aury Lopes Jr.<sup>32</sup> que o instituto da assistência não teria sido recepcionado pela Constituição, pois o art. 129, I, CR/88 estabelece que compete privativamente ao Ministério Público promover a ação penal pública, cuja única exceção seria a ação penal privada subsidiária da pública, com previsão constitucional no art. 5º, LIX. Argumenta-se que a manutenção da figura do assistente no processo penal seria um retorno à vingança privada, o que seria inaceitável em face da evolução do sistema processual<sup>33</sup>.

32 LOPES JR. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 2. p. 43.

33 ADAMS, Aline. A flagrante incompatibilidade entre o instituto da assistência à acusação e a Constituição Federal de 1988. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria*. v.3. n.3. p. 102-114.

Apesar das brilhantes colocações feitas pelo mencionado jurista, não comungamos de sua opinião. O instituto da assistência não viola o disposto no art. 129, I, CR/88, pois a ação penal é promovida privativamente pelo Ministério Público. Conforme já analisado, o assistente exerce papel secundário, acessório e complementar ao do *Parquet*, tendo suas funções limitadas às hipóteses listadas no art. 271 CPP. Vale dizer que não é conferido ao assistente “o direito de ação, mas, tão-somente, o direito de intervenção”<sup>34</sup>.

Dessa forma, certo é que o assistente não possui as mesmas atribuições que o Ministério Público. Destaca-se que a vítima não possui poderes suficientes para promover a ação penal, mormente no tocante ao oferecimento da denúncia e outros atos de impulsão processual, atividade privativa do órgão acusador. Afirmar que a assistência viola a Constituição, pois a ação penal deixaria de ser promovida apenas pelo Ministério Público, seria afirmar que o ofendido passa a dispor dos mesmos poderes concedidos ao *Parquet*, o que é insustentável.

## 5. Considerações finais

A participação da vítima na persecução penal variou muito ao longo do tempo, iniciando-se em uma perspectiva de protagonismo, na qual o ofendido constituía o centro da infração, com poderes para sancionar seu ofensor. Em seguida, com o surgimento dos Estados Modernos, que assumiram a titularidade do *ius puniendi*, passou-se para um período de ostracismo, no qual a vítima foi afastada do processo penal, e assumiu a função de mero informante.

A criação do instituto da assistência, já no século XX, demonstra uma tentativa de reaproximar a vítima, como principal atingido pela conduta delincente, da persecução penal. Todavia, sua participação ganha novos contornos, limitada pelas garantias e direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988, bem como atua nos limites impostos pela legislação processual penal.

---

Set/2008. Disponível em:

<<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=21&cad=rja&ved=0CCYQFjAAOB-Q&url=http%3A%2F%2Fcascavel.ufsm.br%2Frevistas%2Ffojs-2.2.2%2Findex.php%2Frevistadireito%2Farticle%2Fdownload%2F7021%2F4239&ei=4A4YUrfuF9je4AOM0YGICw&usg=AFQjCNGQ2vooez9hU0Nqx-5glh2cIy-PXxA&sig2=yrH8t7a0MT3Kdu4tw5zb5A&bvm=bv.51156542,d.dmg>>. Acesso em: 23/08/2013.

34 PATENTE. O Assistente de Acusação. p. 19.

Nesse sentido, o ofendido, seu representante, ou, na falta daquele, as pessoas mencionadas no art. 31 CPP (nele incluso o companheiro, de acordo com a interpretação extensiva realizada sobre o dispositivo legal), exercem distintos papéis no processo penal, conforme a natureza da ação. Na ação penal privada originária, atua como autor/querelante, ao passo que, na ação penal privada subsidiária da pública, sua condição de autor resulta da inércia do Ministério Público. Na ação penal pública condicionada à representação, o oferecimento da denúncia tem como condição de procedibilidade a manifestação de oportunidade e conveniência do ofendido acerca da persecução penal.

Por fim, na ação penal pública, regra no sistema processual brasileiro e cujo direito de ação é titularizado pelo Ministério Público, a vítima pode atuar como assistente de acusação. Exerce o papel de parte contingente, cujas atribuições são limitadas pelo disposto no art. 271 CPP. Não há que se falar, pois, em inconstitucionalidade do instituto, uma vez que o assistente não possui os mesmos poderes que o *Parquet*, sendo o seu direito apenas de intervenção, e não de ação.

Quanto ao seu interesse de agir, consideramos que a vítima não atua somente para garantir a fixação de indenização mínima na sentença condenatória, que constitui título executivo para a propositura de ação cível por reparação de danos. Desse modo, sua participação também tem por fim a correta dosimetria da pena, razão pela qual estaria autorizada a interposição de recurso contra sentença condenatória para exasperação da pena. Além disso, não se olvida que possui interesse no andamento do processo, em participar do procedimento que tem por finalidade a apuração do injusto que sofreu.

## REFERÊNCIAS

ADAMS, Aline. A flagrante incompatibilidade entre o instituto da assistência à acusação e a Constituição Federal de 1988. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria. v.3. n.3. p. 102-114. Set/2008. Disponível em:

<<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=21&cad=rja&ved=0CCYQFjAAOBQ&url=http%3A%2F%2Fcasavel.ufsm.br%2Fvistas%2Ffojs-2.2.%2Findex.php%2Fvistadireito%2Farticle%2Fdownload%2F7021%2F4239&ei=4A4YUrfuF9je4AOM0YGI-Cw&usq=AFQjCNGQ2vooez9hU0Nqx5gIh2cIy-PXxA&sig2=yrH8t7a0M-T3Kdu4tw5zb5A&bvm=bv.51156542,d.dmg>>. Acesso em: 23/08/2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1987.

CALHAU, Lélío Braga. **Vítima e Direito Penal**. 2<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 4 ed. Salvador: JusPodium, 2012. v. 6.

JORGE, Aline Pedra. **Em Busca da Satisfação dos Interesses da Vítima Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v.2.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. **A vítima e o Direito Penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PATENTE, Antônio Francisco. **O Assistente de Acusação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 137.339/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 01/02/2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 106710. segundo julgamento, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 27/09/2011, DJe-221, Divulg 21-11-2011 Public 22-11-2011 Ement Vol-02630-01 Pp-00159.

\_\_\_\_\_. HC 66754, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 18/11/1988, DJ 16-12-1988 PP-33514 EMENT VOL-01528-02 PP-00236.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Criminal 1.0026.10.004437-4/001, Relator(a): Des.(a) Furtado de Mendonça ,

6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 29/01/2013, publicação da súmula em 07/02/2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. MS: 3530832 PR 0353083-2, Relator: Oto Luiz Sponholz, Data de Julgamento: 31/08/2006, 1ª Câmara Criminal em Composição Integral, Data de Publicação: DJ: 7214.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. MS: 70049967151 - RS. Relator: Jaime Piterman, Data de Julgamento: 23/08/2012, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/09/2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

ZIYADE, Fátima. **O Assistente da Acusação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

RECEBIDO EM: 10/09/2013

APROVADO EM: 10/01/2014

