

O ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO À LUZ DOS SUJEITOS PROCESSUAIS PENAIS E OS DESDOBRAMENTOS RELEVANTES SOBRE O TEMA

Ana Carolina Biagi de ANDRADE¹
Larissa de Fátima Cavalcante pereira SILVA²

RESUMO: Este artigo relata os sujeitos processuais, mencionando cada um existente, porém dando um destaque maior ao assistente de acusação ou também chamado de assistente do Ministério Público. No início, faz-se uma breve análise histórica das dificuldades que o assistente sofreu com a promulgação da Constituição Federal e mais ao fim mostra os benefícios que ele traz ao processo, características, pessoas capacitadas a atuarem como um assistente de acusação, ou chamado também de assistente do Ministério Público.

Palavras-chave: Aspectos históricos gerais. Sujeitos do Processo Penal. Constituição Federal e o Assistente de Acusação. Ação Penal. Assistente de Acusação.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta e explica, de forma sucinta, os sujeitos processuais à luz do Código de Processo Penal, porém dá um enfoque especial em um dos sujeitos processuais, o assistente de acusação (ou assistente do Ministério Público).

Em uma breve análise histórica dos sujeitos processuais surge a discussão acerca do fato de o assistente ter sido ou não recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apontando o que as divergentes doutrinas pensam a respeito disto.

Por fim, são apresentados detalhes sobre o assistente de acusação, mostrando sua atuação, poderes, quem pode atuar como um no processo penal, enfim, são abordadas características deste sujeito atuante no processo penal.

¹ Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: anacarolinabandrade@hotmail.com.

² Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: larissapcav@hotmail.com.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS – CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Inicialmente, é importante salientar sobre a evolução histórica da tutela jurisdicional penal. O passado das civilizações antigas demonstra que a tal tutela não era de exclusividade do Estado, apenas algumas infrações possuíam a interferência do Estado, as demais eram punidas pela própria vítima, no que conhecemos de vingança privada.

O Direito Romano, por sua vez, foi considerado o responsável pelo surgimento de vários institutos, maneiras de procedimentos e garantias que são presentes até nos dias de hoje, como: direito do réu de recorrer, ampla defesa e contraditório e vários outros.

Pulando para um tempo mais recente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve o surgimento de nova ordem, novos valores e princípios com relação à persecução penal. Com isso, vários dispositivos do Código de Processo Penal não foram recepcionados pela Constituição Federal em decorrência do avanço dos direitos fundamentais do cidadão no âmbito processual.

Inclusive, há uma corrente doutrinária, de certa maneira forte dentre todas as demais correntes existentes no nosso ordenamento jurídico brasileiro, que sustenta que o assistente de acusação, já presente no Código de Processo Penal de 1941, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

As correntes que exaltam que o assistente é uma figura incompatível com a Constituição Federal e com as normas da atualidade dizem isso pelo fato de que quando foi criado o Código de Processo Penal ainda havia a forma da vingança privada. Por isso, então, que trazem que, atualmente, o assistente é uma figura inconstitucional, por trazer vestígios evidentes da privatização do processo penal.

A tese traz que no artigo 129, inciso I da CF, cabe ao ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública. Dessa forma, entendeu-se que o legislador constituinte estabeleceu exclusividade da ação penal pública ao Ministério Público, não sendo recepcionada pela Carta Magna o artigo 268 do Código de Processo Penal, este que possibilita a participação do assistente para atuar em nome do ofendido.

Com isso, houve a necessidade de adequação da lei processual penal ao texto constitucional, acrescentando ao procedimento acusatório as novas garantias e princípios constitucionais, fazendo com que o processo tenha a função de instrumento à aplicação eficaz do direito material e solução dos conflitos.

Como com a promulgação da Constituição Federal, o Ministério Público detém exclusividade sobre a ação penal pública. Para parte relevante da doutrina é um afronto ao sistema acusatório quando é apresentado que cabe ao magistrado competente a apreciar e julgar a causa, decidir sobre a relevância e pertinência da possibilidade de habilitação do assistente de acusação atuar juntamente ao órgão exclusivo para isto.

Doutrinadores apontam também que a admissão do assistente no processo fere vários princípios constitucionais, como o princípio do contraditório, princípio da isonomia processual e, conseqüentemente, fere o princípio do devido processo legal.

Muitos acreditam que com a admissão do assistente de acusação no processo penal, o seu ingresso faz com que a Constituição Federal se subordine ao Código de Processo Penal.

Grande parte da jurisprudência brasileira diz que é admitida a figura do assistente de acusação no processo penal, auxiliando o órgão ministerial, porém nas hipóteses de ação penal privada subsidiária da pública.

Em janeiro de 2013, com o lamentável ocorrido na cidade de Santa Maria, no Rio Grande do Sul, conhecido como “o incêndio da boate *kiss*”, houve a admissão do assistente, por analogia, para atuar em nome as 242 vítimas em decorrência da tragédia, através de uma associação. Isso foi uma decisão dada pela 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

CORREIÇÃO PARCIAL. INCÊNDIO DA BOATE KISS. ADMISSÃO DA ASSOCIAÇÃO DE VÍTIMAS E SOBREVIVENTES DA TRAGÉDIA DE SANTA MARIA COMO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DA MEDIDA. DESACOLHIMENTO. POSSIBILIDADE DE HABILITAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA COMO ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, EMBORA NÃO MENCIONADA NO ROL DOS ARTS. 268 E 31 DO CPP. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. Admite-se a correção parcial como sucedâneo recursal na hipótese de decisão interlocutória que não comporta recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581 do CPP. Por outro lado, o art. 273 do mesmo diploma, de duvidosa constitucionalidade, ao menos em face da atual Carta Magna, admite temperamentos, como o mandado de segurança em caso de indeferimento da habilitação do assistente da acusação e a correção parcial na hipótese de exclusão do assistente já habilitado. No mérito, não obstante

o disposto nos arts. 268 e 31 do CPP, é razoável a admissão da associação formada entre os familiares das vítimas e os sobreviventes da tragédia da boate Kiss como assistente da acusação, mesmo porque tal pessoa jurídica representa exatamente as pessoas previstas naqueles dispositivos legais, além de que seria inviável exigir-se a habilitação individual de todos os ofendidos sobreviventes e familiares de todos os mortos. Preliminar rejeitada. Correição parcial indeferida. (TJRS, Correição Parcial Nº 70054289947, 1ª Câmara de Direito Criminal, Des. Manuel José Martinez Lucas, J. 23.05.2013)

Por fim, há tantas discussões ainda sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do assistente de acusação pelo fato de o Supremo Tribunal Federal não ter se pronunciado sobre isso ainda. Dessa forma, fica a critério de cada profissional do direito e magistrados, de acordo com seus entendimentos, a admissão ou não do assistente no processo penal.

3 INTRODUÇÃO AOS SUJEITOS DO PROCESSO PENAL

A relação jurídica-processual é composta de sujeitos processuais. Esses sujeitos são divididos pela doutrina majoritária brasileira em sujeitos principais e sujeitos secundários.

Os denominados sujeitos principais (ou conhecidos também como sujeitos essenciais) do processo são aqueles que, necessariamente, sempre devem estar presentes nas relações processuais, formando a relação tríplice do processo, sendo então: autor, juiz e réu). Daí a clássica definição de processo – “*judicium est actum personarum: judicis, actoris et rei*”.

Já os chamados sujeitos secundários (ou também colaterais, ou acessórios) do processo são as pessoas que, de certa forma, possui direitos no processo, mas sua existência ou inexistência não afeta relação processual em si, como exemplo o ofendido como assistente de acusação.

Ainda que a relação tríplice processual seja uma forma simplificada da relação jurídica-processual, isso não faz com que apenas o autor, juiz e réu participem do processo, ou seja, é possível a participação de mais sujeitos, desde que tenham relação com o caso em análise.

Neste caso, é possível apontar também como atuantes no processo mais dois sujeitos do tipo não-autônomos: a) defensor ou advogado, na qual a

participação é totalmente indispensável caso as partes não possuam capacidade postulatória; e b) auxiliares da justiça, que atuam como colaboradores do processo, porém não possuem direitos processuais.

Para entendermos melhor e começarmos a adentrar à finalidade do presente artigo, é indispensável explicar qual a real forma de se utilizar a expressão 'parte' no processo, quando nos referimos a uma pessoa dentro do processo.

Segundo o doutrinador Denilson Feitoza "Partes são as pessoas que participam em contraditório no processo. As partes principais são o autor e o réu.". (FEITOZA, 2008, p. 586).

Ainda de acordo com a linha de raciocínio do mesmo, existem dois tipos de partes, a parte ativa e a parte passiva. A parte ativa, ou também vista como o autor da ação, é quem propõe a ação em juízo, aquela que pede a tutela jurisdicional. Sendo no âmbito do processo penal, em regra, é o Ministério Público. A parte passiva, sendo o acusado ou réu, de acordo com Denilson Feitoza "é a pessoa em relação à qual e deduzida a pretensão, a pessoa em face da qual se pede.". (FEITOZA, 2008, p. 586).

É também considerado parte no processo o assistente de acusação (ou chamado também de assistente do Ministério Público) que faz sua participação no processo em contraditório.

Como explicado acima, é possível entender que o Ministério Público é parte do processo. Inclusive, ainda que a ação penal for de iniciativa privada, que tem como parte autora da ação o querelante e não o Ministério Público, este pode, posteriormente ao querelante, intervir na causa, como se fosse o próprio *assistente* do autor da ação (querelante).

3 SUJEITOS DO PROCESSO PENAL

São sete os sujeitos do processo, sendo: Juiz, Ministério Público, acusado, defensor e curador, auxiliares da justiça e o assistente.

3.1 Juiz

O magistrado compõe a tríplice processual. Quando nos referimos à palavra “Juiz”, não nos referimos à pessoa, mas sim ao cargo que a pessoa ocupa. O cargo do magistrado merece respeito absoluto dentro do tribunal, é quem conduz os atos do processo e profere a sentença ao final do mesmo. O artigo 251 do Código de Processo Penal confirma isso, trazendo as seguintes palavras: “Ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública.” (Decreto-Lei nº 3.689/1941 – CPP).

É um cargo de extrema importância e a pessoa que o ocupa é investido de poder jurisdicional (princípio da investidura). Para se portar a este cargo, o meio mais comum é através de concurso, porém é possível também tomar o cargo através de indicação.

De acordo com Feitoza “O juiz pode receber denominações diferentes, segundo o juízo e a justiça em que se encontre.” (FEITOZA, 2008, p. 587).

Em âmbito estadual, em primeira instância tem-se o nome de Juiz de Direito, já em segunda instância recebe o nome de Desembargador, que se encontra no Tribunal de Justiça. Em âmbito federal encontra-se o Juiz Federal em primeira instância e o Juiz do Tribunal Regional Federal em segunda instância, no TRF. Feitoza traz uma curiosidade dizendo: “Há cinco Tribunais Regionais Federais. O TRF da 2ª Região decidiu denominar seus juízes “Desembargadores Federais”, por paralelismo com os desembargadores dos Tribunais de Justiça.”. (FEITOZA, 2008, p. 587).

No âmbito da Justiça Eleitoral temos o Juiz eleitoral em primeira instância e em segunda instância o Juiz do Tribunal Regional Eleitoral, tendo também o Ministro no Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Quando os tribunais são denominados de superiores, não temos mais o tratamento de quem exerce a função jurisdicional de ‘Juiz’, mas sim de ‘Ministro’, tendo então os ministros do Supremo Tribunal Federal e ministros do Superior Tribunal de Justiça.

3.2 Ministério Público

A definição da instituição permanente denominada Ministério Pública é trazida constitucionalmente em seu artigo 127: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”. (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

O Ministério Público, como todos os órgãos estatais, possui seriedade em sua função e também é regido por princípios, tais como o princípio da unidade (os promotores componentes de um Estado integram único órgão que tem sob direção apenas um chefe), da indivisibilidade (todos os seus membros podem ser substituídos entre si nos casos previstos e conforme dispuser a lei) e da independência funcional (cada membro da instituição aqui dita dispõe-se sobre o conteúdo do ato que deve praticar, não estando vinculado à sua atuação precedente ou a de outro membro da instituição), confirmado isso pelo artigo 127, parágrafo 1º da Constituição Federal.

O Ministério Público também possui suas divisões, como trazida pelo artigo 128 da Constituição Federal: Art. 128. O Ministério Público abrange: “ I - o Ministério Público da União, que compreende: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; II - os Ministérios Públicos dos Estados. ”.

Denilson Feitoza descreve esse artigo da seguinte forma:

a) Ministério Público da União, que compreende: a.1) Ministério Público Federal (procurador da República, procurador regional da República, subprocurador-geral da República e procurador-geral da República); a.2) Ministério Público do Trabalho (procurador do trabalho, procurador regional do trabalho, subprocurador-geral do trabalho e procurador-geral do trabalho); a.3) Ministério Público Militar (promotor de Justiça Militar, procurador da Justiça Militar, subprocurador-geral da Justiça Militar e procurador-geral da Justiça Militar “federais”; a.4) Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (promotor de justiça, procurador de Justiça e procurador-geral de Justiça); b) Ministérios Públicos dos Estados (promotor de Justiça, procurador de Justiça e procurador-geral de Justiça). (FEITOZA, 2008. p. 589).

Os demais parágrafos e incisos do artigo 128 e artigos seguintes da Constituição Federal clarifica e objetiva a função desta instituição mencionada, o Ministério Público.

3.3 Acusado

É a pessoa a qual se dirige a ação penal, o provável feitor do ato delituoso.

De acordo com o Código de Processo Penal, caso o acusado não atender à intimação dirigida a ele para compor o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem o mesmo, não possa ser efetuado, a autoridade terá o poder de conduzi-lo à sua presença.

Entretanto, pela existência do princípio constitucional da ampla defesa, o Superior Tribunal de Justiça apresentou sua posição dizendo que o fato de o réu comparecer aos atos processuais, em princípio, é um direito e não um dever, não podendo haver, então, eventual condução coercitiva do mesmo para participar do processo e nem mesmo ao interrogatório.

Porém, por não ser possível se desfazer da defesa técnica, a presença de seu defensor público ou constituído, dativo ou nomeado para tal ato é indispensável, diferente da autodefesa, feita pelo próprio réu, que pode ser revogada por ele mesmo, se mantendo em silêncio ou se manifestando contra a vontade de se pronunciar sobre tal fato a ele imputado. Isso sendo possível devido ao princípio *neme tenetur se detegere*, mais conhecido como “direito de se manter calado”, “direito de se manter em silêncio”, “direito de não se auto incriminar”, entre outras expressões utilizadas.

3.4 Defensor e curador

O defensor, no direito processual penal, tem o papel de realizar a defesa técnica o acusado, ou seja, atua como se fosse o advogado, porém para tomar o cargo de “defensor público” é necessário a aprovação no concurso da Defensoria Pública, a qual faz a defesa das pessoas carentes, aquelas que não possuem condições de arcar com as custas processuais.

Para se utilizar de um defensor é necessário a comprovação da renda, no caso, a comprovação de que não tem condições de arcar com as custas.

Existem vários tipos de defensor: a) defensor constituído: atua como advogado e porta uma procuração do acusado – artigo 266 do CPP; b) defensor dativo: é nomeado pelo juiz quando o acusado não tem, não pode ter ou não quer ter um defensor; c) defensor *ad hoc*: é aquele nomeado pelo juiz apenas para um determinado ato processual, quando o defensor dativo ou constituído não comparecer; d) defensor-curador: nomeado ao maior incapaz ou ao índio – é comum o próprio defensor constituído ou dativo ser nomeado como curador, surgindo então a figura do defensor-curador.

No Código de Processo Penal, o defensor, seus atos e deveres estão detalhados do artigo 261 em diante.

A figura do curador é um pouco discutida por ter havido a revogação de um artigo, porém o intuito do curador é acompanhar e cuidar dos bens, patrimônios do menor e maior, absolutamente e relativamente incapaz.

As várias correntes e discussões surgiram quando houve a revogação do artigo 194 do CPP pela Lei nº 10.792/2003, que dispunha: “Se o acusado for menor, proceder-se-á ao interrogatório na presença de curador”. Agora, com a revogação deste artigo, não há mais necessidade de curador.

O artigo 262 e 15 do CPP traziam a mesma finalidade do artigo 194 que fora revogado, que seria nomear curador ao menor acusado, porém entende-se que estes artigos (262 e 15, CPP) também foram revogados, de forma implícita.

Existem várias correntes no sentido de precisar ou não da presença do curador no processo penal. Grande parte da doutrina entende que precisa, inclusive que ele ainda existe, podendo também ser nomeado no caso de revisão criminal (artigo 631 do CPP e 561 do CPPM). Entretanto existe a outra parte da doutrina que entende que, com a revogação, não há mais necessidade do curador presente no processo.

3.5 Auxiliares da justiça

São aqueles que ajudam o Estado a chegar mais perto da verdade dos fatos. O seu dever é de colaborar com a justiça, fazer com que ela seja feita.

Peritos e interpretes são considerados auxiliares da justiça e são tratados do artigo 275 e seguintes do Código de Processo Penal.

3.6 Assistente

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF) prevê que o autor de uma ação penal pública seja sempre o Ministério Público. Embora a vítima do crime não seja quem interpõe o processo, ela pode pedir para intervir, atuando na forma de assistente de acusação, de acordo com o Código de Processo Penal.

Isso foi decidido com o intuito de oportunizar a vítima ou seu representante legal a ingressarem com a causa, mas não como parte, sim como auxiliar do Ministério Público.

Pode figurar como assistente de acusação o próprio ofendido ou seu representante legal. Se, por ventura, houver a ausência destes, ficarão habilitados os filhos, pais, irmãos, cônjuge ou companheiro, mas só podem atuar em caso de morte da vítima.

Para o assistente se habilitar é necessário o acompanhamento de advogado, este que fará pedido ao Juiz responsável pela ação. O Ministério Público também será ouvido a respeito da admissão do assistente, confirmado isso pelo artigo 272 do Código de Processo Penal.

O magistrado ouve o Ministério Público e apenas se manifestará contrariamente se algum aspecto formal for desrespeitado (ex.: se o advogado não ter procuração com poderes expressos).

São conferidos poderes ao assistente, como propor meios de prova, solicitar perícia requerer perguntas às testemunhas (sempre depois do Ministério Público), participar dos debates orais, arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público ou por ele próprio, fazer acareações, busca e apreensão.

Desde que devidamente habilitado, o assistente pode atuar em qualquer fase do processo, contanto que ainda não tenha transitado em julgado.

O Código de Processo Penal trata sobre o assistente do artigo 268 ao 273.

4 AÇÃO PENAL E ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

Para melhor entendermos o instituto da ação, em âmbito processual penal, precisamos estruturá-lo, no que lhe é fundamental, na teoria geral do processo. A ação consiste em um direito subjetivo processual decorrente de um litígio, seja ele civil ou penal. O sujeito, em face de uma pretensão não satisfeita, propõe uma ação, objetivando que o Estado-juiz faça justiça através do exercício da jurisdição.

Em outras palavras, a ação é o instrumento pelo qual o direito do particular, de pedir ao Estado a prestação de sua atividade jurisdicional em determinado caso concreto, se perfaz. E é assim que se perfaz, uma vez que cabe ao Estado a prestação da função jurisdicional aplicando o direito objetivo à situação conflituosa, tendo em vista que a autodefesa (resolução privada dos conflitos de interesses), em seu sentido primitivo, foi “abolida” quando o Estado tomou para si o dever de resolver os conflitos entre os particulares que lhe são levados.

Portanto é este o fundamento do direito de ação. Uma vez que o Estado tem como um dos objetivos administrar a justiça, o particular tem o direito de provocar a prestação jurisdicional daquele.

Uma vez analisada a ação sob a luz da teoria geral do processo, podemos nos especificar partindo para análise da ação sob a perspectiva processual penal. A ação penal consiste no “*direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal Objetivo*” (NORONHA, E. Magalhães. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1964. P. 32).

É também trazido por Capez:

“O direito público subjetivo do Estado-Administração, único titular do poder-dever de punir, de pleitear ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo, com a conseqüente satisfação da pretensão punitiva” (CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 165).

A ação penal, em sede de características, é um direito autônomo, abstrato, subjetivo, público e instrumental, visando, como acima nos referimos, a aplicação do direito penal objetivo em um caso concreto.

A ação penal pode ser dividida tendo como critério básico o sujeito que detém a sua titularidade (legitimidade para agir) – divisão subjetiva. Nesse sentido, a

ação penal será pública quando seu titular for o próprio Estado-Administração, por intermédio do Ministério Público. Em outras palavras, a iniciativa de sua propositura é exclusiva do Ministério Público. É o que nos determina o art. 100, caput, do Código Penal: “Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido” e o art. 129, I da CF/88: “Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

Já a ação penal será privada quando tiver como titular a vítima ou seu representante legal, de acordo com a oportunidade e conveniência que entender cabíveis, tendo em vista que a infração atinge direta e profundamente os interesses da vítima, podendo, assim, optar por preservar sua intimidade e não propor a ação.

Ainda a ação penal pública se subdivide em outras duas: ação penal pública incondicionada e condicionada. Na primeira o Ministério Público promoverá a ação penal independentemente de qualquer condição especial, vontade ou interferência de terceiros. Esta ação é a regra no processo penal e, assim, em casos de omissão legal, a ação penal será pública incondicionada. Já, a propositura da segunda fica subordinada à existência de uma condição especial: representação da vítima (ou de seu representante legal) ou requisição do Ministro da Justiça. Cabe salientar que na ação penal pública condicionada a titularidade ainda é do Ministério Público, mas o oferecimento da denúncia fica subordinado à representação da vítima ou requisição do Ministro da Justiça.

Como vimos a titularidade da ação penal pública condicionada e incondicionada é do Ministério Público (art. 129, I, CF/88), mas de acordo com o art. 268 do Código de Processo Penal o ofendido (vítima da infração penal) tem o direito de, caso queira, auxiliar o Ministério Público na acusação dos crimes que se apuram mediante as ações citadas acima. E assim exercer o papel que se denomina por “assistente de acusação”. Por um raciocínio lógico não há a possibilidade de a figura do assistente existir na ação penal privada, tendo em vista que nesta o ofendido atua como parte necessária e, assim, não poderá dar assistência a si mesmo.

5 APROFUNDANDO NA FIGURA DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

Como vimos o ofendido poderá atuar na ação penal pública auxiliando o Ministério Público na acusação, exercendo, assim, o papel de “assistente de acusação”. Porém sua atuação não é necessária ou imprescindível para o desenvolvimento do processo e, por isso, também é chamado de parte contingente (accessória). Em nosso ordenamento jurídico, o assistente é a única parte contingente legitimada para atuar no processo penal.

O fundamento da atuação do assistente de acusação, pelo nosso entendimento, se dá no fato de que a infração penal faz surgir no ofendido a vontade de reparação civil e, ainda, a aplicação adequada da pena, ou seja, ele anseia não somente pela reparação civil de que lhe é de direito, mas também pela concretização da justiça.

Todavia, para este entendimento há correntes contrárias. Existem, então, duas correntes de pensamento acerca do fundamento da existência do assistente de acusação. A primeira defende a ideia de que o assistente de acusação atua tendo como finalidade a reparação civil, tão somente. Ao auxiliar o Ministério Público na obtenção da condenação e, sendo esta obtida, ele terá para si um título executivo que poderá ser executado no juízo cível como uma indenização pelos danos sofridos. Ficando claro que, no ponto de vista desta corrente, o objetivo do assistente é puramente econômico.

De acordo com este entendimento o assistente somente poderia recorrer caso o réu tenha sido absolvido. Já, em contrapartida à primeira corrente, a segunda entende que o ofendido, quando intervém como assistente, possui a finalidade não voltada somente para a obtenção de um título executivo, mas também para realização da justiça, não sendo o interesse exclusivamente econômico. Nesta última hipótese o assistente poderá recorrer tanto quando o réu for absolvido, como quando ele desejar o aumento da pena imposta.

A última corrente é a majoritária, inclusive já reconhecida em julgados tanto do STF quanto do STJ.

5.1. LEGITIMADOS

O sujeito principal a ser assistente é o ofendido que, caso seja incapaz, será representado por seu representante legal.

Já, no caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, legitimam-se a exercer a assistência o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, de acordo com o art. 31 do CPP. Assim, por união estável se equiparar ao casamento, o companheiro ou a companheira também possuem legitimação, nesses casos.

Devemos nos atentar ao fato de que o comparecimento de um dos sucessores evita a intervenção dos outros que não preencham o mesmo patamar de precedência. Então, a assistência conjunta se dará quando tivermos sucessores que não tenham precedência um sobre o outro. Como por exemplo o pai e a mãe do ofendido morto, ou os irmãos deste.

A princípio, o Código proíbe que o corréu venha a intervir como assistente, como nos determina o art. 270: “O co-réu no mesmo processo não poderá intervir como assistente do Ministério Público.”.

Contudo entendemos que, caso ele já tenha sido absolvido (com trânsito em julgado) em relação ao fato delituoso nada obsta sua intervenção como assistente. Assim, nessa hipótese um “ex corréu” poderá atuar como assistente.

O Poder Público ou a Administração Pública, como regra, não pode intervir como assistente visto que o Ministério Público é o órgão estatal incumbido de persecução penal. Contudo pode se habilitar como assistente, excepcionalmente. Claramente temos previsões legais de intervenção de pessoas jurídicas de direito público. A título de exemplo o CVM e o Banco central do Brasil, em situações de crime contra o Sistema Financeiro Nacional (art. 26, parágrafo único, Lei 7.492/86).

5.2. ADMISSÃO

Só temos a figura do assistente após o recebimento da denúncia (nunca na fase do inquérito), portanto é necessário que haja uma triangularização da relação penal. Somente quando há os sujeitos essenciais do processo. A partir daí o

assistente pode ser admitido em qualquer momento do processo enquanto não passar em julgado a sentença (art. 598 do Código de Processo Penal).

Assim, não cabe assistência em sede de inquérito policial e nem no processo de execução penal.

No caso do júri deve o pedido ser formulado (habilitação) pelo menos cinco dias antes do julgamento para que possa o assistente participar dele (art. 430 Código de Processo Penal). Isso para que a parte contrária tome ciência de que ela vai ter que “lutar” contra mais de um acusador.

O Ministério Público, em tese, é o favorecido pela presença do assistente, uma vez que este tem o objetivo de ajudar o Promotor a obter a condenação para reparar os danos e, também, uma condenação adequada ao réu.

O Ministério Público será ouvido previamente sobre a admissão do assistente (art. 272 Código de Processo Penal), como mero fiscal da lei, observando se estão presentes os requisitos de admissibilidade. Mas ele não pode arguir questão valorativa de que é, por exemplo, desnecessária ou inútil a assistência. Pode impugnar pela ilegalidade da admissão (não ser a vítima o assistente ou deficiência de documentos).

A decisão que admite o assistente, ou não, é irrecorrível, mas poderá ser impugnada mediante mandado de segurança caso o interessado tiver prova pré-constituída no sentido de seu direito (líquido e certo) à assistência ter sido desrespeitado.

Nesse sentido, uma vez admitido, o assistente receberá a causa no estado em que ela se encontrar, como determina o art. 269 do CPP: “O assistente será admitido enquanto não passar em julgado a sentença e receberá a causa no estado em que se achar.”.

5.3. PODERES

Os poderes conferidos ao assistente de acusação estão expressamente previstos e também limitados no art. 271, *caput* do CPP, trazendo inicialmente a ideia de que o assistente pode “propor os meios de prova”. A princípio, todos os tipos, mas há uma restrição sobre a testemunhal. Como temos que fazer

uma interpretação restritiva da lei (diminuir seu alcance para que ela fique harmônica com o resto do ordenamento jurídico – lei alcança mais, mas temos que restringir este alcance), ao analisarmos o art. 41 do CPP vemos que há um momento preclusivo para que a parte arrole as testemunhas que é o oferecimento da denúncia. Assim, para alguns, por esta interpretação sistemática, o assistente não pode arrolar testemunhas, pois o momento é o do oferecimento da denúncia.

Temos uma outra tese que defende que o assistente poderá sugerir ao juiz para que este ouça mais testemunhas, desde que para completar o teto daquelas, dizendo que são imprescindíveis ao esclarecimento dos fatos, sendo de importância maior que o juiz ouça estas testemunhas como testemunhas do júri. O que implicará em uma faculdade para o juiz, ainda que o momento preclusivo tenha passado.

Para corroborar com a tese acima afirmada, Pedro Lenza expõe tal controvérsia, entre os doutrinadores, sobre a possibilidade de arrolar testemunhas:

Vicente Greco Filho, Tourinho Filho e Fernando Capez defendem a inviabilidade da indicação de testemunhas, pois o assistente passa a intervir após o recebimento da denúncia, oportunidade em que já estaria preclusa a faculdade controvertida. Julio Fabbrino Mirabete e Eduardo Espínola Filho, por outro lado, afirmam ser passível admitir a assistência e, concomitantemente, deferir a oitiva de testemunhas por ela arroladas, desde que, se somadas àquelas arroladas na denúncia, não se exceda o número máximo previsto em lei. (LENZA, Pedro, 2012, p. 349)

Entendemos ser mais viável o segundo entendimento.

O segundo poder consiste em “dirigir perguntas às testemunhas” (art. 217, caput, CPP), esta ocorrerá sempre após as perguntas feitas pelo Ministério Público. Além disso, o assistente poderá “aditar o libelo e os articulados” (art. 217, caput, CPP), onde o assistente terá a possibilidade de se manifestar por meio de memorial exercendo assim atividade argumentativa com o fim de influenciar no convencimento do juiz. Poderá, ainda, “participar do debate oral”, “arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público” (art. 217, caput, CPP), “formular quesitos e indicar assistente técnico” (art.159, §3º, CPP) e, por fim, “requerer o desaforamento de julgamento afeto ao Tribunal do Júri (art. 427, caput, CPP).

5.4. LEGITIMIDADE RECURSAL

O ofendido (ou seus sucessores) poderá recorrer em algumas situações, mesmo que não tenha se habilitado como assistente, desde que o Ministério Público não tenha recorrido. Por isso tais recursos são denominados de supletivos. São eles: apelação contra a decisão de impronúncia (art. 584, §1º, CPP); recurso em sentido contra decisão que declara extinta a punibilidade do acusado (art. 584, §1º, CPP) e, por fim, apelação contra sentença relativa a crimes de competência do Tribunal do Júri ou do juiz singular (art. 598, caput, CPP).

Inclusive, possui o interesse, e assim poderá recorrer para aumentar a pena imposta ao réu. Nesse sentido temos o entendimento do STJ e STF:

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. (...) (HC 137.339/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 09/11/2010).

Por fim, o prazo para que o ofendido interponha o recurso irá depender de sua habilitação ou da ausência desta. Caso tenha se habilitado possui o prazo de 05 dias (art. 586 e 593 do CPP) que será contado do término do prazo recursal do Ministério Público. Já, caso não tenha se habilitado como assistente o prazo será de 15 dias (art. 598, CPP) que será contado do término do prazo recursal do Ministério Público. Como determina a súmula 448 do STF:

Súmula 448, STF: “O prazo para o assistente recorrer, supletivamente, começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo do MP”.

Cabe salientar que o assistente não poderá recorrer de decisão concessiva de habeas corpus, como assim prevê a súmula 208 do STF.

6 CONCLUSÃO

Concluimos que, no que se refere ao assistente à luz da Constituição Federal, pensamos e nos adequamos junto a corrente de que a figura do assistente de acusação é constitucional pois vem auxiliar no processo.

A participação assistencial desse sujeito processual é importante para facilitar o desenvolvimento do processo, fazendo com que o seu saber (ou quase saber) da verdade real ajude como que deve ser tratado o acusado.

O assistente se faz presente no processo com o intuito maior de ajudar, podendo então questionar o acusado, testemunhas, produzir provas ou qualquer outro meio para ajudar a concluir o processo com sucesso, direcionando a pena a quem realmente deva cumpri-la.

Mesmo que a figura do assistente não seja imprescindível para que o processo venha se formar e se desenvolver, o objetivo da referida parte acessória em buscar, ainda mais que a reparação do dano, a justiça na aplicação do direito objetivo, faz com que seja traçada uma justiça mais justa. Além de nos demonstrar democracia, transparência e controle externo do Ministério Público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O que faz um assistente de acusação**. Notícia de 01/2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85998-cnj-servico-o-que-faz-um-assistente-de-acusacao>> Acesso em 29 de agosto de 2018

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis**. Niterói – RJ. Editora Impetus, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo – SP. 18ª ed. Editora Atlas S.A, 2008.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Assistente de acusação – breve resumo e atual entendimento jurisprudencial**. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/308502738/assistente-de-acusacao->

[breve-resumo-e-atual-entendimento-jurisprudencial](#)> Acesso em 31 de agosto de 2018

PAES, Janiere Portela Leite. **Uma breve análise acerca dos sujeitos no processo penal: conceitos e funções.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,uma-breve-analise-acerca-dos-sujeitos-no-processo-penal-conceitos-e-funcoes,37961.html>> Acesso em 30 de agosto de 2018

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado.** São Paulo – SP. Editora Saraiva, 2012.

VIDOTTO, Guilherme Santos. **O ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58991/o-assistente-de-acusacao-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988/1#>> Acesso em 31 de agosto de 2018