

## Proposta de Enunciado:

- **A Defensoria Pública não possui legitimidade para atuar na qualidade de assistente de acusação como espécie de “*custos vulnerabilis*”, somente sendo admitida sua atuação quando prestar assistência jurídica ao ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, ao cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou o irmão do ofendido, nos termos do art. 268 do CPP.**

**Autores: Gustavo Pereira Silva (MPBA) e Marina Miranda Almeida das Neves (MPBA).**

## Fundamentação:

Trata-se de raciocínio desenvolvido através do cenário nacional em que a Defensoria Pública brasileira vem atuando ou pretendendo atuar em processos criminais, em especial de crimes dolosos contra vida como figura assistencial qualificada. Uma inovação doutrinária em que a instituição, sem previsão constitucional e legal, busca atuar em tais feitos independente da vontade da vítima ou seus sucessores, através de suposto mandamento implícito de legitimidade extraordinária para defesa dos interesses dos vulneráveis.

Inicialmente, a figura do *assistente de acusação* encontra-se tipificada no Capítulo VI do Código de Processo Penal, senão vejamos:

Art. 268. 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.

Art. 269. O assistente será admitido enquanto não passar em julgado a sentença e receberá a causa no estado em que se achar.

Art. 270. O corréu no mesmo processo não poderá intervir como assistente do Ministério Público.

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.

§ 1º O juiz, ouvido o Ministério Público, decidirá acerca da realização das provas propostas pelo assistente.

§ 2º O processo prosseguirá independentemente de nova intimação do assistente, quando este, intimado, deixar de comparecer a qualquer dos atos da instrução ou do julgamento, sem motivo de força maior devidamente comprovado.

Art. 272. O Ministério Público será ouvido previamente sobre a admissão do assistente.

Art. 273. Do despacho que admitir, ou não, o assistente, não caberá recurso, devendo, entretanto, constar dos autos o pedido e a decisão.

A Defensoria Pública, imprescindível no Estado Democrático de Direito, notadamente em se tratando de um país com profundas desigualdades sociais, é instituição vocacionada para a defesa dos mais necessitados, conforme previsão constitucional:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Especificamente no que diz respeito à vítima mulher em situação de violência doméstica, a Lei Complementar n. 80/1994 prevê o seguinte:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.

Especificamente sobre o tema da violência doméstica, a Lei n. 11.340/2006 dispõe:

Art. 28. É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.

Neste ponto, merece destaque o fato de que, a respeito da possibilidade de oposição do *Parquet* a pleitos formulados para atuar como assistente de acusação, a questão é se a figura do assistente da acusação deve ser admitida no processo penal brasileiro no caso de **falta de legitimação do solicitante**<sup>1</sup>.

**Essa é justamente o ponto da tese.**

Repita-se: não se parte de um juízo discricionário acerca da intervenção da vítima ou seus familiares nos casos de crimes dolosos contra a vítima, ao contrário. O que se busca é, acima de tudo, a **interpretação fidedigna das normas jurídicas** afetas ao tema e, em último caso, a **eficiência e legalidade** do processo penal.

---

<sup>1</sup> Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. 21 Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2022, pg. 272.

Como se pode notar, apesar da intenção manifestada pela Defensoria Pública no sentido de ser a instituição a guardiã dos vulneráveis, verifica-se que **em nenhum dos dispositivos legais acima mencionados está previsto que tal órgão poderá atuar como assistente de acusação** a revelia da vontade da vítima ou seus sucessores.

E, em se tratando de instituição estatal, mantido com recursos públicos, é certo que toda e qualquer atuação deve estar pautada na Constituição e em lei. A título de exemplo em sentido contrário, quando pretendeu o legislador, espelhando a vontade dos cidadãos eleitores, que a Ordem dos Advogados do Brasil atuasse na assistência em processos criminais, assim previu expressamente no artigo 49 da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB).

Outro exemplo: a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública dispõe expressamente a legitimidade para patrocinar a ação penal privada e a subsidiária da pública (art. 4ª, XV). Assim, a jurisprudência dos tribunais de consolidou que não existe empecilho a que a Defensoria Pública represente as vítimas de um delito, habilitadas no feito como assistentes de acusação, neste sentido é RMS n. 45.793/SC. Inclusive, tal posição encontra eco em diversas leis orgânicas de Defensoris Públicas Estaduais.

O que é não há é admissibilidade nem autorização legal para a Defensoria Pública atuar em nome próprio, na suposta defesa da vítima ou seus sucessores, na como assistente de acusação autônomo, a revelia do que dispõe o Art. 288 do CPP.

**Ao *Parquet*, no entanto, o legislador expressamente previu a função institucional de promover, privativamente, a ação penal pública, conforme art. 129, inciso I, da Constituição Federal.**

Merece destaque, também, o fato de que o Ministério Público, ao conduzir a ação penal pública atua em nome do Estado **tutelando a vítima**, uma vez que, de acordo com a norma prevista no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, o magistrado ao prolatar a sentença condenatória determinará o valor mínimo para a reparação dos danos causados pelo fato delituoso, e o Órgão Ministerial, por sua vez, tem o dever de defender os direitos

da vítima quanto a essa reparação.

Com efeito, cabe à União disciplinar o processo, sua estrutura dialógica e tudo que a ele se relacione em normas gerais, pois é nesta esfera legislativa que serão traçados, exemplificativamente, o desenho jurídico de categorias jurídicas, sanções e controle dos sujeitos processuais, etc. Desconhece-se a figura jurídica de “*custos vulnerabilis*”, que sequer foi criada por Lei Processual afeta à União. Desconhece-se qualquer legislação autorizada a regradar sobre Direito Processual, em sua normatização geral e *erga omnes*, que confeccionou a figura do assistente de acusação pro populo.

Em que pese a vocação constitucional para atuar, de um modo geral, em nome de cidadãos que não possuem recursos para a contratação de um advogado particular, é certo que, **em se tratando de processo criminal de competência do Tribunal do Júri, tal assistência se amolda à defesa dos acusados, não das vítimas de crimes dolosos contra a vida**, eis que estas já possuem sua “defesa” realizada pelo Ministério Público, em nome do Estado, por assim dizer – repita-se.

E, em se tratando do Ministério Público a nível nacional que objetiva a implementação de diversos programas de acolhimento a vítimas de crimes dolosos contra vida, buscando se oferecer acompanhamento das famílias que perderam seus entes em contexto de homicídio – ou aos próprios ofendidos, no caso de crimes tentados –, desde a oitiva na Delegacia de Polícia, passando pela instrução processual e o Plenário do Júri, até a execução penal.

Ademais, a Resolução n. 243 do CNMP determina que o Ministério Público deverá zelar para que as vítimas tenham participação efetiva na fase da investigação e no processo, seja por meio da materialização do direito de serem ouvidas, de terem seus bens restituídos, de apresentarem elementos de prova, etc. (art. 8º da Resolução). O dispositivo visa aproximar o promotor da vítima ou seus familiares, tratando-os não de forma burocrática, mas com importância e dignidade humana e processual<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> 2 CAMPOS, Walfredo Cunha. Tribunal do Júri, 8. Ed, 2022, pg. 228

Outros três pontos merecem ser suscitados.

**PRIMEIRO**, como justificar para o cidadão contribuinte que dois órgãos públicos atuarão conjuntamente em um dos lados do processo (acusação), sem que isso lhe pareça dispendioso em termos de distribuição de recursos, tendo em vista que o Ministério Público, historicamente, já cumpre seu papel como órgão que promove a justiça em processos criminais? Ao que parece, a “duplicidade” estatal em um dos polos da demanda teria o condão de causar estranheza, tendo em vista o notório dispêndio de recursos absolutamente escassos, principalmente em um Estado tão necessitado quanto a Bahia.

Não há legitimidade para a Defensoria Pública atuar nesse caso com assistente de acusação. Não se pode utilizar dois órgãos públicos para buscar os mesmos fins no processo, o que geraria uma dupla defesa dos interesses da vítima pelo Estado, que já responde com dificuldades em relação à grande demanda para defesa jurídica da sociedade.

**Há nítida ofensa ao Princípio da Paridade de Armas, ofendendo a igualdade de tratamento entre as partes do processo em relação ao exercício de direitos, uma vez que o polo da acusação estaria composta por duas instituições públicas voltadas para exercer a função acusatória. Ofende-se os princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e até mesmo do direito à igualdade.**

**SEGUNDO**, parece haver um desvirtuamento da figura da vítima como sujeito de direitos e sua liberdade de escolher o causídico que a defenderá no processo. Isso porque os precarizados economicamente não têm, pela Constituição Republicana, sua autotomia privada subtraída: eles também podem exercer o direito de escolher quem exercerá o patrocínio de suas causas.

Dito de outra forma, a vítima direta ou indireta do crime perde autonomia, não teria como escolher para a defesa de seus interesses um advogado privado ou defensor público o que, a princípio, destoa do *mens legis* do instituto em comento – a assistência de acusação. **Trata-se de prática paternalista que retira, por completo, a autonomia do principal sujeito da relação criminal, a vítima, seja ela direta ou indireta.**

Em casos como o presente, uma vez que o Estado promoverá a defesa da sociedade e da vítima através do Ministério Público, é preciso que haja algum **interesse particular, uma preocupação específica**, para que o ofendido empreenda esforços no sentido de constituir um defensor para atuar ao lado do *Parquet*, que já exerce suas funções através de membros representantes de um Órgão que tem a missão constitucional de defesa das vítimas – repita-se à exaustão.

E, diga-se de passagem, não há que se falar em letimidade extraordinária. Em outras palavras, a iniciativa deve partir da própria vítima ou seus sucessores. Exatamente com base nessa linha de raciocínio é que não se admite a nomeação de assistente de acusação de ofício pelo juiz, senão vejamos:

Inadmissibilidade. **Cabe, exclusivamente, à vítima e seus parentes**, na forma prevista pelo art. 31 do CPP, requerer o ingresso em juízo, no polo ativo, para atuar contra o acusado. Não há cabimento algum para o magistrado, atuando de ofício, sem nenhum pedido, determinar o ingresso de pessoa ofendida para funcionar como assistente de acusação” (NUCCI, Guilherme de Souza. 21 Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2022, pg. 270).

Outro item que merece destaque é a eventual situação em que a Defensoria Pública, **como instituição** – dado o desvirtuamento da figura do assistente de acusação, conforme aqui sustentado – atuando parcialmente na defesa do acusado, figure à direita do magistrado, na Sessão do Tribunal do Júri, na condição de assistente da acusação, sob pena de patente **conflito de interesses**.

Enfrentando tema semelhante, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina pontuou:

"Portanto, **não nos parece acertado que a Defensoria Pública de Santa Catarina venha se habilitar na condição de assistente de acusação nos presentes autos. eis que tal prerrogativa, como dito, não encontra eco nas normas que a regem**, além do fato de que se verifica, ou pode se verificar no presente feito, a ocorrência de um possível **conflito de interesses**, na medida em que a Defensoria Pública poderá ser convocada, provavelmente, a atuar em favor de algum(ns) do(s) acusado(s) nos presentes autos, e ao ser deliberada pela sua habilitação na condição de assistente de acusação, também essa instituição **acabará por atuar na acusação dos mesmos indivíduos que ora estará defendendo em momento processual seguinte, ou seja, estará a mesma instituição nos dois pólos da ação, o que não é possível e permitido por lei, e tampouco salutar, de qualquer modo**". (TJSC. Processo: 2013.073074-9 (Acórdão do Tribunal de Justiça) Relator: Marli Mosimann Vargas Origem: Joinville Orgão Julgador: Primeira Câmara Criminal Julgado em: 10/12/2013 Classe: Mandado de Segurança).

Neste sentido, não se conhece no direito pátrio a extensão da categoria jurídica da representação processual que amplie seu raio para além do que a norma jurídica efetivamente prevê, precisamente, quando a lei lhe acomete atuação dispositiva e individual.

**TERCEIRO**, como consectário lógico do segundo ponto acima mencionado, estaria a Defensoria Pública escolhendo casos específicos (em especial, de feminicídios), para atuar como assistente da vítima? E as famílias dos demais casos, a exemplo da criminalidade que tem como pano de fundo a guerra de facções criminosas que tanto afeta os cidadãos brasileiros, seriam menos suscetíveis a receber essa dupla atenção estatal?

Atualmente, tem se prodigalizado artigos articulados, casuisticamente, no sentido de ampliar o conceito constitucional de necessitados, assemelhando-o ao conceito de vulnerável. Com a devida *venia*, vê-se com claras reservas o equívoco de tal mimetização. Esta diferenciação é antiga. Remete a priscas eras da edificação da tutela coletiva no cenário pátrio.

Há posições jurídicas ostentadas pelas partes, em algumas relações, nas quais certos grupos, independentemente das condições financeiras particulares, mas pelas vicissitudes (episódicas) no contexto em que se encontram (seja no processo ou no próprio direito material), plasmam-se em suas projeções figurativas com um *minus*<sup>3</sup>.

Foi nesta senda que o Código de Defesa do Consumidor talhou as primeiras e mais relevantes linhas teóricas do abismo diferenciador que colhem estes conceitos: parecidos, mas não idênticos, repise-se. No âmbito do Direito Penal há delitos nos quais se observam a individuação de vítimas imediatas. É certo que, nesta condição, toda e qualquer pessoa está vulnerável. A vulnerabilidade jurídica não é uma projeção pessoal, mas sim uma condição episódica, observada em determinados contextos. E esta vulnerabilidade ressoa independentemente da projeção patrimonial do indivíduo<sup>4</sup>.

Os assim entendidos sujeitos passivos na relação de direito penal são, por essência, vulneráveis. Ora, uma vez atingidas suas esferas jurídicas, em grau de ofensividade material, restam estes sujeitos vitimizados e ofendidos no seu bem jurídico de mais alta dignidade, pois colhidos no residual ambiente jurídico de conhecidas notas de fragmentariedade e subsidiariedade.

Se é verdade que toda vítima está vulnerável, é também correto aferir que nem toda vítima é hipossuficiente de recursos. Mimetizar ambos os conceitos para ampliar o arco de atuação de um órgão, que não foi destinado a tanto, é desalinhá-lo do propósito constitucional. Existe uma tutela que insculpiu um desiderato claro à nobre função ostentada pela Defensoria Pública: a defesa integral de parcela populacional que está precarizada economicamente.

---

<sup>3</sup> KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. Revista de Direito do Consumidor, v. 99, p. 101-123, 2015.

<sup>4</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. Editora Revista dos Tribunais, 2008. MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?. Revista da Faculdade de Direito, v. 1, n. 22, 2002.

São estas pessoas necessitadas a quem a nobre instituição da Defensoria está à disposição.