

CONSELHO DOS PROCURADORES E PROMOTORES DE JUSTIÇA COM ATUAÇÃO NA ÁREA
CRIMINAL

A Coordenadora das Procuradorias de Justiça Criminais e presidente do CONCRIM, nos termos do Ato Normativo nº 32/2020, convoca Reunião Virtual Ordinária do CONCRIM, a ser realizada no próximo dia 16 de MARÇO de 2023, quinta -feira, às 16 h, por meio de solução tecnológica de comunicação telepresencial, o Microsoft Teams, com a seguinte ordem do dia:

1. Proposta de Alteração do Regimento Interno, para adequá-lo ao Ato n. 07/2023, publicado no DPJ de 14/02/2023.
2. Proposta de Enunciado nº 34: A Defensoria Pública não possui legitimidade para atuar na qualidade assistente de acusação como espécie de “custos vulnerabilis”. (Promotora de Justiça Marina Miranda Almeida das Neves)
3. O que ocorrer.

O acesso ao ambiente virtual da sessão se dará por meio de link, a ser enviado, até 15 (quinze) minutos antes do início da reunião, à caixa de e-mail institucional de todos(as) os(as) membros do Ministério Público. Conselho dos Procuradores e Promotores de Justiça com Atuação na Área Criminal, em 16 de março de 2023.

MÁRCIA LUZIA GUEDES DE LIMA
Procuradora de Justiça
Coordenadora das Procuradorias de Justiça Criminais
Presidente do CONCRIM

Proposta de Enunciado:

• *A Defensoria Pública não possui legitimidade para atuar na qualidade assistente de acusação como espécie de “custos vulnerabilis”.*

Fundamentação:

Trata-se de raciocínio desenvolvido durante manifestação desta Agente Ministerial a respeito do pedido da Defensoria Pública do Estado da Bahia para figurar em processo de feminicídio como assistente de acusação, feito que tramita na Vara do Júri da Comarca de Feira de Santana

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.

Semelhante é a previsão da Lei Complementar Estadual n. 11.377/2009.

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, este Órgão filia-se à corrente doutrinária no sentido de que somente deve ocorrer em caso de falta de legitimação do solicitante.

E esse é justamente o caso dos autos.

Repita-se: a presente manifestação não parte de um juízo discricionário acerca da intervenção da vítima de feminicídio tentado em questão, 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 do processo penal.

Como se pode notar, apesar de louvável a intenção manifestada pelo Ilustre representante da Defensoria Pública que subscreveu a petição, verifica-se que em nenhum dos dispositivos legais acima mencionados está previsto que tal órgão poderá atuar como assistente de acusação.

E, em se tratando de órgão estatal, mantido com recursos públicos, é certo que toda e qualquer atuação deve estar pautada 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). Portanto, se o legislador quisesse atribuir à Defensoria Pública a função de assistente de acusação, assim teria feito.

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 reger 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 do Estado da Bahia, na Comarca de Feira de Santana, tal “duplicidade” de atuação em defesa das vítimas assume contornos de verdadeira redundância, o que se afirma em razão do Projeto “Vítima Acolhida”, desenvolvido pelas Promotorias de Justiça que atuam perante a Vara do Júri com apoio do CAOCRIM (Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público), que objetiva 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.

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.

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, o assistido não teria como escolher um defensor público específico para patrocinar seus interesses, o que, a princípio, destoa do *mens legis* do instituto em comento – a assistência de acusação.

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, no presente caso, não há nos autos qualquer indício de que foi a vítima que manifestou o interesse de intervir em todos os termos da ação penal pública. Em outras palavras, a iniciativa deve partir da própria vítima. 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 Órgão 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 (como o presente, de feminicídio), 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 a feta os cidadãos desta Comarca, seriam menos suscetíveis a receber essa dupla atenção estatal?

Sobre este aspecto, vale uma singela digressão.

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*.

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. 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.

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

Conclusão:

Sendo assim, considerando que trata-se de tema que extrapola os estreitos limites do caso concreto debatido, feitas tais considerações, submeto a presente proposta de enunciado ao Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado da Bahia (CAOCRIM) a fim de que o tema seja debatido a nível institucional.

Feira de Santana/BA, datado e assinado eletronicamente.
Marina Miranda Almeida das Neves
Promotora de Justiça Substituta

