

Assistente: a condição de vítima como limite à sua atividade

Christiano F. Fragoso

A assistência ao Ministério Público é um dos institutos de direito processual penal que mais suscita divergências doutrinárias. As disposições legais existentes no Código de Processo Penal (arts. 268 a 273) nem de longe solucionam as questões decorrentes da possibilidade de intervenção da vítima na ação penal pública.

No direito brasileiro, a possibilidade de intervenção da vítima no processo penal foi prevista primitivamente pelo Código Penal de 1890, que preceituava que nos processos iniciados “*por denuncia ou ex officio, poderá intervir a parte offendida para auxiliá-lo*” (art. 408, *in fine*). A Consolidação das Leis Penais, de **Vicente Piragibe**, continha disposição idêntica (art. 408, *in fine*, dec. n.º 22.213, de 14.12.1932). O ofendido podia, então, habilitar-se como *auxiliar da acusação*. Os antecedentes legislativos da utilização da expressão *assistente*, certamente mais técnica, parecem ser os Códigos de Processo Penal dos estados do Rio Grande do Sul (Dec. n.º 24, 15.12.1898) e de Minas Geraes (Dec. n.º 7.259/26). O art. 30, § 2.º, CPP/MG previa que “*em todos os termos da acção intentada denuncia ou ex officio poderá intervir a parte offendida para auxiliar o ministerio publico, como assistente*”. O Projeto **Vicente Ráo**, primeira tentativa de unificação nacional do direito processual, mantinha a possibilidade de intervenção do ofendido no processo criminal, referindo-se a ele ora como o *auxiliar da acusação* (arts. 287, § 6.º), ora como o *assistente* (arts. 317, 318 e 320). O C.P.P. de

1942, como se sabe, consagra a denominação *assistente*. Ao longo de todos esses diplomas legais, a extensão dos poderes conferidos à vítima (seja como auxiliar da acusação, seja como assistente) sempre foi (e continua sendo) objeto de candente controvérsia. Promulgado há cerca de seis décadas, o C.P.P. permanece, nesta matéria, absolutamente inalterado; não houve qualquer modificação na redação original e, posto que necessária, não se verifica tendência de reforma.

Inúmeras são as discussões que, ao longo desse largo tempo, vêm sendo travadas pela doutrina e perante os tribunais, muitas ainda pendentes de solução minimamente segura. Discrepa-se quanto à possibilidade de ente estatal habilitar-se como assistente; quanto à aceitabilidade da intervenção do assistente em ação de *habeas corpus* impetrada contra decisão proferida no curso da ação penal; e quanto à possibilidade de o assistente apresentar certos requerimentos e propor determinados meios de prova (principalmente a testemunhal). Campeia obscuridade quer no que toca à possibilidade de uso de certos meios de impugnação (v.g. desaforamento, reclamação, etc.), quer no que concerne à extensão que se pode conferir a determinados meios de impugnação utilizados pelo assistente, quer, ainda, quanto ao termo de início e à duração de prazos para a interposição de alguns recursos. Discute-se, até hoje, a natureza jurídica do assistente (simples ou litisconsorcial), bem como o fundamento sociológico do interesse da vítima no processo penal.

É altamente democrática a participação da vítima no processo criminal, constituindo fator de transparência para a Justiça e de controle da atividade

ministerial, devendo ser mantida. A admissão de terceiros no processo constitui, inclusive, um dos mais eficazes modos de garantir o acesso à justiça (**Mauro Cappelletti/Bryant Garth**). Qualquer abuso eventual pode ser eficazmente reprimido pela prudente discricção da autoridade judiciária.

Embora esposada por eminentes professores (**Marcellus Polastri Lima**, “A assistência ao Ministério Público e a Constituição de 1988”, *in* *Temas controvertidos de Direito e Processo Penal*, ed. Lumen Juris, Rio, 2000, p. 161; e **Lenio Luiz Streck**, *Tribunal de Júri, Símbolos e Rituais*, Livraria do Advogado, 4.^a ed., p. 166; dentre outros), deve ser rechaçada a tese de que, com a promulgação da Constituição de 1988, a figura do assistente seria incompatível com a privatividade da ação penal pública, atribuída ao Ministério Público no art. 129, I, CF (“*Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;*”). Não há qualquer incompatibilidade. O assistente não promove a ação penal, sendo mero auxiliar do verdadeiro promotor. Ademais, “*na forma da lei*”, o assistente é admitido. Nem a ação penal subsidiária (mesmo porque prevista na CF), nem mesmo a apelação supletiva da vítima (art. 598, CPP) são incompatíveis com tal privatividade. Quanto a esse último aspecto, a matéria já foi decidida pelo eg. STF, em decisão da lavra do excelente Min. **Sepúlveda Pertence**, que esclarece magistralmente que “*o direito de recorrer, que nasce no processo - embora condicionado ao exercício e instrumentalmente conexo ao direito de ação, que preexiste ao processo - a ele não se pode reduzir, sem abstração das diferenças substanciais que os distinguem*”. (Pleno, HC 68.413, DJU 18.10.91, p. 14.549).

Dentre tais questões, que somente podem ser brevemente mencionadas no âmbito deste trabalho, muitas ainda padecem de indefinição legal, somente encontrando respostas interinas, desprovidas de firmeza, plasmadas ao sabor de ideologias momentâneas, o que contribui para indesejável insegurança jurídica.

Nos estreitos lindes deste trabalho, proponho-me tão somente a suscitar à reflexão um ponto que, embora importante na prática, não tem merecido justa atenção. A questão se relaciona com a extensão dos poderes do assistente quando, num mesmo processo, haja outros delitos dos quais ele *não* seja vítima.

Parece-me que a extensão dos poderes conferidos ao assistente deve ser limitada à discussão dos fatos de que é vítima. Sua condição de vítima é não só o fundamento, mas também um dos limites necessários aos poderes processuais do assistente. É natural que o interesse da parte, que funda sua legitimidade, também restrinja a extensão de seus poderes.

Alguns exemplos ilustram a questão: (a) num certo processo, os réus são condenados por roubo e absolvidos de uma imputação de quadrilha, e, em seguida, a vítima do roubo apela *tão somente* para buscar a condenação por quadrilha; (b) acusado de três lesões corporais culposas causadas em um determinado acidente de trânsito, o réu é absolvido em 1.º grau; não houve recurso ministerial, somente apelando uma das vítimas; (c) vítima de apenas *um* dos furtos de uma série continuada contra vítimas diferentes em datas diversas, o assistente formula perguntas a uma testemunha sobre outro furto da série; (d) Pedro e José são vítimas de agressão em uma boate, sofrendo ambos lesões corporais graves; no curso do processo contra o agressor, Pedro, assistente,

requer exame complementar de corpo de delito em José, para demonstrar que, neste, as lesões foram gravíssimas.

Assim, face à natural limitação, no caso *a*, a apelação não pode ser conhecida pelo tribunal (uma vez que o lesado no crime patrimonial não é sujeito passivo do crime de quadrilha, que é delito contra a paz pública); no caso *b*, o apelo só pode ser parcialmente conhecido, no que toca à discussão quanto ao crime de que o apelante é vítima (quanto aos demais crimes, nenhum dos legitimados discordou, transitando em julgado a sentença nesta parte, o que não pode ser desrespeitado); e nos casos *c* e *d*, os requerimentos, salvo se o requerente esclarecer qual é a sua relevância para a apuração do delito que lhe atingiu (o que só pode ser visto caso a caso), devem ser indeferidos (o que não impede que o juiz, de ofício, ou a pedido de parte legítima, as determine).

O C.P.P. é omissivo, o que, todavia, não impede tal interpretação. Essa limitação não representa gravame a qualquer interesse jurídico da vítima (repercussão em um interesse *puramente* moral não é suficiente) e está na natureza das coisas. Como sustenta, com propriedade, **Claus-Wilhelm Canaris**, “*para além da lei e do costume, também podem conduzir a alterações do sistema objetivo aqueles princípios gerais do Direito que representam emanações da idéia de Direito e da natureza das coisas*” (*Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 2.^a ed., trad. Menezes Cordeiro, ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1996, p. 121).

Salvo engano, a doutrina processual penal, ao menos nas obras gerais, não tem feito referência a este tipo de limitação, embora venha sempre se ocupando

vivamente de variadas questões relativas à extensão dos poderes atribuídos ao assistente. Considerações sobre este tipo de limitação ao poder de intervenção da vítima são encontradas, ao que parece, apenas uns poucos julgados. Há notícia de dois precedentes do eg. Supremo Tribunal Federal, em que, em decisões por maioria de votos, reconheceu-se tal limitação no que toca aos *recursos* interpostos pelo assistente.

No HC 40.704/MG (em acórdão redatado pelo e. Min. **Vilas Boas**), decidiu-se, como noticia **Heleno Fragoso**, que “*há julgamento ultra petita se o tribunal, dando provimento a apelação de assistente de acusação de uma das vítimas agrava a pena do condenado por fato relativo a outra vítima em relação à qual não houve recurso*”, tendo o STF mandado “*reduzir a pena, atendendo ao que foi devolvido ao tribunal para julgar*”. (cf. *Jurisprudência Criminal*, 4.^a ed., Forense, Rio, 1982, nota 35, p. 179; Pleno, DJ 07.04.65). No mesmo sentido orienta-se o HC 77.704/RJ, relatado pelo e. Min. **Sydney Sanches**, que restabeleceu parcialmente suspensão condicional do processo concedida em 1.º grau (em feito que apurava três delitos de trânsito – uma lesão culposa e dois homicídios culposos – cometidos em único atropelamento) e que havia sido totalmente cassada pelo então TACrim-RJ por apelo de apenas uma das vítimas. Restabeleceu-se a suspensão quanto aos delitos que não atingiram o único apelante (1.^a T., DJ 15.09.00, p. 118).

Poder-se-ia dizer (como argumentou o Min. **Moreira Alves**, no julgamento do HC 77.704, para denegar a ordem), que, no caso de concurso formal de delitos

ou de crime continuado, não poderia ser aplicada tal limitação, uma vez que poderia acarretar, em alguns casos, inadmissível cisão processual.

Ora, não há qualquer óbice à cisão processual, uma vez que a regra do processo único em casos de conexão ou continência, como se sabe, não constitui um dogma absoluto. Regras processuais (cf. arts. 79 e 80, CPP), até imprecisas demais, e mesmo súmulas (cf. Súmula 235, STJ) impedem a reunião de feitos e permitem o desmembramento de processo que apura fatos que guardem relação de conexão ou continência.

Aliás, na imensa maioria dos casos, não há cisão processual, mas, no caso de recurso, uma mera limitação objetiva da matéria devolvida ao tribunal. Este tipo de limitação já ocorre no processo penal, quando se pensa, p. ex., na representação criminal. Suponha-se que três pedestres foram atropelados por um motorista desatento e restaram levemente feridos. Ora, é patente que, apesar do concurso formal de delitos, tão somente aqueles delitos em que houver representações das respectivas vítimas serão objeto do processo criminal, não podendo a representação de uma das vítimas suprir a inexistência da de outra. Quanto à representação, esta é uma solução pacífica, embora também não haja norma específica sobre o assunto, diferentemente do que ocorre na legislação italiana (v. art. 122, CP italiano).

Ademais, as regras do concurso formal e do crime continuado, de inspiração liberal, servem unicamente à aplicação da pena, não podendo ser utilizadas para a atribuição ou a extensão de legitimidade processual. Como afirmou o Min. **Sepúlveda Pertence** em seu voto no HC 77.704/RJ, “*para*

estabelecer a legitimação do ofendido e, conseqüentemente, delimitar o âmbito material dessa legitimação, se tem que considerar os crimes como entidades diversas. (...) Não vejo por que o concurso formal, que, repito, é apenas um instituto de aplicação da pena, haja de impor solução diversa.”

Na Alemanha, que possui legislação liberal nesta matéria (lá a vítima pode até propor queixa em caso de arquivamento de inquérito — § 400, II, StPO), há disposição explícita que restringe os poderes recursais do assistente ao crime de que é vítima. O § 400, I, da StPO, preceitua: “O assistente não pode impugnar a sentença com o objetivo de que uma outra conseqüência jurídica do fato seja imposta ou com o objetivo de que o acusado seja condenado por uma violação à lei que não o legitima a ligar-se à relação processual.”

Gerd Pfeiffer, ex-presidente do eg. STF alemão (Bundesgerichtshof), ressalta que *“o recurso somente pode ser fundado em que as normas jurídicas relativas ao crime de que é assistente foram violadas. (...) Encontrando-se o crime que vitimou o assistente em concurso delitivo com outro que não o legitime à assistência, então este último não é considerado no juízo de admissibilidade do recurso, que sempre se restringe à sua legitimação”*. (Pfeiffer—Fischer, *Strafprozessordnung*, ed. Beck, Munique, 1995, p. 882).

É relevante notar que já antes de a lei alemã prever expressamente tal limitação (o que só ocorreu com a lei de proteção às vítimas de 18.12.86), a doutrina e os tribunais já a aplicavam. O assistente (*Nebenkläger*), já naquela época, só podia apresentar requerimentos e interpor recursos na medida em que guardassem relação com os delitos de que era vítima, não podendo intervir quanto

às discussões exclusivamente relacionadas aos demais crimes (**Löwe-Rosenberg-Sarstedt**, *Die Strafprozessordnung – Grosskommentar*, v. II, 11.^a ed., De Gruyter, Berlim, 1965, p. 107; **E. Schmidt**, *Lehrkommentar*, v. II, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1957, p. 1.156, **Karl Peters**, *Strafprozess*, 4.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1985, p. 584; RGSt, BGHSt, v. 43, p. 15).

É claro que tal limitação elementar, já reconhecida pelos tribunais nacionais quanto aos poderes recursais, pode e deve ser estendido aos demais poderes concedidos ao assistente. Em suma, a condição de vítima, além de fundamentar, limita naturalmente a atuação do assistente. É um princípio que deve permear toda a atividade do assistente e que, parece-nos, pode ser aplicado, tal como ocorreu na Alemanha, pelos tribunais e pela doutrina, independentemente de expressa menção legal.

Publicado em Boletim do IBCCrim n.º 117, de agosto/2002