DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: O (DES)ASSISTIDO PELA CONSTITUIÇÃO

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo, mestrando em Direito Público na linha de *Limites à Validade do Discurso Jurídico* junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduado em Ciências Criminais junto à Fundação Faculdade de Direito vinculada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Penal e Processo penal da Universidade Católica do Salvador, Professor de Direito Penal da Faculdade Baiana de Ciências, Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador (UNIFACS). Analista Previdenciário do INSS-BA junto à Procuradoria Federal Especializada.

"Eu prefiro ser essa metamorfose ambulante, do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo. Eu vou desdizer aquilo tudo aquilo que eu lhe disse antes..." (Metamorfose Ambulante, Raul Seixas).

RESUMO: Entendendo o Direito como um Sistema Aberto, o presente trabalho, após fazer uma análise dos dispositivos do Código de Processo Penal acerca do Assistente de Acusação, sustenta que tal sujeito processual não foi recepcionado pela Constituição da República, destacando, no momento seguinte, os aspectos criminológicos que envolvem o tema, para, ao final, formular as pertinentes conclusões.

ABSTRACT: Understanding the Right as an Opened System, the present work, after to make an analysis of the devices of the Code of criminal procedure concerning the Accusation Assistant, it supports

that such procedural citizen was not recepcionado by the Constitution of the Republic, detaching, at the following moment, the Criminologic aspects that involve the subject, for, to the end, to formulate the pertinent conclusions.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema aberto; não recepção; assistente de acusação.

KEYWORDS: Open system; not reception; accusation assistant.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O direito como um sistema aberto; 3.Da não-recepção pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 do assistente de acusação; 4. Aspectos criminológicos acerca do tema; 6. Da conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Ter a consciência de que o Código de Processo Penal que se encontra em vigor nos dias atuais foi elaborado nos idos de 1941, deve ser a primeira grande preocupação científica do estudioso do Processo Penal do século XXI. Perceber que tal código foi produzido num contexto histórico ditatorial-autoritário, é recomendação indispensável para qualquer estudo que seja feito sobre o mesmo. Afinal, a lei processual penal pátria é marcada quer pela orientação fascista do Código de Rocco, quer pela ideologia autoritária da ditadura Vargas.

Ademais, não se deve olvidar a circunstância histórica de que quando tal código foi confeccionado, o Brasil suportava o horror da ditadura do *Estado Novo* e o Mundo atravessava o auge da Segunda Grande Guerra. Pois bem, diante deste contexto histórico marcado pelo desprezo aos valores democráticos, o Código de Processo Penal é o produto mais evidente deste período sombrio de nossa história.

Nesse sentido, são válidas as palavras de ELIZABETH CANCELLI, ao discorrer sobre a Polícia na Era Vargas:

> "Por isso, este Estado procurava se sobrepor à lei, para tornar efetivo o que ela (na Justiça) não previra para a boa ordem comum. O direito, porém, tenderia a se realizar tanto quanto possível através da lei, e o conflito entre a Polícia e a Justiça se operava, porque a Polícia precisava do arbítrio e a Justiça lançava normas. Mas a Justiça é lenta e a Polícia é mobilíssima, daí aquela precisar do auxílio desta"[1].

Como consequência deste cenário, tal código de ritos é impregnado por ideologias ditatoriais. Nesse sentido, é emblemática a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal da lavra do Ministro Francisco Campos[2], vez que a mesma, em diversas passagens, revela o seu caráter acentuadamente autoritário.

Desta forma, convém transcrever breve passagem da Exposição de Motivos acerca da Reparação do Dano "Ex Delicto", de sorte a evidenciar o seu caráter autoritário e vingativo, a saber:

> "O projeto não descurou de evitar que se torne ilusório o direito à reparação do dano... Ficará, assim, sem fundamento a crítica, segundo a qual, pelo sistema do direito pátrio, a reparação do dano *ex delicto* não passa de uma promessa vã ou platônica da lei".

Note-se, assim, com espeque na lição de TOBIAS BARRETO[3], que o Direito é um produto da *cultura humana*. Por conseguinte, ele não é uma entidade metafísica, superior e anterior ao homem, mas sim produto do desenvolvimento histórico.

---

[1] CANCELLI, Elizabeth. *O mundo da violência: a polícia da Era Vargas*. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, p. 23.

[2] Ministro da Justiça há época em que o código foi promulgado e publicado. Para um aprofundamento maior sobre o tema, consulte-se CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil. 2ª edição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 491-496.

[3] BARRETO, Tobias. *Introdução do estudo do direito – política brasileira*. São Paulo: Landy Editora, 2001, pp. 31-36.

O direito é, pois, uma disciplina social, portanto, nenhum instituto jurídico, por mais elevado que seja na escala evolucional, deixa de carregar consigo um caráter finalístico. Sendo assim, nas palavras de BARRETO,

> "o direito é um instituto humano; é um dos modos de vida social, a vida pela coação, até onde não é possível a vida pelo amor; o que fez Savigny dizer que a necessidade e a existência do direito são uma consequência da imperfeição do nosso Estado"[4].

Pois bem. Tecidas tais considerações, nos dias atuais, em terras tupiniquins, quando respiramos os "ares da Democracia" há pelo menos dezessete anos e quando procuramos dar o máximo de eficiência e aplicabilidade ao texto constitucional, torna-se qualidade necessária de todo e qualquer intérprete do Código de Processo Penal desconfiar das "boas intenções" da lei processual penal pátria. Pode-se dizer, assim, que deve viger entre os intérpretes do Código de Processo Penal o *princípio da desconfiança*, ou seja, até prova em contrário, deve-se desconfiar da legitimidade do Código de Processo Penal.

Logo, deve o intérprete da lei processual penal pátria ter a devida cautela ao interpretar esta. Tal cautela implica em conferir menor importância à interpretação gramatical e conferir maior relevância interpretação axiológico-teleológica, valendo-se, para tanto, também, das interpretações sistemática, lógica e histórica.

Mas não apenas isso. O intérprete cauteloso tem como principal preocupação interpretar a lei processual penal à luz da Constituição, bem como compreender o Processo Penal como um Sistema Aberto e marcado pelos valores democráticos. Interpretar o Processo Penal a partir de uma inspiração democrática é submeter este ramo do direito ao "filtro constitucional", procedendo, assim, a uma Hermenêutica Constitucional do Processo Penal. Mas quando se pensa numa Hermenêutica Constitucional do Processo Penal, pensa-se essa a partir do prisma de uma "Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição",

[4] *Op. cit.*, p. 36.

ou seja, busca-se um Processo Penal Democrático com espeque numa interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição, conforme sustenta PETER HÄBERLE[5].

É a partir desta perspectiva, ou seja, de uma Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, que deve ser trabalhado o Processo Penal nos dias atuais. Note-se que, desta forma, não se pode falar num monopólio do Poder Judiciário no ato de interpretar a Constituição. Conforme adverte PETER HÄBERLE, "todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com esse contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete desta norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição"[6]. Logo, outra não pode ser a perspectiva ao se trabalhar com o desgastado e embolorado Código de Processo Penal. Enfatize-se: a Constituição deve constituir a ação do intérprete!

Somente procedendo a uma hermenêutica constitucional do processo penal e compreendendo esse como um Sistema Aberto é que será possível conviver com o Código de Processo Penal e, ao mesmo tempo, produzir um Processo Penal Democrático. Cabe, agora, então, entender a ideia de Sistema Aberto e compreender o Processo Penal como um Sistema Aberto. É o que será esclarecido a seguir.

2. O DIREITO COMO UM SISTEMA ABERTO

Feitas tais considerações introdutórias, importa agora compreendermos o sistema jurídico como um sistema aberto. Nesse sentido, é paradigmático o pensamento do professor da Universidade de Munique, CLAUS-WILHELM CANARIS.

Mesmo ciente de que a obra *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* trata-se de uma produção intelectual voltada, preponderantemente, ao Direito Privado, notadamente, aos Direitos

[5] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
[6] *Op. cit.,* pp. 14 -15.

Civil e Comercial, esta apresenta um grande valor na construção da ideia que pretendemos aqui desenvolver. Tal obra busca tanto fazer uma análise do pensamento sistemático em si quanto elaborar uma proposta pensamento sistemático para a Ciência do Direito.

Nesse sentido, CANARIS sustenta que as qualidades da *ordem* e da *unidade* são características o conceito geral de sistema. Tais qualidades uma vez aplicadas à Ciência do Direito, transformam-se, respectivamente, em *adequação valorativa* e *unidade interior* da ordem jurídica, passando, assim, a serem fundamentos do sistema jurídico (além de serem decorrências do *princípio da isonomia* e da *tendência generalizadora da justiça*). Como fundamentos do sistema jurídico, a adequação e a unidade são, ao mesmo tempo, premissas teorético-científicas e hermenêuticas, bem como emanações e postulados da ideia de Direito[7].

Com espeque na adequação valorativa e na unidade interior da ordem jurídica, CANARIS, então, propõe um sistema como *ordem axiológica* ou *teleológica* e, simultaneamente, como *ordem de princípios gerais do Direito.* Ou seja, o professor alemão sustenta a ideia de um *pensamento sistemático com aptidão teleológica*.

Estabelecida a ideia de um pensamento sistemático com aptidão teleológica, CANARIS, então, assevera que tal construção produz duas grandes consequências na construção de um conceito de sistema jurídico, são elas: a abertura do sistema e a mobilidade do sistema. Para os limites do presente trabalho, importa apenas desenvolver a ideia de abertura do sistema. Portanto, não será desenvolvida nessa oportunidade a ideia de mobilidade[8] do sistema[9].

Quando trata da abertura do sistema, CANARIS sustenta que o sistema é aberto quer quanto sistema científico, quer quanto sistema objetivo. Enquanto sistema científico, o sistema é aberto em razão da *incompleitude do conhecimento científico*, ao passo que enquanto sistema objetivo,

---

[7] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 9-24.

[8] *Op. cit.*, pp. 127-148.

[9] Registre-se, por oportuno, que a abertura do sistema não se confunde com a mobilidade do sistema. Tratam-se de conceitos distintos.

o sistema é aberto em razão da *modificabilidade dos valores fundamentais* da ordem jurídica[10].

Note-se que a abertura do sistema desempenha um importante significado para as possibilidades do pensamento sistemático e para a formação do sistema na Ciência do Direito. Ademais, convém destacar que há uma relação entre as modificações do sistema objetivo e as modificações do sistema científico. A modificação do sistema objetivo implica em modificação no sistema científico, mas a recíproca não é verdadeira. Sendo, também, importante salientar que a modificação do sistema científico não é uma característica peculiar do sistema jurídico, ao passo que a modificação do sistema objetivo é uma característica própria desse sistema[11].

Pois bem. Feitos tais esclarecimentos acerca da abertura do sistema, convém, agora, salientar que o Processo Penal, como sistema que é, também deve ser compreendido como um sistema aberto, para que não incorra nos mesmos equívocos que outros conceitos de sistema (o sistema externo; o sistema de puros conceitos fundamentais; o sistema lógico-formal; o sistema como conexão de problemas; o sistema como relações da vida e o sistema de decisões de conflitos no sentido de HECK e da Jurisprudência dos Interesses[12]) já incorreram. Isto é, para que não seja um sistema que não se justifica a partir das ideias de adequação valorativa e da unidade interna da ordem jurídica.

Sendo assim, entendido o Processo Penal como um sistema aberto, é necessário compreendê-lo quer como um sistema incompleto cientificamente, enquanto sistema científico, quer como sistema modificável no que tange aos valores fundamentais da ordem jurídica, enquanto sistema objetivo. Por conseguinte, entender o Processo Penal como um sistema aberto é admitir como fundamento essencial para manutenção da sua existência e legitimidade o seu caráter incompleto e modificável.

Quando se passa a entender o Processo Penal como um sistema aberto, começasse a perceber que este não é um sistema estático e

---

[10] *Op. cit.*, pp. 103-108.
[11] *Op. cit.,* pp. 109-125.
[12] *Op. cit.,* pp. 25-65.

fechado, mas sim um sistema aberto e móvel, ou seja, um sistema em constante metamorfose, na medida em que tal característica preserva a sua legitimidade. Desta forma, um Processo Penal como um sistema aberto é um Processo Penal que reconhece a sua incompelitude científica e a modificabilidade dos seus valores fundamentais.

Diante desse quadro, um Processo Penal como um sistema aberto é um Processo Penal que admite suas imperfeições históricas e busca se (re)legitimar. Nesse sentido, um Processo Penal como um sistema aberto é um Processo Penal que não se harmoniza com a figura do Assistente de Acusação, na medida em que tal figura é resquício de um Processo Penal construído em outro contexto histórico, orientado por uma razão prática burguesa[13].

No item a seguir, então, iremos discorrer acerca da não-recepção pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 do Assistente de Acusação. A análise que será desenvolvida tem como escopo principal evidenciar o discurso destituído de legitimidade (validade)[14] da dogmática tradicional, bem como tornar claro a inversão de valores desta dogmática, na medida em que insiste em subordinar os valores inscritos na Constituição da República de 1988 aos ditames do Código de Processo Penal de 1941.

3. DA NÃO-RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

Conforme a ampla maioria da doutrina nacional, a figura do Assistente de Acusação foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Os autores que sustentam tal entendimento, defendem que o

---

[13] Sobre a razão prática burguesa são paradigmáticos os pensamentos de Kant (liberalismo) e de Rousseau (republicanismo). Nesse sentido, consulte-se HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade validade.*Volume I, 2ª edição, Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 113-167.

[14] Com o escopo de aprofundar o tema, torna-se de grande valor, a nosso ver, a leitura das reflexões de Habermas acerca do "desencantamento do direito por obra das ciências sociais". Sobre o assunto consulte-se HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade validade.*Volume I, 2ª edição, Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 66-82.

Código de Processo Penal de 1941, nesse aspecto, continua a merecer ampla aplicabilidade, vez que o mesmo se encontra em plena harmonia com os princípios constitucionais vigentes, não ofendendo nem mesmo arranhando quaisquer dos direitos fundamentais expressos e implícitos contidos, ou não, na Constituição da República.

Somente a título de exemplo, sustentam a constitucionalidade do assistente de acusação, por entender que tal instituto foi recepcionado pela Constituição de 1988, os seguintes autores: JULIO FABBRINI MIRABETE[15], DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS[16], FERNANDO CAPEZ[17], EDILSON MOUGENOT BONFIM[18], ADA PELLEGRINI GRINOVER[19], SÉRGIO DEMORO HAMILTON[20], EUGENIO PACELLI OLIVEIRA[21], RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA[22], GUILHERME DA SOUZA NUCCI[23], FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO[24], HÉLIO TORNAGHI[25], EDGARD MAGALÃES NORONHA[26], JOSÉ FREDERICO MARQUES[27], EDUARDO ESPÍNOLA FILHO[28], INOCÊNCIO BORGES DA ROSA[29] e VICENTE GRECO FILHO[30], dentre outros.

---

[15] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado.* 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2002, p. 692.

[16] JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de processo penal anotado.* São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 222-244.

[17] CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal.* 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p.189

[18] BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de processo penal.* São Paulo: Saraiva, 2006, p. 358.

[19] GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance & GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no processo penal.* São Paulo: RT, 1998, pp. 130-133.

[20] HAMILTON, Sérgio Demoro. *O recurso do assistente do Ministério Público in processo penal reflexões.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.165.

[21] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal, 5ª edição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 399.

[22] MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Direito processual penal.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 59.

[23] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado. 2ª edição.* São Paulo: RT, 2003, p. 471.

[24] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado.* Vol I, 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 631.

[25] TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal, 5ª edição.* São Paulo: Saraiva, 1988, volume I, p.499.

[26] NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal. 19ª edição.* São Paulo: Saraiva, 1964, p. 354.

Pois bem. Ousamos divergir dos citados autores. E o fazemos, porque entendemos que o assistente de acusação não foi recepcionado pela Constituição Republicana. As razões de tal entendimento são muitas, mas todas elas têm como premissas quatro circunstâncias básicas, são elas: a) a circunstância histórica que cerca o Código de Processo Penal e a proposição do instituto do assistente de acusação; b) a concepção do Direito como produto da Cultura humana; c) a perspectiva de uma Hermenêutica Constitucional do Processo Penal, a partir de uma "Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição" d) e a compreensão do Processo Penal como um Sistema Aberto.

Tendo-se em mente tais premissas, os motivos que fundamentam a não recepção do assistente de acusação são muitos, e são esses que passaremos a analisar a seguir.

3.1 DA OFENSA AO SISTEMA ACUSATÓRIO

O primeiro argumento e, talvez, o mais robusto, que serve de base à tese da não recepção do assistente de acusação é a ofensa ao princípio constitucional do sistema acusatório (CRFB, artigo129, I)[31]. Contudo, expliquemos, brevemente, o que entendemos por sistema acusatório, antes de desenvolvermos esta primeira razão para sustentarmos a não recepção do assistente.

Compreender o Processo Penal como um sistema acusatório, tal como quer a *Lex Legun,* é perceber que tal compreensão implica em algumas consequências necessárias, colocadas em destaque por LUIGI FERRAJOLI, são elas: a) a *separação* rígida entre o juiz e a acusação; b) a paridade entre acusação e defesa; c) a publicidade e a oralidade do

---

[27] MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* Atualizador: Victor Hugo Machado da Silveira. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I, p. 243.

[28] ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado.* Rio de Janeiro: Borsoi, vol. III, 1960, p. 292.

[29] BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Processo penal brasileiro.* Porto Alegre: Globo, vol. II, 1942, p. 202.

[30] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal.* São Paulo, Saraiva, 2000, pp. 343-356.

[31] Sobre o assunto, é indispensável a consulta de PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais, 2ª edição.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

julgamento[32]. Note-se que o sistema acusatório possui outros elementos que, pertencendo historicamente à sua tradição, não são logicamente essenciais ao seu modelo teórico, são eles: a) a discricionariedade da ação penal; b) a elegibilidade do juiz; c) a sujeição dos órgãos da acusação ao Poder Executivo; d) a exclusão da motivação dos julgamentos dos jurados, dentre outros. Perceba-se, assim, ainda segundo FERRAJOLI, que, por outro lado, são tipicamente próprios do sistema inquisitório: a) a iniciativa do juiz em campo probatório; b) a disparidade de poderes entre acusação e defesa; e c) o caráter escrito e secreto da instrução.

Com o escopo de caracterizar mais pormenorizadamente o sistema acusatório, é de grande relevância trazer à tona alguns esclarecimentos de JACINTO NELSON MIRANDA COUTINHO, com apoio em JOSÉ ANTÔNIO BARREIROS[33], sobre o assunto, em função da clareza de suas palavras:

> "(...) é possível referir que o órgão julgador é uma Assembleia ou jurados populares (Júri); que há igualdade das partes e o juiz (estatal) é árbitro, sem iniciação de investigação; que a acusação nos delitos públicos é desencadeada por ação popular, ao passo que nos delitos privados a atribuição é do ofendido, mas nunca é pública; que o processo é, por excelência e obviamente, oral, público e contraditório; que a prova é avaliada dentro da livre convicção; que a sentença passa em julgado e, por fim, que a liberdade do acusado é a regra, antes da condenação, até para poder dar conta da prova a ser produzida"[34].

---

[32] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouck, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, pp. 450-459.

[33] BARREIROS, José Antônio. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 1981.

[34] COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal in Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 37.

Releva notar, por conseguinte, que no sistema acusatório, o indivíduo autônomo, dotado de direitos naturais e originários e inalienáveis está no centro gravitacional do sistema. Logo, neste sistema o indivíduo não é abandonado ao poder do Estado, antes é um sujeito do processo, armado com o seu direito de defesa e com suas garantias individuais. Destarte, um processo penal acusatório é uma ordenação limitadora do poder do Estado em favor do indivíduo acusado, isto é, nas palavras de JORGE FIGUEIREDO DIAS, é uma "Magna Charta dos direitos e garantias individuais do cidadão"[35], pois o Estado, protegendo o indivíduo, protege-se a si próprio contra hipertrofia do poder e os abusos no seu exercício.

Consigna, ainda, FIGUEIREDO DIAS, que o sistema acusatório é marcado de forma indelével pelos princípios "dispositivo, do juiz passivo, da verdade formal, da autorresponsabilidade probatória das partes (com a consequente repartição do ônus da prova) e da presunção de inocência do acusado"[36]. Note-se, ainda com o professor da Universidade de Coimbra, que o sistema acusatório produz, dentre outras, as seguintes consequências estruturais no processo penal: "a) ilegitimidade da prisão preventiva e, em geral, de quaisquer meios coercitivos contra o suspeito; b) asseguramento ao acusado de um direito de defesa tão amplo como o direito de acusação, bem como de uma posição processual e pré-processual equiparada à do acusador; c) a estruturação do processo penal como um autêntico processo de partes; d) total observância do princípio do contraditório; e) criação de um sistema estrito de legalidade da prova, na sua produção e na sua valoração; f) reconhecimento de uma certa disponibilidade pelas partes do objeto do processo (*thema decidendum*) como na extensão da cognição (*thema probandum*), como nos limites da decisão (*ne eat judex ultra vel extra petita partium*)"[37].

Convém, ainda, ao cabo dessas breves considerações sobre o sistema acusatório, consignar que esse sistema não permite que o juiz desenvolva aquilo que CORDERO denomina como "quadro mental

[35] DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal. 1ª edição 1974*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 64.
[36] *Op. Cit.* p. 65.
[37] *Op. Cit.* p. 65.

paranoico"[38], em face de não ser, como assevera MIRANDA COUTINHO, "o *gestor da prova* pois, quando o é, tem, quase que por definição, a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a 'sua' versão"[39], em outras palavras, o *sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário*, ou seja, forma-se um pré-conceito para que, durante a instrução, produza-se um conceito, com o escopo de que o julgamento seja um *reflexo do pré-conceito*.

Dessa forma, identifica-se uma conexão entre sistema acusatório e modelo *garantista*[40]e sistema inquisitório e modelo autoritário (de eficiência repressiva). Em síntese, pode se entender com sistema acusatório, um sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo, rigidamente separado das partes, que tem o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz com base em sua livre convicção.

Feitos tais esclarecimentos acerca do sistema acusatório, convém agora explicitar os motivos pelos quais entendemos que este serve de fundamento à tese da não recepção pela Constituição do assistente acusação. A nosso ver, a flagrante violação ao princípio do sistema acusatório fica escancarada quando o Código de Processo Penal atribui ao Juiz o poder para decidir acerca da admissão ou não do assistente de acusação.

Apesar do mesmo código determinar que deva ser ouvido previamente o Ministério Público acerca da admissão do assistente, tal

---

[38] CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale.* Torino: Utet, 1986, p. 51: "La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavorìo poliziesco ma sviluppa *quadri mentali paranoidi.* Chiamiamoli 'primato dell'ipotesi sui fati': chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possbili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte sono in mano sua ed è lui che l'ha intavolato, punta sulla 'sua' ipotesi. Sappiamo sui quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente reccomandatadal pio penalista Ippolito Marsili); usandoli orienta l'esito dove vuole." -gno-.

[39] COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal in Crítica à teoria geral do direito processual penal.* Rio de Janeiro: Renovar, p. 32.

[40] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal.* Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouck, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, pp. 450-459.

dispositivo revela que a manifestação do Ministério Público, segundo o *codex*, tem natureza de mera *sugestão ou aconselhamento*, vez que, no momento seguinte, estabelece de forma clara que a decisão acerca da admissão fica a cargo do magistrado e, mais que isso, que essa decisão é, em tese, irrecorrível, o que acentua, mais ainda, a intenção do embolorado código, em restringir o alcance e o poder da manifestação do Ministério Público, afrontando, assim, claramente, o princípio do sistema acusatório. *Ora, como é possível tolerar a figura do assistente de acusação perante o princípio constitucional do sistema acusatório, se é o juiz que decide se o assistente de acusação poderá ingressar no pólo ativo da demanda ao lado do Ministério Público. Não se pode falar em princípio do sistema acusatório se ao Ministério Público, mesmo sendo titular privativo da ação penal, não é dado decidir acerca da admissão do assistente de acusação.*

Nesse sentido, cumpre destacar, com apoio em MARCELLUS POLASTRI LIMA, que a Constituição Republicana estabeleceu em seu artigo 129, I (promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei), que cabe ao Ministério Público a atribuição privativa de promover a ação penal, sendo, dessa forma, alçado à qualidade de *dominus litis*, ficando, *ipso facto,* inviabilizados, na atualidade, institutos jurídicos, como, por exemplo, o "promotor ad hoc" e a ação penal pública *ex officio*[41], bem como o assistente de acusação.

Não se diga que tal argumento fica comprometido em razão da expressão *na forma da lei* mencionada na parte final do dispositivo. Se, é certo que tal expressão poderia autorizar ao intérprete mais desavisado que o assistente de acusação está em harmonia com o artigo 129, I, vez que o Código de Processo Penal seria a lei infraconstitucional incumbida de regulamentar a ação penal pública, também é certo, segundo MAZZILLI, que o entendimento correto de tal expressão é que "a legitimidade ativa do Ministério Público, na ação penal pública... é função institucional privativa do Ministério Público, e o que será feito na forma da lei é o como promover"[42].

Enfrentado o primeiro argumento, passemos ao segundo.

---

[41] LIMA, Marcellus Polastri. *Temas controvertidos de direito e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 156-157.

[42] MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 101-102.

3.2 DA QUEBRA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA PROCESSUAL

Outro aspecto a destacar é que admitir o assistente de acusação como auxiliar do Ministério Público, é, a nosso ver, violar frontalmente o princípio constitucional da isonomia[43]. Não é preciso um grande esforço intelectual para se constatar que com o ingresso do assistente de acusação no *caso penal*, há uma flagrante ofensa ao equilíbrio da relação jurídica processual, para uns, ou da situação jurídica, para outros. Não se trata de um argumento numérico, mas sim de uma constatação fática. Negar que o desequilíbrio entre as partes, é ofender a mais comezinha das inteligências.

A ofensa à isonomia[44] processual resta vislumbrada quer na maior facilidade que o pólo ativo terá para conferir credibilidade e verossimilhança a sua versão sobre os fatos, seja arrolando testemunhas, seja produzindo provas documentais, quer na maior capacidade que o pólo ativo terá para contrariar a versão apresentada pelo pólo passivo sobre esses. Note-se, assim, que comprometida a isonomia processual, resta também violado outro princípio de igual repercussão: o do devido processo legal[45].

Ademais, ainda que desconsideremos tudo quanto dito, a existência do assistente de acusação, ofende, ainda, o princípio da isonomia, vez que se o fator de *discrímen* é a lesão aos interesses disponíveis da vítima

---

[43] Tal princípio foi concebido e analisado por Aristóteles em sua obra *"A Política"*. Portanto, é de Aristóteles a definição clássica do princípio, qual seja, tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente.

[44] Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os critérios para identificação do desrespeito à isonomia são: a) determinação do fator de discrímen; b) correlação lógica entre fator de discrímen e a desequiparação procedida e c) a consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição. Ainda segundo o professor da PUC/SP, o tempo não pode ser utilizado como fator de discrímen. Sobre o assunto consultar BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª edição. 6ª tiragem*. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 21-44.

[45] No que concerne ao princípio do devido processo legal, cabe pontuar, desde já, que, mais recentemente, este vem sendo entendido pela doutrina sob dois aspectos, a saber: processual (*procedural due process*) e material (*substantive due process*). Nesse passo, então, fala-se em devido processo legal em sentido processual e devido processo legal em sentido material. Naquele sentido, o devido processo legal é compreendido como o direito que todo cidadão tem de ter o prévio conhecimento do procedimento ao qual será submetido

decorrente da prática do delito, qual é a correlação lógica entre essa circunstância e o fato de se admitir o assistente de acusação no processo penal? A nosso ver, nenhuma. Vejamos. Se o processo penal é ramo do direito destinado a lidar com os interesses indisponíveis os quais foram afetados em razão da prática do delito, se o Ministério Público é o órgão incumbido da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CRFB, artigo 127, *caput*) e se os interesses disponíveis devem ser discutidos na seara do processo civil, não há, portanto, qualquer razão a fundamentar a permanência do assistente de acusação no âmbito do processo penal.

Não fosse a falta de correlação lógica suficiente, a existência do assistente de acusação ainda ofende, por mais uma vez, o princípio em questão, vez que não há, a nosso ver, qualquer consonância da discriminação com os interesses de valores protegidos na Constituição. A discriminação procedida em razão da existência do assistente de acusação não encontra consonância com valores protegidos pela Constituição. Valores, como, por exemplo, o sistema acusatório (CRFB, artigo 129, I).

Tecidas tais considerações, passemos ao argumento seguinte, qual seja, o alusivo a privatização do processo.

3.3 DO VESTÍGIO EVIDENTE DO FENÔMENO DA PRIVATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

Cumpre destacar que a existência do assistente de acusação no Código de Processo Penal em vigor, é um vestígio evidente do

---

quando vier a ser processado, ou seja, o direito a conhecer com antecedência os atos processuais a que será submetido pelo Estado, em outras palavras, o direito a não ser surpreendido. Tomado no seu sentido material, este princípio tem seus limites territoriais expandidos, passando a conter dentro de si outros princípios, como, por exemplo, o princípio da isonomia entre as partes. Nessa perspectiva, o princípio do devido processo legal deve ser compreendido como a garantia a um processo justo. A propósito, consulte-se NERY, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal. 5ª edição.* São Paulo: RT, 1999, pp. 30-40 e 41-63. Cumpre assinalar, ainda, que o devido processo legal possui caráter constitutivo na seara processual penal, vez que não há crime nem pena, sem que haja processo. Logo, não se deve compreender tal princípio sob os mesmos moldes que esse é estudado pela doutrina processual civil.

fenômeno de privatização do processo penal[46]. Pela expressão "privatização do processo penal", entende-se o movimento político criminal que tem por finalidade conferir um papel de destaque à vítima no processo penal, ou seja, tornar a vítima um sujeito do processo, possibilitando à vítima o exercício da vingança[47].

Sob o argumento de que, por muito tempo, a vítima foi colocada de lado pelo direito processual penal, busca-se, mais recentemente, reverter a todo custo esse quadro, atribuindo, desta forma, à vítima um papel de importância dentro deste ramo do direito. Contudo, ao se proceder, desta forma, macula-se o caráter de direito público do processo penal, desconsidera-se a natureza indisponível dos direitos com os quais lida processo e se sobreleva, em excesso, a busca da satisfação dos interesses da vítima[48]. Aliás, é esse é o entendimento de SALO DE CARVALHO, ao asseverar que "a assistência ao Ministério Público é um resquício de privatização do processo penal – apesar da falácia sempre invocada de que o interesse não é penal, mas sim dos efeitos civis da condenação..."[49].

Nesse passo, convém transcrever uma importante afirmação de BETTIOL sobre o assunto:

> "...um alargamento das possibilidades e faculdades da vítima viria, na verdade, a subordinar todo processo penal a uma exigência de vantagens individuais, quando o indivíduo lesado dispõe de outras vias destinadas a obter o reconhecimento de suas pretensões. Não se pode ver na parte civil o titular de uma acusação privada, de modo a reconhecer-se-lhe a legitimidade de se substituir ao Ministério Público em matéria de recursos. Isto

[46] LIMA, Marcellus Polastri. *Temas controvertidos de direito e processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 154.
[47] CATENA, Victor Moreno. *Derecho procesal penal.* Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 250.
[48] JORGE, Alline Pedra. *Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 80.
[49] CARVALHO, Salo. *Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo in crítica à execução penal – doutrina, jurisprudência e projetos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 23.

> implicaria um alargamento inconcebível de faculdades e uma degradação do processo, de portador da justiça a simples instrumento de tutela de interesses privados"[50].

Se, é certo, no que toca ao papel da vítima no processo penal, que o Estado toma como seu direito de outrem[51], também é certo, que não se deve devolver à vítima o direito que foi expropriado. O que caracteriza um Estado civilizado e democraticamente orientado é, dentre outros fatores, a criminalização do exercício arbitrário das próprias razões (CP, artigo 345); é a construção do conceito de jurisdição, como atividade substitutiva dos interesses das partes[52]; é a incapacidade de sublimação das pessoas envolvidas no conflito, ou seja, de "sair do próprio conflito e, ao observá-lo de fora, verificar imparcialmente a resposta adequada ao caso"[53]. Portanto, não se deve acreditar tanto nos bons sentimentos humanos[54].

Mais do que obter reparação pelos danos sofridos, o que a vítima realmente deseja ver saciado é o seu desejo de vingança[55](vindita)[56], ou por que não dizer, é aplicar o máximo de pena que a lei prevê e admite

---

[50] BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e processo penal,* tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 322.

[51] AROCA, Juan Montero. *Princípios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, p.22.

[52] Consigna Afrânio Silva Jardim que "o Estado sentiu a necessidade de criar mecanismos seguros para que a atividade jurisdicional se fizesse de maneira justa, independentemente da vontade ou interesse da parte privada... Na verdade, conseguiu-se este grande salto de qualidade através da institucionalização do Ministério Público, que pode ser considerado o verdadeiro 'ovo de colombo' para o processo penal que surgiu modernamente", vide JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública – princípio da obrigatoriedade.* Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 23.

[53] CARVALHO, Salo. *Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo in grítica à execução penal – doutrina, jurisprudência e projetos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 20.

[54] "Grande preocupação foi imposta a todos os homens, e um pesado jugo carrega sobre os filhos de Adão, desde o dia em que eles saem do ventre de sua mãe, até o dia da sua sepultura." "Isso acontece a todos os viventes, desde os homens até os animais, mas para os pecadores é sete vezes pior". Eclesiástico, Capítulo 40, versículos 1 e 8.

[55] LIMA, Marcellus Polastri. *Temas controvertidos de direito e processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 155.

[56] É indispensável a leitura de STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do júri – símbolos e rituais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 158-160. Entre nós, sustentam, também, a inconstitucionalidade do assistente de acusação no processo: STRECK e POLASTRI.

para o réu, já que o Estado de Direito não lhe dá o direito de matar esse. Lembremos novamente as palavras de CARVALHO, "o processo penal é revestido de uma instrumentalidade garantista, direcionada à defesa do imputado/réu contra os poderes públicos e/ou privados desregulados, e não da vítima"[57].

Não fossem tais considerações por si só suficientes, convém advertir que trazer a vítima ao processo é "deflagrar um *processo de revitimização*, potencializando novamente os efeitos da lesão sofrida anteriormente, pois se o escopo do processo é a reconstrução de um fato pretérito não mais passível de experimentação para solucionar o caso penal, ao proporcionar tal experiência à vítima, estaríamos fazendo com que ela revivesse aquele momento de dor e de angústia"[58].

Por tudo quanto dito, constata-se que a proposta de revitalização da vítima na seara penal, além de ser um vestígio evidente da privatização (comercialização) do processo penal, é também uma compreensão ingênua do "bicho homem", como sendo capaz de dirimir um dissenso em momentos de crise. Trata-se de uma visão cínica do homem que tem como escopo encobrir suas perversões.

Com efeito, adverte FIGUEIREDO DIAS:

> "...na generalidade dos países europeus continentais só muito excepcionalmente se admite a intervenção dos particulares no processo penal, ao lado do MP ou mesmo a ele subordinados; tal intervenção, quando admitida, é-o quase sempre só na função de parte civil, isto é, limitada ao exercício de acções civis resultantes da infração penal"[59].

Feitas tais explanações, analisemos, agora, o próximo argumento.

3.4 DO ATENDIMENTO DOS FINS ECONÔMICOS E FINANCEIROS DA VÍTIMA (*AN DEBEATUR*)

[57] *Op. cit.* p. 21.
[58] *Op. cit.* p. 22.
[59] *Op. cit.* p. 508.

No nosso sentir, a existência do assistente acusação no Código de Processo Penal em vigor é, antes mais nada, um claro sinal dado pelo legislador de 1941 no sentido de atender os objetivos econômicos da vítima (*an debeatur*). Este sinal, a um só tempo, incorre em duas grandes falhas, quais sejam, deturpa a finalidade primacial a que se destina o processo penal (reconstituição do fato pretérito supostamente delituoso) e revela a intenção de não discutir o caso, no que tange aos seus aspectos financeiros, com a necessária profundidade na seara do processo civil. Note-se que a celeridade na reparação do dano da vítima, pode significar o prejuízo de difícil reparação ao imputado.

Sobre o assunto consigna POLASTRI:

> "...não convence, vez que terá o ofendido a oportunidade de executar a ação penal condenatória, podendo, se preferir discutir o mérito de sua pretensão, ingressar no juízo cível, inclusive com maior amplitude, sabido que a culpa cível é mais abrangente do que a penal"[60].

Repita-se, mais uma vez, o processo penal como ramo do direito público e como palco de conflitos acerca de direitos indisponíveis, não pode se prestar a atender os fins econômicos da vítima, o que seria um claro desvirtuamento deste. Não desconhecemos a recente discussão acerca da inexistência de direitos indisponíveis, sob o argumento, em síntese apertada, de que todo direito no momento que é exercitado por meio da ação é disponibilizado pelo autor[61]. Contudo, julgamos que tal tese é equivocada, tanto porque confunde direito material com direito processual, quanto porque não é adequada ao processo penal (podendo ter alguma prestabilidade ao processo civil), vez que, aqui, o autor da ação é o Ministério Público, e não um particular.

Com efeito, o processo civil e o processo penal devem ser compreendidos como *diferentes tipos de processo*, determinados pela especificidade dos valores cuja ponderação cabe ao respectivo ramo

---

[60] *Op. cit.* p. 159.

[61] CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp.31-67.

do direito material. Esta diferenciação é produto de uma exigência teleológica e funcional de adequação à especificidade das normas substantivas que aqueles tipos processuais têm de realizar na vida concreta do Direito. Logo, é intolerável a prática da importação de institutos do processo civil para o processo penal, pelo contrário, deve-se reconhecer a profunda diversidade e autonomia, mesmo científica, do direito processual penal. Desta forma, é indispensável um estudo do processo penal que seja colocado e conduzido de modo completamente autônomo. Enfim, ao processo civil cabe uma natureza *privatística*, e ao processo penal, pelo contrário, uma natureza e uma estrutura *publicísticas*"[62].

Analisemos, então, o próximo argumento.

3.5 DA ADMISSIBILIDADE CONTRADITÓRIA DE QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO NECESSITA DE AUXÍLIO

Outro aspecto que, a nosso ver, reforça a tese da não recepção pela Constituição do assistente de acusação, é a admissibilidade contraditória de que o Ministério Público, órgão do Estado, necessita de auxílio. Em outras palavras, admitir a existência do assistente de acusação significa que o Estado antecipadamente, mesmo antes do ingresso do assistente na ação penal pública, admite, em tese, só pelo fato de prevê legalmente este sujeito processual, que não tem capacidade de promover, de forma privativa, a ação por meio do Ministério Público, vez que reconhece a necessidade de ser auxiliado pelo assistente.

Nesse sentido, também é o entendimento de POLASTRI, ao afirmar que é "ilógico tal 'auxílio', pois o Estado não poderia admitir deficiências em seu próprio instrumento, deixando o Ministério Público sob a desconfiança de um precário desempenho na realização da pretensão punitiva, considerando-se que somente ao Estado pode interessar a aplicação da pena"[63].

---

[62] *Op. cit.* pp. 52-57.
[63] *Op. cit.* p. 159.

Em outras palavras, aquele que precisa de auxílio e estampa essa necessidade, antecipadamente, de forma genérica e abstrata, na norma processual penal, reconhece, também, a precariedade a sua capacidade em promover a ação penal. Mas não apenas isto. A nosso ver, admitir que o Ministério Público precisa de auxílio é, também, ofender outro princípio constitucional, qual seja, o da autonomia funcional. Ou seja, a necessidade de auxílio é, a um só tempo, o atestado da incapacidade de promover de forma privativa a ação penal e o certificado da violação à autonomia funcional[64]. Note-se que, a nosso ver, a autonomia funcional implica em três pressupostos, são eles: a) a existência de uma lei orgânica; b) a capacidade de elaborar a sua proposta orçamentária; e c) a titularidade de uma função que lhe seja específica[65].
Diante do exposto, conclui ARAMIS NASSIF, ao tratar sobre o tema:

> "Certamente, a jurisprudência nacional, ainda relutante, saberá expurgar do sistema jurídico brasileiro a figura do assistente de acusação, eis que seu malefício destaca-se no Tribunal do Júri, onde, até mesmo, em constrangedora colisão com o pensamento do Ministério Público, sua atuação, patrocinada pela família da vítima, obriga-o a acusar, numa estranha e triste similitude com o princípio da obrigatoriedade defensiva, gerando lamentável perplexidade no Conselho de Defesa"[66].

Enfrentemos o próximo argumento.

3.6 O ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO COMO UMA DERIVAÇÃO DE UM ESTADO DE DIREITO LIBERAL (DIREITO LIBERAL-INDIVIDUALISTA), EM CONTRAPOSIÇÃO AO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL INSTITUÍDO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

---

[64] AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *Ministério Público: por uma verdadeira autonomia funcional in* Revista Forense. Rio de Janeiro: v. 376, p. 35-43, 2004.
[65] *Op. cit.* pp. 35-39.
[66] NASSIF, Aramis. *Júri – instrumento de soberania popular.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p.101.

Releva notar, ainda, que o assistente de acusação é derivação de um Estado de Direito Liberal (Direito Liberal-Individualista), em contraposição ao Estado de Bem-Estar Social instituído pela Constituição da República. Isto é, um Estado de Direito Liberal, marcado por direitos de primeira geração (*liberdade*), é um Estado no qual o indivíduo desconfia do Estado e, por conseguinte, tem como principal finalidade proteger seus direitos dos abusos ou descaso do Estado. Nesse sentido, o assistente de acusação, pode ser entendido como um sintoma de desconfiança da vítima e perda de credibilidade do Estado, na medida em que aquela quer ver reconhecido o seu direito de indenização.

Se, é certo que a Constituição de 1988 relacionou um extenso rol de garantias individuais no seu artigo 5º, o que poderia ser considerado como uma evidência clara de um Estado Liberal, também é certo, que esta mesma Constituição, em muitas oportunidades, como, por exemplo, ao tratar da ordem econômica, em seu artigo 170 (e seguintes), exige do Estado uma postura ativa dentro da sociedade brasileira contemporânea, seja como agente normativo e regulador da atividade econômica, seja exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (CRFB, art.174, *caput*)[67].

Sendo assim, podemos concluir que a Constituição de 1988, não é um estatuto que traz consigo apenas uma modalidade e/ou geração de direitos, mas sim apresenta, ao mesmo tempo, diversas gerações de direito (direitos de primeira, segunda e terceira geração – *liberdade, igualdade e fraternidade*)[68]. Contudo, apesar de tal afirmação, é forçoso reconhecer, por outro lado, que o Estado Brasileiro, no momento histórico atual, caminha em direção ao Estado de Bem-Estar Social, isto é, há uma *tendência* ao Direito Público. Nesse contexto, para nós, o assistente de acusação é um resquício de um Estado Liberal-

[67] Nesse sentido é o entendimento de GRAU, Eros Roberto.*A ordem econômica na Constituição de 1988, 11ª edição.* São Paulo: Malheiros, pp. 257-386.

[68] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional. Desafios do direito constitucional internacional.* São Paulo: Max Limonad, 2002 e CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção dos direitos humanos e o Brasil.* Brasília, Ed. da UnB, 1998, pp. 133-134.

Individualista, marcado por direitos de primeira geração, ou seja, de um Estado retraído, passivo e meramente observador.

Nesse sentido, são elucidativas as palavras de LÊNIO LUIZ STRECK, ao versar sobre argumentos sociopolíticos:

> "...não se pode admitir, no momento em que se caminha mais e mais em direção ao Direito Público, um retrocesso que sustente aspectos privados no processo penal. A figura do assistente de acusação é condizente com um direito liberal-individualista, de cunho ordenador, instituído em dado momento histórico"[69].

Tecidas tais considerações, vejamos o próximo argumento.

3.7 DO REFORÇO À TESE DO DIREITO PENAL DO AUTOR (CULPABILIDADE DO AUTOR)

Não fosse suficiente tudo quanto até aqui dito, convém salientar que a figura do assistente de acusação é, a nosso ver, um reforço à tese do Direito Penal do Autor (Culpabilidade do Autor). Aliás, este também é o entendimento de LÊNIO LUIZ STRECK, ao afirmar que "é de frisar que a manutenção da figura do assistente de acusação reforça a tese do *direito penal do autor*, que deve ser combatida"[70].

Conceber o Direito Penal como um Direito Penal de Autor é entender o delito como um signo ou sintoma de inferioridade moral, biológica ou psicológica, é compreender o ato apenas como uma lente que permite ver alguma coisa daquilo que onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor, ou seja, a essência do delito reside em uma característica do autor que explica a pena[71].

---

[69] STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do júri – Símbolos e rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 159.

[70] *Op. cit.,* p. 159.

[71] ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume. Teoria geral do direito penal.* 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 131.

Destarte, o direito penal do autor sustenta que o delito é um sintoma de um estado do autor, o qual é inferior às demais pessoas ditas normais. Esta inferioridade é, para uns, de *natureza moral*, sendo, nesse sentido, *uma versão secularizada de um estado de pecado jurídico*, enquanto que, para outros, é de *natureza mecânica*, tratando-se, assim, de um *estado perigoso.* No sentido de natureza moral, o delito tem uma *função de divindade pessoal*; enquanto natureza mecânica, o delito é uma *divindade impessoal e mecânica*[72].

Diante deste quadro, o Estado é uma escola autoritária, na qual o valor fundamental é a disciplina, marcada por pautas, as quais devem ser introjetadas (não apenas cumpridas) por todos os organismos sociais. Logo, não se censura o ato, mas a própria existência daquele infringe a norma, tendo-se, assim, um *estado de periculosidade*[73].

Neste Estado, tanto os criminalizados quanto os operadores judiciais não são pessoas, mas sim coisas complexas, que travam, entre si, uma batalha, como aquela que se dá entre parasitas e leucócitos, dentro do organismo social, e que tem por escopo preservar a saúde social, não deixando de possuir, é claro, características estigmatizantes e moralizantes. Nega-se, desta forma, a própria qualidade de pessoa, percebendo-se, por conseguinte, que o direito penal do autor é produto de um crítico desequilíbrio deteriorante da dignidade da pessoa humana (CRFB, artigo 1º)[74], daqueles que o sofrem e o praticam[75].

Ainda acerca do Direito Penal de autor ZAFFARONI e NILO BATISTA, dentre outros, esclarecem:

> "...encontra-se o novo direito penal de autor que, sob a forma de direito penal de risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e mesmo preparatórios, o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas

[72] ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.,* p. 131.
[73] ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.,* p. 132.
[74] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª edição, 2004.
[75] ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.,* p. 133.

> a conduta mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento. Em algum sentido, tal direito tende a incorporar uma matriz de intervenção moral, análoga à legislação penal das origens da pena pública, com o acrescido inconveniente de presumir dados subjetivos, a partir da afirmação de que a responsabilidade provém de processos de imputação objetiva baseados em expectativas normativas, e não em reais disposições intelectivas internas do sujeito que atua. Esta orientação culmina com o retorno à presunção do dolo, através da chamada normativização, que prescinde da vontade real"[76] [77].

Pois bem. Ante o exposto, pensamos que o assistente de acusação é um sinal translúcido de um Direito Penal do Autor, seja porque o réu não é entendido como um sujeito de direitos, mas sim como uma "coisa pecaminosa", seja porque o assistente de acusação é expressão de um estado de periculosidade.

Analisemos, então, o argumento seguinte.

3.8 DA DESCONSIDERAÇÃO DE QUE A VÍTIMA, POR VEZES, CONTRIBUI PARA OCORRÊNCIA DO DELITO

Cumpre, neste momento, destacar que a vítima não desempenha exclusivamente o papel de sujeito passivo no momento da prática do delito[78]. Note-se que a vítima pode desempenhar um papel de grande

---

[76] ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.,* p. 133.

[77] Sobre o Direito Penal de Risco e os Processos de Imputação Objetiva, consulte-se ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general.* Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, tomo I, bem como JAKOBS, Gunther. *Derecho penal. Parte general. Fundamento y teoria de la imputación.* Madrid: Marcial Pons Libero Editor, 1997, 2ª edição. No Brasil, consulte-se TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal. 3ª edição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003 e GRECO, Luis. *Um panorama da teoria da imputação objetiva. 2ª edição.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

[78] Convém destacar a importância dos estudos acerca da Vitimologia, ciência que estuda a vítima. Sobre o assunto, consulte-se KOSOVSKI, Ester & SÉGUIN, Elida. *Temas de vitimologia.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

relevância para a prática do delito[79], ou seja, para que o delito aconteça[80]. Nesse sentido, em algumas oportunidades, o comportamento da vítima servirá como uma causa de diminuição de pena especial, como, por exemplo, no denominado homicídio "privilegiado", quando o agente age sob violenta emoção, logo após a injusta provocação da vítima (CP, artigo 121, parágrafo primeiro).

Em outro momento, no que toca ao crime de injúria, a vítima pode ter seu comportamento caracterizado como provocação reprovável, autorizando, nesse caso, o juiz a conceder o perdão judicial (CP, artigo 140, parágrafo primeiro, inciso I), ou seja, o comportamento da vítima servirá como causa de extinção da punibilidade do delito em questão (CP, artigo 107, inciso IX). E, em outras ocasiões, quando da aplicação da pena, no momento do aferimento da *pena base*, em obediência ao artigo 59, *caput*, do Código Penal Brasileiro, o comportamento da vítima deve ser tomado como uma das *circunstâncias judiciais*.

Por isso, avaliar o instituto processual do assistente de acusação passa também por avaliar o papel da vítima no momento da prática do delito, na medida em que o processo penal é a reconstituição deste fato pretérito[81] que deve ser compreendido como um *caso penal*. Desconsiderar a contribuição da vítima, em certos casos, para a prática do delito, é desconsiderar o vínculo indissolúvel entre o direito material e o direito processual. Em outras palavras, ao se entender a vítima como parte integrante do fenômeno que enseja a prática do delito, entende-se que, nessas ocasiões (em que o comportamento da vítima for decisivo para a consumação do delito), esta, a nosso ver, em hipótese alguma, poderá constituir assistente de acusação, vez que sua ação foi determinante para o desencadeamento da ação delituosa.

---

[79] OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e direito penal: O crime precipitado ou programado pela vítima*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

[80] OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal – Uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: RT, 1999.

[81] Convém salientar, ainda, que, a nosso ver, a figura do assistente de acusação só se justifica num processo penal crente no mito da verdade real. Para uma análise crítica desse dogma em franca decadência, leia-se BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Note-se que tal argumento não tem por finalidade inviabilizar a assistência apenas nessas situações. Pensamos tal argumento como um complemento aos demais até aqui apresentados, mas que, inegavelmente, tem seu âmbito de aplicabilidade mais reduzido, quando comparado aos outros.

Passemos, então, ao argumento seguinte.

3.9 DA SUPERVALORIZAÇÃO DO FIM RETRIBUTIVO DA PENA, CONDUZINDO O PROCESSO PENAL A UM PERIGOSO E EXCESSIVO FIM DE RETRIBUIÇÃO DA PENA

Inicialmente, convém consignar que o *retribucionismo* ou o *neorretribucionismo* (uma espécie de "nostalgia" de KANT e de HEGEL) é, em certa medida, uma decorrência do fracasso da prevenção especial positiva e de apelos emocionais e demagógicos. O emprego do vocábulo tornou-se tão vulgar que combater o seu uso não é apenas divergir de uma "teoria" funcional da pena, mas, principalmente, de despertar para um elemento autoritário para o encerramento de um discurso[82].

Não é errado afirmar que uma das grandes razões para a rápida disseminação da ideia de que a retribuição é a essência da pena, reside no seu múltiplo sentido. Tal circunstância é, sem dúvida, um ótimo argumento retórico para qualquer problema sem solução, vez que permite que, diante de uma objeção a um dos significados da expressão, lance-se mão de um dos outros[83].

O primeiro sentido que se pode atribuir à expressão é o *sentido kantiano de retribuição.* Tal sentido decorre de uma teoria extremamente radicalizada da defesa social e elaborada de modo dedutivo, que não tolera qualquer contaminação com dados empíricos. Embora não se possa negar que tal teoria seja o maior esforço do racionalismo acerca da pena, não se pode admitir a sua utilização mesclada a dados empíricos falsos com o escopo de encobrir prévias decisões arbitrárias sob o argumento de reintegrar o direito violentado pelo agente ou

[82] ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.,* p. 141.
[83] ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.,* p. 142.

restabelecer a ordem jurídica ofendida pelo delito. Sendo assim, tal sentido não colhe convencimento[84].

Um outro sentido que se pode conferir à expressão, quando se assevera que a pena é retribuição, é a de ser um *juízo fático*. Entrementes, a pena não é, em verdade, uma retribuição derivada do delito, já que, como demonstram as cifras negras, um número expressivo de pessoas o pratica, mas o poder punitivo só seleciona os inábeis, de modo que se alguma coisa está retribuída é a inabilidade, e não o delito. Se, por outro lado, se desejar afirmar que a *pena deve ser retribuição (juízo normativo)*, vários inconvenientes existirão, são eles: a) a estrutura do poder punitivo (sistema punitivo) não o permite, ou seja, se quer que alguma coisa seja o que jamais poderá ser; b) não há qualquer explicação razoável para o motivo que fundamenta a necessidade dessa retribuição; c) não se justifica que a vítima sofra o mal e o Estado confisque para si a retribuição. Note-se que os dois últimos inconvenientes só podem ser solucionados à luz de uma "teoria" preventiva positiva da pena, reduzindo-se, com isso, o espaço do retribucionismo. Portanto, também aqui, a expressão tomada nesse sentido deve ser desprezada[85].

Um terceiro sentido para expressão reside na afirmação de que a *pena tem função retributiva.* Tal sentido é ainda mais inadmissível, pois não há como entender uma função retributiva desvinculada do propósito de reparação, vez que a retribuição não é um fim em si mesmo, nem mesmo para KANT, mas sim um meio que só se justifica quando associado aos objetivos de reparação ou de vingança. Todavia, quaisquer dessas duas finalidades estão vinculadas ao ofendido, ao contrário da pena, portanto, também, esse sentido é imprestável.

Para outros, a retribuição é um *limite da pena* ou sua *medida.* Neste sentido, a retribuição não é uma "teoria" da pena, mas sim um critério de limite ou de quantificação, o qual é formalmente obscuro e politicamente irracional. Tal ideia demonstra sua irracionalidade quando se pergunta pelo ente ao qual se retribui, isto é, se é o resultado, se é a vontade, se é a lesão, se é o caráter... Ademais, em tal sentido, a retribuição é reduzida ou, a critério quantificador dos defensores da prevenção geral, ou a limite máximo dos adeptos da prevenção especial. Logo, novamente, a expressão não se justifica[86].

---

[84] ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.,* p. 142.
[85] ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.,* p. 142.
[86] ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.,* p. 143.

Talvez o único sentido prestável da expressão seja o de entendê-la como um *princípio regulador*. Aliás, esse é o pensamento de ZAFFARONI e NILO BATISTA, dentre outros, que assim consignam:

> "(...) se com a criminalização primária o estado confisca um conflito, sua intervenção – por excluir a vítima, bem como por ser de altíssima seletividade e de grande violência – não pode ser apresentada como racional, mas sua irracionalidade reconhece graus, e chegaria ao limite intolerável quando não houvesse equivalência a magnitude da lesão (ou com esta mantivesse certa relação) que o conflito provoca, pois, neste caso, o conflito seria apenas o pretexto para que o poder atuasse na medida de sua vontade omnímoda"[87].

Em outros termos, entendida a retribuição como *princípio regulador* (ou *princípio da mínima proporcionalidade da intervenção punitiva*) afirmar-se os limites mínimos aos quais deve se subordinar o exercício do poder punitivo, não como uma consequência racional de uma suposta "teoria retributiva da pena", mas sim como uma exigência de contenção da irracionalidade do poder[88].

Pois bem. Tecidas tais considerações preliminares acerca do caráter retributivo da pena, faz-se necessário perceber que a admissão do assistente de acusação é em grande medida uma supervalorização do fim retributivo da pena. Ou seja, é a via mais curta para que a vítima busque, a um só tempo, a sua reparação (o ressarcimento introduzido no exercício do poder desloca para a coerção reparadora a seletividade deste, o que, unido à *seleção vitimizante*, só reproduziria o modelo discriminatório punitivo)[89] e a sua vingança, com o respaldo da coisa julgada. Em outras palavras, viabiliza-se ao ofendido a possibilidade de legitimar com a bênção do Estado os seus desejos de reparação e de vingança, e o pior, com amparo da coisa julgada.

---

[87] *Op. cit.* p. 143.
[88] ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.,* p. 143.
[89] ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.,* p. 357.

Conduzir o processo penal por esse caminho, qual seja, o da retribuição, é conviver com um processo penal perigoso, destituído de qualquer instrumentalidade garantista. Repita-se: a existência do assistente de acusação no processo penal contemporâneo é a viabilização de forma mascarada do caráter retributivo da pena. Nesse passo, ousamos dizer mais, o assistente de acusação é uma reaproximação do Estado com a vítima, que após confiscar o conflito originário desta, parece proceder uma *juízo de compensação* para com essa, de sorte a que ambos alcancem, no que toca ao acusado previamente selecionado, os objetivos que perseguem.

Passemos, então, ao estudo do próximo argumento.

3.10 A PREVISÃO DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA NO ROL DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS DE NATUREZA FUNDAMENTAL

No que tange à ação penal privada subsidiária da pública, o primeiro aspecto que se deve destacar acerca desta é que esta foi guindada na Constituição de 1988 à qualidade de direito e garantia individual fundamental, tendo sido prevista no artigo 5º, inciso LIX. Antes de analisarmos tal espécie de ação sob o espectro do assistente de acusação, é conveniente afirmar, desde já, que este tipo de ação só tem razão de ser diante da inércia do Ministério Público, não perdendo este órgão a titularidade da ação, funcionando, como adverte AFRÂNIO SILVA JARDIM, como verdadeira *fiscalização anômala do princípio da obrigatoriedade da ação pública*[90].

Sendo assim, em nosso sentir, a previsão constitucional da ação penal privada subsidiária da pública reforça a tese da não recepção pela Constituição do assistente de acusação[91]. A uma, porque tal previsão revoga qualquer disposição da legislação infraconstitucional que autorize outra e qualquer limitação à promoção privativa da ação penal pública

[90] JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública – Princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 113.

[91] LIMA, Marcellus Polastri. *Temas controvertidos de direito e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 160-161.

pelo Ministério Público. A duas, porque tal previsão é a única exceção contemplada pelo constituinte originário à regra geral de que o Ministério Público é o *dominus litis*. A três, porque tal exceção não pode ser ampliada sequer por emenda constitucional, vez que a ação penal privada subsidiária da pública é *cláusula pétrea*[92]. E a quatro, porque somente a Constituição pode excepcionar regra geral por ela contemplada.

Não se diga, por outro lado, que a ação penal privada subsidiária da pública legitima o assistente de acusação, na medida em que amplia os poderes do ofendido dentro do processo penal, ou como querem outros, se a Constituição autoriza ao ofendido o mais, oferecer a ação penal, autoriza o menos, admitir o assistente de acusação. Tal argumento é falacioso, vez que, simultaneamente, incorre em dois sérios equívocos, são eles: a) negligencia a circunstância de que, mesmo na ação penal privada subsidiária da pública, o Ministério Público continua sendo o titular da ação penal; e b) omite o importante detalhe de que a vítima somente poderá exercitar a ação penal na qualidade de autora, se, e somente nesse caso, houver inércia do membro do Ministério Público.

Portanto, a nosso ver, a previsão da ação penal privada subsidiária da pública no rol das garantias individuais de natureza fundamental é a demonstração evidente da autorização que o constituinte originário pretendeu conferir a vítima no processo penal moderno, qual seja, limitar a atuação desta no processo penal, no caso, não admitir o assistente de acusação.

3.11 DA OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO, UMA VEZ QUE A DECISÃO QUE ADMITE, OU NÃO, O INGRESSO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO NO PROCESSO, NÃO TEM COMO PRESSUPOSTO O OFERECIMENTO DE OPORTUNIDADE AO RÉU PARA PODER SE MANIFESTAR SOBRE A MESMA, APESAR DE SOFRER AS CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DESSA

[92] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10ª edição, Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 481-485.

Tem, ainda mais, poder de convencimento a tese da não recepção do assistente de acusação, quando se verifica, em sede da legislação infraconstitucional, que o ato que admite ou não o assistente de acusação ofende claramente o princípio constitucional do contraditório, uma vez que não se oportuniza ao réu ou ao seu defensor, em momento algum, a possibilidade de se manifestar sobre a admissão do assistente de acusação. A decisão que admite ou não o assistente de acusação, ao contrário do que pontua o código, não tem natureza de despacho, mas sim de decisão interlocutória simples. Ora, se assim o é, como toda e qualquer decisão, deve ser fundamentada e deve ter como pressuposto necessário, para que seja legítima, o respeito ao contraditório. Sendo assim, mister se faz que façamos algumas considerações acerca de tal princípio.

Note-se que o princípio do contraditório é a tradução moderna das velhas máximas *audiatur et altera pars* e *nemo potest inauditu damnari*. Logo, toda a prossecução processual deve cumprir-se de modo a fazer ressaltar não só as razões da acusação, mas também as da defesa. Por conseguinte, o princípio do contraditório repudia uma estrutura de processo penal baseada no sistema inquisitório[93].

Com razão, é possível afirmar que o princípio do contraditório aponta para uma concepção de processo como "diálogo" da acusação, da defesa e do juiz; fundamenta a exigência de que o réu se arme com um efetivo e consistente direito de defesa; oportuniza a possibilidade de oposição e contestação ou manifestação sobre os atos do processo. Com o intuito de atribuir maior fixidez e concretização a este princípio, o processo penal moderno lhe conferiu autonomia substancial tanto do decadente dogma da verdade material quanto do direito de defesa, concebendo-o, então, como *princípio ou direito de audiência*. Em outras palavras, *oportunidade conferida a todo o participante processual de influir, através de sua audição pelo tribunal, no decurso do processo.* Com este conteúdo, então, o princípio do contraditório foi elevado à qualidade de princípio constitucional[94].

---

[93] DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal. 1ª edição 1974*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 149-152.

[94] DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal. 1ª edição 1974*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 152-153.

Note-se que o princípio do contraditório é um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (CRFB, artigo 1º), na medida em que o réu não é transformado em *objeto* de decisões judiciais, mas sim continua como *sujeito*, participando de modo ativo e eficaz do processo. Ademais, mister se faz perceber que o princípio da audiência é expressão do *direito à concessão de justiça* (ou *pretensão à concessão de tutela jurídica*), ou seja, é o outro verso da moeda do *monopólio estatal da função jurisdicional*[95]. Nesse sentido, se pode afirmar, então, que o princípio da audiência exige que os sujeitos processuais sejam co-participantes da elaboração da decisão judicial, enquanto que o monopólio estatal da jurisdição implica tanto na proteção de situações jurídicas substantivas quanto na *posição processual* daqueles que sejam afetados pela decisão[96].

Somente se respeitando o princípio do contraditório, será possível declarar o direito do *caso penal concreto* e se perceber, em toda a sua amplitude, o caráter *criador* do processo. O respeito ao contraditório, assim, tem como consequência, na medida em que este é reconhecido pelo Estado de Direito Social, a tutela da *livre realização da personalidade ética* de cada membro da sociedade. Destarte, a declaração do direito do caso penal concreto não é apenas tarefa do juiz (concepção carismática do processo), mas, principalmente, tarefa de todos que participam do processo[97] (*concepção democrática do processo*).

Releva notar que com o princípio do contraditório está em jogo a relação entre *Pessoa* e o "seu" *Direito*. Enfatize-se, uma vez mais, o contraditório é co-participação de todos os interessados na criação da decisão. Sendo assim, o princípio da audiência tem *dupla natureza*, pois é *direito subjetivo* da parte, isto é, *direito subjetivo público* contra o Estado, bem como *norma objetiva* que assegura as partes o seu exercício. Desta

---

[95] Em outras palavras, o princípio do contraditório éa moeda de compensação que o Poder Constituinte concedeu ao cidadão como uma contrapartida ao monopólio e o caráter substitutivo do Poder Jurisidicional, bem como é elemento de legitimação da decisão judicial, enquanto exigência de democratização (aquele que será afetado pela decisão deve ter a oportunidade de influir na sua elaboração) desta.

[96] DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal. 1ª edição 1974*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 154-157.

[97] DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal. 1ª edição 1974*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 158-159

forma, o titular do direito de audiência é todo aquele participante no processo relativamente ao qual deva o juiz tomar qualquer decisão que pessoalmente o afete[98].

Veja-se, assim, que quanto à sua abrangência, o princípio do contraditório se dirige a *toda e qualquer decisão*, qualquer que seja a fase do processo, desde que aquele que o exerça possa ser afetado pela decisão judicial. Note-se, assim, que a *possibilidade de ser afetado pela decisão* é *requisito* indispensável para aplicabilidade do princípio. Mas não é apenas isto. Quando se diz que o contraditório exige que se garanta a devida *oportunidade processual* ao sujeito, se quer dizer com isso que tal oportunidade deve reunir as seguintes características, são elas: a) conhecimento tempestivo do lugar, tempo e objeto do debate; b) concreta possibilidade de se preparar para intervenção; e c) efetiva possibilidade de intervir. Por conseguinte, não interessa ao princípio o uso que o seu titular faça da oportunidade, inclusive o seu não-uso, isto já não integra o contraditório. Em síntese: a surpresa não convive com o contraditório[99]!

Ao cabo dessas breves considerações sobre o princípio do contraditório, insta salientar que a presença física constante do sujeito na audiência de discussão e julgamento é um postulado fundamental do contraditório e da audiência, disto decorrendo tanto o *direito de presença* quanto o co-respectivo *dever de comparecimento*[100].

Ex posit, quando não se oportuniza ao réu ou ao seu defensor a possibilidade de se manifestar sobre a admissão do assistente de acusação, fere-se, por duas vezes, o contraditório, quer pela falta de oportunidade, quer pelas consequências nocivas que o réu é obrigado a suportar sem ter se manifestado. Afirmar que o ingresso do assistente de acusação no feito não atinge a esfera jurídica do réu, é, a um só tempo, subordinar a Constituição ao Código de Processo Penal, ocultar

---

[98] DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal. 1ª edição 1974*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 160-161

[99] DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal. 1ª edição 1974*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 161.

[100] CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Dott. A. Giuffre – Editore, 2006, pp. 83-95.

a orientação seletiva da criminalização secundária[101], encobrir a seleção vitimizante secundária[102] e mascarar o poder do jurista[103].

Enfrentemos o último argumento por nós sustentado.

3.12 DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE (MONOPÓLIO DO PODER PUNITIVO DO ESTADO; INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS)

Cumpre por em relevo, inicialmente, que o *princípio da oficialidade* tem por conteúdo a questão referente a quem compete a iniciativa (o impulso) de investigar a prática de uma infração e a decisão de submetê-la ou não a julgamento, bem como a de dar impulso aos demais atos durante curso do processo. Se, é certo que o Direito Penal é o direito de proteção de bens jurídicos fundamentais da comunidade e, se, é certo que o Processo Penal é, acima de tudo, um *assunto da comunidade jurídica*, forçoso é concluir que o princípio da oficialidade reputa ser a promoção processual das infrações uma tarefa estatal, por conseguinte, em *completa independência da vontade e da atuação de quaisquer particulares.*

Ademais, destaque-se que o princípio da oficialidade é uma *criação dos tempos modernos* e que, com ele, a instrução preparatória do processo penal é tarefa exclusiva de entidades oficiais não jurisdicionais. Releva notar, ainda, que tal princípio acentua o caráter público da ação penal e estabelece que o Estado é o titular *exclusivo* da acusação penal. Mais que isso, o princípio da oficialidade é um *corolário do princípio da separação dos poderes*, na medida em que a atribuição da iniciativa privativa da ação penal ao Ministério Público preserva o equilíbrio entre os Poderes da República[104].

Diante disso, ao epílogo da exposição destes argumentos, sustentamos, ainda, que a existência do assistente de acusação no cenário do processo penal contemporâneo democrático acaba por se constituir

---

[101] ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.,* pp. 44-45.
[102] ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.,* pp.53-55.
[103] ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.,* pp. 63-64.
[104] Sobre a natureza jurídica do Ministério Público, consulte-se AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *Ministério Público: por uma verdadeira autonomia funcional in* Revista Forense. Rio de Janeiro: v. 376, p. 35-43, 2004.

numa violação do princípio da oficialidade, tanto porque evidencia uma ofensa ao monopólio do poder punitivo do Estado, quanto porque caracteriza um sinal de desrespeito à indisponibilidade dos direitos. Pode-se dizer, assim, que, nesse sentido, o Código de Processo Penal de 1941 é esquizofrênico, vez que, a um só tempo, reivindica para si um caráter essencialmente público, seja na investigação dos fatos, seja na *persecutio in juditio*, e apresenta nítidos vestígios de institutos vinculados umbilicalmente a interesses privados, nomeadamente, *in casu,* a existência do assistente de acusação. Aliás, nessa linha de pensamento, entendemos, também, que, em caráter de *lex legum*, deve o legislador infraconstitucional descriminalizar os delitos de ação penal privada, bem como as contravenções e preservar os delitos de ação penal pública, desde que associados a uma política de despenalização (utilização mais intensa de outras espécies de pena, que não a de privativa de liberdade) e redução significativa das penas privativas de liberdade.

Feitas tais explanações sobre os argumentos acima relacionados, analisaremos, agora, os aspectos político-criminais e criminológicos relativos à não-recepção do assistente de acusação.

4. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS ACERCA DO TEMA

Inicialmente, no que tange à Criminologia, convém assinalar que, na atualidade, não há um discurso hegemônico, já que não há poder social com capacidade para assumi-lo. O Poder Econômico Globalizado se impõe frente aos poderes políticos nacionais sem que exista um poder acima das nações capaz de barrá-lo. É inegável que os Estados, tomados em seu sentido tradicional, experimentaram uma drástica perda de atributos da *soberania*. O diminuto pode político dos países se vê impossibilitado de solucionar a demanda crescente de conflitos decorrentes das características excludentes do poder econômico globalizado. Na era da revolução tecnológica, o Estado é um mero *expectador*, que deixa viver e deixa morrer, não porque permite, mas porque é impotente diante do poder econômico globalizado. Nesse contexto, se assiste o aumento do poder autônomo das Polícias, as quais, ao contrário do discurso tradicional demagógico, monopolizam os mercados ilícitos (de drogas, armas etc.) e, diante de qualquer ensaio de controle, ameaçam os enfraquecidos poderes políticos nacionais

que, por sua vez, se encontram imersos na hipocrisia dos operadores políticos *extrassistema.* Uma vez coagidos, os políticos utilizam-se de medidas de comunicação comprobatórias de sua supostamente firme decisão de combater a demanda de conflitos, cedendo poder às agências policiais[105].

Vê-se, deste modo, há um processo de decadência do poder político. Convém lembrar que nenhum discurso sociológico é funcional, vez que desmascara a incoerência dos poderes políticos, impotentes para regular o poder econômico e controlar a crescente autonomização das corporações. Não é demais advertir que o poder político não possui força para atribuir hegemonia a algum discurso coerente; de outro lado, o poder econômico parece zombar do poder político, porque, pela primeira vez ao longo da história, pode exercer sua força sem qualquer mediação do poder político. Se há algo de certo, é que, na era da revolução tecnológica, o determinante é produzir discursos para a comunicação midiática, com efeito tranqüilizador (simbólico), pouco importando seus efeitos reais. Tal poder político degenerado precisa mais do que um discurso, porque ele mesmo e o próprio Estado têm, agora, como principal escopo promover um *espetáculo*. Essa dramaturgia política e criminológica se exacerbam em razão da crescente importância das *agências de comunicação social*. O poder político inferiorizado implora para elas, porque sem ter soluções reais, prefere comunica falsas soluções, abdicando, assim, de seu próprio poder. Desta forma, como não há uma verdade, cria-se uma, ou seja, na seara da comunicação, cria-se uma realidade virtual, gradativamente distanciada dos fatos, apesar de possuir sérios efeitos reais. Não há como elaborar um discurso funcional para essa renúncia ao poder, vez que a própria razão de ser dos discursos é exercer uma função para o exercício do poder. Todo este cenário ilustra o momento atual da história cuja transição é imprevisível, vez que é instável em demasia[106].

Face à tormenta punitiva da revolução tecnológica, diante da qual é tarefa imprescindível do direito penal reafirmar seu caráter de saber redutor e limitador do poder punitivo para proteger o Estado de

[105] ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.,* p. 286.
[106] ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.,* p. 287

Direito durante esse momento de risco, é de fundamental importância uma integração por interdisciplinariedade. Em outras palavras, confeccionar uma teoria jurídico-penal que tome por espeque uma teoria agnóstica ou negativa do poder punitivo, que seja sensível para se aproveitar dos elementos e dados produzidos pela sociologia e a criminologia, principalmente no que toca à operatividade real dos sistemas penais. Sem essa integração, o discurso jurídico-penal perde seu destino e sua razão de ser, vez que ninguém conter aquilo que ignora. Suas propostas não podem ignorar as informações proporcionadas pela criminologia no que toca à realidade social do exercício do poder punitivo, à sua violência e seletividade, seus efeitos deteriorantes e de incremento dos conflitos. Portanto, diante deste quadro, no sentir de ZAFFARONI e NILO BATISTA, dentre outros, "a criminologia é o conjunto de conhecimentos, de diversas áreas do saber, aplicados à análise e crítica do exercício do poder punitivo, para explicar sua operatividade social e individual e viabilizar uma redução em seus níveis de produção e reprodução de violência social"[107].

Feitas tais considerações introdutórias acerca da criminologia, é imperioso descobrir o *véu das reais intenções* do legislador, bem como chamar atenção do operador do direito processual penal para as consequências de ordem criminológica que a opção pela existência e manutenção do assistente de acusação pode implicar. Pontuemos, então, algumas delas: a) a maior estigmatização[108] do réu em razão da atuação do assistente de acusação; b) a criminalização secundária[109] que a admissão do assistente de acusação e o processo penal, como um todo, podem ocasionar; c) o caráter simbólico do ingresso do assistente de acusação no feito; d) o aspecto preventivo-retributivo do ato de admissão do assistente de acusação e do processo penal; e) os prejuízos experimentados pela pessoa equivocadamente acusada pelo assistente

[107] ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.,* p. 288.
[108] FIGUEIREDO DIAS, Jorge & ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
[109] BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal - Introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999; ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social,* Trad. E. Kosowski, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

de acusação, ou pelo réu que respondeu ao processo e, ao final, foi julgado inocente; f) a maior seletividade e vulnerabilidade a que fica exposto o réu diante da admissão do assistente de acusação. Estas são algumas das repercussões criminológicas que, a nosso ver, podem ser destacadas.

Não seria demais afirmar que, quando o Estado-Juiz admite o assistente de acusação, este está, inegavelmente, comprometendo a sua *imparcialidade*, pois se inclina em favor do pólo ativo da ação e reconhece que esse precisa de auxílio para que sua tese saia vencedora, vinculando-se a uma dos sujeitos do processo, tomando, assim, parte na causa. Se, é certo que o sistema adotado pelo CPP é o inquisitorial, também é certo que o juiz poderia produzir prova de ofício. Logo, nesse contexto, alguns poderiam perguntar: qual a necessidade do juiz admitir o assistente de acusação no feito, se ele mesmo pode produzir prova no processo? E a tal pergunta, julgamos que a melhor resposta seja a seguinte: a necessidade do juiz em admitir o assistente consiste nos seguintes fatos: a) tentar ampliar a quantidade e qualidade de argumentos contra o réu; b) tentar aumentar o leque de possibilidades de provas que deseje produzir de ofício a partir de declarações do assistente e do ofendido; c) além de satisfazer os organismos midiáticos manipuladores de opinião[110], na medida em que sua decisão se coadune com o pretendido pelo assistente de acusação, que, por sua vez, está em harmonia com os *desejos ocultos*[111] de determinados setores da mídia.

De outro lado, quando o Ministério Público concorda com a admissão do assistente de acusação é possível retirar a partir de tal ato algumas ilações: a) o Ministério Público, realmente, precisa da ajuda do assistente de acusação, e, ao admitir isso, atesta-se, claramente, a incapacidade do Estado em promover a persecução criminal; b) o Ministério Público não necessita do auxílio do assistente, mas concorda com a sua admissão no feito, seja em razão da pressão exercida pelos organismos midiáticos, seja como forma de dar uma satisfação à vítima, com o que põe em destaque o caráter autoritário e retribucionista da

[110] PASUKANIS, Eugeni B. *Teoría general del derecho y marxismo,* trad. Virgílio Zapatero, Barcelona: Labor, 1976.
[111] GARCIA PABLOS, Antônio & GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2003.

pena e do processo penal, seja como forma de se autoproteger de uma eventual derrota, caso sua tese saia vencida, já que neste caso terá a sua eventual incapacidade técnica minorada em razão da presença do assistente de acusação.

Dito isso, passemos as nossas conclusões.

5. DA CONCLUSÃO

Em síntese, entendemos que a Constituição Republicana de 1988 desassistiu o assistente de acusação, ou seja, não recepcionou tal figura processual. Esta não recepção, a nosso ver, se deve em razão dos seguintes argumentos: a) ofensa ao princípio do sistema acusatório (CRFB, artigo 129, I); b) quebra do princípio da isonomia processual; c) vestígio evidente do fenômeno da privatização do processo penal; d) resquício de vingança privada (*vindita*), ou seja, da privatização do processo penal; e) atendimento dos fins econômicos e financeiros da vítima (*an debeatur*); f) admissibilidade contraditória de que o Ministério Público, órgão do Estado, necessita de auxílio; g) marca de um Estado de Direito Liberal (Direito Liberal-Individualista), em contraposição ao Estado de Bem Estar Social instituído pela Constituição da República; h) reforço à tese do Direito Penal do Autor (Culpabilidade do Autor); i) desconsideração de que a vítima, por vezes, contribui para ocorrência do delito (note-se que o comportamento da vítima é uma das circunstâncias judiciais que devem ser ponderadas quando da fixação da pena base – artigo 59 do CP); j) supervalorização do fim retributivo da pena, conduzindo o processo penal a um perigoso e excessivo fim de retribuição da pena; l) a previsão da ação penal privada subsidiária da pública no rol das garantias individuais de natureza fundamental é a demonstração evidente da autorização que Constituinte Originário pretendeu conferir a vítima no processo penal moderno, limitando a atuação desta no processo penal (forma de fiscalização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública); m) só se justifica a existência do assistente de acusação num processo penal crente no princípio da verdade real; n) ofensa ao princípio do contraditório, uma vez que a decisão que admite, ou não, o ingresso do Assistente de Acusação no processo, não tem como pressuposto o oferecimento de oportunidade ao réu para poder se manifestar sobre a mesma, apesar

de sofrer as consequências decorrentes dessa; e o) violação do princípio da oficialidade (monopólio do poder punitivo do Estado; indisponibilidade dos direitos).

Certo de que o tempo é o elemento da transformação, semeio a presente ideia no fértil húmus do pensamento jurídico, sem a pretensão de convencer, mas com o desejo de incomodar...!