



Defensor público pode patrocinar ações penais privadas

Um dos temas mais polêmicos relacionados à Defensoria Pública é o exercício da atividade acusatória pela instituição, a qual se concretiza, por exemplo, com o patrocínio de ação penal privada e subsidiária da pública, com a legitimidade para atuar em favor da vítima como assistente de acusação ou também para pleitear, em hipóteses excepcionais, pedidos de prisão e de outras medidas cautelares. Meu interesse em abordar aqui esse delicado tema se deu por dois motivos. Primeiro, para desmistificá-lo. Depois, para compreendê-lo a partir de uma proposta que estabeleça os pressupostos para o desempenho da atividade acusatória pela Defensoria.

É do sociólogo e criminológico norueguês Nils Christie[1] a célebre crítica de que o Estado “rouba” o conflito das pessoas envolvidas e coloca a vítima, portanto, totalmente alheia ao caso penal, “enojada, quiçá humilhada por um interrogatório cruzado no tribunal, sem contato humano com o delinquente”. Mera fonte de prova para a acusação, a vítima escapa do processo penal “mais necessitada que nunca de uma descrição dos delinquentes como não-humanos”[2]. E com isso, o sistema de justiça criminal, aplicando uma pena ao autor do crime, finge que soluciona o conflito. Se a vítima não pode ser considerada mera convidada de pedra do sistema penal[3], como a Defensoria Pública pode defendê-la, isto é, exercer uma atividade acusatória, sem trair seus objetivos enquanto instituição vocacionada a conter o poder punitivo?

Pois bem. Inicialmente, convém esclarecer que não está escrito em lugar nenhum que a Defensoria somente pode atuar em favor dos acusados, ou de quem ocupa o polo passivo da ação penal. Muito pelo contrário, aliás. A Lei Complementar 80/1994 prevê pelo menos três funções institucionais da Defensoria Pública que se identificam com a proteção da vítima. Quais sejam: “Exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais que mereçam proteção especial do Estado” (artigo 4º, inciso XI), “patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública” (artigo 4º, inciso XV) e “atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de torturas, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas” (artigo 4º, inciso XVIII).

Da mesma forma, quando o artigo 134, caput, da Constituição, incumbe à Defensoria a prestação da assistência jurídica gratuita “de forma integral” aos necessitados, a intenção do constituinte não foi a de limitar tal direito fundamental de acesso à justiça aos acusados, mas sim o de ampliá-lo para que também as vítimas, em determinadas ocasiões, pudessem dele usufruir[4]. Assim sendo, e em conformidade com o que já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “É função institucional da Defensoria Pública patrocinar tanto a ação penal privada quanto a subsidiária da pública, não havendo nenhuma incompatibilidade com a função acusatória, mais precisamente a de assistência da acusação”[5].

Estabelecidas as compatibilidades legal e constitucional da atividade acusatória com a Defensoria Pública, resta enfrentarmos a seguinte questão: tal função institucional deve obedecer a alguns pressupostos? Divergindo dos colegas da Defensoria Pública de São Paulo Reis, Zveibil e Junqueira, para quem “tal mister deve ser exercido sem reservas, eis que é um direito do usuário”[6], entendo que o



exercício da atividade acusatória pela Defensoria está sujeito à verificação de – pelo menos – três pressupostos, os quais explico a seguir.

O primeiro deles é a comprovação do estado de hipossuficiência econômica, nos termos do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição (“o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”). Tratando-se condutas processuais ativas (ajuizamento de ação penal privada e subsidiária da pública, ingresso como assistente da acusação etc.), não haverá que se falar, aqui, em hipossuficiência jurídica para legitimar a atuação em favor das vítimas[7].

O segundo pressuposto orienta a que a Defensoria Pública somente exerça a atividade acusatória quando o Ministério Público não tenha (a mesma) legitimidade. Assim, por exemplo, no caso de crime contra a honra de funcionário público, em que a Súmula 714 do Supremo Tribunal Federal afirma ser concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do MP, condicionada à representação do ofendido, entendo que, optando a vítima por ajuizar a queixa-crime, deverá obrigatoriamente constituir advogado particular para representá-la. Desestabilizaria a coerência do sistema facultar à vítima a escolha entre dois órgãos públicos quando a CF confiou a um deles (MP) a legitimidade privativa para a ação penal pública (artigo 129, inciso I).

Por outro lado, considerando que o MP não tem legitimidade para representar a vítima na ação penal de iniciativa privada; que a ação penal subsidiária da pública decorre justamente de negligência do MP e que a assistência à acusação é exercida por alguém estranho à acusação oficial (MP), não há nada que impeça o desempenho destas atividades acusatórias pela Defensoria Pública.

O terceiro – e último – pressuposto para se verificar a pertinência desta função institucional incumbida à Defensoria diz respeito ao exercício da atividade acusatória como última e extrema medida a ser tomada diante do caso concreto, o que deve ser precedido pelo esgotamento de possibilidades restaurativas. Ou seja, de tentativas de solução extrajudicial do conflito, acompanhadas, ainda, da conscientização da vítima acerca dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, atividades que também se afiguram como funções institucionais da Defensoria Pública (artigo 4º, incisos II e III).

O defensor público não pode ser (mais) um profissional a serviço da legitimação e da expansão do poder punitivo. Ele deve significar o “novo” no espetáculo jurídico[8]. Assim, por exemplo, não deve o defensor público patrocinar “qualquer” queixa-crime ou ajuizá-la sem antes propiciar um encontro restaurativo e conciliador entre as partes envolvidas, o qual pode se encerrar, inclusive, com a celebração de termo de transação, mediação ou conciliação, que, referendado pelo defensor público, valerá como título executivo extrajudicial (artigo 4º, parágrafo 4º, da LC 80/94)[9].

O defensor público também não deve prescindir de uma criteriosa análise do requerimento da vítima para que ajuíze a ação penal subsidiária da pública[10], no que deverá avaliar tanto a presença da justa causa (elementos mínimos de autoria e materialidade) quanto a ausência de situações que afastam o caráter criminoso da conduta. Igualmente, não deve o defensor público contribuir para o encarceramento em massa, mas pode, em situações excepcionalíssimas, em representação de mulher vítima de violência doméstica, p. ex., pedir a aplicação de prisão para proteger a vítima[11]. A *ultima ratio* da intervenção penal, aqui, deve receber um tratamento que se ajuste à ideologia político-criminal que se espera da Defensoria Pública[12], de modo que, inexistindo hipótese – legítima – de atuação institucional, o



defensor público poderá negar a assistência, comunicando sua decisão ao Defensor Público-Geral (artigo 4º, parágrafo 8º, da LC 80/94) e à suposta vítima (artigo 4º-A, inciso III, da LC 80/94).

Cumpridos estes três pressupostos, a Defensoria estará legitimamente habilitada para exercer a sua função institucional acusatória.

Há quem afirme que tal atividade, quando exercida na condição de assistente de acusação, desequilibraria o processo penal, pois teríamos dois órgãos públicos no polo ativo da ação penal, em manifesto excesso de acusação[13]. O argumento, no entanto, não convence. Primeiro, porque o ordenamento jurídico contempla outras possibilidades de assistência à acusação por órgãos públicos cuja pertinência ou constitucionalidade nunca foram questionadas, tais como: a habilitação de órgãos federais, estaduais ou municipais no processo instaurado contra Prefeitos por crimes de responsabilidades (artigo 2º, parágrafo 1º, do Decreto-Lei 201/1967); e a habilitação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em processo instaurado em face de crimes contra o sistema financeiro nacional (artigo 26, parágrafo único, da Lei 7.492/1986). E segundo, porque ao acusado não importa a quantidade numérica de acusadores, mas sim o respeito ao devido processo com os direitos e as garantias que dele decorrem.

Finalmente, é importante ressaltar que este texto se propôs a uma reflexão sobre o Direito positivo vigente. Existem diversas críticas a respeito da participação da vítima no processo penal, algumas procedentes e outras já superadas. Deve ficar claro, portanto, que a Defensoria Pública, ao exercer atividade acusatória, assim o faz por imposição legal, e não para disputar espaço e poder com o Ministério Público, do qual deverá se diferenciar ao priorizar à vítima possibilidades restaurativas e conciliadoras.

[1] Nils Christie faleceu recentemente, em 27/05/2015, deixando um legado *revolucionário* de possibilidades e aberturas do sistema penal (e para além dele) à compreensão do conflito como algo não passível de subtração pelo Estado.

[2] CHRISTIE, Nils. *Los conflictos como pertenencia*. In: MAIER, Julio B. J. (coordenador). *De los Delitos y de las Victmas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, p. 171.

[3] A expressão é de MAIER, Julio B. J. *La victima y el sistema penal*. In: MAIER, Julio B. J. (coordenador). *De los Delitos y de las Victmas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, p. 186.

[4] No mesmo sentido: “*Outra consequência é a concessão de assistência jurídica a quem não puder constituir advogado sem prejuízo de seu sustento ou de sua família, quer para a propositura da ação penal privada, quer para a habilitação como assistente de acusação, bem como para a defesa em processo criminal. Essa conclusão se impõe porque o preceito contido na Constituição, no artigo 5º, LXXIV, não oferece nenhuma limitação, pelo contrário, acena de forma expressa com assistência integral*” (CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 74). E também André



Nicolitt, para quem “*A função de maior visibilidade da Defensoria Pública é o patrocínio das ações cíveis e a defesa no processo penal. Não obstante, inúmeras outras funções estão no rol de suas atribuições. A Defensoria deve patrocinar a ação penal privada exclusiva e subsidiária da pública. Cabe ainda à Defensoria patrocinar o assistente de acusação. Embora não esteja expresso no rol do artigo 4º, o êxito da assistência conduz à formação de título executivo judicial a ser executado no juízo cível. Trata-se de verdadeiro patrocínio de interesse cível, contemplado no espírito do inciso III do artigo 4º da LC nº 80/1994*” (NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 236). Conferir também o didático texto do amigo e defensor público federal, Alexandre Cabral: *O Dever de Acusar do Defensor Público*, disponível [aqui](#).

[5] HC 24079, rel. min. Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 29/09/2003 (também neste precedente se decidiu que a prerrogativa do prazo em dobro se aplica no exercício desta *função acusatória* exercida pela Defensoria). Entendimento reiterado, recentemente, quando por ocasião do julgamento do HC 293979, rel. min. Gurgel de Faria, DJe 12/02/2015 (também neste precedente se decidiu que quando a Defensoria atuar como representante do assistente de acusação, é dispensável a juntada de procuração com poderes especiais).

[6] SOARES DOS REIS, Gustavo Augusto; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. *Comentários à Lei da Defensoria Pública*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 80.

[7] Sobre o conceito de hipossuficiência jurídica no processo penal e as suas implicações para a Defensoria, cf. *A Defensoria Pública e a hipossuficiência jurídica no processo penal*, texto de minha autoria publicado aqui no CONJUR: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-24/caio-paiva-defensoria-publica-hipossuficiencia-juridica>.

[8] Eis a advertência de Amilton Bueno de Carvalho: “(...) *tenho que a Defensoria pode representar o novo no espetáculo jurídico: se sabe para que (não) veio o Judiciário, se sabe para que (não) veio o Ministério Público, mas para que virá a Defensoria? Será efetivamente o novo ou será mais um ente burocrático, um nada que levará a lugar nenhum a não ser dar alguma projeção e razoáveis subsídios aos seus integrantes?*” (CARVALHO, Amilton Bueno de. *Defensoria Pública: entre o velho e o novo*. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/defensoria-publica-entre-o-velho-e-o-novo-por-amilton/>).

[9] Perceba-se, portanto, que o defensor público pode se antecipar ao que prevê o artigo 520 do CPP (“*Antes de receber a queixa, o juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem, fazendo-as comparecer em juízo e ouvindo-as, separadamente, sem a presença dos seus advogados, não se lavrando termo*”) e propiciar a reconciliação antes do ajuizamento da queixa.

[10] Me parece salutar, para além de consistir em ato de cortesia institucional, que o defensor público, antes de ajuizar a ação penal subsidiária da pública, oficie o Ministério Público e descreva o caso trazido pela vítima, informando-lhe sobre a alegação de negligência no ajuizamento da denúncia. Passado o prazo fixado para a resposta do MP, na ausência desta, estará, então, o defensor público melhor habilitado a exercer esta – excepcional – *atividade acusatória*.



[11] A Lei 11340/2006 (Lei Maria da Penha) garante à mulher vítima de violência doméstica o acesso aos serviços prestados pela Defensoria Pública (artigo 28).

[12] Para uma visão sobre o pensamento criminológico e a Defensoria Pública, cf. SHIMIZU, Bruno; STRANO, Rafael Folador. *O Defensor Público e a Criminologia: da “desalienação” à resistência*. In: RUGGERI RÉ, Aluisio Iunes Monti (coord.). *Temas Aprofundados Defensoria Pública*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 377-395.

[13] É o que defende STRECK, Lenio. *Promotor requer absolvição e defensor, condenação: que jabuticaba é essa?* Disponível [aqui](#)

Date Created

02/06/2015