



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Assistente da Acusação e a Prisão Preventiva

Cristiane da Rocha Caetano

Rio de Janeiro  
2012

CRISTIANE DA ROCHA CAETANO

O Assistente da Acusação e a Prisão Preventiva

Artigo Científico apresentando como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2012

## O ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO E A PRISÃO PREVENTIVA

Cristiane da Rocha Caetano

Graduada pela Universidade Veiga de Almeida. Advogada. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá.

**Resumo:** Sem sombra de dúvidas, percebe-se que com o passar dos anos está sendo demonstrada pelo legislador ordinário maior preocupação com a vítima. Conforme muito se defende na doutrina, de fato, existe clamor social no sentido de exigir do legislador que volte seus olhos ao ofendido, como que se levantassem a bandeira da erradicação da insignificância imposta à vítima, perante o processo penal, já que se preocupa muito com o *ius puniendi* e os direitos fundamentais do réu. Em tese, alinhado a esta súplica, ampliou-se a atuação dessa figura no Processo Penal, garantindo-lhe a possibilidade de requerer a Prisão Preventiva do Réu. O objetivo deste trabalho é abordar a figura do coadjuvante do Ministério Público, demonstrando sua finalidade no Processo Penal e o fomento legal à vingança particular.

**Palavras-Chave:** Assistente da Acusação. Finalidade. Reparação do Dano. Prisão Preventiva. Incompatibilidade. Vingança Privada. Estado Democrático de Direito.

**Sumário:** Introdução. 1. Surgimento do Assistente da Acusação. 2. Natureza Jurídica do Assistente da Acusação. 3. Estado Democrático de Direito X Vingança Privada. 4. Prisão Preventiva. 5. Liberdade como Regra. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho tem como escopo abordar a compatibilidade da autorização concedida pelo legislador infraconstitucional ao Assistente da Acusação de requerer a prisão preventiva do réu, nos termos da nova redação do artigo 311 do Código de Processo Penal, com a redação alterada pela Lei 12.403 de 2011.

Pode-se observar na doutrina a existência de vozes defendendo a necessidade de análise por parte do legislador infraconstitucional, no que tange ao ofendido, uma vez que se busca evidenciar uma possível desvalorização da figura da vítima. Constata-se, inclusive, um

tom de injustiça em relação ao tratamento dispensado à vítima pelo Processo Penal pátrio, diante salutar preocupação com os direitos fundamentais do acusado em detrimento dos direitos da vítima, uma vez que essa, além de suportar os atos perpetrados contra si, encontra-se relegada no cenário processual penal.

Aparentemente, em atendimento a essa súplica, o legislador, com a Lei 12.403/2011, introduziu no Código de Processo Penal a possibilidade de o Assistente da Acusação requerer a prisão preventiva do réu, evidentemente, quando presentes os requisitos que autorizam a referida providência cautelar.

Contudo, não parece razoável que o legislador infraconstitucional olvide a finalidade do coadjuvante do Ministério Público no furor em demonstrar uma possível valorização da vítima, seja em atuação própria desta ou por meio das figuras dos substitutos legais, provocando, assim, aparentemente, violação das diretrizes do Estado Democrático de Direito, uma vez que, a referida autorização fomenta a manutenção do desejo de vingança particular, a qual se busca, há algum tempo, banir da sociedade.

Em uma análise das sociedades dos primeiros tempos, inicialmente, pode-se afirmar o império da justiça realizada pelas próprias mãos, tendo em vista a prevalência da vontade do mais forte; a força vencendo a razão, que sempre culminou na desproporcionalidade caracterizada pela vingança, com a submissão do mais fraco ao mais forte. A prevalência da força resultava em medida desarrazoada, em que imperava uma reação natural e instintiva, sendo apenas uma realidade sociológica, não constituindo uma instituição jurídica. Contudo essa força, na maioria das vezes, mostrou-se mais patrimonial do que corpórea o que, em todos os momentos históricos, exibiu-se mais danosa que qualquer outra.

Com a evolução dos homens, percebeu-se a necessidade e a efetiva transferência do direito de punir ao Estado, dentre outras formas de regulação social, sendo certo que este passou a reprimir membros da sociedade que se comportassem em desacordo com as regras

instituídas, uma vez que cada vez mais mostrava-se fervorosa a necessidade de garantir ao infrator reais possibilidades de defender-se, pois cada vez mais buscava-se banir as injustiças desenhadas pela força em detrimento da razão. Delineava-se, a cada passo, a garantia de defesa de forma ampla.

É certo que na Magna Carta encontram-se consignados os conceitos de igualdade formal e material, ao passo que o texto normativo constitucional demonstra nítida preocupação com o sentido de igualdade material efetiva.

Desta constatação Luigi Ferrajoli<sup>1</sup> apresenta seu pensamento acerca dessa distinção:

Chamarei de igualdade formal ou política a primeira forma de igualdade, e igualdade substancial ou social a segunda. Em ambos os sentidos os sentidos o princípio da igualdade não é uma tese descritiva, mas um princípio normativo; não um juízo de fato, mas um juízo de valor, ou mais simplesmente um valor, que vem se postulando justamente porque se reconhece que os homens são diversos. A sua normatividade tem todavia, nos dois casos, uma função oposta. Com a prescrição da igualdade formal convencionou-se que os homens devem ser considerados como iguais propriamente prescindindo do fato que eles são diversos, isto é, das suas diferenças pessoais de sexo, raça de língua, de religião, de opinião política e afins. Com a afirmação da igualdade substancial se convencionou, ao invés, que eles devem ser considerados tão iguais quanto possível for, e por isso não se deve prescindir do fato que eles são social e economicamente desiguais. Convirá chamar “diferenças” às diversidades do primeiro tipo de “desigualdades”, às do segundo. Uma devem ser reconhecidas para serem respeitadas e garantidas; as outras também, mas para serem removidas ou, ao menos, o mais possível compensadas.

Ainda que haja distinção de igualdade em sentido formal ou substancial, certo é que ambos se traduzem isonomia nos direitos fundamentais, devendo tornar as relações jurídicas justas e equilibradas, ou seja, garantir que todos possuam direitos e que devem ser tratados de forma igualitária, não se olvidando das desigualdades existentes, muitas vezes evidentes.

Assim, a isonomia trazida ao Processo Penal, buscar garantir e efetivar a paridade de armas entre acusação e defesa. Ainda que possam alegar tratar-se de discurso enganador, como muitos afirmam, desejou-se, além de garantir direitos ao suposto infrator, retirar das mãos do particular a possibilidade de punir seu verdugo, pois esta última não pode deixar de ser considerada como mera vingança particular. No entanto, não se fez suficiente para bani-la

---

<sup>1</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.835

completamente, de forma que, conforme esposa Marcellus Polastri Lima “permanecem resquícios da justiça privada em nossa legislação, consagrando o Código de Processo Penal de 1940 a ação penal privada, bem como a assistência ao Ministério Público, pelo ofendido, nas ações penais públicas”<sup>2</sup>.

Ainda Marcellus Polastri, “a assistência ao Ministério Público, assim, é um resquício da privatização do Processo Penal”<sup>3</sup>.

Realizando análise da atuação do assistente da acusação ao longo dos anos percebe-se que a doutrina não encontra harmonia entre si, sendo certo que para alguns, como Frederico Marques, a presença daquele se dá eminentemente em auxílio à acusação<sup>4</sup>, enquanto que para outros, comandando corrente doutrinária preponderante, por todos Fernando da Costa Tourinho Filho, existe o exercício de uma função que se apoia na influência determinante da sentença penal condenatória no campo cível.<sup>5</sup>

Ocorre que, não raras vezes, vê-se nos inúmeros processos que tramitam na Justiça pátria, a atuação do coadjuvante do assistente da acusação no afã de tornar-se protagonista, preocupando-se muito mais com a condenação e o encarceramento do réu do que com o que deveria ser seu único anseio, a reparação do dano, porventura sofrido, imperando, de forma rotineira, o desejo de retribuir aquilo que sofrera a quem lhe causou tal sofrimento, caracterizando-se uma verdadeira vingança particular.

Neste caminho, observa-se crescente existência de uma nova concepção da vítima no decorrer do processo penal, alcançando maior relevo. As legislações contemporâneas têm dado tratamento especial à figura do assistente da acusação, proporcionando maior intervenção do ofendido no desfecho do processo, atribuindo-lhes prerrogativas até então negadas, sem desvinculá-lo, todavia, de uma relativa subordinação à atividade do *Parquet*, do

---

<sup>2</sup> LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 544.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2 v. Rio de Janeiro: Forense, p. 249.

<sup>5</sup> LIMA, op. cit. p. 544.

qual, até então, guardava independência apenas quando este último fosse omissivo no cumprimento de suas obrigações institucionais.

## **1. O SURGIMENTO DO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO**

Com a intervenção efetiva da vítima do delito no processo penal, pode-se observar que, nos últimos tempos, a mesma tornou-se fonte de atenção regular dos estudiosos. Estes estão prestes a abandonar a noção tradicional de que aquela, não obstante sua figuração e sua importância substantiva na conformação e nas consequências do crime, não apresentaria empenho positivo na persecução penal. Isto porque, idealmente, como se consolidou, essa atividade, predominantemente pública, não comportaria a interação do interesse privado, que, quase sempre, estaria motivado por questões relativas ao desejo de vingança e à satisfação da necessidade de recomposição pecuniária do dano material causado pelo crime.

No nosso ordenamento jurídico, a figura do assistente encontra-se admitida pela norma inserida no artigo 268 do Código de Processo Penal, pela qual, “em todos os termos da ação pública, poderá intervir como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta qualquer das pessoas mencionadas no artigo 31”.

Antônio Scaranse Fernandes<sup>6</sup>, assevera que a referida norma originou-se das disposições do artigo 408 do Código Penal de 1890, que expressamente conferia autoridade à participação do ofendido nos “processos iniciados por denúncia, ou por ato *ex officio*, para auxiliar a acusação” e que, em razão do nítido viés processual de tal norma, o Supremo Tribunal Federal, animado pelo fato de ter a Constituição Republicana determinado a competência dos Estados para legislar sobre matéria de tal natureza, veio a considerar, em

---

<sup>6</sup> FERNANDES, Antônio Scaranse. *O papel da vítima no processo criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.124.

sede de *habeas corpus*, que “às legislaturas dos Estados compete determinar ou precisar em que consiste o auxílio admitido pela lei Federal”.

Esclarece o autor que, após tal decisão, os Códigos de Processos Estaduais passaram a aludir o ofendido como auxiliar do Ministério Público, ressaltando os Códigos dos Estados do Rio de Janeiro, de Minas Gerais e do Distrito Federal que “expressamente mencionaram o assistente, admitindo que pudesse reinquirir testemunhas e requerer diligências ‘a bem da justiça’ (art. 672, §1º do Código do Rio de Janeiro), ou ‘propor ao Ministério Público meios de prova, lembrar-lhe diligências tendentes ao esclarecimento de factos, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e intervir no debate oral em seguida à parte principal’ (artigo 30, §3º, do Código de Minas Gerais), ou, ainda, sugerir ao Ministério Público ‘diligências e a prática de todos os actos tendentes ao esclarecimento dos factos’ (artigo 24 do Código do Distrito Federal)”.

O Código de Processo Penal vigente, de 1942, dispôs especialmente sobre a matéria e procurou regular a atividade do assistente da acusação, sendo certo que, diante do avanço legislativo imposto pela dinâmica dos tempos, manteve-se revitalizado, sobretudo, pela força interpretativa dos Tribunais e, agora, pela lei 12.403/2011 que, de tão inovadora, parece ter extrapolado a função precípua dessa figura coadjuvante.

É certo que, havendo ofensa à ordem jurídica estatal, que tutelas os bens, direitos e garantias dos administrados, cabe ao Estado a punição daquele que à ordem desrespeitou, mediante uma persecução penal justa e adequada. Isso não somente em razão de seus próprios interesses, mas igualmente por importar à vítima, que experimentou diretamente danos físicos e psicológicos decorrentes da atuação delinvente que o Estado não logrou êxito em impedir.

Assim, pode-se perceber que a atuação da vítima no processo penal tem como finalidade minimizar a insatisfação da sociedade e da pessoa do ofendido para com a ordem jurídica vigente, possibilitando, inclusive, a via da composição nos crimes menos graves.

O assistente do Ministério Público, é uma figura processual bastante discutida na vida jurídica e acadêmica do nosso País, em razão dela participa desde antes da promulgação do Código de Processo Penal brasileiro.

A aludida figura foi introduzida no Código de Processo Penal brasileiro inspirado<sup>7</sup> pelo legislador do Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul de 1898, que admitia a possibilidade da parte ofendida atuar no processo com o fim de defender seus interesses, ao lado do promotor de justiça, podendo ingerir antes ou depois da sentença, assim redigido: Em todos os termos da ação privada será sempre ouvido o Ministério Público; e nos da ação pública pode intervir a parte ofendida ou quem a substitua para defender o seu direito como assistente. § único. O assistente pode intervir antes ou depois da sentença, contanto que esta não tenha passado em julgado, mas recebe a causa no estado em que se acha e deve alegar seu direito nos mesmos termos que competem ao Ministério Público.

O artigo supracitado possuía como *ratio* consentir que a vítima, ou seu representante legal, pudesse manter-se de permeio no processo, objetivando estar garantido pelos reflexos importantes da sentença penal na esfera cível (indenização), bem como auxiliar o *Parquet* na acusação – tendo por fim a condenação como medida de justiça – e, ainda, em fiscalizá-lo no que se refere a uma eficiente atuação de levar a cabo a ação penal.

No entanto, dessa afirmação discorda Antonio Scarance Fernandes<sup>8</sup>, que se volta ao Código Penal de 1890 para declarar que o assistente foi recepcionado, ali, diante da referência expressa feita pelo legislador no sentido de autorizar a participação do ofendido nos processos iniciados por denúncia, ou por ato “*ex officio*” para auxiliar a acusação (art. 408 do CP), mas não se fez com clareza no que consistiria tal auxílio.

---

<sup>7</sup>ZIYADE, Fátima. *Assistente da Acusação*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1993, p. 17.

<sup>8</sup>FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 132.

Com efeito, destaca ainda o autor que, em razão da propriedade processual conferida ao assistente, o Supremo Tribunal Federal, diante da Constituição da República à época, no que tange à competência legislativa dos Estados sobre a matéria, deixou à discricção dos legisladores estaduais (por meio dos Códigos de Processo Penal Estaduais) dizê-lo. A partir de então o ofendido nas ações penais públicas passou a ser designado como “assistente do Ministério Público”, dispondo, ainda, sobre a dimensão de sua atuação: reinquirição de testemunhas, requerimento de diligências, proposição de meios de prova ao Ministério Público, requerimento de perguntas às testemunhas, aditamento do libelo e intervenção no debate oral em seguida à parte principal.

O autor finaliza afirmando que o Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul não tratava a figura do assistente como um auxiliar do acusador, referindo-se à possibilidade do ofendido intervir “para defender o seu direito como assistente”.

Certo é que, embora haja grande discussão quanto à origem do assistente de acusação, o referido instituto permaneceu intacto e à parte dos códigos de processo penal brasileiros, até que chegou à sua atual redação, presente no Código de Processo Penal de 1941, artigo 268: Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31<sup>9</sup>, sendo relevante notar que o legislador pátrio se inspirou em ambas as acepções da figura, descritas anteriormente, ou seja, auxiliar da acusação e perseguidor de eventual restituição e indenização.

---

<sup>9</sup> BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941.

## 2. NATUREZA JURÍDICA DO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO

A natureza jurídica da figura sob análise é bastante controvertida na doutrina brasileira. Grande parte da doutrina entende que a participação do assistente de acusação, ocupa posição secundária, sendo de mínima importância para o desenvolvimento processual.

Fátima Ziyade<sup>10</sup> aponta quatro correntes que divergem em sua definição: a primeira considera o instituto da assistência como “parte civil”, baseada nas lições de Joaquim Canutto Mendes de Almeida, que, isoladamente, equipara a posição do assistente com a do ofendido-apelante, do ofendido-querelante na ação penal privada e do ofendido propositor da ação penal subsidiária, afirmando que os referidos institutos mereceriam estar reunidos e nomeados como “parte civil”, já que buscam, exclusivamente, os efeitos civis consequente da ação penal.

Contudo, releva Ziyade que, embora existam efeitos comuns aos institutos, não se pode atribuir a mesma natureza jurídica, já que na ação penal pública incondicionada o assistente figura como parte adjunta, ao contrário do que se dá na privada e na subsidiária, pois figura como verdadeiro substituto processual, que o eleva à parte principal. Traz à memória que no processo penal brasileiro não encontramos a denominada parte civil, como se extrai com clareza da exposição de motivos do Código de Processo Penal – item VI<sup>11</sup>.

A segunda corrente considera o assistente um “substituto processual”, ressaltando que só há possibilidade dessa situação quando o ofendido exerce seu direito de recorrer, nos casos em que o *Parquet* permanece inerte, já que nestes casos é que substituirá aquele órgão, atuando como parte principal. Contudo, relembra-se que, há casos que pode parecer que o

---

<sup>10</sup> ZIYADE, op.cit., p. 23-27.

<sup>11</sup>VI – O projeto, ajustando-se ao Código Civil e ao novo Código Penal, mantém a separação entre a ação penal e a ação civil *ex delicto*, rejeitando o instituto ambíguo da constituição de “parte civil” no processo penal.

ofendido está exercendo direito de outrem em nome próprio, “a verdade é que todos esses atos decorrem de sua condição de interveniente adesivo”<sup>12</sup>.

A terceira afirma que o assistente atua como “auxiliar da acusação”, não sendo o assistente da acusação parte no processo, mas sim mero auxiliar do Ministério Público, uma vez que se considera parte somente o legitimado a dar início à ação. Assim leciona Antônio Alberto Machado<sup>13</sup>, ao tornar firme que o assistente não é parte no sentido técnico processual e que é chamado impropriamente pela doutrina de parte adesiva ou adjunta, pelo fato de ter assegurados alguns direitos típicos de autor, sem, no entanto, sê-lo<sup>14</sup>.

Paralelamente leciona Sérgio Demoro Hamilton<sup>15</sup>: “No meu entendimento assistente não é parte. E não é parte, justamente, porque ele não pede; quem pede é o MP. Por tal motivo, com a devida vênia, parecem-me equivocadas certas posições que a ele se referem como parte adjunta ou, ainda, parte secundária. Da mesma forma, não pode ser visto como litisconsorte, porque sua intervenção não importa em cumulação subjetiva de lides”.

Opõe-se Fernando Capez<sup>16</sup> ao ensinar que, no processo penal, há as partes essenciais, que são indispensáveis à perfeita existência do processo, e as contingentes, eventuais, que são autorizadas pela lei a atuar no processo, sendo, contudo, totalmente dispensáveis à existência e validade do mesmo. É aqui, para ele, que se coloca o assistente de acusação.

Este último entendimento doutrinário, no que tange à natureza jurídica da figura do assistente da acusação, é o mais propagado na doutrina brasileira. Sustenta que o instituto trabalha como “parte adesiva” à acusação, intervindo litisconsorcialmente, de forma

---

<sup>12</sup> ZIYADE, op. cit., p. 25.

<sup>13</sup> MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 88.

<sup>14</sup> Ibid, p. 88.

<sup>15</sup> FERNANDES, op.cit., p. 135-136.

<sup>16</sup> HAMILTON, Sérgio Demoro. “O recurso do assistente do Ministério Público”. Porto Alegre: Revista Síntese de Direito Penal e Direito Processual Penal, 2002, n. 16, p. 28.

<sup>17</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 185.

contingente, já que é dispensável à existência e validade do processo, atuando por força de um reconhecido direito de intervenção<sup>17</sup>.

Essa é a posição de José Frederico Marques<sup>18</sup>, para quem a atividade da vítima e do Ministério Público, como partes, estabelece um “litisconsórcio criminal”. Ele aduz: “A doutrina alemã, segundo Massari, denomina tal situação como um litisconsórcio necessário para o acusador público, e voluntário para o acusador particular”<sup>19-20</sup>.

Em vista disso, tem-se mais adequada como natureza jurídica do assistente da acusação, aquela de parte contingente, uma vez que embora dispensável para o início e o desenvolvimento da ação penal, não se pode negar a existência de poderes independentes em relação ao Ministério Público para agir no curso do processo, de forma a funcionar como litisconsorte do *Parquet*, seja buscando os efeitos civis da sentença penal, a correta aplicação da lei penal, ou, ainda, como controlador externo da atividade ministerial.

### **3. ESTADO DEMOCRÁTIO DE DIREITO x VINGANÇA PRIVADA.**

O Estado é a mais complexa das organizações, sendo resultado de elevado desenvolvimento humano ao longo dos séculos, ou seja, é fruto de um estágio avançado de evolução social, sendo possível afirmar que o Estado nasce para o homem, e não o homem para o Estado.

---

<sup>18</sup> PATENTE Antônio Francisco. *O Assistente da Acusação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 18.

<sup>19</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2 ed. v. 2, Campinas: Millenium, 2000, p. 52.

<sup>20</sup> TORNGAHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 2 ed. V. 2, São Paulo: Saraiva, 1977. p. 431. No mesmo sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho, quando diz: “Ao falarmos sobre as ‘partes processuais’, fizemos a sua distinção em ‘necessárias’ e ‘contingentes’”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 384.

A partir da concepção de Estado Moderno, chega-se aos seguintes modelos de Estado: a) Estado Absoluto; b) Estado Liberal; c) Estado Social; d) Estado Democrático de Direito/Estado Social e Democrático de Direito.

O perfil de um ordenamento jurídico está atrelado ao modelo de Estado. Mormente em Direito e Processo penal, temos essa intimidade ressaltada na elaboração de uma norma, na sua interpretação e aplicação. Portanto, estas definições têm enorme relevância. O Estado Absoluto, forma de governo que se deu na Europa entre os séculos XVI e XVIII, era defendido, entre outros, por Thomas Hobbes e Nicolau Maquiavel. Aquele ressaltava que somente poderíamos ter um estado forte se o poder estivesse centralizado nas mãos de um só, pois a distribuição nas mãos de vários homens traria a fragilidade do sistema, já que impossível seria a submissão de uns aos outros. Sustentava que os homens, egoístas por natureza, abririam mão de suas vontades, transferindo ao Estado o poder de regular a vida em sociedade, por entender, já que um ser racional, que os anseios inerentes à sua natureza humana deveriam ser limitados por um “algo” maior, já que ao contrário os homens destruir-se-iam. A concessão de poder atribuída ao Estado, então, dar-se-ia por meio de um contrato social, sendo certo que assim teríamos uma sociedade regulada, que seria preservada de seus e para seus próprios componentes. Já Maquiavel em seu livro “O Príncipe”, escrito no exílio, afirmava que o soberano, no caso o rei absolutista, devia valer-se de todos os meios possíveis para consolidar a soberania de seu país, pois na política não se deve preocupar com o dever ser, mas sim com o ser, com a realidade.

No modelo Absoluto, imperava o autoritarismo, sendo certo que os violadores dos interesses do Rei, que detinha o poder central, eram atirados na Bastilha, pois rotulados criminosos pela simples atuação contrária aos mandos e desmandos do Rei.

A Revolução Francesa (1789)<sup>21</sup>, que caracterizou-se pela tomada de poder pela burguesia e a conseqüente derrubada do poder absoluto dos reis e teve como marco principal a queda da Bastilha, foi um produto do movimento Iluminista caracterizado pela oposição ao poder absoluto do rei. O evento revolucionário francês é verdadeiro divisor de águas histórico, pois transmudou a base do poder político e social na França. Sob o lema "Liberdade, Igualdade e Fraternidade", cuja fundamentação ideológica era Iluminista, a burguesia se junta ao povo e pega em armas contra a nobreza pondo fim aos privilégios de nobres e do clero, liquidando as instituições feudais do Antigo Regime.

Daí nasce o Estado Liberal, que trouxe diversas inovações ao perfil do direito, possuindo como princípios a abstenção do Estado em intervir na economia, a igualdade formal, o acolhimento da Teoria da Divisão dos Poderes de Montesquieu, a supremacia da Constituição como norma limitadora do poder estatal, bem como o reconhecimento de garantia de direitos fundamentais do indivíduo.

Assim, o direito à vida, à liberdade, ou seja, os direitos e garantias individuais como um todo, denominados de direitos de 1ª geração, foram alçados a um patamar bastante privilegiado. Nesta fase, nota-se, que houve grande concentração na defesa dos direitos do cidadão em uma perspectiva individual, ocasião em que o coletivo mostrou-se um tanto relegado.

A ideia do Estado de Direito surgiu nessa fase, tendo sido Cesare Beccaria seu principal idealizador. Embora importante esse modelo de Estado não passou ao largo das críticas, já que notória era a indiferença ao social, bem como satisfação com o simples respeito formal ao direito, ou seja, ainda que a lei fosse injusta, se estivesse sendo observada integralmente pouco importaria as conseqüências daí advindas. A justiça do caso concreto não tinha qualquer relevância, pois se entendia não ser possível questionar a lei posta, já que esta

---

<sup>21</sup> MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 238.

deveria ser cumprida, o que justificava qualquer atuação, ainda que covarde. A verdade absoluta estava na lei (método lógico-formal). Daí o rótulo: Estado de Direito formal.

Com Revolução Russa de 1917, que foi uma resposta social ao modelo de condições desumanas impostas aos trabalhadores, nasce o Estado Social.

Com o Estado Social, o Estado passou a intervir na economia, como forma de aplicação do princípio da igualdade material e realização da justiça social, privilegiando-se o social em detrimento do individual. Surgem, assim, os direitos sociais, denominados direitos de 2ª geração. Não entanto, de igual forma, bastava a previsão legal e sua obediência formal para alcançar um Estado de Direito formal, o que, igualmente, relegava à justiça do caso concreto ao esquecimento.

O Estado Democrático nasce com o fim de corrigir os defeitos do Estado Social, pois este não atendia aos anseios do povo. Assim, no Modelo de Estado Democrático de Direito/Social procurou-se, proteger o interesse social e o individual, em ambos os aspectos, formal e material.

Criam-se, então, os "direitos de terceira geração", localizados no plano do conteúdo fraternal, que compreende os direitos essencialmente coletivos, passando o Estado a tutelar, além dos direitos de primeira e segunda geração, os transindividuais, que citamos como exemplo o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a paz, a autodeterminação dos povos e a moralidade administrativa, dentre muitos outros.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou o Modelo de Estado Democrático de Direito, diverso, portanto, do Modelo substituído. Assim, afirma-se que a metodologia utilizada para interpretação das normas postas, que privilegiava o método lógico-formal, está superada.

Diante desta perspectiva, patente é necessidade de uma releitura do Direito Penal e do Processo Penal, de forma integral, levando em conta a nova postura valorativo-constitucional implantada pela Constituição da República.

O referido modelo interpretativo que se impões tem sido observado, quase que integralmente, nas decisões do STF, guardião da Carta da República, como, por exemplo, quando da declaração da inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes abarcados pela Lei 8.072/90, bem como no reconhecimento da inconstitucionalidade da obrigação, *ex legis*, do recolhimento à prisão para recorrer (CPP, 594), dentre outras.

Com efeito, o legislador constituinte é claro ao adotar o regime do Estado Democrático de Direito como nortear da República Federativa do Brasil, reunindo os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não só no aspecto formal dos elementos que os compõem, mas, principalmente, introduzindo uma nova visão que os supera.

Conforme leciona Alexandre de Moraes, o Estado Democrático de Direito representa a exigência do regramento por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e com ampla participação popular, além do respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.<sup>22</sup> Trata-se da união do princípio da legalidade com o princípio democrático, em seus aspectos mais saudáveis, ao compararmos a força da lei com os anseios da sociedade mutável e dinâmica que vivemos. Em outras palavras, a letra fria da lei destituída de conteúdo é perde espaço para a participação efetiva do povo na vida política do país em busca da justiça social, retornando-se, assim, à essência do contrato social.

Atualmente, pacificada está a ideia de que o Direito Processual é ramo do Direito Público, tendo seus principais fundamentos fixados na Carta da República, em que se estabelece a estrutura dos órgãos jurisdicionais, garante-se a distribuição da justiça e a

---

<sup>22</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27 ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 88.

efetividade do direito objetivo, consagrados os princípios processuais. Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>23</sup> afirmam que, alguns dos princípios gerais que orientam o Direito Processual são princípios constitucionais ou seus corolários, impondo-se, assim, o paralelismo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve.

Conforme os citados professores, hoje, “acentua-se a ligação entre processo e Constituição no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico”<sup>24</sup>.

Prosseguem corroborando que o processo não deve ser simplesmente um instrumento técnico, mas, sobretudo, ético, influenciado por diversos fatores históricos, sociológicos e políticos, tendo por base a Constituição como resultante do equilíbrio de forças políticas existentes em certa sociedade, considerando-se seu momento histórico, constituindo-se no “instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno processo e de seus princípios”<sup>25</sup>. O processo deixa de um fim em si próprio para tornar-se verdadeira garantia de liberdade.

Consequentemente, temos que os valores que prevalecem em determinado momento histórico, consignados na Constituição da República, entusiasma diretamente o tratamento que deverá ser conferido ao indivíduo no tocante aos seus direitos e garantias. Isso faz com que as construções jurídicas sejam criadas em consonância com a convicção ideológica, social e ética do momento em que são organizadas.

O Processo Penal pátrio encontra-se norteado, sobretudo, por preceitos fundamentais com embasamento constitucional, que repercutem a sua essência e retratam postulados basilares da política adotada pelo nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>23</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 78.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 79.

Não se pode olvidar, portanto, que a consideração de institutos jurídicos processuais penais encontra-se preservada por princípios constitucionais, que os torna blindados às leis infraconstitucionais e, por conseguinte, à possíveis máculas que arriscariam a função do processo penal como garantidor de direitos e garantias fundamentais, em especial, do réu. Busca-se, portanto, extirpar a possibilidade de afetação da segurança processual que acarretaria o surgimento de desvios, excessos e abuso que pudessem prejudicar o devido processo legal.

Ressalta-se que, o período da vingança privada prolongou-se até o final do século XVIII, período marcado pela falta de um sistema estruturado da própria sociedade primitiva, que não possuía princípios gerais. Caracterizava a reação natural do indivíduo que, por se sentir ofendido em todos os aspectos, buscava resgatar algo sem se governar pelas consequências, o que se traduzia em um movimento social sem estruturas jurídicas.

Diante desta sistemática, não se pode conceber que o instituto da vingança privada possa figura em nosso ordenamento jurídico, por meio de brechas legislativas infraconstitucionais. Inconcebível tal instituto figurar em nossa legislação pátria nos tempos atuais, devendo ser rechaçado por meio do controle de constitucionalidade, sendo certo que está na contramão do Estado Democrático de Direito, sendo além de ilegal, inconstitucional conforme supracitado.

#### **4. PRISÃO PREVENTIVA**

A prisão preventiva é uma das espécies de prisões cautelares existentes no processo penal, considerada como a mais genuína medida dentro das cautelares, tendo, recentemente, sofrido alterações pela Lei 12.403, de 04 e maio de 2011:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação

da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)<sup>26</sup>.

Acerca da natureza jurídica da medida cautelar, podemos constatar a presença de dois requisitos essenciais: o *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis*.

A figura da fumaça do bom direito se faz presente, na segunda parte do artigo 312 do Código Processual Penal, determinando que para a incidência da prisão preventiva tem que haver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Já o *periculum* está presente no início do referido artigo, quando elencados os motivos autorizadores da decretação da medida que são: de garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Insta ressaltar que o *fumus boni iuris*, é elemento essencial para a aplicação da medida cautelar, sendo necessária a prova da existência do crime, ou seja, a certeza da materialidade do delito, bem como a certeza ou indício suficiente de que determinada pessoa tenha cometido o crime.

Desta feita, para que recaia sobre o agente a imposição da tão grave medida cautelar prisional deverão estar demonstrados indícios de que cometeu o crime, sendo, por este prisma, necessária a presença latente da probabilidade de sua autoria.

No que tange ao *periculum in mora* ou *periculum libertatis*, o que nos parece mais correto, este se apresenta também como requisito essencial à decretação da medida cautelar

Leciona Poslastri<sup>27</sup>: “Vejam os agora, os quatro motivos ensejadores, na forma do artigo 312 do CPP, da decretação de prisão preventiva:

1. Garantia da ordem pública. Por garantia da ordem publica deve-se entender a necessidade de preservação da boa convivência social, ou segundo, Greco Filho,

<sup>26</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal e Constituição Federal*. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 221.

<sup>27</sup>LIMA, op. cit. p. 653.

interesse de segurança de bens juridicamente protegidos, ainda que de um único indivíduo. Não se trata, ainda, de clamor público, uma vez que este pode ter sentido de vingança ou revolta, mormente numa época em que os meios de comunicação em muito influem na formação da opinião pública, que pode, assim, ser facilmente manipulada por interesses privados. Como exemplo, temos a proteção da sociedade em relação ao preso perigoso que pode fugir e cometer outros crimes. Cita-se, ainda a própria proteção do preso, que ante o clamor público, se solto, será objeto de linchamento, o que, entretanto é rechaçado por Tourinho, entendendo que, neste caso, cabe ao Estado dar proteção ao criminoso e não trancafiá-lo.

2. O art. 86 da Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994 determinou a inclusão da motivação da “garantia da ordem econômica”, no rol do art. 312 do CPP, o que foi mantido pela lei 12.403/2011, o que, convenhamos se trata de redundância, uma vez que atingida a ordem econômica, também estará atingida a ordem pública. Tanto aqui como na garantia da ordem pública, a prova deve demonstrar que ação do agente trouxe “repercussão danosa ao meio social”, para que se autoriza a decretação da prisão preventiva. Pode-se tomar como exemplo o “comerciante que açambarca, sonega, destrói ou inutiliza bens de produção ou consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência” (art.4º, IV, da lei nº8.137/90).

3. Conveniência da instrução criminal. Na verdade, aqui se trata de necessidade ou indispensabilidade da decretação da medida, para fins de possibilitar o bom andamento da instrução criminal, e não uma mera “conveniência”, consoante a letra da lei. Destarte, havendo outros meios de se assegurar o regular desenvolvimento da instrução criminal, não deve ser decretada a medida cautelar prisional. Estando presente o *periculum in mora*, como v.g., no caso do acusado estar ameaçando testemunhas ou influenciando a coleta probatória, deve ser decretada a medida extrema.

4. Assegurar a aplicação da Lei Penal. Evidente, nesta hipótese, o *periculum in mora*, pois em casos que o agente vise se furtar a cumprir futura sanção penal, necessária se faz a custódia preventiva. Na verdade, a impunidade ofende a ordem pública, descaracterizando as premissas da prevenção geral e especial da pena. Cita-se como exemplo comum, para aplicação da presente hipótese autorizadora da cautelar, o fato de o acusado demonstrar querer fugir, ou não ter endereço certo, sendo um errante, tudo indicando que irá se furtar ao cumprimento da pena se permanecer solto.”

No que tange às motivações para a decretação da prisão preventiva, estas se encontram dispostas de forma taxativa, mesmo possuindo conceitos abertos, não cabendo qualquer outra hipótese além das supramencionadas, o que significa dizer que para a decretação da medida cautelar é necessário o preenchimento de um dos requisitos expostos no artigo 312 do CPP.

Cabe ressaltar, o cabimento da prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo legal, onde a medida se impõe pelo descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Pode-se afirmar que atualmente existem quatro momentos para decretação da medida cautelar: a) no curso da investigação penal; b) no curso do processo; c) no momento ou após a pronúncia; d) no momento ou após a sentença condenatória recorrível.

A prisão preventiva poderá, a qualquer tempo, ser revogada, dotada da característica *rebus sic stantibus*, sendo utilizados, para a sua revogação, os mesmos requisitos apontados na decretação, *a contrario sensu*, sendo certo que ausentes os requisitos que a determinaram imposta estará a perda da substancialidade da mesma.

## **5. LIBERDADE COMO REGRA**

A liberdade é a regra por excelência, pois a Constituição da República de 1988 assim a instituiu, enquanto o encarceramento se mostra como exceção, já que ninguém poderá ser tolhido da sua liberdade ou de seus bens, sem a obediência ao devido processo legal.

Note-se que a persecução penal tem por regência paradigmas normativos que são verdadeiros limitadores do poder estatal e protetores do cidadão, no que se refere aos possíveis desmandos das Instituições estabelecidas, acautelando sua liberdade individual que só poderá ser afetada se o responsável pela acusação lograr êxito em provar, demonstrando elementos de certeza trazidos aos autos sob o pálio do contraditório e da ampla defesa, a culpabilidade do réu.

## **CONCLUSÃO**

Com o advento da reforma processual trazida pela Lei 12.403/2011, divergente da antiga redação, passa o legislador a admitir que o Assistente do Ministério Público requeira a

aplicação da medida cautelar consubstanciada na prisão preventiva, nos termos do artigo 311 do Código de Processo Penal.

No entanto, percebe-se que tal previsão legal encontra-se em desconformidade com a própria natureza jurídica do assistente da acusação, pois, conforme fartamente demonstrado, embasado por entendimento doutrinário de escol, tem-se que aquele é parte contingente do processo penal o que, por si só já demonstra o absurdo desta previsão legal.

É cediço que o auxiliar ministerial é inteiramente dispensável para o início e o desenvolvimento do processo, muito embora possua poderes independentes em relação ao Ministério Público para agir no decorrer do processo, funcionando como litisconsorte daquele órgão, com as únicas possíveis finalidades, ao nosso entender, acompanhada de grande parte da doutrina, de obter a garantia do justo ressarcimento, de zelar pela correta aplicação da lei penal, ou ainda, de atuar como controlador externo da atividade do Ministério Público. No entanto, despidos, assim como deve ser, de qualquer pensamento utópico, afirmamos que a finalidade ressarcitória deve ser a única a prevalecer.

Não parece razoável, diante de um Estado Democrático de Direito, conceber a possibilidade de o Estado autorizar, ainda que de forma sub-reptícia, a possibilidade do assistente Ministerial atuar com o fim de realizar sua privada vingança.

Pode-se perceber, ainda, a absoluta falta de coerência do legislador, demonstrada com a inovação trazida pelo artigo 311 do Código de Processo Penal, visto que totalmente dissociada da previsão constante do §2º do artigo 282, do mesmo diploma, que dispõe, de forma clara, sobre as regras gerais atinentes às medidas cautelares. No referido artigo, tem-se que as cautelares serão decretadas pelo Juiz, de ofício, ou por representação da autoridade policial, quando da investigação policial, bem como por requerimento do Ministério Público. De tal sorte, nota-se que não há qualquer menção a figura do assistente de acusação e, por essa razão, seguindo a mesma lógica, não deveria o legislador admitir, quando da redação do

artigo 311 do CPP, o requerimento da referida medida cautelar por este coadjuvante, conforme passou a existir depois da reforma.

Por medida legislativa, o assistente de acusação, após a reforma processual, passou a ter o direito de requerer a medida cautelar de prisão preventiva - somente na fase processual - sendo certo que mesmo nesta hipótese, descabida tal afetação à figura do assistente, eis que seu papel estaria adstrito à seara patrimonial ou, no máximo, para alguns, como controlador externo da atividade do Ministério Público.

Desta feita, devem-se salvaguardar os princípios constitucionais, face às criações legislativas, uma vez que, as leis infraconstitucionais não podem comprometer as instituições jurídicas processuais penais, protegidas pela Constituição da República, que devem restar imunes àquelas, devendo permanecer insuscetíveis às manobras legislativas que possam colocar em risco a segurança do processo penal face aos direitos e garantias individuais.

Por fim, entende-se que o referido dispositivo deve deixar de ser aplicado pelos juízes em primeiro grau de jurisdição, atuando em controle difuso de constitucionalidade, até que a matéria seja apreciada pela mais alta Corte Jurisdicional de nosso país, que é o Supremo Tribunal Federal, guardião da Carta Maior, que, muito provavelmente, irá extirpar a referida previsão legal do ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a mesma viola frontalmente a Carta da República de 1988.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Código de Processo Penal e Constituição Federal. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acessado em 03 de dezembro de 2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HAMILTON, Sérgio Demoro. *O recurso do assistente do Ministério Público*. Porto Alegre: Revista Síntese de Direito Penal e Direito Processual Penal, 2002, n. 16.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal – vol. 2*. Rio de Janeiro: Forense, 1961-1965.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal – vol. 2*. 2. ed. São Paulo: Millenium, 2000.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PATENTE, Antônio Francisco. *O Assistente da Acusação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TORNGAHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal – vol. 2*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

ZIYADE, Fátima. *Assistente da Acusação*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1993.