

A assistência qualificada de vítimas e a propositura de ações penais privadas ou subsidiárias da pública pela Defensoria Pública

The qualified assistance to victims and the filing of private criminal actions by the Public Defenders' Office

Tiago Kalkmann *  

Resumo: O artigo analisa as hipóteses previstas na legislação para a assistência qualificada de vítimas pela Defensoria Pública, especialmente diante da possibilidade de propositura de ações penais privadas por defensores públicos. Segundo a doutrina, as hipóteses de assistência qualificada da vítima na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) e na Lei de Racismo (Lei nº 7.716/1989) não se confundem com a assistência de acusação prevista no Código de Processo Penal, em razão das inegáveis distinções teleológicas e procedimentais dos institutos. Ademais, o Supremo Tribunal Federal leciona que o defensor público tem o poder-dever de apresentar as ações penais privadas ou subsidiárias da pública requeridas pelas vítimas, quando cabíveis, consoante entendimento firmado na ADI nº 576/RS. Essa função assume particular importância na hipótese de vítimas que possuem direito à assistência jurídica qualificada, cujos interesses podem não coincidir com os órgãos tradicionais de persecução penal. Todavia, deve-se entender que a Defensoria Pública não pode ser transformada em instrumento de ampliação do poder punitivo do Estado, razão pela qual tal atribuição da Defensoria Pública deve ser excepcional e fundamentada em justa causa suficiente para a deflagração da ação. No julgamento da ADI nº 4346/MG, o Supremo Tribunal Federal entendeu que é inconstitucional atribuir à Defensoria Pública a prerrogativa de requisitar a instauração de inquérito policial. Todavia, a Corte não aprofunda o debate acerca dos instrumentos que devem ser utilizados pelo defensor público para o cumprimento de seu poder-dever, o que revela a necessidade de maior amadurecimento do tema.

Palavras-chave: assistência qualificada da vítima; Defensoria Pública; ação penal privada; justa causa; inquérito policial.

Abstract: The article analyzes the hypotheses provided in the legislation for qualified assistance to victims by the Public Defender's Office, especially considering the possibility of public defenders filing private criminal actions. According to doctrine, the hypotheses for qualified victim assistance in the Maria da Penha Law (Law No. 11,340/2006) and the Anti-Racism Law (Law No. 7,716/1989) are distinct from the assistance of the accuser provided for in the Criminal Procedure Code, due to the undeniable teleological and procedural distinctions. Furthermore, the Supreme Federal Court teaches that the public defender has the power-duty to file private or subsidiary private criminal actions requested by the victims, when applicable, in accordance with the understanding established in ADI No. 576/RS. This function assumes particular importance in cases where victims are entitled to qualified legal assistance, whose interests may not align with traditional bodies of criminal prosecution. However, the Public Defender's Office cannot be turned into an instrument to expand the punitive power of the State, which is why this attribution of the Public Defender's Office must be exceptional and based on sufficient just cause for initiating the action. In the judgment of ADI No. 4346/MG, the Supreme Federal Court ruled that it is unconstitutional to attribute to the Public Defender's Office the prerogative to request the instigation of a police investigation. However, the Court does not delve into the discussion about the tools that should be used by the public defender to fulfill their power-duty, highlighting the need for further maturity on the subject.

Keywords: qualified victim assistance; Public Defender's Office; private criminal action; just cause; police investigation.

Recebido em: 03/07/2024

Aprovado em: 29/12/2024

Como citar este artigo:

KALKMANN, Tiago. A assistência qualificada de vítimas e a propositura de ações penais privadas ou subsidiárias da pública pela Defensoria Pública. *Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília*, vol. 6, n. 3, 2024, p. 111-136.

* Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

1 Introdução

O acesso à justiça criminal por parte da vítima é alvo de intensas modificações, tanto do ponto de vista material quanto processual, o que implica a necessidade de constante atualização, especialmente quando envolvido o acesso à justiça de grupos especialmente vulnerabilizados, cuja dinâmica é alvo de debates legislativos, doutrinários e jurisprudenciais.

Em movimento pendular, observam-se duas tendências. Primeiramente, a crescente retirada da autonomia material da vítima para a propositura da ação penal. Tal fenômeno pode ser observado especialmente na evolução da natureza jurídica da ação penal por crimes contra a dignidade sexual no Código Penal. Paralelamente, existe movimento que busca restaurar a participação da vítima enquanto elemento processual, com a afirmação de sua credibilidade e do seu interesse pela realização da justiça.

Nessas movimentações, observa-se tendência de incremento da participação processual da vítima consubstanciada em manifestação técnico-jurídica, consubstanciada na vetusta figura do assistente à acusação. Por outro lado, para a representação de grupos vulnerabilizados, há tendência legislativa de tornar obrigatória a participação a representação da vítima por profissional técnico da advocacia ou da Defensoria Pública, conforme se extrai da Lei nº 11.343/2006, bem como das recentes Leis nºs 14.344/2023 e 14.532/2023.

Essa figura, que se convencionou chamar de assistência qualificada da vítima, tornou-se objeto de embates doutrinários e jurisprudenciais, especialmente diante das disputas de espaço entre a advocacia, a Defensoria Pública e o Ministério Público.

Apesar de as figuras de assistência qualificada das vítimas decorrerem de obrigações internacionais e de disposições legislativas internas, observa-se ainda certa resistência em se facilitar o acesso à justiça quando se trata da abertura de ação penal pela própria vítima. Essa resistência pode ser considerada um reflexo da tendência de limitação da iniciativa penal material da vítima, mediante queixas-crime ou ações penais privadas subsidiárias.

A existência da assistência qualificada das vítimas para grupos vulnerabilizados parece não se refletir na adoção de mecanismos para efetivar a própria iniciativa penal assistida pela Defensoria Pública. Como se demonstrará, o próprio Supremo Tribunal Federal admite a existência de poder-dever do Estado-Defensor de providenciar a abertura de ações penais em prol da vítima. Todavia, é reticente na definição dos meios concretos investigativos que podem ser adotados para subsidiar a justa causa de ação penal, como a requisição de inquéritos policiais, o

que demanda maiores aprofundamentos pelos órgãos das Defensorias Públicas, pelo legislador e pela jurisprudência dos tribunais.

2 A Assistência qualificada das vítimas

A assistência qualificada¹ de vítimas é expressão tradicionalmente associada à assistência jurídica prestada a vítimas de violência doméstica, especialmente diante da previsão extraída dos artigos 27 e 28 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), conforme segue:

Art. 27. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei.

Art. 28. É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.

Observa-se que há, aqui, uma alteração na tradicional compreensão de que a vítima poderia, se assim o desejasse, constituir advogado e pedir o ingresso como assistente de acusação no processo penal contra o ofensor. No âmbito da violência doméstica e familiar, a assistência jurídica qualificada da vítima adquire caráter cogente e deriva diretamente da lei.

Portanto, deve-se destacar que o referido instituto não se confunde com a assistência à acusação, prevista no art. 268 do Código de Processo Penal.

Primeiro, do ponto de vista teleológico, são institutos com objetivos manifestamente diversos.

O assistente de acusação possui interesse de intervir no processo para resguardar o seu direito à indenização. Para a posição mais moderna, entende-se que o assistente de acusação não

¹ A expressão “assistência qualificada” aparece, na realidade, na Lei nº 13.431/2017, que dispõe sobre o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Segundo o art. 5º, inciso VII, da referida legislação, é direito fundamental da criança e do adolescente “receber assistência qualificada jurídica e psicossocial especializada, que facilite a sua participação e o resguarde contra comportamento inadequado adotado pelos demais órgãos atuantes no processo”. Portanto, revela-se a opção legislativa pela “qualificação” da assistência jurídica.

possui interesse meramente econômico, mas também interesse em que a justiça seja feita², ou seja, na aplicação da sanção penal³.

Por outro lado, a figura da assistência qualificada às vítimas não se vincula a interesse meramente patrimonial, assim como também não tem relação necessária com a aplicação de sanção penal⁴. Para Renata Tavares da Costa (2017), interpretando os objetivos da vítima à luz dos direitos humanos, esta possui direito à verdade, memória, justiça e reparação.

Afirma a autora:

Sobre o direito à justiça, a primeira coisa que deve ser estabelecida é que não é o direito a uma sentença penal condenatória. Afinal, todo julgamento é um “risco”, caso contrário, não há julgamento e sim justiciamento. Desta forma, o direito à justiça significa que as vítimas de feminicídio têm o direito a ver uma investigação séria, independente e imparcial desde os primeiros momentos do crime. Investigação esta que deve sempre contar a perspectiva de gênero.

Acessório ao direito à justiça, está do direito a contar com um advogado ou defensor público, desde os primeiros momentos da investigação. Direito este positivado nos arts. 27 e 28 da Lei Maria da Penha. Este direito é essencial, especialmente no plenário do tribunal do júri, local onde a memória da vítima sofre seus maiores reveses.

Antes de definir o direito à memória, é preciso definir direito a verdade, uma vez que aquela é consequência lógica desta. Por direito à verdade deve-se entender o direito a saber, a esclarecer como o crime aconteceu, tentar ao máximo contar a história que mais se aproxima do que de fato ocorreu.

[...]

O direito à memória refere-se à forma como esta mulher será lembrada. Possui estreita relação com o direito à justiça e com o direito à verdade, especialmente nos crimes de feminicídio que são julgados pelo tribunal do júri. Assim é que, geralmente, é no momento do julgamento em plenário que há ataques à honra e invasão da vida privada da vítima, num processo de revitimização onde quem passa a ser julgado é ela — a vítima.

Neste campo, importante participação terá o assistente da mulher que deverá velar por sua memória combatendo esses ataques à honra e à vida privada e, por consequência, combatendo esta cultura de discriminação contra a mulher.

² Essa posição é atualmente dominante no entendimento do Supremo Tribunal Federal, que entende que o assistente de acusação poderá recorrer quando o Ministério Público não o fizer (HC 102085, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10.06.2010). No mesmo sentido, a compreensão de Eugênio PACELLI (2015).

³ Já Aury Lopes Jr (2013) ressalta que o interesse do assistente de acusação é primordialmente econômico, envolvido em sentimento pessoal de retaliação ou vingança. Não se fala, propriamente, em direito à justiça, mas em pretensão de se obter o “talião”.

⁴ Segundo Renata Tavares da Costa (2017), não se pode falar em assistência qualificada da vítima para obter sentença penal condenatória, pois a condenação não é um direito da vítima no processo. Justamente por isso, a autora defende que a assistência de acusação deve ser reputada inconstitucional, além de inconveniente, por ferir o postulado de igualdade e colocar o réu em posição de desvantagem no processo penal. Em sentido semelhante, doutrina minoritária concorda com a inconstitucionalidade do instituto, como Aury Lopes Jr (2016) e Aline Adams (2008).

Por fim, os direitos à reparação e às medidas de não repetição. Aqui é o momento onde as obrigações dos estados poderão se mesclar com as do condenado.

De acordo com os direitos das vítimas, uma reparação efetiva deve conter medidas de restituição, indenização, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição. A cultura jurídica no Brasil nos crimes de feminicídio em matéria de reparação, quando muito, se limita a uma indenização. Neste sentido, o assistente à mulher e, especialmente, no caso do defensor público, deve cobrar a efetivação de outras obrigações, não só do acusado, mas também do Estado como coautor do crime, em razão de sustentar uma situação de discriminação estrutural que caracteriza o feminicídio. (COSTA, Renata Tavares da. Págs. 223; 225-226)

A compreensão da vítima como mera auxiliar ou substituta da função do Ministério Público cede espaço a visão de autonomia processual da vítima, que busca resguardar interesses próprios que muitas vezes são alheios ao processo, mas que podem ser afetados pela condução dos procedimentos.

Nesse sentido, Maurílio Casas Maia (2023) fala em uma terceira fase da defesa da vítima, chamada de fase constitucional ou de autonomia integral, implementada por uma assistência qualificada e autônoma⁵.

Essa finalidade emancipatória também é descrita por Ana Paula Lewin e Ana Rita Souza Prata (2016), que destacam a importância de reconhecimento da dignidade da vítima, inaugurando uma nova epistemologia processual. Por esse motivo, Soraia da Rosa Mendes (2021) esclarece que a assistência qualificada da vítima é legal, convencional e constitucional e o Estado tem o dever de garantir a sua efetividade.

Diante dessa realidade, a Lei Maria da Penha apenas antecipa a instituição de uma assistência jurídica gratuita e integral à vítima, que vem a ser disciplinada também na Recomendação nº 33/2015 do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres – CEDAW - da Organização das Nações Unidas:

36. Um elemento crucial na garantia de que os sistemas de justiça sejam economicamente acessíveis às mulheres é a prestação de assistência, aconselhamento e representação jurídica gratuita ou a baixo custo nos processos judiciais ou quase judiciais em todos os campos do direito.

37. O Comitê recomenda que os Estados partes:

⁵ Nesse sentido, Alice Bianchini (2016) destaca que não basta a atribuição institucional da Defensoria Pública. É necessário que os profissionais obtenham formação especializada e continuada, a fim de que sejam apresentados às especificidades da violência doméstica. A autora destaca, ainda, que tais papéis são inovadores, o que dificulta sua apreensão bem como a efetivação pelos órgãos de justiça.

a) Institucionalizem sistemas de assistência jurídica e defensoria pública que sejam acessíveis, sustentáveis e respondam às necessidades das mulheres, garantam que esses serviços sejam prestados de maneira oportuna, contínua e efetiva em todas as etapas dos procedimentos judiciais ou quase judiciais, incluindo os mecanismos alternativos de resolução de disputas e os processos de justiça restaurativa, e assegurem o acesso irrestrito dos prestadores da assistência jurídica e defensoria pública a toda documentação relevante e outras informações, incluindo declarações de testemunhas;

b) Assegurem que prestadores de assistência jurídica e defensoria pública sejam competentes e sensíveis a gênero, respeitem a confidencialidade e dediquem tempo adequado para defender suas clientes;⁶

Diante das inúmeras diferenças teleológicas e metodológicas, confirma-se a visão de Grazielle Carra Ocáriz (2017) ao afirmar que os artigos 27 e 28 da Lei nº 11.340/2006 inauguram um conceito mais amplo do que o assistente à acusação e uma norma especial.

Importante mencionar que tais colocações não se limitam à construção doutrinária e jurisprudencial, mas encontra respaldo em iniciativas legislativas. A Lei nº 13.431/2017 ressalta, em seu art. 5º, inciso VII, que a assistência qualificada a crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência tem por finalidade facilitar sua participação e as resguardar contra comportamento inadequado pelos demais atores processuais. A discussão assume ainda maior relevância com a Lei nº 14.245/2021, também conhecida como Lei Mariana Ferrer⁷.

No entanto, as diferenças não cessam nesse ponto.

Do ponto de vista operacional, o assistente de acusação é uma possibilidade aberta à vítima, que dependerá de prévia manifestação do Ministério Público e de autorização judicial. Além disso, o assistente de acusação fica subordinado à parte assistida, ou seja, o Ministério Público. Por essa razão, não poderá apresentar recurso quando o próprio Ministério Público já o tenha feito, por exemplo.

⁶ Íntegra da Recomendação CEDAW nº 33/2015 disponível em: <https://assets-compromissoeatititude-jpg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf>. Acesso em: 08/06/2024.

⁷ A Lei nº 14.245/2021 assegura expressamente que os atores processuais devem zelar pela integridade física e psicológica da vítima, vedada a manifestação sobre circunstâncias alheias ao fato ou a utilização de linguagem ou informações que ofendam a sua dignidade. Nesse cenário, a assistência qualificada à vítima assume papel primordial, objetivando evitar violações à dignidade da vítima e resguardar seus direitos humanos, em especial sob a ótica do direito à memória, já mencionado.

A assistência qualificada, por sua vez, decorre diretamente da lei (SILVEIRA; LOPES, 2022). Não exige manifestação do Ministério Público, assim como não depende de autorização judicial⁸. Ela se opera *ope legis*, por força de lei e de pleno direito, bastando o interesse da vítima.

Indo além, deve-se compreender que o assistente da vítima não tem os seus poderes processuais subordinados ao da acusação⁹. Como os interesses da vítima são próprios e autônomos, também deve ser a sua amplitude de atuação dentro do processo, sob pena de indevida restrição do acesso à justiça. A distinção de natureza jurídica revela que o objetivo da assistência qualificada não é dar suporte ao trabalho do Ministério Público, mas colocar a vítima como centro de sua própria atuação (PRATEANO, 2021).

Nesse sentido, o Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais editou os Enunciados n^{os} 6 e 7, assegurando que a atuação dos artigos 26 e 27 não se confunde com a assistência de acusação e que compreende a prática de todos os atos judiciais e extrajudiciais necessários, inclusive na esfera criminal.

Em especial, a Nota Técnica emitida em conjunto pelos Núcleos de Defesa das Mulheres de diversas Defensorias Públicas Estaduais, ressalta:

Traçado esse breve panorama doutrinário e jurisprudencial, não resta dúvida de que a assistência qualificada à mulher, enquanto instrumento de acesso à justiça, só terá efetividade na medida em seja interpretada em conformidade com os fins sociais a que ela se destina, em especial, as condições peculiares das mulheres em situação de violência, na esteira do que prevê expressamente a LMP em seu artigo 4^o. Sendo assim, a assistência qualificada deve ser ampla e comprometida verdadeiramente com o enfrentamento às desigualdades estruturais, a partir da análise concreta das vulnerabilidades interseccionalizadas e do reconhecimento

⁸ Nesse sentido, importante mencionar o precedente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), ainda em 2010: Acórdão 436629, 20070310220184APR, Relator: MARIO MACHADO, 1^a Turma Criminal, data de julgamento: 22/7/2010, publicado no DJE: 12/8/2010. De acordo com a corte, “não há nulidade nos atos realizados em consonância com o disposto na Lei de Violência Doméstica, pois em que pese a norma processual, lei geral, prever a oitiva prévia do Ministério Público sobre a admissão do assistente, a Lei 11.340/2006, norma especial, em seu artigo 27 determina que a mulher em situação de violência doméstica familiar deverá estar acompanhada de advogado, de modo que não há margem de discricionariedade que possibilite ao intérprete entender que essa intervenção está sujeita a juízo de admissão pelo magistrado ou pelo Ministério Público, como acontece nos casos da figura do assistente de acusação tradicional do processo penal. Ademais, quando houver conflito, a norma especial (Lei 11.340/06) prevalece sobre a norma geral (CPP)”.

⁹ Marianna Santos de Castro (2023) ressalta que, apesar da lei e dos esforços da doutrina e das Defensorias Públicas, o posicionamento institucional do Ministério Público e de diversas decisões judiciais apresenta a tendência de tentar restringir a autonomia e os poderes da assistência qualificada. Da mesma forma, o caso mencionado por Franklyn Roger (2019). Em 2023, por meio de interpretação analógica com a Lei Maria da Penha entendeu que o juízo pode determinar, de ofício, a intimação da Defensoria Pública para prestar assistência jurídica a crianças e adolescentes vítimas de violência (STJ. 6^a Turma. RMS 70.679-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26/9/2023), revelando a tendência da jurisprudência de não subordinar a assistência qualificada ao Ministério Público.

de subjetividades e de possibilidades de resistência por parte das mulheres em situação de violência.

Por essa perspectiva, qualquer tentativa de se limitar a abrangência do instituto previsto nos artigos 27 e 28 da LMP, relegando a ele um papel meramente decorativo, exigindo que as defensoras públicas e defensores públicos se habilitem como assistentes de acusação para que possam atuar plenamente em defesa das vítimas, tanto no âmbito do Tribunal do Júri quanto dos Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, faz tábula rasa do sistema de proteção às mulheres estruturado pela Lei Maria da Penha, e menoscabo ao papel constitucional e legalmente previsto à Defensoria Pública¹⁰.

Não há respaldo legal para limitar a atuação processual da assistência qualificada. Na realidade, não há necessidade de que a Defensoria Pública se habilite como assistente de acusação para apresentar ou questionar testemunhas, solicitar provas ou recorrer de decisões.

A partir do momento em que os artigos 27 e 28 da Lei nº 11.340/2006 asseguram a atuação *ope legis* da assistência da vítima, subordinar essa assistência à habilitação seria um contrassenso à finalidade da norma de expandir os direitos da vítima. Ora, se a vítima de violência doméstica precisa se habilitar como assistente de acusação para recorrer, por exemplo, a previsão legislativa é desnecessária. Bastaria a aplicação do art. 268 do Código de Processo Penal. Pelo contrário, quando a lei assegura tal necessidade *a priori*, evidentemente trata-se de disposição que busca expandir o acesso à justiça.

Igualmente, a assistência qualificada não fica subordinada à atuação do Ministério Público, já que a vítima possui interesses autônomos reconhecidos internacionalmente que não se amoldam ao interesse restrito do *Parquet* de obter a condenação criminal¹¹. Ademais, a Lei Maria da Penha admite expressamente a intervenção da assistência qualificada na fase de inquérito policial (art. 28), previsão inexistente para o assistente da acusação.

Dessa forma, a melhor interpretação é de que a assistência qualificada reúne atributos especiais e autônomos, que abrangem aqueles do assistente da acusação, mas a eles não se

¹⁰ Nota Técnica Conjunta disponível em <https://defensoria.mg.def.br/nota-tecnica-sobre-a-atuacao-da-defensoria-publica-na-assistencia-qualificada-as-mulheres-em-situacao-de-violencia-domestica-e-familiar/>. Acesso em 27/05/2023.

¹¹ O assistente de acusação, por sua vez, encontra-se subordinado à atuação ministerial em inúmeros aspectos. O assistente somente pode recorrer se a acusação deixar de apresentar o recurso no prazo legal, conforme artigos 584, § 1º, e 598, ambos do Código de Processo Penal, entendimento reforçado pela Súmula 210 do STF e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (HC 137.339/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 09/11/2010). O assistente de acusação somente executa as funções expressamente autorizadas por lei. Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o assistente de acusação não pode pedir a fixação de valor mínimo para a reparação do dano, se o Ministério Público não o tiver feito na denúncia (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.797.301/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/3/2024, DJe de 21/3/2024).

restringem, como forma de concretização de deveres internacionais de acesso à justiça de vítimas hipervulneráveis.

A discussão assume contornos mais amplos pela legislação recente.

A Lei nº 14.344/2022, também conhecida como Lei Henry Borel, busca assegurar sistema de direitos e garantias para crianças e adolescentes vítimas de violência. Em face da peculiaridade da questão, o legislador determinou, no art. 33, a aplicação subsidiária¹² dos dispositivos da Lei nº 11.340/2006¹³.

Diante dessa previsão, não há como afastar a possibilidade legal de constituição de assistência qualificada da vítima criança ou adolescente.

Ainda mais recente, a Lei nº 14.532/2023 propôs alterações significativas à Lei nº 7.716/1989 (Lei do Racismo, também conhecida como Lei Caó). Além de incluir a injúria racial como crime de racismo, a referida legislação previu expressamente a necessidade de que a vítima de racismo seja assistida por advogado ou Defensor Público durante todo o processo: “Art. 20-D. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a vítima dos crimes de racismo deverá ser acompanhada de advogado ou defensor público. (Incluído pela Lei nº 14.532/2023)”.

Diante da referida inovação legislativa, conclui-se que o legislador pretendeu inaugurar para as vítimas de racismo um mecanismo de assistência qualificada similar àquele previsto para as mulheres vítimas de violência doméstica. Por essa razão, não se pode concordar com algumas interpretações iniciais do dispositivo, que afirmam se tratar de um “assistente de acusação compulsório” (TERRA; SBARDELOTTO, 2024). Não se trata de assistente de acusação compulsório, figura que, por si só, causaria espanto doutrinário. Trata-se, na realidade, da figura de assistência qualificada à vítima¹⁴.

Isso porque a criação de tal figura, embora com grande atraso, também busca mitigar a dificuldade de acesso à justiça de grupos hipervulnerabilizados, *in casu*, coletividades racializadas.

¹² Acerca da interpretação do Superior Tribunal de Justiça acerca da assistência qualificada a crianças e adolescentes vítimas de violência, confira-se o julgado mencionado na nota 8, *supra*.

¹³ Art. 33. Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente, no que couber, as disposições das Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e 13.431, de 4 de abril de 2017.

¹⁴ A doutrina se encaminha no sentido de que a inobservância da participação da assistência qualificada não causa a nulidade do processo penal, mas poderia levar à responsabilização dos agentes públicos relapsos (CABETTE, 2023).

No caso *Simone André Diniz vs. Brasil*, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos identificou não apenas a necessidade de inclusão da injúria racial como crime de racismo¹⁵, mas também a existência de obstáculos ao acesso à justiça pelas vítimas. Dessa forma, recomendou-se que o Estado adotasse medidas que buscassem aprimorar os mecanismos de acesso à justiça, especialmente diante da possibilidade de arquivamento do crime pelo Ministério Público sem a possibilidade de manifestação da vítima. Nesse sentido, confira-se a manifestação da Comissão Interamericana:

101. No caso concreto de *Simone André Diniz*, existia um anúncio publicitário que a excluía, por sua condição racial, de um trabalho. Ao apresentar a denúncia, as autoridades judiciais procederam ao arquivamento do caso, apesar de que a própria autora do anúncio confirmou sua publicação.

102. O arquivamento ocorrido não foi um fato isolado que ocorreu na justiça brasileira e mais bem a Comissão tem por provado que reflete um padrão de comportamento das autoridades brasileiras adrede explicitado, quando se vêem à frente de uma denúncia de prática de racismo.

103. De outra forma, o arquivamento automático de denúncias de racismo impede a apreciação do Poder Judiciário da ocorrência ou não do dolo. Como demonstrado anteriormente, a ausência da motivação racial tem levado à inaplicabilidade da Lei 7716/89 seja por arquivamento automático das denúncias na fase de inquérito, seja em sentenças absolutórias. O arquivamento do Inquérito Policial foi justamente a hipótese do caso em análise. O fato de a senhora Gisela Silva haver declarado no Inquérito Policial que não tinha a intenção de discriminar racialmente ou que tinha motivos para preferir uma empregada branca, não autorizava o arquivamento do feito, devendo a defesa sobre a falta de motivação racial ter sido argüida e analisada pelo juiz competente, no marco de um processo penal regular.

[...]

111. Por conseguinte, após o arquivamento do processo, *Simone André Diniz* ficou impossibilitada de aceder à justiça, através de um recurso eficaz, para ver amparado seu direito contra o ato de racismo sofrido, uma vez que, de acordo com a legislação processual penal brasileira, da decisão que determina o arquivamento dos autos do inquérito policial não cabe recurso.

112. O Estado, por seu turno, defendeu-se alegando que não houve violação à Convenção Americana, uma vez que houve a abertura do Inquérito Policial onde foi colhida declaração das partes envolvidas, que foi arquivado pela autoridade judiciária competente, com base em parecer do Ministério Público, razão pela qual a justiça havia sido administrada.

¹⁵ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos verificou que um dos obstáculos da concretização do acesso à justiça para vítimas de racismo era o tratamento legislativo diferenciado conferido à injúria racial e ao crime de racismo. Inclusive, uma das recomendações da Comissão era a adoção de medidas aptas a resolver tais discrepâncias, o que somente veio a ser cumprido, do ponto de vista legislativo, com a edição da Lei nº 14.532/2023, quase 20 anos após a decisão proferida pela Comissão.

113. Seguindo esse entendimento, a Comissão avalia que o Estado falhou no cumprimento de sua obrigação de administrar a justiça no caso de Simone André Diniz que foi discriminada em base a sua cor, uma vez que não cumpriu sua obrigação convencional de, eficaz e adequadamente investigar, processar, sancionar e buscar o restabelecimento do direito violado, como será demonstrado a seguir¹⁶. [grifo nosso]

Dessa forma, conclui-se pela necessidade de aprimoramento dos mecanismos de acesso à justiça das vítimas de racismo, não somente no âmbito de manifestação processuais, mas também na criação de mecanismos penais à disposição da vítima para substituir ou subsidiar a ação penal pública.

Segundo Fábio Feliciano Barbosa (2011), o Relatório da Comissão revela que a interpretação dos atores do sistema de justiça se encontra muitas vezes enviesada e acaba por negar o direito de grupos racializados à palavra ou à expressão, a que o autor se refere como isologia:

O Caso evidencia que as hermenêuticas jurídicas que os intérpretes do direito dispensam à Lei Caó e às denúncias de prática de racialização criminosa negam as negras e aos negros o direito a isologia – um direito essencial a garantia dos direitos fundamentais e humanos. Segundo I. F. Stone, isologia é “o direito de todos à palavra, à expressão de um pensamento” (1988, p.14). Essa negação faz com que, entre os iguais, existam os mais iguais. Esses são os que têm direito a palavra mais forte para denunciar, ou resistir às denúncias; os mais inocentes, cuja defesa já se está assegurada por premissas ideológicas, mitos e dogmas que, mesmo contra o texto legal, influenciam nas decisões e valorações dos intérpretes do direito com as quais, por exemplo, estabelecem que um agente acusado de racialização não possa praticar um crime racial da Lei Caó (ou de outro diploma legal) porque é negro, ou tem relações afetivas mais íntimas com os negros, ou negras – o que aconteceu no Caso SAD, a pedido do ministério público.

Essa falta de isologia entre os negros e os brancos faz com que os iguais perante a lei, tornem-se desiguais na sua aplicação, acesso à justiça e garantia dos direitos. A desigualdade gerada por essa falta de isologia torna as denúncias dos negros racializados menos confiáveis do que as versões apresentadas pelos seus algozes porque transforma os relatos desses últimos, ou as interpretações jurídicas que lhes são favoráveis, em verdades inquestionáveis por terem conteúdos narrativos mais compatíveis, por exemplo, com os postulados da ideologia da democracia racial. Isso explica o parquet ter produzido uma hermenêutica da Lei, dos fatos e da denúncia de Simone A. Diniz mais favorável à acusada, e o juiz aceitá-la e usá-la, sem resistências, para fundamentar a sua decisão de arquivar o inquérito do Caso; fato que é reflexo de uma rotina institucional racializadora: o arquivamento sistemático e indevido de

¹⁶ A íntegra do Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos pode ser acessada no link: <https://www.cidh.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>. Acesso em 27/05/2024.

inquéritos policiais que narram à prática de racialização criminosa. (BARBOSA, 2011, págs. 137-138).

Verifica-se que a previsão de assistência qualificada às vítimas de racismo tem objetivos semelhantes àqueles da situação de violência doméstica e familiar, em especial os direitos à memória e à verdade. A assistência qualificada serve ao propósito de buscar mitigar a insensibilidade dos intérpretes do direito à discriminação motivada por preconceito de cor e/ou de raça, conforme estudos de Evandro Piza Duarte (2006).

Dessa maneira, a assistência qualificada possui objetivos mais amplos, visando assegurar de maneira especial a possibilidade de que a vítima tenha garantido os direitos a expressas suas memórias e os seus pontos de vista perante o sistema de justiça. A democratização dos espaços de discurso no sistema de justiça não serve como empecilho à prestação jurisdicional, mas sim como forma de legitimação da decisão jurisdicional.

A conclusão é de que o legislador pretende criar mecanismos de ampliação do acesso à justiça de grupos hipervulnerabilizados, como mulheres, crianças e adolescentes e, mais recentemente, pessoas racializadas. Esses mecanismos passam, necessariamente, pela assistência qualificada, que privilegia a autonomia da vítima em paralelo à necessária iniciativa pública.

Dessa forma, sem retirar do Estado a sua iniciativa adquirida no processo penal, autoriza à vítima o diálogo democrático com o sistema de justiça. Com isso, se privilegia não apenas a maior legitimação do sistema de justiça, mas também a possibilidade de utilização de tal sistema como mecanismo emancipatório.

3 A iniciativa penal da Defensoria Pública

Dentro de visão ampliativa do acesso à justiça, não se pode ignorar que a Defensoria Pública possui funções institucionais dentro do processo penal que vão além da defesa técnica dos acusados. Na realidade, a legislação de regência jamais limitou a atuação da instituição às hipóteses de defesa do réu¹⁷.

¹⁷ Inclusive, deve-se ressaltar que não há impedimento de que a Defensoria Pública atue em ambos os polos de ação penal, representando o querelante e o querelado, por exemplo, por meio de defensores públicos diversos. Da mesma forma, a assistência de vítimas, seja como assistente de acusação, seja como assistente qualificado, não é óbice à atuação da Defensoria Pública também em favor do réu. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça: RMS n. 45.793/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/6/2018, DJe de 15/6/2018.

Nesse sentido, as lições de André Nicollit (2018) ao esclarecer que, embora a defesa no processo penal seja função de maior visibilidade, a Defensoria Pública tem ainda o dever de patrocinar ações penais privadas e subsidiárias da pública, além de atuar como assistente de acusação. No mesmo sentido, Luis Gustavo Grandinetti Castanho Carvalho (2014).

A Lei Complementar nº 80/1994 elenca expressamente algumas hipóteses de defesa das vítimas de crimes em seu art. 4º:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

[...]

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;

[...]

XV – patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública;

[...]

XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas;

Portanto, a assistência qualificada de vítimas de violência doméstica ou de racismo encontra respaldo direto na legislação que disciplina as atribuições da Defensoria Pública.

É interessante apontar que a legislação confere à Defensoria Pública a função institucional de patrocinar ação penal privada e ação penal privada subsidiária da pública, disciplinando-a em dispositivo separado da assistência à vítimas hipervulneráveis. Dessa forma, atribui-se a função geral de patrocinar ações penais privadas nas hipóteses de vulnerabilidade econômica, bem como o patrocínio específico de outras vítimas especialmente vulneráveis em razão de violações de direitos humanos.

Dessa maneira, pode-se visualizar uma duplicidade de funções. Em hipóteses comuns, exerce a Defensoria Pública a ação penal privada em favor dos economicamente vulneráveis, representando seus interesses em juízo.

Por outro lado, diante de vítimas em situação de hipervulnerabilidade, o patrocínio de eventual ação penal privada não se limita à simples representação processual. Nesse caso, assume nítida função de promoção de direitos humanos, objetivando a consagração de direitos da vítima à verdade, memória, justiça e reparação.

A função institucional da Defensoria Pública de patrocinar ações penais privadas não se firmou sem a resistência de órgãos como o Ministério Público, que se afirma o titular exclusivo da ação penal.

Em 1991, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 576, impugnando a Lei Complementar nº 9.230 de 1991, do Estado do Rio Grande do Sul, que versava sobre a criação da DPE-RS¹⁸. Em especial, para fins deste exame, o chefe do Ministério Público atacava o art. 2º, incisos III e IV, que previam a atribuição de promover ação penal privada e subsidiária da pública, bem como patrocinar os direitos do consumidor, da criança e do adolescente, do idoso e dos deficientes físicos.

Argumentava a PGR que a ação penal privada ou a subsidiária da pública somente poderiam ser movidas pelo querelante ou pela vítima, não se admitindo previsão genérica de atuação da Defensoria Pública. Da mesma forma, utilizava o repetitivo argumento de que a Defensoria Pública deveria se limitar aos interesses dos cidadãos economicamente hipossuficientes, de maneira individual.

A despeito dos argumentos, a ADI nº 576 somente veio a ser julgada em Plenário em 28/03/2022, sob a relatoria do Ministro Nunes Marques. Obviamente, a ADI foi julgada improcedente. No entanto, no que tange aos pontos ora examinados, o voto do relator apresenta interpretações valiosas acerca da natureza da atuação da Defensoria Pública.

O primeiro ponto destacado pelo relator, na esteira do que já explicitado, é que a Constituição Federal e o legislador jamais limitaram a atuação da Defensoria Pública no processo penal à defesa do acusado. Em consequência, afirma o relator que a função acusatória revela-se plenamente compatível com a Defensoria Pública.

¹⁸ É interessante frisar que a referida legislação é anterior à Lei Complementar nº 80/1994, que disciplina funções institucionais das Defensorias Públicas e prevê as mesmas atribuições. Dessa forma, a legislação gaúcha foi uma das pioneiras na regulamentação das atividades das Defensorias Públicas. Um dos argumentos da PGR era de que a iniciativa das ações penais privadas era matéria de direito processual, que não poderia ser disciplinada pelos Estados, sob pena de interferência na distribuição federativa de competências. Por consequência, tal argumento deixa de fazer sentido com a superveniência da lei complementar federal prevendo a mesma função institucional.

Ademais, afirmou o relator que o defensor público tem o “poder-dever” de esgotar, em favor do beneficiário, todos os recursos e meios legais ao alcance, mencionando, inclusive, os artigos 27 e 28 da Lei Maria da Penha.

Dessa forma, conclui o relator:

Por esse ângulo, não se mostra razoável impor restrição à legitimidade para agir no contexto do processo penal. Descabe privar a vítima em situação de vulnerabilidade, já destituída de condições de verse representada por advogado, de ser juridicamente orientada e assistida por defensor público, inclusive para efeito de promover a ação penal de iniciativa privada mediante queixa.

Do mesmo modo a também denominada ação supletiva. A inércia do Parquet para promover ação penal pública não pode ensejar prejuízo ao necessitado. Intentada fora do prazo legal, é condicente com o papel institucional da Defensoria Pública a atribuição de promover a ação privada de forma subsidiária.

Cuida-se, portanto, de garantia constitucional de imperiosa necessidade voltada a garantir o efetivo acesso à Justiça, presente desídia promotorial apta a causar embaraço à tutela dos bens jurídicos protegidos pela tipificação criminal.

As cláusulas do acesso à Justiça e da ampla defesa, cristalizadas nos incisos XXXV e LV do art. 5º do Texto Constitucional, implicam, portanto, o dever do Estado-Defensor de promover a ação penal privada e, no caso de inércia do Ministério Público, a subsidiária da pública (inciso LIX). (pág. 28)

Dessa forma, além de reconhecer a figura do Estado-Defensor, o relator afirma o dever defensorial de promover a ação penal privada ou a ação penal subsidiária da pública.

Obviamente, a expressão “dever” haverá de ser lida com temperamentos. Isso porque outra função institucional da Defensoria Pública é priorizar a solução extrajudicial dos litígios (art. 4º, inciso II, da LC nº 80/1994). Trata-se de solução passível de ser adotada para a maior parte dos crimes de ação penal privada.

Ademais, o art. 4º, § 8º, assegura a autonomia funcional do Defensor Público, prevendo que, caso este entenda não existir hipótese de atuação institucional, deverá dar ciência ao Defensor Público-Geral para a decisão da controvérsia.

Patrick Cacicedo (2017) ressalta a importância de que tal atribuição seja interpretada com parcimônia, uma vez que a Defensoria Pública não pode ser interpretada como mecanismo de

ampliação do poder punitivo¹⁹. É ilusório pensar o Direito Penal como panaceia para a resolução de problemas sociais complexos, como a violência doméstica e o racismo. Pensar a Defensoria Pública, criada como elemento de resistência, impulsionando ações penais de maneira impensada e infundada, a desvirtua em mais um mecanismo que, na prática, produz seletividade e estigmatização social (ZAFFARONI, 2001).

No mesmo sentido, a crítica de Mariangela Gama de Magalhães Gomes (2021), para quem a atual jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos criou tendência de radicalização dos direitos das vítimas, passando a entender que a não aplicação do direito penal a um agressor configuraria, por si só, uma violação ao direito da vítima. No entanto, a postura dos órgãos de direitos humanos face à utilização do Direito Penal já vem sendo denunciada há muito por Daniel Pastor (2005), que aponta uma deriva “neopunitivista” de tais organismos.

Todavia, diante da previsão legal e da construção jurisprudencial, excepcionalmente a Defensoria Pública poderá e deverá agir. Verificando se tratar de hipótese de atuação institucional, havendo indícios de autoria e materialidade do delito e ausente a possibilidade de resolução extrajudicial do conflito, de acordo com a compreensão de legalidade estrita e da decisão do Supremo Tribunal Federal, deve o defensor público propor a ação penal privada, observados os seus pressupostos processuais e condições da ação.

Com mais razão ainda, quando se tratar de hipótese de assistência qualificada à vítima, como nos casos expressos de violência doméstica e familiar ou de racismo. Em tais situações, a atuação do Defensor Público não pode ser compreendida somente como o instrumento postulatório da ação penal, mas como mecanismo de atuação integral em favor da vítima, atento aos direitos que ultrapassam a mera pretensão punitiva.

O mesmo raciocínio poderia ser estendido aos casos de idosos e pessoas com deficiência, ou vítimas de tortura, abusos sexuais ou violência institucional, por força dos já mencionados incisos XI e XVIII do art. 4º da Lei Complementar nº 80/1994.

¹⁹ É importante trazer a ponderação do autor, no sentido de que existe uma crescente influência da ideologia de defesa social, especialmente quando se interpretam os mandados de criminalização presentes na Constituição Federal ou em tratados internacionais de direitos humanos (CACICEDO, 2017). Essa defesa social contemporânea pode ser verificada na interpretação ampliada dos mandados de criminalização que vem sendo conferida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O discurso dos direitos humanos parece ser mais palatável às instituições quando se trata de defender a solução penal do que para limitá-la.

4 A justa causa da ação penal privada e contrassenso na interpretação do Supremo Tribunal Federal

Assentado que a função de iniciar a ação penal privada ou subsidiária da pública constitui poder-dever da Defensoria Pública, é imperioso questionar de que forma o defensor público poderá subsidiar a abertura da ação penal.

Consoante o art. 395, inciso III, do Código Penal, constitui condição da ação penal, pública ou privada, a justa causa²⁰. Esta deve ser compreendida como a indicação de indícios mínimos de autoria e de materialidade do crime, que justifiquem o recebimento de denúncia pelo juízo.

Dentro de uma visão clássica e tradicional, a justa causa é compreendida como um filtro persecutório:

Não há mais pudor nenhum em assumir que a força pragmática de um instituto como a justa causa está mais do que nunca ligada à ideia de uma análise (filtro) prévia de existência ou não de critérios que informam a razoabilidade da persecução penal. Daí a constatação da qualificação “para a ação penal” a adornar o termo “justa causa” a partir de certo momento histórico. O que está em avaliação – ou em cheque – é um critério de legitimidade de todo e qualquer ato persecutório-estatal diante da necessidade de o mesmo exibir uma (justa) causa. (DIVAN, 2015, págs. 332-333)

Com mais razão, quando se atribui à Defensoria Pública a propositura de ações penais privadas ou subsidiárias da pública, a existência da justa causa não pode ser relativizada. A Defensoria Pública não pode ser utilizada como instrumento de expansão do direito punitivo, até mesmo diante de sua construção como mecanismo de contenção de excessos públicos diante do particular. Dessa forma, para que a Defensoria Pública inicie a ação penal solicitada por assistido, deve ser adotado padrão processual rigoroso, com a presença de indícios claros de autoria e de materialidade, que possam ser judicializados como prova.

Dessa forma, é necessário questionar quais são os mecanismos que instrumentalizam a obtenção da justa causa.

Delegar à vítima a obtenção de todos os subsídios necessários à abertura da ação penal implicaria em indevido retrocesso no acesso à justiça. A vítima que não dispõe de recursos para

²⁰ Importante mencionar, contudo, a posição doutrinária de releitura das chamadas condições da ação. Para Afrânio Silva Jardim (2016), a justa causa não seria condição da ação, mas pressuposto de legitimação da abertura da ação penal. Já Aury Lopes Jr. (2016), embora denomine a justa causa como uma das condições específicas da ação penal, a trata como uma estrutura processual penal que constitui uma garantia contra o uso abusivo do direito de acusar.

contratar um advogado raramente terá condições de dedicar tempo e recursos para a obtenção dos elementos indiciários necessários à propositura da ação.

Ademais, como já exposto, os interesses de vítima de violação de direitos humanos, como a vítima de racismo ou de violência doméstica, não coincidem necessariamente com as finalidades usualmente adotadas pelos órgãos de persecução, incluídas as instituições policiais.

Dessa forma, a simples orientação de que a vítima apresente *notitia criminis* (art. 5º, inciso II, do CPP) e aguarde eventual abertura de inquérito policial parece muito simplória. Primeiro, porque o art. 5º, § 5º, do CPP²¹, estabelece que a autoridade policial “poderá” abrir inquérito a requerimento do legitimado à ação penal privada. Em segundo lugar, raramente as instituições policiais conseguirão atender de maneira satisfatória o requerimento apresentado pela vítima, mormente quando se tratar de crime de ação penal privada, especialmente diante do asoerramento das Delegacias de Polícia com crimes violentos de especial gravidade. Geralmente, a atuação da autoridade policial se limita ao registro da ocorrência.

Ademais, não se pode ignorar que as Delegacias de Polícia possuem protocolos de atendimento e investigação, voltados a produção de elementos visando subsidiar possível condenação criminal. No caso de vítimas de violações de direitos humanos, tal investigação poderia ser viesada, uma vez que os interesses da vítima incluem não apenas a justiça, mas a memória, a verdade e a reparação. Dessa forma, a participação de defesa técnica no procedimento investigativo seria necessária para a concretização dos direitos das vítimas, especialmente nos casos de assistência jurídica qualificada.

Por fim, especialmente no tocante à ação penal privada subsidiária da pública, observa-se que é inerente ao instituto algum nível de desconformidade entre as vítimas e os órgãos de persecução penal.

²¹ Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º O requerimento a que se refere o no II conterà sempre que possível:

a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;

b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;

c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

§ 2º Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

§ 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

§ 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

Neste ponto, observa-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda é reticente em admitir avanços na atuação da defesa das vítimas.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4346, em decisão não unânime, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que é desproporcional e inadequado autorizar que a Defensoria Pública requirite a instauração de inquérito policial, vencidos os Ministros Luís Roberto Barroso, Carmen Lúcia, Edson Fachin e Gilmar Mendes.

Para fins de situar a demanda, se trata de impugnação apresentada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) contra o art. 45, inciso XXI, da Lei Complementar nº 65/2003 do Estado de Minas Gerais, que assegurava aos defensores públicos a prerrogativa de requisitar a instauração de inquérito policial. Segundo a argumentação do autor, o dispositivo usurpava da competência da União para legislar sobre direito processual penal (art. 22, inciso I, da Constituição Federal). Além disso, os defensores públicos somente poderiam dar notícia do delito (*notitia criminis*), mas não requerer a instauração de inquérito policial.

O Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, entendeu que o inquérito policial, enquanto mero procedimento administrativo, é de competência legislativa concorrente (art. 24, inciso XI, da Constituição Federal), consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²². Além disso, o relator reafirmou que os poderes de requisição conferidos às Defensorias Públicas não desequilibram a relação processual.

O Ministro Alexandre de Moraes, no entanto, apresentou voto divergente, entendendo que a regra de requisição de diligências e documentos não pode ser aplicada à requisição de instauração de inquérito policial, pois esta é objeto de disciplina específica no art. 5º do Código de Processo Penal, que somente admite a requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público.

Acompanhando a divergência, o Ministro Nunes Marques²³ afirmou que a requisição de inquérito policial, sob o ponto de vista material, invadiria a esfera de atuação própria das policiais judiciárias e dos Ministérios Públicos.

Dessa forma, a maioria da Corte assentou que a norma era formal e materialmente inconstitucional, consoante a seguinte ementa:

²² A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é consolidada no sentido de considerar que o inquérito policial é mero procedimento administrativo, de competência legislativa concorrente. Nesse sentido, a título de exemplo: ADI 1615/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 05.11.1999; ADI-MC 1285/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 23.03.2001; ADI 2.886, Rel. Min. Eros Grau, rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, Plenário, j. em 03.04.2014, DJe 05.08.2014; ADI 4.618, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, j. em 1º.08.2018.

²³ Mesmo relator da ADI nº 576, onde afirmou o poder-dever do defensor público de instaurar a ação penal privada ou subsidiária da pública quando solicitado pela vítima.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR 65/2003, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. AUTONOMIA FUNCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA. PREVISÃO LEGAL DO PODER DE REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS E DILIGÊNCIAS PARA O EXERCÍCIO DE SUAS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS. DESPROPORCIONALIDADE E AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO NA PREVISÃO DE REQUISIÇÃO DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. MATÉRIA DE DIREITO PROCESSUAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O poder de requisição constitui mecanismo fundamental para o desempenho da função constitucional da Defensoria Pública, que prestigia o aperfeiçoamento do sistema democrático, a concretização dos direitos fundamentais de amplo acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV) e de prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes (CF, art. 5º, LXXIV). Precedentes. 2. Desproporcionalidade e ausência de adequação as atribuições constitucionais da Defensoria Pública na previsão do art. 45, XXI, da lei questionada que instituiu o poder de requisição à instauração de inquérito policial. 3. A previsão de requisição de instauração de inquérito policial – que é ordem à autoridade policial e não pedido – é tema de direito processual, matéria de competência privativa da União (art. 22, I, CF), sendo disciplinada no art. 5º do Código de Processo Penal. Inconstitucionalidade formal reconhecida. 4. Ação Direta conhecida em parte e julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da previsão da possibilidade de requisição de inquérito policial pela Defensoria Pública.

(ADI 4346, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13-03-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 04-04-2023 PUBLIC 10-04-2023)

É inegável que a referida decisão constitui inegável retrocesso quanto ao decidido de forma unânime na ADI nº 576.

O Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo em que assenta o poder-dever da Defensoria Pública de exercer a ação penal privada ou subsidiária da pública, suprime do alcance da Defensoria Pública um dos mecanismos básicos para a obtenção de indícios de materialidade e de autoria. Essa inconsistência levante o seguinte questionamento: como é que a Defensoria Pública poderia exercer o seu poder-dever de iniciativa penal com a supressão de um dos meios para a obtenção da justa causa?

Em primeira análise, a proibição da requisição de inquérito não parece se amoldar ao reconhecido poder de requisição outorgado às Defensorias Públicas.

No julgamento da ADI nº 6.852²⁴, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a validade do poder de requisição dos defensores públicos, reafirmando a constitucionalidade dos artigos 8º, inciso XVI, 44, inciso X, 56, inciso XVI, 89, inciso X e 128, inciso X, da Lei Complementar nº 80/1994. Para o relator, a prerrogativa de requisição corrobora o exercício das funções constitucionais, viabilizando o acesso facilitado e célere à justiça.

Dessa forma, confirma-se a autorização de que o defensor público requirite documentos, informações, esclarecimentos, vistorias, diligências, processos e até mesmo perícias necessários à sua atuação. Portanto, o defensor público, posto diante de um caso de suposta injúria racista (art. 2º-A da Lei nº 7.716/1989) em rede social de determinado estabelecimento comercial, pode requisitar que a polícia técnica realize perícia nos celulares da vítima e do suspeito, requisitar documentos comerciais da empresa à Junta Comercial, solicitar vistoria no estabelecimento, dentre outras diligências.

Ora, o inquérito policial nada mais é do que um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria (NUCCI, 2016). Caso a Defensoria Pública requirite os documentos necessários e os apresente em uma pasta, não haveria qualquer problema. No entanto, não poderia a Defensoria Pública solicitar que a autoridade policial documentasse todos os atos em procedimento escrito, pois isto configuraria inquérito policial.

Questiona-se, então: a que título poderia o Defensor Público reunir os indícios de materialidade e de autoria de determinado crime? Ou não poderia fazê-lo? Será que se trataria de uma “investigação privada” realizada por um órgão público?

A discussão se aprofunda quando se trata de vítimas hipervulneráveis, que possuem direito à assistência jurídica qualificada, pois nestes casos a representação técnica da vítima é de natureza obrigatória, especialmente em razão da possível diversidade de interesses. Se a representação processual é autônoma, *ope legis* e obrigatória, revela-se um contrassenso que a vítima e sua representação sejam afastadas da coleta de elementos que possam subsidiar o início do processo.

No âmbito da ação penal privada subsidiária da pública, deve-se ultrapassar a visão subordinante da vítima (DELFINO, 2019), em face da tendência de construção legislativa de atividade autônoma com interesses múltiplos. Não para pretender que a vítima inicie a ação penal

²⁴ ADI 6852, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 21-02-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 28-03-2022 PUBLIC 29-03-2022.

sem a inércia do Ministério Público, mas sim para permitir que a sua autonomia seja respeitada na construção da versão que se levará a juízo.

Deve-se destacar que a inércia que abre o espaço para a ação penal privada subsidiária da pública não ocorre somente quando o *Parquet* deixa de propor a ação penal no prazo legal, mas também nas situações em que a investigação ou o inquérito não são direcionados ao esclarecimento dos fatos (JARDIM; AMORIM, 2016).

Em que pese assentado o poder-dever dos Defensores Públicos de exercer na plenitude a defesa da vítima no processo penal, inclusive mediante a abertura da ação penal, a discussão ainda precisa avançar no que toca aos mecanismos para subsidiar tal atuação. É necessário que a legislação e a jurisprudência aprofundem o debate acerca da atuação pré-processual penal da Defensoria Pública, delimitando sua natureza jurídica, especialmente no caso de vítimas que possuem o direito à assistência qualificada.

5 Conclusão

O avanço da compreensão dos direitos humanos das vítimas de crimes revela uma tendência de consolidar a assistência técnica qualificada como elemento central do acesso à justiça. Tal atribuição da Defensoria Pública nada mais é do que a concretização de sua missão constitucional de promoção dos direitos humanos.

Essa compreensão revela uma natureza distinta daquela do assistente de acusação, pois decorre diretamente da lei e visa tutelar direitos diversos e que podem, muitas vezes, divergir do interesse punitivo em sentido estrito.

O poder-dever do Estado-defensor de promover a ação penal privada ou subsidiária da pública, previsto em lei e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, não pode ser exercido desacompanhado de mecanismos mínimos que assegurem a abertura justa e regular de processos penais. A Defensoria Pública não pode servir como instrumento para iniciar ações temerárias e infundadas, que assoberbam o Poder Judiciário e acabam por prejudicar o acesso à justiça.

Não se defende que deva ser concedido à Defensoria Pública poder irrestrito de requisitar inquéritos policiais ou abrir investigações. Esta não é a vocação da Defensoria Pública. Contudo, a forma de exercício dessas atribuições ainda precisa ser discutida e amadurecida. Por ora, verifica-se aparente contrassenso quando se afirma que o defensor público possui o poder-dever de esgotar

os meios legais em favor da vítima, ao mesmo tempo em que se silencia acerca dos instrumentos necessários ao exercício justo e adequado da demanda.

Especialmente quanto às vítimas que possuem assistência qualificada obrigatória (como vítimas de racismo ou mulheres vítimas de violência doméstica e familiar), a mera possibilidade de apresentação de *notitia criminis* à autoridade policial não é suficiente para garantir a instrumentalização de seus direitos. Os interesses de tais vítimas de violações de direitos humanos ultrapassam a pretensão punitiva e demanda que sejam vocalizados de maneira autônoma.

O debate precisa ser aprofundado, a fim de que tais atribuições sejam mais bem delineadas, de maneira a evitar a proliferação de queixas-crime infundadas ou meramente protocolares, que não facilitam a proteção de direitos nem contribuem para o equilíbrio do acesso à justiça.

Referências Bibliográficas

ADAMS, Aline. A flagrante incompatibilidade entre o instituto da assistência à acusação e a constituição federal de 1988. *Revista eletrônica do curso de direito da UFSM*, vol. 3, n. 3, págs. 102-114, set. 2008.

BARBOSA, Fábio Feliciano. O caso Simone A. Diniz: a falta de acesso à justiça para as vítimas dos crimes raciais da Lei Caó. *Revista de Estudos Jurídicos*. Franca/SP, vol. 15, n. 22, págs. 119-146, 2011.

BRASIL, *Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989, (Lei Caó)*. Brasília: DF, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 08/06/2024.

BRASIL, *Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha)*. Brasília: DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 08/06/2024.

BRASIL, *Lei n.º 14.344, de 24 de maio de 2022, (Lei Henry Borel)*. Brasília: DF, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/114344.htm. Acesso em: 08/06/2024.

BRASIL, *Lei n.º 14.532, de 11 de janeiro de 2023*. Brasília: DF, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14532.htm. Acesso em: 08/06/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6852/DF*. Lei Complementar n.º 80/1994. Poder de Requisição das Defensorias Públicas. Relator: Min. Edson Fachin, 21 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur461486/false>. Acesso em: 08/06/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 576/RS*. Lei Complementar n.º 9.230/1991 do Rio Grande do Sul. Atribuição das Defensorias Públicas para o

Ajuizamento de Ações Penais Privadas e Subsidiárias da Pública. Relator: Min. Kassio Nunes Marques, 22 de abril de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur462846/false>. Acesso em: 08/06/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4346/MG*. Lei Complementar nº 65/2023 de Minas Gerais. Atribuição da Defensoria Pública para requisitar a abertura de inquérito policial. Relator: Min. Luis Roberto Barroso, 13 de março de 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur477046/false>. Acesso em: 08/06/2024.

BIANCHINI, Alice. *Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Nova Lei de Racismo de Acordo com a Lei 14.532/2023*. São Paulo: Mizuno, 2023.

CACICEDO, Patrick. Crítica científica a "Legitimação não tradicional da ação penal": Defensoria Pública e a tutela de direitos por meio do direito penal – uma recusa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 407-416, jan./abr. 2017.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2014.

CASAS MAIA, Maurílio. Defensor integral da mulher e assistência qualificada da vítima. *Revista Eletrônica Conjur*. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-28/tribuna-defensoria-defensora-integral-mulher-assistencia-desqualificada-vitima/>. Acesso em: 08 de junho de 2023.

CASTRO, Mariana Santos. *Assistência Qualificada à Vítima: por um maior protagonismo da mulher nos processos de violência doméstica*. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023.

COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN – CEDAW. *Recomendação n. 33, de 23 de julho de 2015. Recomendação geral para o acesso das mulheres na justiça*. New York: UN Woman, 2015. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf> . Acesso em: 08/06/2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021*. Grupo de trabalho instituído pela Portaria CNJ n. 27, de 02.02.2021. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam). Brasília. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero/> Acesso em: 08/06/2021.

COSTA, Renata Tavares da. O papel do assistente da mulher previsto no artigo 27 da Lei Maria da Penha nos crimes de feminicídio no tribunal do júri. In: DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. *Gênero, sociedade e defesa de direitos: a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher*. Rio de Janeiro: Coordenação de Defesa da Mulher/CEJUR, 2017, p. 200-231.

DELFINO, Rafael Miguel. *Ação Penal Privada Subsidiária da Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

DUARTE, Evandro Charles Piza. *Criminologia & racismo*. Curitiba: Juruá, 2006.

FORTUNATO, Tammy; MUNIZ, Alexandre Carrinho. A assistência judiciária às mulheres em situação de violência doméstica nas ações penais como direito fundamental. In: *Direitos Fundamentais em Processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União*. Branco, Paulo Gustavo Gonet, et al. (org.). Brasília: ESMPU, 2020, págs. 13-26.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Estudos sobre direito penal e direitos humanos*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LEWIN, Ana Paula de Oliveira Castro Meirelles; PRATA, Ana Rita Souza. Da atuação da Defensoria Pública para promoção e defesa dos direitos da mulher. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Ribeirão Preto/SP, vol. 3, n. 3, págs. 525-541, 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Soraia da Rosa. *Processo Penal Feminista*. 2ª ed. Barueri(SP): Atlas, 2021.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUDEMs. Nota Técnica. *A atuação da Defensoria Pública na assistência qualificada às mulheres em situação*. Florianópolis, 2023. Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/nota-tecnica-sobre-a-atuacao-da-defensoria-publica-na-assistencia-qualificada-as-mulheres-em-situacao-de-violencia-domestica-e-familiar/> Acesso em 08/06/2023.

OCÁRIZ, Grazielle Carra Dias. Femicídio e a assistência às vítimas diretas e indiretas pela Defensoria Pública. In: DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. *Gênero, sociedade e defesa de direitos: a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher*. Rio de Janeiro: Coordenação de Defesa da Mulher/CEJUR, 2017, p. 242.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Simone André Diniz versus Brasil (Caso 12.001)*. Relatório nº 66/06, de 21 de outubro de 2006. Disponível em: <https://www.cidh.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm> Acesso em 08/06/2024.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

PASTOR, Daniel Roberto. La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, p. 73-114, 2005.

PRATEANO, Vanessa Fogaça. Assistência Jurídica Qualificada Às Vítimas Diretas E Indiretas De Femicídio Como Medida De Prevenção E Combate À Discriminação Estrutural De Gênero. In: *Mulheres e o direito: um chamado à real visibilidade*. Tomazoni, L.R.; Prata, Marcela; Abiko, Paula (org.) Volume 2, Curitiba, 2021, p. 612/635.

ROGER, Franklyn. Assistência qualificada da mulher vítima de violência no processo penal. *Revista Eletrônica Conjur*, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-18/franklyn-roger-assistencia-vitima-violencia-processo-penal/> Acesso em 08/06/2024.

SILVEIRA, Alinne Moreira; LOPES, Marco Túlio Rodrigues. Efeitos negativos da falta de assistência qualificada assegurada à vítima de violência doméstica. *JNT- Facit Business and Technology Journal*. Ed. 39, Vol. 3, págs. 557-570, ago./out. 2022.

TERRA, Venâncio Antônio Castilhos de Freitas; SBARDELOTTO, Fábio Roque. Fundamentos constitucionais para a criminalização do racismo e os novos contornos definidos a partir da Lei n. 14.532 de 2023. *Ciência em Debate*. Salvador, vol. 5, págs. 58-74, jan./mar. 2024.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.