

AÇÃO PENAL SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA E ASSISTÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO *

ROGÉRIO GRECO

Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. Introdução; 2. Do Ministério Público como titular exclusivo da ação penal de iniciativa pública; 3 Da ação penal privada subsidiária da pública; 4. Dos assistentes; 5. Do entendimento da jurisprudência; 6. Do entendimento doutrinário; 7. Dano material e dano moral; 8. Ação penal privada subsidiária da pública e assistência de acusação; 9. Conclusão; 10. Bibliografia

1 INTRODUÇÃO

O tema ora proposto visa enfatizar o critério que, segundo nosso entendimento, é o único aceitável para a admissão da figura do assistente de acusação, bem como para o acolhimento da eventual propositura de uma ação penal privada subsidiária da pública, tendo em vista a desidia do órgão do Ministério Público.

Tais fatos, contudo, não têm merecido a devida atenção da doutrina, e, na vida prática, passam despercebidos por órgãos que atuam diretamente na apuração e julgamento dos fatos tidos como ilícitos penais.

Assim, nossa meta é a de, na medida do possível, tentar esclarecer alguns pontos até agora esquecidos, ressaltando situações práticas importantes que, acreditamos, irão contribuir para o melhor exercício da importante missão de mergulhar no oceano do crime, descobrindo seus protagonistas e aplicando o direito penal positivo ao caso concreto.

2 DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO TITULAR EXCLUSIVO DA AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA

A Constituição de 1988, colocando fim à discussão que existia desde a edição da Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, disse em seu artigo 129, inciso I, ser função institucional do Ministério Público promover *privativamente* a ação penal pública.

Dentro da evolução a que conseguiu chegar o direito, entendeu-se por bem destinar a um órgão do Estado, especificamente na área penal, a *persecutio criminis*. Antes de ingressarmos no estágio atual, o Estado teve como experiência a acusação privada. Na escorreita lição do prof. Afrânio Silva Jardim, "outorgava-se ao ofendido e, depois, a qualquer pessoa do povo a difícil e árdua tarefa de acusar publicamente aquele que tivesse praticado uma infração penal." Afastado das realidades sociais, o Estado permitia que os litigantes resolvessem seus conflitos, sendo o processo "coisa das partes".

Percebendo a impossibilidade de deixar ao alvedrio dos particulares a resolução de seus conflitos, e sendo influenciado pelo Direito Canônico, o Estado evoluiu para o chamado sistema inquisitorial. Neste sistema, atribula-se ao julgador o dever de acusar e perseguir a prova que sustentasse a acusação inicialmente formulada para, posteriormente, julgar o feito. Nota-se, com meridiana clareza, que este sistema pecava pelo fato de quebrar a imparcialidade que deve ser inerente a todo julgador. Valendo-nos mais uma vez de sua lição, diz o já citado professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro que "o Estado sentiu a necessidade de criar mecanismos seguros para que a atividade jurisdicional se fizesse de maneira justa, independentemente da vontade ou interesse das partes privadas. Mas o juiz tinha de ser preservado, em prol de sua neutralidade e imparcialidade." E continua, dizendo: "na verdade, conseguiu-se este grande salto de qualidade através da institucionalização do Ministério Público". Agora, através do sistema acusatório, em que não mais se permite ao particular formular sua acusação, ou ao julgador exercer a função anômala de acusar e tentar provar sua acusação, transferiu-se tal poder-dever para o órgão do Ministério Público, onde, como titular exclusivo da ação penal de iniciativa pública, agirá como parte interessada quando do oferecimento da denúncia, e como *custos legis*, quando, após analisar detidamente todas as provas produzidas durante a instrução processual, apresentar suas alegações finais.

Agora, encontrou o Estado a solução no que diz respeito à persecução penal, haja vista ser o Ministério Público verdadeira parte *sui generis*, pois seu objetivo final não é a condenação do réu, mas a exata aplicação da lei penal, seja pugnando pela condenação, seja se batendo pela absolvição.

Nada há de estranho neste raciocínio, pois o Ministério Público tornou-se uma verdadeira garantia aos direitos de liberdade de todos os cidadãos. Numa ação penal tem-se em mira não só o *status libertatis* como também o *status dignitatis* do indivíduo.

Tal raciocínio não podemos atribuir ao particular que, na maioria esmagadora dos casos, recorre à Justiça criminal, valendo-se de ações penais de iniciativa privada, com o

* Rejeitada, a despeito de apresentação de conclusão substituta

escopo único de conseguir a condenação final do sujeito passivo da relação processual penal.

En suma, o Ministério Público tornou-se, após a promulgação da atual Constituição Federal, o legitimado exclusivo para propor as ações penais de iniciativa pública, tendo sido revogados todos os procedimentos que ainda recalcitravam no nosso Código de Processo Penal com vestígios do já extinto sistema inquisitório, como, *verbi gratia*, acontecia com o processo destinado à apuração das contravenções penais, nos moldes do artigo 531 da Lei Processual.

3 DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA

A ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública encontra amparo no inciso LIX, do artigo 5º, da Constituição Federal, no artigo 29 da Lei Processual Penal e no § 3º, do artigo 100, do estatuto repressivo. *In casu*, a lei, excepcionalmente, permite ao particular que exerça o *jus accusationis* em Juízo em virtude da inércia do Órgão do Ministério Público por não ter proposto a ação penal no prazo legal. Este, portanto, o primeiro requisito a ser verificado, de *ordem objetiva*, que legitima o particular a oferecer sua queixa-crime em Juízo. Mas, não basta o decurso do prazo legal estipulado para o órgão ministerial. Assim, para que o querelante possa pleitear um decreto condenatório em Juízo, necessário se faz estejam presentes as condições para o regular exercício do direito de ação, vale dizer, a *legitimidade ad causam*, o *interesse de agir* e a *possibilidade jurídica do pedido*. No caso vertente, temos como legitimados a oferecer a ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, além do ofendido, aquelas pessoas elencadas no artigo 31 do Código de Processo Penal e no § 4º do artigo 100 da Lei Substantiva Penal. Como possibilidade jurídica do pedido temos que este só pode ser levado a efeito se houver previsão de norma incriminadora dentro de nosso direito penal positivo. Finalmente, nos iluminando sobre o que seja interesse de agir, diz o mestre Humberto Theodoro Júnior que este, que é instrumental e secundário, “surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais.” Após a lição do renomado autor, vale indagar: qual seria o prejuízo sofrido pela vítima se não fosse oferecida denúncia no prazo legal e, conseqüentemente, em que consistiria o seu interesse em propor queixa-crime a fim de se obter a condenação daquele que lhe causou algum dano? Entendemos que a resposta deve cingir-se ao fato de que o interesse de agir do ofendido deve estar íntima e exclusivamente ligado a um dano de cunho patrimonial. Respondendo à indagação de outra forma, estaríamos regredindo no tempo, pois voltaríamos à fase do sistema de acusação privada. Na realidade, o que o particular deseja com a condenação do querelado é justamente a obtenção de um título executivo judicial para que possa, desta forma, executar civilmente o prejuízo que por ele fora experimentado. É o que dispõe o artigo 63 do CPP quando diz: “art. 63 — Transitada em Julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no Juízo Cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.” Este, segundo nosso entendimento o seu interesse de agir.

Celso Agrícola Barbi, comentando o artigo 3º do Código de Processo Civil, preleciona que o interesse de agir gira em torno do binômio *necessidade/utlidade*. Tal lição se amolda perfeitamente àquilo que nos propusemos a analisar. Trazendo os ensinamentos do eminente prof. da Universidade Federal de Minas Gerais para o campo da processualística penal, dentro da moderna e discutida teoria geral do processo, percebemos que, especificamente no caso ora apreciado, vale dizer, a possibilidade de ser proposta a ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, mister se faz termos em mira a necessidade e a utilidade em propor a queixa-crime.

Mais uma vez retomamos ao ponto de partida e indagamos: se a vítima já tivesse sido ressarcida do dano por ela sofrido, haveria necessidade de uma ação penal com o escopo de conquistar um título executivo? Ou, ainda: onde estaria a utilidade de tal título judicial se o ofendido não tivesse mais o que solicitar na seara cível?

Ada Pellegrini Grinover, dissecando as chamadas condições da ação, cuida do interesse de agir, dizendo: “essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil.”

Respondendo às perguntas levadas a efeito linhas acima, forçosamente temos que concluir que não havendo a necessidade, tampouco a utilidade de conseguir um título executivo judicial, não há falar em interesse de agir, e, sendo assim, faltará uma das condições da ação exigidas para o seu regular exercício.

4 DOS ASSISTENTES

No Capítulo IV, do Título VIII, cuida a Lei Processual Penal, especificamente nos artigos 268 a 273, dos assistentes de acusação.

Tal como acontece na ação de iniciativa privada subsidiária da pública, para que o assistente de acusação possa ingressar no feito é preciso contar, também, com as condições da ação. Impõe-se que o assistente seja o ofendido, seu representante legal ou qualquer das pessoas mencionadas no artigo 31 do CPP. Estamos cuidando, portanto, da legitimação para habilitar-se no feito. No que diz respeito ao interesse de agir, temos que o mesmo seja limitado, tal qual na ação subsidiária, à obtenção de uma sentença condenatória para que possa simplesmente executá-la no Juízo cível, ressarcindo-se, desta forma, do prejuízo sofrido.

Agora, se o assistente, tal como o querelante, não tiver sofrido qualquer dano de natureza patrimonial, ou às vezes moral, teria ele interesse em habilitar-se numa ação penal de iniciativa pública já em curso, com o simples objetivo de obter a condenação do agente, sem que isto lhe traga algum benefício pessoal? Cremos que não. Um exemplo elucidará esta *vexata quaestio*. Suponhamos que Tício tivesse subtraído um televisor em

cores pertencente a Júlio. Na fase extrajudicial, no decorrer das investigações, a autoridade policial conseguiu recuperar a *res furtiva* e a devolveu ao seu legítimo proprietário. O Promotor de Justiça, recebendo os autos de inquérito policial, oferece denúncia em face de André. Júlio, nutrido um ódio incontrolável por André, quer vê-lo preso de qualquer maneira. Ingressa em juízo requerendo sua habilitação como assistente do Ministério Público. Novamente vem à baila a nossa pergunta: Teria Júlio interesse de agir pelo simples fato de pugnar pela condenação daquele que lhe subtraía um bem que, posteriormente, lhe fora restituído? E outra indagação se impõe: uma vez condenado o réu, teria Júlio como executar a sentença condenatória visando reparar um dano por ele experimentado? A resposta definitivamente é negativa. Falta-lhe, desta maneira, o interesse de agir, haja vista que o seu ingresso no feito não é necessário ou útil à conquista de um título que ele já tem quitado.

Não há interesse por parte do ofendido em virtude de que, atualmente, existe um órgão do Estado imbuído da missão indisponível de perquirir a respeito dos fatos tidos como delituosos, tendo como finalidade precípua fazer com que seja trazida de volta a paz social. Se a norma penal foi violada, tem o órgão do Ministério Público o poder-dever de apurar o fato e de solicitar a aplicação da lei ao caso concreto. Esta tarefa, de cunho eminentemente público, não pode ser entregue ao particular, que age, no mais das vezes, por motivos egoísticos, satisfazendo somente seus desejos.

5 DO ENTENDIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA

Os tribunais de nosso país têm divergido quanto à possibilidade de poder o assistente recorrer de uma sentença condenatória, visando única e exclusivamente à majoração da pena que fora infligida ao acusado.

Em Minas Gerais, já entendeu a 2ª Câmara do Tribunal de Alçada, na Ap. 14.967, julgada em 16/3/87, que *“o assistente de acusação não tem legitimidade para recorrer visando tão-só ao agravamento da pena, porquanto o interesse do ofendido e de sua família consiste apenas na condenação do réu, e nunca na dosagem maior ou menor da pena imposta.”*

Qual seria o motivo de tal entendimento do Tribunal mineiro? Acreditamos que a resposta mais acertada seria aquela de que ao ofendido só interessa conseguir, na seara penal, um título executivo de natureza judicial, abreviando-se, desta maneira, todo um processo de conhecimento no Juízo cível, partindo-se, agora, diretamente para a fase final da satisfação de seu interesse patrimonial, qual seja, a execução da pena imposta ao condenado. O ofendido não mais terá de discutir o *an debeatur*, mas somente o *quantum debeatur*. O réu foi condenado. Terá a vítima, portanto, direito subjetivo de se ver ressarcida dos danos de ordem patrimonial sofridos com a conduta do acusado.

Entretanto, decidiu em julgado recente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, com base em decisão proferida pelo STF, poder o assistente do Ministério Público

recorrer para majorar a pena do réu, conforme podemos observar na Ap. 21 614 2, do 2º Câmara Criminal, de 6/4/89.

Sem muito esforço, percebemos que a jurisprudência não é pacífica neste sentido

Em julgamento datado de 18/11/88, já decidiu o STF, analisando o HC 66.754 6, que: *“não tendo o Ministério Público apelado, tem interesse legítimo para fazê-lo o assistente de acusação, a fim de obter o agravamento da pena.”*

Tormentosa, assim, a discussão.

6 DO ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Tal como acontece como nossos tribunais, os estudiosos da matéria não chegaram, ainda, a uma conclusão pacífica no que diz respeito ao interesse para propor a ação penal subsidiária e a habilitação como assistente do Ministério Público.

Fernando da Costa Tourinho Filho entende, tal qual defendemos nossa posição, que *“a função do assistente é defender um interesse seu na indenização do dano ex delicto.”*

Contudo, Vicente Greco Filho e Magalhães Noronha comungam da opinião de que o assistente pode ingressar no feito tendo em vista o interesse público, dizendo ser este o de colaboração com a Justiça.

Paulo Lúcio Nogueira, por sua vez, não se filia radicalmente a qualquer das posições, resumindo-se, em sua obra, a citar o entendimento dos demais doutrinadores.

Com todo respeito às opiniões em contrário, acreditamos que a razão se encontra com o prof. de Bauru. Quem, hodiernamente, está encarregado de defender os interesses públicos é o órgão do Ministério Público, não necessitando, outrossim, de qualquer ajuda do particular que, em não raras ocasiões, somente faz atrapalhar a instrução processual.

7 DANO MATERIAL E DANO MORAL

A Constituição Federal, em seu inciso X, do artigo 5º, prevê expressamente a possibilidade de indenização pelo dano material ou moral.

Diz a Lei Maior que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Para sabermos se ao particular ofendido caberia a indenização por danos de ordem moral ou material, precisaríamos analisar o caso concreto.

Tenhamos em mente os seguintes exemplos:

a) João teve seu rádio furtado por José. Preso logo após a prática da infração penal, foi encontrada a res furtiva em poder de José e restituída a seu proprietário;

b) Pedro, assaltado num coletivo urbano, teve seu relógio roubado por Paulo, que fugiu em desabalada carreira. Paulo, precisando de dinheiro, desfez-se do bem subtraído, vendendo-o a pessoa desconhecida. Pedro, desta forma, deixou de recuperar seu objeto;

c) Luiz ingressa em Juízo solicitando a condenação de André, alegando ter sido injuriado por este último. A ação em tela é de iniciativa privada.

Analisemos os exemplos fornecidos.

No primeiro caso, teria João, uma vez recuperado seu bem, interesse em se habilitar na ação penal visando à condenação de José? Ou, ainda, seria admissível, no caso em tela, que por inércia do órgão ministerial João ingressasse em juízo com uma ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública? Existindo um órgão do Estado criado para este fim, como é o caso do Ministério Público, torna-se difícil, senão impossível, vislumbrar o interesse do lesado, seja de ordem material ou moral.

No segundo exemplo apontado, vimos que houve um desfalque no patrimônio de Pedro, pois o seu relógio não fora recuperado em poder do meliante. Terá ele, portanto, interesse na condenação de Paulo, pois transitada em julgado a sentença, poderá executá-la no Juízo cível, ressarcindo-se do prejuízo sofrido.

Finalmente, o terceiro exemplo nos está a mostrar que, uma vez condenado, André poderá ser processado no Juízo cível por ter agredido a honra subjetiva de Luiz, devendo, pois, indenizá-lo pelos danos morais.

Gabba, citado por Sílvio Rodrigues (*Direito civil* — Responsabilidade civil, v. 4), nos ensina o que seja dano moral, dizendo: "é o dano causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua o seu patrimônio. É a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem."

8 AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA E ASSISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO

Após a exposição acima, em que pese a divergência reinante na jurisprudência, acreditamos ser impossível a propositura de uma ação penal privada subsidiária da pública se a vítima já tiver sido ressarcida de seus prejuízos, bem como as portas da habilitação para a assistência de acusação para ela estarão fechadas se não for patente seu interesse.

Tal fato ocorre pela razão de já existir, como dissemos exaustivamente acima, um órgão estatal dotado de atribuições destinadas, em defesa da própria sociedade, a colir e perseguir em Juízo a prática de condutas tidas como penalmente ilícitas, não cabendo ao particular, outrossim, assumindo o manto de acusador, chamar a si esta obrigação.

9 — CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, entendemos ser inadmissível o oferecimento de queixa-crime na ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, bem como a habilitação de assistente de acusação, quando não ficar devidamente demonstrado o interesse de ordem patrimonial nos crimes de natureza pública, ou, excepcionalmente, o dano de ordem moral, se couber no caso *sub judice*.

10 — BIBLIOGRAFIA

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT.

JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. São Paulo: Saraiva

NORONHA, Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil* — Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, v. 4.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, v. 2.