

Relatora: Ministra Cármen Lúcia

Paciente: Neusa Maris Michelin Tomiello

Impetrante: Defensoria Pública da União

Proc. (a/s) (es): Defensor Público-Geral da União

Coator (a/s) (es): Relator do REsp nº 1.105.250 do Superior Tribunal de Justiça

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO.

ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DA ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO PARA RECORRER DA SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA DO PARECER MINISTERIAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

1. A assistente de acusação tem legitimidade para recorrer da decisão que absolve o réu nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso.

2. Aplicação da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal: "O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal".

3. A manifestação do promotor de justiça, em alegações finais, pela absolvição da Paciente e, em seu parecer, pelo não conhecimento do recurso não altera nem anula o direito da assistente de acusação recorrer da sentença absolutória.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, **em indeferir o pedido de habeas corpus**, nos termos do voto da Relatora. Contra os votos dos Ministros Marco Aurélio e Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, licenciados, o Ministro Joaquim Barbosa, neste julgamento o Ministro Gilmar Mendes e, justificadamente, o Ministro Eros Grau. Falaram, pelo paciente, o Dr. João Alberto Simões Pires Franco, Defensor-Público Federal e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 10 de junho de 2010 — Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Relatora): 1. *Habeas corpus*, sem pedido de medida liminar, impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, em favor de NEUSA MARIS MICHELIN TOMIELO, contra decisão monocrática do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do Superior Tribunal de Justiça, que, em 29.6.2009, deu parcial provimento ao Recurso Especial 1.105.250, interposto pela Assistente de Acusação.

2. Em sua petição inicial, a Impetrante informa ter sido a Paciente denunciada pela prática, em tese, do crime de estelionato (art. 171, caput, do Código Penal), tendo o juízo da Vara Criminal da Comarca de Vacaria/RS julgado improcedente a ação penal para absolver a Paciente do crime imputado em 31.10.2006 (fls. 23-27).

3. Contra essa decisão a Assistente de Acusação interpôs apelação no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em 5.7.2007, a Quinta Câmara Criminal desse Tribunal não conheceu do recurso, nos termos seguintes:

“ESTELIONATO. APELAÇÃO.LEGITIMIDADE. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. FALTA DE LEGITIMIDADE. Frente à disposição nas matérias do art. 109, Constituição Federal, é de ser reconhecida a legitimidade do assistente de acusação para recorrer

APELO NÃO CONHECIDO. VOTO VENCIDO” (fl. 33).

4. Contra essa decisão a Assistente de Acusação interpôs o Recurso Especial 1.105.250 no Superior Tribunal de Justiça.

Em 29.6.2009, o Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho decidiu monocraticamente:

“1. Cuida-se de Recurso Especial interposto por VACARIA ASSESSORIA CREDITICIA LTDA, com fundamento no art. 105, III, a e c da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que

2. Sustenta a recorrente, a par de divergência jurisprudencial, violação aos arts. 30, 31, 268, 271, 598, *caput*, 619 e 620, todos do CPP.

3. Contrarrazões às fls. 310/316; Recurso Especial admitido no Tribunal de origem (fls. 325/327). Opina o ilustre Subprocurador-Geral da República JOÃO FRANCISCO SOBRINHO pelo conhecimento e parcial provimento do apelo excepcional (fls. 332/336).

4. Conforme registrou o ilustre representante ministerial, cujas razões vão aqui adotadas, *in ipsa verbis*:

No que se refere à suposta violação aos arts. 619 e 620, ambos do Código de Processo Penal, as razões da empresa recorrente não prosperam, eis que o aresto guerreado não padece de nenhum dos vícios ali apontados. Ademais disso, é pacífico o entendimento firmado por este Augusto Pretório, segundo o qual se inexistente ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no aresto impugnado, inviável acolher-se embargos declaratórios manejados com o intuito de prequestionamento para fins de acesso à via extraordinária, especialmente se o *decisum* vergastado encontra-se devidamente fundamentado (Edcl no AgRg no REsp 863.365/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, in DJe de 20/10/2008). Quanto aos demais preceitos tidos por violados, cumpre asseverar que o requisito do prequestionamento foi devidamente cumprido, porquanto a questão acerca da legitimidade do assistente de acusação para interpor o recurso de apelação, nos casos em que não há apelo do Ministério Público, foi precisamente o objeto de deliberação do Tribunal *a quo*.

Nesse passo, razão assiste ao recorrente, tendo em vista que é remansosa a jurisprudência desta Augusta Corte no sentido de que: O assistente de acusação é parte legítima para interpor apelação na ausência de recurso do Ministério Público, nos termos dos arts. 271 e 598 do Código de Processo Penal (HC 35.5621MS, Rel. Min. Og Fernandes, in DJe de 19/12/2008).

(...).

Ressalte-se que tal entendimento segue a orientação jurisprudencial há muito assente no Excelso Supremo Tribunal Federal, sedimentado na Súmula 210 daquela Corte que dispõe: O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal (fls. 333/335).

5. Isso posto, nos termos do art. 557, § 1º-A do CPC c/c art. 3º do CPP, dá-se parcial provimento ao Recurso Especial. Baixem os autos ao Tribunal de origem, para que, superado o óbice apontado, prossiga-se no exame do apelo interposto.

6. Publique-se; intimações necessárias” (fls. 40-41 - transcrição conforme o original).

5. Contra essa decisão insurge-se a Impetrante alegando que “O recurso de apelação não merece ser conhecido, sendo necessária a reforma da decisão do acórdão do Superior Tribunal de Justiça combatido pelo presente *Habeas Corpus*, eis que oferecido pela assistente de acusação Vacaria Assessoria Creditícia Ltda, em caso que o Ministério Público é contrário ao prosseguimento do feito” (fl. 5).

Pede-se, nesta ação:

“A concessão da ordem do presente writ, para reconhecer a ilegitimidade do assistente de acusação para recorrer, ante a desistência expressa do *Parquet* para a interposição do recurso, e por consequência reformar o acórdão ora refutado, mantendo-se a decisão absolutória em favor da assistida” (fl. 10 - transcrição conforme o original).

6. Em 1º.2.2010, determinou-se vista ao Procurador-Geral da República (fl. 45).

7. Em 14.4.2010, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Mario José Gisi, opinou “*pela denegação da ordem*” (fls. 48-51).

Iniciado o julgamento pela 1ª Turma deste Supremo Tribunal, na sessão de 4 de maio deste ano, foi decidido afetar o caso a este Plenário, em razão de afirmar a Defensoria Pública a não recepção da súmula n. 210 deste Supremo Tribunal, fundamento adotado pelo Superior Tribunal na decisão impugnada.

É o relatório.

VOTO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Relatora): 1. Cumpre ressaltar, inicialmente, que a jurisprudência do Supremo Tribunal tem admitido *habeas corpus* contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, “*para rever questões jurídicas decididas contra o réu no julgamento do Recurso Especial, ainda que fundado em dissídio jurisprudencial*” (HC 89.958, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.4.2007; HC 83.468, Rel. Min. Sepúlveda pertence, DJ 23.4.2004; HC 83.804, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 1º.7.2005; e HC 85.410, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 11.11.2005).

2. A argumentação apresentada na inicial da ação não me parece comprovar

a presença de constrangimento ilegal no ato tido como coator, nos termos do que suscitado pela Impetrante, a ferir direito da Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da ordem de *habeas corpus*.

3. Tem-se na decisão daquele julgado, da lavra do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que:

“4. Conforme registrou o ilustre representante ministerial, cujas razões vão aqui adotadas, *in ipsius verbis*:

No que se refere à suposta violação aos arts. 619 e 620, ambos do Código de Processo Penal, as razões da empresa recorrente não prosperam, eis que o aresto guerreado não padece de nenhum dos vícios ali apontados. Ademais disso, é pacífico o entendimento firmado por este Augusto pretório, segundo o qual se inexistente ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no aresto impugnado, inviável acolher-se embargos declaratórios manejados com o intuito de prequestionamento para fins de acesso à via extraordinária, especialmente se o *decisum* vergastado encontra-se devidamente fundamentado (Edcl no AgRg no RESp 863.365/DF, Rel. Min. Jorge Mussí, in DJe de 20/10/2008).

Quanto aos demais preceitos tidos por violados, cumpre asseverar que o requisito do prequestionamento foi devidamente cumprido, porquanto a questão acerca da legitimidade do assistente de acusação para interpor o recurso de apelação, nos casos em que não há apelo do Ministério Público, foi precisamente o objeto de deliberação do Tribunal *a quo*.

Nesse passo, razão assiste ao recorrente, tendo em vista que é remansosa a jurisprudência desta Augusta Corte no sentido de que: O assistente de acusação é parte legítima para interpor apelação na ausência de recurso do Ministério Público, nos termos dos arts. 271 e 598 do Código de Processo Penal (HC 35.562/MS, Rel. Min. Og Fernandes, in DJe de 19/12/2008).

(...).

Ressalte-se que tal entendimento segue a orientação jurisprudencial há muito assente no Excelso Supremo Tribunal Federal, sedimentado na Súmula 210 daquela Corte que dispõe: O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal (fls. 333/335).

5. Isso posto, nos termos do art. 557, §1º-A do CPC c/c art. 30 do CPP, dá-se parcial provimento ao Recurso Especial. Baixem os autos ao Tribunal de origem, para que, superado o óbice apontado, prossiga-se no exame do apelo interposto.

6. Publique-se; intimações necessárias" (fls. 40-41).

O juiz afirmou, expressamente, em sua sentença que "mantenho o indeferimento do pedido de diligências (do assistente de acusação) ... em que pese a autoria e a materialidade do fato descrito na denúncia estarem comprovados nos autos, inclusive com confissão parcial da acusada, tal fato não constitui ilícito penal desta forma, se a acusação propõe provar um fato e ao término da instrução resulta duvidosa, pairando dúvida razoável sobre a existência da culpa, esta não pode ser tida como comprovada".

4. No recurso especial n. 1.110.865, os argumentos utilizados pelo Ministro Relator do Superior Tribunal de Justiça e pelo Ministério Público Federal, referidos para justificar o provimento, são suficientes, perfeitamente claros e estão em consonância com o ordenamento jurídico e com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

5. No caso dos autos, tem-se que, intimado da sentença absolutória, o representante do Ministério Público deixou transcorrer *in albis* o prazo recursal. A assistente de acusação, devidamente habilitada nos autos e intimada da sentença, apresentou, então, no prazo legal, recurso de apelação.

Nos termos do entendimento consolidado nos tribunais brasileiros, incluindo o que se pacificou e se sumulou neste Supremo Tribunal (súmula n. 210), o assistente de acusação tem legitimidade para recorrer da decisão que absolve o réu.

Também a doutrina se encaminha neste sentido, lecionando, por exemplo, Fernando Capez:

"Na ação penal pública, se o Ministério Público não interpõe a apelação no quinquídio legal, o ofendido ou seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão poderão apelar, ainda que não se tenham habilitado como assistentes, desde que o façam dentro do prazo de quinze dias, a contar do dia em que terminar o do Ministério Público" (CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 460).

Na mesma linha de entendimento ensina Guilherme de Souza Nucci:

"nos crimes de ação pública, a parte principal é o Ministério público,

razão pela qual tem ele a preferência para apresentar apelação, denominada principal, em caso de sucumbência nos processos do juiz singular ou do júri. A lei confere, no entanto, ao ofendido ou seus sucessores, habilitados ou não como assistentes de acusação, a interposição de apelação, denominada secundária ou supletiva, quando o órgão acusatório do Estado não o faz” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 963).

E, especificamente sobre o ponto aqui abordado pela Defensoria Pública da União, a saber, não recepção da súmula 210 deste Supremo Tribunal pela superveniência de alteração do sistema constitucional, é de ser lembrada a lição de Eugênio Pacelli, segundo a qual:

“47. O controle da atividade persecutória do Ministério Público será então exercido pelo denominado assistente da acusação, que há de ser entendido, pelos motivos já expostos, e como há muito já proclamava CARNELUTTI, como parte civil. Parte civil na exata medida em que, embora esteja a exercitar um certo controle da eficiência do órgão público, estará ele defendendo uma solução judicial que não atinja eventual direito subjetivo que lhe permita promover a responsabilidade civil do autor do fato. Eis porque e como se pode explicar a assistência no processo penal, sem que dela ou nela se possa apontar uma desigualdade de forças, em prejuízo da defesa. De fato, a um primeiro exame, e qualquer que seja a ótica teórica adotada com referência ao processo - relação ou situação jurídica -, a inclusão de outra parte desenvolvendo atividade processual em favor da acusação, ao lado do Ministério Público, estaria a indicar uma posição de superioridade da acusação, patrocinada que seria pela atuação conjunta de duas partes processuais. Então, é precisamente em razão da existência de um interesse não penal de um particular, interesse esse que tanto pode derivar de um direito subjetivo quanto de outro tipo de vinculação jurídica ¹, que não se poderá pensar na desigualdade de forças imposta pelo assistente. É que, independentemente da ação penal, o assistente estaria em condições de sustentar demanda de outra natureza em outra instância contra o mesmo acusado, fundada no mesmo fato, do que resultaria, de todo modo, uma atuação processual em desfavor deste (réu). Por isso, e

1. A nosso aviso, também a pessoa jurídica de direito público pode ingressar como assistente da acusação, na medida em que a solução judicial penal puder interferir no âmbito dos interesses que lhe sejam juridicamente reconhecidos, seja no âmbito civil - de recomposição civil do dano -, seja no âmbito disciplinar, quando em curso procedimento administrativo destinado à imposição de sanção administrativa.

pela possibilidade concreta de subordinação das instâncias (da criminal para a cível), é que a participação do assistente não implicará desequilíbrio na ação penal, na medida em que assim puder ser justificada.

É também pelo mesmo fundamento que a ação subsidiária da pública - que, originária e finalisticamente, é pública - somente pode ser proposta pelo ofendido, na medida em que também haveria ali, em tese, uma atuação conjunta na função acusatória. Com isso se chega também à conclusão de que as hipóteses de assistência no processo penal estão condicionadas à existência de um interesse jurídico não-penal que possa ser particularizado, isto é, somente cabível para infrações penais que produzam danos mensuráveis ao nível do interesse individual. Com isso, afasta-se a participação do particular na ação penal na condição exclusiva de *custos legis*, posição que já chegamos a adotar e que boa parte da doutrina ainda professa.²

É ainda de Eugênio Pacelli a seguinte anotação: “sabe-se que determinadas decisões no juízo criminal subordinam a instância cível. Imagine-se o caso de uma ação penal em que se decide pela inexistência do fato ou pela negativa de autoria. Na primeira hipótese, haverá afetação a direito subjetivo da vítima em participar de um processo cujo resultado lhe interessa e repercurte em seu patrimônio. É dizer: ele terá vedado o acesso ao Judiciário, vendo-se impedido de sustentar razões em favor de um direito subjetivo reconhecido em lei (indenização ou recomposição patrimonial pelo dano). Na segunda hipótese, quando nada, haverá diminuição deste direito, se o réu, absolvido (negativa de autoria) for aquele em condições de suportar a ação reparatoria”.

6. Na espécie em foco, ter o promotor de justiça se manifestado, em alegações finais, pela absolvição da Paciente e, em seu parecer, pugnado pelo não conhecimento do recurso não tem, a meu ver, o condão de excluir o direito da assistente de acusação de recorrer contra a sentença absolutória.

A referência legal a omissão do Ministério Público significa tão somente que ele não apresentou o recurso no prazo legal, sendo irrelevante para o reconhecimento do direito do assistente de acusação ele ter se manifestado de acordo ou não com o recurso supletivo.

7. Não desconheço a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de o assistente de acusação apelar para aumentar a pena aplicada em caso de condenação.

Porém, em situações como a que se apresenta nos autos, em que houve absolvição da ré e não foi apresentado recurso pelo Ministério Público, o

2. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Recursos no processo penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 88.

entendimento tem se mantido, até aqui, pacífico no sentido de que o assistente tem legitimidade para recorrer.

8. Ademais, no art. 5º, inc. LIX, a Constituição da República assegura até mesmo o direito de ação privada nos casos de ação pública, quando esta não for intentada pelo Ministério Público no prazo legal.

Esta disposição constitucional configura direito fundamental da pessoa e, como lecionado por José Afonso da Silva, “constitucionalizou-se (o que antes estava posto apenas em norma infraconstitucional - art. 100, parágrafo 3º do Código Penal) essa norma de direito ordinário, sem vantagem alguma. Não vai dar maior eficácia ao direito subsidiário aí previsto. Nem havia, nem houve, nunca obstáculo algum à aplicação da lei ordinária a ser removido por prescrição constitucional. Apenas se pode reconhecer que nessa exigência constitucional tem-se, em certo sentido, uma forma de controle do Ministério Público que, deixando de cumprir sua atribuição, fica sujeito à substituição pelo interessado (vítima ou seu representante). Isso a lei já dava” (SILVA, José Afonso Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 166).

Tem-se, assim, que não houve qualquer mudança superveniente do sistema com a constitucionalização que permanece assegurada ao indivíduo, como seu direito fundamental, de fazer valer o direito de ação penal, mesmo nos casos em que a sua propositura seja conferida legalmente ao Ministério Público, nos casos em que ele deixar de atuar. E é na sequência desse entendimento que se tem o reconhecimento do seu direito de recorrer, quando, proposta a ação e nela comparecendo o ofendido como assistente, deixar de dar prosseguimento o Ministério Público, que tenha deixado de atuar, tal como se deu na espécie vertente.

É a lição ainda uma vez de Eugênio Pacelli, no ponto específico aqui cuidado:

“48. Nesse estágio da abordagem sobre a assistência, não poderíamos deixar de mencionar a existência, ainda muito tímida, por certo, de entendimento doutrinário no sentido da revogação do instituto da assistência pela ordem constitucional de 1988, fundado na privatividade pública da ação penal.”³

3. LIMA, Marcellus Polastri. A assistência ao Ministério Público e a Constituição de 1988. In Livro de estudos jurídicos. Coord. TUBENCHLAK e BUSTAMANTE. Ricardo. Rio de Janeiro: Instituto de estudos jurídicos, 1991, p. 262, no qual o autor refere-se também a um parecer da lavra do Prof. Sergio Demoro HAMILTON - Autos da Apel. 114/90, 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - no sentido da impossibilidade de recurso por parte do assistente, o que, segundo o ilustre professor, caracterizaria promoção da ação penal.

Na verdade, não vislumbramos na titularidade que se reserva ao Ministério Público acerca do juízo de propositura da ação penal o mais mínimo traço revogatório do instituto da assistência. Em um processo público, mesmo penal, do qual poderão originar-se consequências jurídicas no âmbito do interesse individual de qualquer dos membros da comunidade jurídica, parece-nos impensável a vedação absoluta da participação do titular do direito (ou de interesse jurídico que não se institua rigorosamente como direito subjetivo) no referido processo judicial. É o que ocorre em todas as formas de tutela pública dos interesses e dos direitos coletivos e difusos no âmbito civil, no qual será sempre permitida a participação daquele que puder vir a ser afetado pela decisão judicial proferida em ações civis públicas. Desconhecer a realidade da coisa julgada penal, ou, melhor, dos efeitos de uma tal decisão (penal) no âmbito dos direitos (de natureza civil) do ofendido equivale à (pretensão de) formulação de uma incontornável priorização hierárquica, abstrata e indeclinável, do público sobre o privado, que não se compadece com o sistema constitucional de um Estado Democrático de Direito. Equivale, mais, a sustentar que somente por ser pública a ação e dela se encarregar um órgão público, semelhante atividade estaria fora de qualquer alcance por parte de qualquer controle privado, o que não existe no ordenamento jurídico brasileiro em praticamente nenhum nível procedimental.

Então, seja pela necessidade de controle da atuação dos órgãos estatais, que em matéria penal vem expressamente prevista na ação penal de iniciativa do particular no caso de inércia do Ministério Público (art. 5g, LIX), seja pela existência de normas constitucionais que estabelecem, primeiro, a inafastabilidade do Judiciário na tutela de direitos subjetivos individuais (art. 52, XXXV, CF), e segundo, o direito subjetivo à reparação do dano causado pela infração penal (art. 5º, XLV), ou seja, por fim, pela exigência da unidade da jurisdição, a ser controlada pela existência de subordinação entre as instâncias (civis e penais, por exemplo), soa-nos absolutamente inconsistente a tese da impossibilidade da assistência no processo penal brasileiro. Por razões, como vimos, todas elas, situadas no mesmo plano constitucional da privatividade, ao Ministério Público, da ação penal pública" (In Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 56).

9. De se encarecer que compete à legislação ordinária definir as condições para a propositura da ação penal privada subsidiária da pública.

Pode ela ser intentada, basicamente, a) pelo ofendido, b) pelo representante legal do ofendido, c) pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, no caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial; d) pelo curador especial do ofendido menor de 18 anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, que não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele; ou, ainda, e) pelas fundações, associações ou sociedades legalmente constituídas.

Nesse sentido é que se assentou no art. 5º, inc. LIX, da Constituição da República ser “admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”; e os arts. 29, 30, 31, 33, 34 e 37 do Código de Processo Penal⁴

Ao admitir a ação penal privada subsidiária da pública nos casos de inércia do Estado, evidencia-se que a Constituição da República não acatou que o monopólio estatal no exercício da persecução penal seria absoluto, como acen-tuado na lição antes citado de José Afonso da Silva, inocorrendo, pois, o apa-rente conflito, que se poderia vislumbrar, entre aquela norma constitucional constante do art. 129, inc. I, da Constituição da República e o disposto nas normas infraconstitucionais anteriores à promulgação desta.

A respeito do tema, o Recurso Extraordinário n. 331.990, DJ 3.5.2002, relator o eminente Ministro Moreira Alves, acompanhado, à unanimidade, pelos de-mais integrantes da primeira Turma:

4. Tem-se no Código de Processo Penal, *verbis*:

Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

Art. 31. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

(...)

Art. 33. Se o ofendido for menor de 18 anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal.

Art. 34. Se o ofendido for menor de 21 e maior de 18 anos, o direito de queixa poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal.

(...)

Art. 37. As fundações, associações ou sociedades legalmente constituídas poderão exercer a ação penal, devendo ser representadas por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem ou, no silêncio destes, pelos seus diretores ou sócios-gerentes.

“EMENTA:

Recurso extraordinário. Ação privada subsidiária. Legitimidade. Art. 512, LIX, da Constituição. Inexiste a alegada ofensa ao artigo 512, LIX, da Constituição que reza: ‘será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal’. Com efeito, tendo a Constituição, em seu artigo 129, I, estabelecido como uma das funções institucionais do Ministério Público a de ‘promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei’, constitucionalizou, nos crimes de ação pública, a ação penal privada subsidiária se a ação penal pública não for intentada no prazo legal. E a legitimidade para intentar a ação penal privada subsidiária, como ocorre na ação penal exclusivamente privada, é do particular ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-la, se em ou outro vivo e presente, como preceitua o Código Penal em seu artigo 100, §§ 2º, 3º e 4º. Recurso extraordinário não conhecido”.

Apesar de não ser esse o caso dos autos, pois aqui a denúncia foi apresentada pelo órgão do Ministério Público, sem necessidade do ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública, é de se realçar a inexistência de norma constitucional que inviabilize ou restrinja o ajuizamento de ação penal privada ou a interposição de recurso subsidiário nos casos de inércia do Ministério Público.

Em razão disso, havendo disposição constitucional expressa no sentido da legitimidade até mesmo para intentar ação penal privada subsidiária, a legislação ordinária estabeleceu normas processuais diversas para dar efetividade ao mandamento constitucional, viabilizando, dessa forma, a interposição de recurso supletivo ou subsidiário pelo ofendido, pelo assistente de acusação ou “por qualquer das pessoas enumeradas no art. 31 do Código de Processo Penal”⁵ (art. 598 do Código de Processo Penal).

Tem-se como assentado, que o assistente de acusação poderá intervir em todos os termos da ação pública. “propo[ndo] meios de prova, require[ndo] perguntas às testemunhas, adita[ndo] o libelo e os articulados, participa[ndo] do debate oral e arrazoa[ndo] os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598” (art. 271 do Código de Processo Penal) “inclusive extraordinariamente” (Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal).

A divergência doutrinária e jurisprudencial havida é apenas sobre a possibilidade de o assistente de acusação interpor recurso de apelação para au-

5. Tem-se no Código de Processo Penal, *verbis*:

“Art. 598. Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação o pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31 ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo.

mentar a pena aplicada, em caso de condenação, ou para condenar o réu, em caso de absolvição com fundamento no art. 386, incs. II, III, V, VI e VII, do Código de Processo Penal⁶

Uma corrente minoritária entende que a atuação do assistente nos processos criminais seria contingente, adjunta ou adesiva, justificando-se tão somente em face de mero interesse indenizatório do ofendido, o que, por razões óbvias, impossibilitaria interposição de recurso para agravar a pena eventualmente imposta ou, como se dá na espécie vertente, para condenar o Paciente no caso de ausência de "elemento de convicção capaz de ensejar a certeza jurídica necessária a emissão de um juízo condenatório" (fl. 27).

Nesse sentido o entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho:

"(...) Qual a função do assistente? Entendemos que a razão de se permitir a ingerência do ofendido em todos os termos da ação penal pública, ao lado do Ministério Público, repousa na influência decisiva que a sentença penal exerce na sede civil. Segundo dispõe o art. 91, I, do CP, é um dos efeitos da sentença penal condenatória tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Por isso mesmo dispõe o art. 63 do CPP que a sentença penal condenatória com trânsito em julgado constitui título certo e ilíquido em favor do direito à indenização.

Assim, ao que tudo indica, o Estado permitiu a ingerência do ofendido nos crimes de ação pública para velar pelo seu direito à indenização. Conclui-se, pois, que a função do assistente não é a de auxiliar a acusação, mas a de procurar defender seu interesse na indenização do dano ex delicto (...)" (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. v.1 (arts. 1º a 393). 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 498).

6. Tem-se no Código de Processo Penal, *verbis*:

"Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VII - não existir prova suficiente para a condenação."

Todavia, não obstante a lição de Tourinho Filho, a doutrina majoritária não restringe a atuação do assistente de acusação à simples pretensão de obter um título executivo judicial reparação de danos.

Nesse sentido os ensinamentos de Júlio Fabrini Mirabete, Marcelo Fortes Barbosa, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Vicente Greco Filho e Eduardo Espínola Filho, este último assim sintetizado.

“(…) Ao mesmo tempo que atinge, na sua pessoa ou nos seus bens, um ou mais indivíduos, que se apresentam, assim, como ofendido ou ofendidos, o crime causa um dano social, e, apenas em homenagem à predominância do interesse social sobre o particular, é estabelecida a preferência de iniciativa do órgão público, para instauração da ação penal, somente sendo lícito à parte privada apresentar a sua queixa, se, no prazo legal, o Ministério Público deixou de manifestar-se sobre o inquérito, a representação ou a peça de informações - salvo, naturalmente, os casos em que a ação penal toma corpo, exclusivamente, com a queixa do ofendido, do seu representante legal ou de quem o substitua.

Mas, seja qual for o interesse público e social, que haja, de apurar o delito e punir o ou os autores, persiste sempre o grande e muito ponderável interesse particular na apuração do fato e na punição dos responsáveis.

Eis porque, embora movimentada, normalmente, pelo Ministério Público, a ação penal, com o oferecimento da denúncia, é permitido à parte privada tomar uma posição acusatória auxiliar; que o Código de Processo Penal encara como assistência ao Ministério Público, na ação criminal por este promovida (...)” (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. Comentários aos arts. 185-372. v. III. 5ª ed. Rio de Janeiro, 1976, p. 269).

A legislação processual penal vigente, por sua vez, não unificou a jurisdição civil *ex delicto* à jurisdição penal; ao contrário, garantiu meios para que o assistente da acusação buscasse, no processo penal, o título executivo judicial à reparação dos danos, estabelecendo as hipóteses nas quais a sentença absolutória, conforme o seu fundamento, elidiria a responsabilidade civil, impedindo a ação civil.

E a vinculação do juízo cível ao penal restringe-se aos casos em que se comprova inexistência do fato ou negativa de autoria, mas não se pode compelir a pessoa a ir buscar reparação em esfera cível apenas por não ter tido resposta definitiva no âmbito penal.

Não trata a presente ação de absolvição fundada no art. 386, incs. I e IV, do Código de Processo Penal, pois não se negou o fato nem a autoria, mas sim de absolvição “com base no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal” (fl. 27).

Entretanto, é de se realçar que o Tribunal de Justiça gaúcho opôs obstáculo a que uma parte devidamente habilitada no processo, a assistente de acusação, obtivesse o título executivo judicial nos estritos termos da legislação processual vigente, pelo que, tal como concluído no Superior Tribunal de Justiça, conluo ter havido no caso negativa de jurisdição, a ensejar o provimento daquele recurso especial.

Também não vislumbro ilegalidade ou abuso de poder no julgado do Superior Tribunal, objeto do presente *habeas*. Bem ao contrário, acatou-se ali a jurisprudência consolidada neste Supremo Tribunal, firme no sentido de que o assistente de acusação tem legitimidade recursal supletiva:

“Ementa: ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. RECURSO. IMPRONUNCIA. PRAZO. SÚMULA 210. SÚMULA 448. O ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO TEM LEGITIMIDADE PARA INTERPOR RECURSO DA SENTENÇA QUE IMPRONUNCIA O ACUSADO, EM CARÁTER SUPLETIVO, UMA VEZ QUE SE TENHA OMITIDO DE EXERCITA-LO, NO PRAZO, O ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO (ARTS. 271, 584, PAR-1. E 598 DO CPP; SÚMULA 210). O PRAZO PARA O ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO INTERPOR RECURSO COMEÇA A CORRER DO ENCERRAMENTO, ‘IN ALBIS’, DO PRAZO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DE SUA NECESSARIA INTIMAÇÃO (SÚMULA 448, HC 50.417-RTJ 68/604. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO” (Recurso Extraordinário 104.723, Relator Ministro Rafael Mayer, DJ 21.6.1985);

“NÃO TENDO O MINISTÉRIO PÚBLICO APELADO, TEM INTERESSE LEGÍTIMO, PARA FAZE-LO, O ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO, A FIM DE OBTER O AGRAVAMENTO DA PENA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL. INICIATIVA CONCORRENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA A AÇÃO PENAL REGIDA PELA LEI N. 4.611-65. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA, DE NULIDADE DE SENTENÇA, BEM COMO DE IRREGULARIDADE DE INTIMAÇÃO PARA O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. PEDIDO DEFERIDO, EM PARTE, PARA CORREÇÃO DE ERRO ARITMÉTICO NO CÁLCULO DA PENA” (HC 66.754, Relator Ministro Octavio Gallotti, DJ 18.11.1988);

E ainda

“E M E N T A - I. Recurso extraordinário: legitimação da

ofendida - ainda que equivocadamente arrolada como testemunha -, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público (STF, Sums. 210 e 448). II. Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário a revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado a intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então" (Recurso Extraordinário 160.222, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 1.9.1995 - grifos nossos);

Por derradeiro, o enunciado da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal pacifica a questão ao estabelecer que:

"O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal".

10. De igual forma manifestou-se a Procuradoria-Geral da República:

"Inicialmente, no que tange à legitimidade da assistente de acusação, conforme artigo 598 do Código de Processo Penal, admite-se a apelação do já habilitado em caráter supletivo, ou seja, quando se omite o Ministério Público.

É possível depreender dos autos que o órgão do *parquet* não entendeu cabível a interposição do recurso de apelação, ocasião em que a acusação pode valer-se da assistência para ingressar com o pedido de revisão da sentença proferida.

Ademais, a Suprema Corte já firmou este entendimento na Súmula 210, que dispõe:

O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal.

Não há, portanto, que se falar em ilegitimidade da assistente de acusação. No caso em tela, portanto, em conformidade com a

decisão do Superior Tribunal de Justiça, deve haver o reconhecimento do apelo interposto" (fls. 49-50).

10. Pelo exposto, voto no sentido de **denegar a ordem**.

VOTO

O Senhor Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, acompanho a eminente Relatora e a cumprimento pelo voto bastante abrangente.

Realmente o artigo 5º, inciso LIX, da Constituição admite que o ofendido, conforme disciplinado no artigo 29 do Código de Processo Penal, proponha ação privada nos crimes de ação pública se essa não for intentada no prazo legal pelo Ministério Público, na forma do artigo 129, I, da Constituição, o qual tem, privativamente, o monopólio da ação, que não é um monopólio verdadeiro, porque há a garantia constitucional de o cidadão ofendido, diretamente ou por meio de seus representantes, herdeiros, ou sucessores, promover a ação penal.

A *fortiori* também há a apelação, o recurso extraordinário, o recurso especial, os remédios processuais cabíveis, diante das circunstâncias, na omissão do Ministério Público.

Por isso, acompanho a eminente Relatora, cumprimentando-a pelo abrangente voto proferido, o qual reafirma uma jurisprudência já bastante antiga deste Tribunal.

VOTO

Senhor Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, também acompanho a eminente Relatora, cumprimentando-a pelo substancioso voto que esgotou a matéria.

Creio que, como foi bem-apontado, não só pela Relatora, como também pelo eminente Ministro Dias Toffoli, esse monopólio da ação penal previsto no artigo 129, I, da Constituição é atenuado pelo que dispõe o artigo 5º, inciso LIX, da própria Carta Magna e, mais ainda, pelo princípio da universalidade da jurisdição que está abrigado no artigo 5º, inciso XXXV, também da Lei Maior.

Portanto, com a Relatora.

VOTO

O Senhor Ministro Ayres Britto - Senhor Presidente, também cumprimento a Relatora pelo excelente voto e tenho esse caso como emblemático, como instigante, muito importante. O Supremo tem uma ótima oportunidade de se debruçar sobre ele e firmar uma posição clara. Os interesses em jogo são relevantíssimos. Também elogio a sustentação oral feita pelo Doutor João Alberto Simões Pires Franco e também a sustentação oral pela Vice-Procuradora-Geral da República, Deborah Duprat, mas me inclino por subscrever o voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia.

De início, me impressionou o uso do verbo promover, utilizado pela Constituição no capítulo devotado ao Ministério Público. A Constituição faz três vezes o uso do verbo promover no artigo 129: promover privativamente a ação pública, promover inquérito civil e ação civil pública, promover a ação de inconstitucionalidade. E me parece que promover, aqui, é no sentido de dar início, de impulsionar, gerar.

Nesse contexto topográfico, acho que promover tem esse sentido. Fora dessa topografia ministerial pública, o verbo promover é utilizado também em outras passagens. E aí já no sentido de atuar de ponta a ponta de uma determinada função, de uma atividade pública, por exemplo, artigo 3º, inciso IV:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Ora, promover, aí, não é simplesmente dar início a uma atividade; é atuar do modo mais abrangente possível. Em outras passagens, a Constituição usa promover com o sentido defendido pelo Ministério Público, por exemplo, no artigo 151: “... *promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País”.*

Mas, de longa data, Senhor Presidente, eu aprendi que a mesma palavra usada pela Constituição, ou a mesma expressão, costuma mudar de sentido de acordo com a sua inserção topográfica, de acordo com o conjunto normativo de que faz parte, ou seja, a mesma palavra, a mesma expressão muda de sentido a depender do conjunto, do bloco de normatividade de que faz parte. Por exemplo, a palavra poder é usada pela Constituição em diversas passagens e vai mudando de sentido. Poder público, por exemplo, é sinônimo de Estado, União, Distrito Federal, Municípios. Poder público é sinônimo de Estado. Poder é competência. A competência é um poder instrumental para a realização de uma função. E assim por diante. Então a semântica não ajuda muito, porque a Constituição não é uniforme, não é linear, não guarda muita coerência como se tivesse um compromisso em usar a palavra ou a expressão com sentido

unívoco. Não. Usa a mesma palavra, a mesma expressão com sentido plurívoco a depender da inserção topográfica da matéria.

Mas se a Procuradora da República e o eminente Defensor público impressionam bem quando fogem das coordenadas do Direito Penal do inimigo e postulam um tipo de ação penal de caráter efetivamente publicístico e não privatístico, afastando da ação penal pública qualquer traço, qualquer eiva de vingança, de vindita, de revanchismo, por outro lado, é da democracia que, seja qual for o órgão público, ele há de ser controlado, há de ser vigiado, controlado, fiscalizado, sindicado. E o fato é que o Ministério Público é um órgão público e a cidadania precisa controlar o Ministério Público, porque a democracia tem entre os seus mais eminentes conceitos este: é o regime de controle de todas as manifestações do poder público. Aí nós temos até sistemas de controle instituídos pela Constituição, seja no âmbito das relações entre os Poderes, e nós chamamos isso de sistema de freios e contrapesos, que é um sistema de controle no âmbito do próprio poder público; temos o controle difuso da cidadania, daí a ação popular, as representações, sobretudo junto aos tribunais de contas; temos o controle que sobre o poder público exerce a imprensa, com o beneplácito da Constituição. Ou seja, democracia não é só um regime de governo que se funda na soberania popular, na eleição geral dos governantes, democracia é também um regime de rígido controle do poder público, e o Ministério Público não pode trabalhar sem controle, absolutamente solto. Por isso que a Ministra Cármen Lúcia lembrou, e muito apropriadamente, a ação privada subsidiária da pública, que está no inciso LIX do artigo 5º:

“LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;”

Vale dizer, se o particular pode iniciar a ação, iniciar o processo penal, em substituição ao Ministério Público inerte, quanto mais recorrer, impulsionar.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ministro, o caso não é de querelante, é de assistente.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É, assistente. Claro que, em se tratando de assistente, a semântica desajuda o voto da Ministra Cármen, porque o assistente há de atuar nos limites da atuação do assistido, ele não pode se emancipar do assistido a ponto de impulsionar sozinho a ação quando o assistido já não o faz. Semanticamente, de fato, o argumento da Procuradora se fortalece.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência me permite fazer outra colocação?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É possível, tendo em conta a organicidade do Direito, uma ação penal pública se transformar em ação privada?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Não, ela não se transforma em ação privada, ela continua pública.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sem que o Ministério Público, o Estado acusador, figure na relação processual?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É por isso que eu disse, veja como o tema - não é, Senhor Presidente? - é nuançado, extremamente instigante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não houve a inércia, Ministro. Vossa Excelência se referiu às atribuições do Ministério Público, e, no tocante à ação penal pública, há no texto constitucional vocábulo muito importante - a atuação exclusiva. Essa regra só foi aberta, no rol das garantias constitucionais, pelo teor do inciso LIX do artigo 5º, a exigir, para tanto, a inércia do Ministério Público. Neste caso concreto, ele ofertou a denúncia, propôs a ação penal pública, não se mostrou inerte. Diante dos elementos coligidos, sim, preconizou a absolvição nas alegações finais. E essa absolvição - e costumamos dizer que a manifestação do titular da ação penal é irrecusável - foi acolhida pelo Juízo; Então, houve a interposição da apelação. Por quem? Pelo assistente da acusação. Se admitida a apelação, estará sendo transformada a ação penal pública incondicionada em ação privada.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Perfeito.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Noutras palavras, não se pode invocar o inciso LIX para uma hipótese de ação penal pública, não de ação penal subsidiária.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A única exceção aberta quanto à autonomia funcional, tomada de forma linear, do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Noutras palavras, é ação cuja titularidade continua sendo exclusiva do Ministério Público, não obstante a existência de assistente.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - A ação penal continua pública, não se despubliciza pelo fato de ser promovida pelo particular, porque o particular atua em substituição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas sem a participação do Estado acusador? Ela continua pública?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - E mais, neste caso, homologada a presença do assistente, o assistente pediu diligências, fez requerimento inclusive de produção de provas, que o juiz indeferiu, dizendo que o caso tinha acontecido, tinha havido, como eu li, confissão parcial da ré, e, portanto, esse indeferimento foi feito para que houvesse essa busca da verdade real a que se referiu a nobre Subprocuradora. E depois o Ministério Público não recorrendo, aplicou exatamente o que previsto na legislação, ain-

da hoje até sumulado pelo Supremo, e buscou a apelação, que não foi conhecida ao argumento de que essa legislação não teria sido recepcionada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministra, se a Constituição Federal apenas abre uma exceção, podemos aditá-la numa fase subsequente, que é a recursal, para admitir verdadeira corrida de revezamento na ação penal pública?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Não é aditar, Ministro.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro, eu quis trazer um argumento, parece-me um tanto quanto genérico, mas é aplicável, porque trata dos próprios fundamentos do nosso Estado democrático de Direito. Eu estava refletindo que a Constituição de 88 deu um salto qualitativo importantíssimo, qual seja, de uma democracia meramente representativa para uma democracia participativa, em que se garante a participação da cidadania em várias instâncias, colocando-se no lugar dos agentes do Estado - isso na iniciativa popular, em várias circunstâncias, na nação popular.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas há disciplina constitucional singular ...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Então, como diz o Ministro Britto, o que acontece no caso? Ante a inércia do Ministério Público, a ação não se despubliciza, ela continua sendo ação pública, só que o cidadão toma o lugar do agente do Estado, dentro dos parâmetros constitucionais.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas como, Ministro, se a autorização constitucional é única? O cidadão apenas pode atuar no caso de inércia. Podemos assentar inércia se o Ministério entrou com a ação?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - O Ministério Público deixou passar *in albis* o prazo; houve inércia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas a prestação jurisdicional não se esgotou.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Se, diante de um contexto e considerada a autonomia dele, Ministério Público, pronunciou-se no sentido da absolvição?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Mas houve inércia quanto ao recurso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Não, mas ele é o titular da ação penal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas que inércia? A inércia pelo inciso LIX do artigo 5º da Constituição Federal é quanto à propositura.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Ele deixou passar *in albis* o prazo do recurso. Daí a superveniência do recurso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, concluindo, esse inciso LIX do art. 5º - aí eu invocaria o testemunho intelectual do nosso grande penalista Celso de Mello - quando diz que "será admitida ação privada, não está despublicizando a ação pública, porque ela é feita para a ação pública.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas, nesse caso, ela nasce pública? Não, Excelência, ela nasce privada.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Olha, "... nos crimes de ação pública (...)". O objeto é este: "nos crimes de ação pública".

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Nesse caso, ela nasce privada.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - "Ação privada" aqui não pode ser tomada ao pé da letra. É iniciativa privada. Não é que a ação processualmente seja privada.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - A conclusão é que nem na ação privada pode.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Não. Aqui interpreto como será admitido o impulso privado para suprir a inércia do Ministério Público, seja no plano da propositura da ação, seja no plano da continuidade da ação, deixando de dar a necessária continuidade.

Mas farei um voto, na linha do pensamento da Ministra Cármen Lúcia, e aguardo o pronunciamento da Ministra Ellen Gracie, dos demais Ministros e, notadamente, vou me permitir dizer isso, sem desdouro para ninguém, o voto do Ministro Celso de Mello.

Acompanho, portanto, a eminente Relatora.

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Senhor Presidente; creio que o caso não facilita muito o nosso posicionamento, porque - a mim pelo menos - repugna um tanto, autorizarmos uma empresa de factoring, que vive da compra de cheques, e que, portanto, dentro do seu negócio, deve fazer previsão para os eventuais inadimplementos, prossiga na persecução criminal.

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski - O caso, em si, não é bom.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - O caso, em si, não é bom para fixar jurisprudência, mas o princípio é importante.

O Senhor Ministro Ayres Britto - O caso não é bom.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - O princípio que estamos aqui estabelecendo é exatamente o que enfatizou o Ministro Lewandowski: da vigilância constante dos cidadãos, mesmo quando se omite, em qualquer momento, seja no momento inicial ou numa etapa posterior do processo, o órgão competente do Ministério Público.

Mais ainda me convence o argumento que, aqui, *a latere*, me trazia o Ministro Celso de Mello ao invocar o art. 387, inciso IV, do CPP, segundo o qual:

"(...)

Art. 387. O juiz - essa é a preocupação justamente da ordem jurídica na atualidade -, "ao proferir sentença condenatória:

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;"

Ou seja, há, um entrelaçamento das ordens jurídicas penal e cível, permitido e introduzido recentemente pela Lei 11.719/2008.

Com essas considerações, acompanho o voto da Ministra Cármen Lúcia e ressalto, mais uma vez, que a hipótese, em si, não é muito boa, mas a tese, sim, deve ser mantida.

EXPLICAÇÃO

O Senhor Ministro Ayres Britto - Senhor Presidente, apenas uma corrigenda técnica muito rápida.

Não se pode falar de inércia do Ministério Público no plano recursal, porque ele não é obrigado a recorrer. Agora, no plano da propositura da ação, sim.

O Senhor Ministro Aurélio - Presidente, eu não sei qual é a postura mais condenável: de quem lança mão de um título de crédito que implica pagamento a vista e o adota pós-datado, ou de uma pessoa jurídica que, estando no comércio, aceita um cheque pós-datado, um cheque para liquidação futura. Mas não cabe solucionar a pendência sob esse ângulo.

O que nos vem da Carta de 1988 Todos sabemos que se deu ênfase muito grande à atuação do Ministério Público na defesa da sociedade. Há diversos incisos no artigo 129 a versar a propositura de ações. No tocante à atividade precípua do Ministério Público - a de propor ação penal pública -, o texto legal refere-se à atuação privativa, ao contrário do que ocorre no tocante, por exemplo, ao inquérito civil, à ação civil pública e à ação de inconstitucionalidade.

Então o próprio constituinte abriu exceção única à regra da promoção privada em substituição à ação penal pública do Estado acusador. Fê-lo, de forma exauriente, mediante o preceito do inciso, já muito referido, LIX, do artigo 5º, que revela o principal rol das garantias constitucionais dos cidadãos. Apenas versou não a propositura da ação penal pública incondicionada, mas, em substituição, ante a inércia do Ministério Público, a da privada:

“Art. 5º (...)

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada” - está em bom vernáculo, em bom português - “no prazo legal;”

Foi ou não intentada? Foi, mas, ante o contexto, manifestou-se o Ministério Público, em alegações finais, pela absolvição. Será que, diante desses dois dispositivos, é possível ter-se a transmutação da ação penal pública que existiu em ação penal privada? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa. Uma ação que nasce pública incondicionada não pode, na fase recursal, transformar-se em uma ação penal privada. Essa transformação ocorrerá, vingando a óptica majoritária, a partir do momento em que não se conte mais, na fase recursal, na angularidade processual, com a participação do titular da ação, o Ministério Público.

Por isso, Presidente, tenho que a Carta de 1988 não recepcionou o artigo 598 do Código de Processo Penal, que é uma norma bem anterior àquela, apontada como cidadã. A rigor, nunca entendi muito essa figura do assistente quanto ao Estado acusador, porque se se tem como premissa que a ação é pública e incondicionada, direciona-se à atividade de um órgão equidistante, de um órgão que atuará com independência maior, não estando sujeito às paixões a que o cidadão e a iniciativa privada estão.

Peço vênia à Relatora e àqueles que a acompanharam para entender não caber o que apontei como corrida de revezamento, a transmutação da ação penal pública em ação penal privada. No caso de haver a regência sob o ângulo, sob a natureza da ação penal pública, somente é possível surgir uma ação penal privada, como está autorizado pela Carta de 1988, se ocorrer a inércia do Ministério Público e, no caso, não existir.

Por isso, concedo a ordem.

VOTO

O Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente) - Vou pedir vênia à douta Relatora e à douta maioria pelos brilhantes votos, para acompanhar a divergência. Vão as razões.

A Constituição vigente foi claríssima, em primeiro lugar, ao definir velha regra que datava de alguns séculos e que, após o Estado ter assumido o monopólio da jurisdição, não se poderia compadecer com nenhuma ideia, ou resíduo da ideia, de justiça privada. Por isso, deferiu ao Ministério Público, em caráter privado e exclusivo, a titularidade da ação penal. Para quê? Para a defesa de interesse estatal específico, que é o de punir criminosos, isto é, pessoas a que se atribua a prática de crime e, portanto, de atentado contra as condições básicas da coexistência social. De modo que nem sequer se pode cogitar de que haja, nisso, algum interesse estatal em defender interesses patrimoniais do ofendido.

Em segundo lugar, porque, costuma acontecer, como em qualquer instituição, que os agentes estatais às vezes falhem, nos casos em que eventualmente o Ministério Público se omita, dada a relevância do mesmo interesse estatal, a Constituição atribuiu a titularidade da ação ao particular ofendido, mas em caráter de exceção e apenas na hipótese de omissão.

Ora, o problema todo está em saber em que consiste a ação, não importa se é cível ou penal, mas o instituto jurídico da ação. Em primeiro lugar, quando se fala em ação, titularidade da ação, legitimidade para agir, etc., sempre se esquece de que a palavra "ação" é substantivo pós-verbal, que significa o resultado da conjugação prática do verbo "agir". E o que significa, portanto, ação processual? É a ação que, antes de o Estado assumir o monopólio estatal da jurisdição, o particular podia exercer, como faziam, no Direito Romano, por exemplo, os credores que executavam de mão própria os devedores, até esartejando-os "trans Tiberim", após o Rio Tibre. Isto é, para satisfazer interesse patrimonial, naquela época, o particular agia por si para realização do seu direito subjetivo. Num momento histórico definido, o Estado assume: o particular já não pode, para realizar os seus direitos, agir de mão própria. Como faz, então? Ele age em juízo, mas agir em juízo não é apenas dar início à ação, é continuar a exercer a ação. Por isso, Chiovenda dizia, com toda a razão: "a ação pertence tanto ao autor como ao réu", porque ambos agem, já não de mão própria, mas, através do diafragma do Judiciário, em juízo, até o término da ação.

A extinção do processo é a extinção da ação, e, pois, enquanto dure o processo, há ação. Portanto, a ação processual significa, tecnicamente, praticar todos os atos a que correspondem os ônus reconhecidos aos titulares da ação. Assim sendo, tanto o autor como o réu são autores da ação e, como tais, podem continuar agindo, praticando todos os atos processuais correspondentes aos ônus que o sistema judicial, que o sistema normativo lhes reconhece.

Ora, diante desse quadro, quando se fala em exercício de ação penal, a pergunta é: quem pode recorrer, noutras palavras, quem pode praticar um ato específico ou uma ação específica no curso da ação processual? Quem tem direito de ação. Noutras palavras, só pode agir em termos de recurso quem tem direito de ação, direito de agir. Ora, quem tem direito de agir? O Ministério

Público, como regra, e o querelante, como exceção, não o assistente. O assistente não exerce direito de ação, nem na concepção do processo criminal, nem na concepção, muito mais generosa, da ação civil. O assistente simplesmente adere ao titular da ação. O titular da ação ou será o autor ou será o réu, em termos gerais, e, no processo penal, o assistente pode apenas aderir ao autor da ação, que é o Ministério Público.

Daí por que, a meu ver, isso nada diz respeito à questão civil de satisfação dos interesses patrimoniais do ofendido. Não está em jogo, aqui, questão de interesses patrimoniais. Por quê? Porque esse não é o meio adequado para a satisfação desses interesses, pois há via própria. É por isso que, segundo o Código Civil, torno a repetir, a jurisdição penal é relativamente independente da jurisdição civil e vice-versa. Noutras palavras, ainda que absolvido o réu, salvo em hipóteses específicas no cível, por exemplo, por falta de provas, nada impede que a questão seja suscitada no cível. Há, portanto, uma separação absoluta entre os dois campos, de modo que o interesse civil, de caráter patrimonial do ofendido, não pesa nada na solução da questão posta, a meu ver, neste *habeas corpus*.

Daí por que, com o devido respeito, a mim me parecendo que recorrer é apenas uma etapa da ação, a qual é um estado contínuo de prática de atos, recorrer só pode ser reconhecido como direito de quem seja titular da ação. Ora, o assistente penal, não sendo titular de ação nenhuma, senão assistente de quem o é, a meu ver não pode recorrer, donde, com todas as vênias, mais uma vez, ao brilhante voto da Relatora e aos não menos brilhantes votos que compuseram a maioria, dou interpretação conforme ao art. 584, § 1º e ao art. 598 do Código de Processo Penal, editado ao tempo do Estado-novo. Não é diploma que veio consolidar o sistema democrático da Constituição de 88, mas concebido com os olhos postos no Código dos irmãos italianos, dos irmãos Roccas, não os do filme, mas Alfredo e Arturo. De modo que esse Código de Processo Penal não pode ser invocado como conquista da democracia regrada pela Constituição de 88; é, antes, código que tem de ser interpretado com todos os cuidados possíveis.

Dou interpretação, portanto, àqueles dois artigos, no sentido de reconhecer que a possibilidade de recurso é apenas assegurada ao querelante, não a quem seja assistente de acusação.

É o que me parecia devesse ser pontuado nesta oportunidade, reiterando, mais uma vez, todo o meu respeito aos votos divergentes que compuseram a ilustrada maioria.

EXTRATO DA ATA

Decisão: A Turma decidiu afetar ao Tribunal Pleno o presente *habeas corpus*. Unânime. Falou o Dr. João Alberto Simões Pires Franco, Defensor Público Fede-

ral, pela paciente. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 04.05.2010.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, indeferiu a ordem de *habeas corpus*, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio e Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, neste julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes e, justificadamente, o Senhor Ministro Eras Grau. Falaram, pelo paciente, o Dr. João Alberto Simões Pires Franco, Defensor-Público Federal e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Plenário, 10.06.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordaram os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ellen Gracie, na conformidade de seus votos, em negar provimento ao recurso apresentado nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, o Dr. Pedro Paulo Soares de Mendonça. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 7 de agosto de 2008 – Cezar Peluso, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Trata-se de recurso de habeas corpus interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que, por maioria dos votos, denegou a ordem em favor de Miller de Sábraga do Pinho de Sábraga.

O Recorrente foi condenado pelo crime de falsificação nos artigos 14 e 18, I, da Lei 6.368/76, a pena de 7 (sete) anos e 3 (três) meses de reclusão. Impetrou-sei perante o Tribunal Regional Federal de 1ª Região, que lhe denegou a ordem, por unanimidade, nos seguintes termos:

Proposta a Penal, *Habeas corpus*. Trata-se de recurso de habeas corpus interposto em favor de Miller de Sábraga do Pinho de Sábraga, condenado pelo crime de falsificação nos artigos 14 e 18, I, da Lei 6.368/76, a pena de 7 (sete) anos e 3 (três) meses de reclusão. Impetrou-sei perante o Tribunal Regional Federal de 1ª Região, que lhe denegou a ordem, por unanimidade, nos seguintes termos: