

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL  
Seção Criminal

Mandado de Segurança nº 32/99

Relatora: Desembargadora Telma Musse Diuana

Impetrante: Deir de Souza Castro

Impetrado: Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Nova Friburgo

Acusado 1: Samuel Schuenck Brandão

Acusado 2: Marcelo Daudt Moreira

**EMENTA:** *Mandado de Segurança - A exclusividade do Ministério Público para promover a ação penal pública (CF, art. 129, I) não aboliu da sistemática processual penal a figura do assistente de acusação - Ordem concedida.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Mandado de Segurança nº 32/99, em que é impetrante *Deir de Souza Castro* e impetrado Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Nova Friburgo.

ACORDAM os Desembargadores que integram a Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conceder a ordem, confirmada a liminar.

Rio de Janeiro, 27 de outubro de 1999. Paulo Gomes da Silva Filho, Desembargador Presidente. Desembargadora Telma Musse Diuana, Relatora.

VOTO

Inicialmente, insta assinalar que, inexistindo recurso contra decisão que admita, ou não, o assistente (CPP, art. 273), tem jurisprudência admitido a possibilidade "de se amparar, por meio de mandado de segurança, o direito de o ofendido intervir no processo como assistente" (*Código de Processo Penal Comentado*, TOURINHO, 1996, vol. 1, pg. 443).

A doutrina não discrepa da aludida orientação jurisprudencial.

Ademais, face ao elenco inserido no art. 31 do CPP, indubitosa é a legitimidade da impetrante, cônjuge do ofendido morto para prosseguir com a ação penal pública, e, com mais razão, para participar do respectivo processo, qualquer que seja a sua fase.

A propósito do tema de conceito do ofendido, leciona o Des. Prof. GAMA MALCHER que nos crimes de ação penal pública, pode a vítima (leia-se: ou seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, segundo o elenco do art. 31 do CP)

Nota: Vide Seção de Doutrina.

*"figurar na relação processual quando, tendo um interesse patrimonial a defender, o Estado admite sua participação na qualidade de assistente, e lhe dá função acessória complementar à do Ministério Público podendo arrazoar quando este recorrer"* (Manual ..., 2ª ed., 1999, pg. 182).

Note-se que na ação penal pública em cujo processo a impetrante pretende funcionar como assistente de acusação na condição de cônjuge da vítima, o delito imputado aos acusados é o de latrocínio, ou seja, injusto de roubo (contra o patrimônio) qualificado pelo resultado morte da vítima, crime considerado hediondo. O afastamento da impetrante daqueles autos implicaria em evidente e irreversível *dano*, inclusive no tocante ao próprio resultado da ação penal, cujos efeitos repercutem no território cível, de inescusável interesse da impetrante.

É de se reconhecer, pois, a todos os títulos, o direito perseguido, qual o de pugnar, por via do mandado de segurança, pelo restabelecimento da decisão que admitiu a impetrante nos aludidos autos, como assistente de acusação, isto é, pela cassação do *decisum* que a alijou daquele feito, no qual são apuradas as responsabilidades pela trágica morte de Ronaldo Pereira de Castro, com quem era casada. Sendo inequívoca a lesão do direito da cônjuge mulher, *in casu*, e incontestável o dano conseqüente, e, ainda, tratando-se de sentença irrecorrível, parece-me perfeitamente válido o meio utilizado pela impetrante para impedir o fenecimento do seu direito.

Conheço, portanto, do presente mandado.

No tocante ao tema central da discussão, inteira razão cabe à impetrante, ao meu ver.

O culto Juiz de Direito Ronaldo Leite Barbosa expõe em suas informações que o seu entendimento sobre o art. 129, I da Constituição Federal calca-se, basicamente, no posicionamento adotado na matéria pelo nobre Procurador de Justiça e douto Professor SERGIO DEMORO HAMILTON, e pelo não menos ilustre Doutor MARCELLUS POLASTRI LIMA. O primeiro daqueles insignes juristas sustentando, inclusive, que o art. 598, parágrafo único, do CPP, foi derogado pelo mencionado dispositivo constitucional.

Tenho a satisfação de conhecer o ponto de vista, na matéria, do mestre Doutor SERGIO DEMORO HAMILTON.

Partindo do pressuposto de que o recurso constitui mera projeção da própria ação penal, sendo, pois, ainda ação, embora impulsionada a um segundo grau, compreende-se a conclusão a que chegou o culto Prof. DEMORO, no sentido de que, nas ações penais públicas, em não recorrendo o Ministério Público contra a sentença absolutória, ao assistente de acusação faltaria qualidade para recorrer (*Rev. do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 01, nº 2, dez/95).

Sem embargo da profunda admiração e grande estima em que tenho o eminente Procurador Demoro, um dos verdadeiros próceres da bela Instituição que um dia tive a honra de integrar, discordo de S. Excelência, no particular. Aliás, já anteriormente usei igual (Apel. Crim. nº 2.699/98).

Para começo, se é certo que, teleologicamente, o *recurso* pode ser visto como projeção da ação e se essa tem um *dominus*, no caso nas ações penais públicas, será correto dizer que o recurso *intentado pelo réu* condenado preserva a aludida natureza de ação?

Seria legítimo confundir os fundamentos jurídicos do duplo grau de jurisdição – com relevo para o postulado do Estado de direito, que assegura a revisão das decisões judiciais, com a superposição de mecanismos internos de controle da legalidade da decisão proferida na instância de origem – com a idéia de mera *projeção* da ação, via de recurso?

Em contrapartida, como se explicaria sob a ótica teleológica, que sentenças *recorríveis* revertam o prognóstico de recorribilidade em função da preclusão, nascida da conformidade do vencido? Nessas hipóteses as ações passam pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal pública para o Ministério Público, se é ele o vencido? Ou haveria, aí, uma exceção, desconhecida, ao princípio do devido processo legal?

Na verdade, o sistema processual penal pátrio não conhece caso de supressão do segundo grau de jurisdição. Diante de tal sistemática legal, será escoreita a afirmativa de que decisão proferida em primeira instância, nos autos de ação penal pública incondicionada, jamais deixará de ser recorrida? O absurdo e a temeridade de tal suposição dispensa maiores considerações, reclamando lembrar apenas que até historicamente a tendência legislativa é no sentido da recorribilidade e da revisionabilidade das decisões judiciais, o que confronta com a concepção de recurso como mera projeção da ação, a qual sempre terá um dono, seja o Estado, seja o particular. A propósito, como interpretar os recursos dos réus absolvidos que buscam a alteração do fundamento da decisão absolutória, como ocorre com alguma frequência, e sem oposição da jurisprudência em sua facção majoritária?

O tema é sedutor. Leva-nos a reflexões, inclusive sobre a voluntariedade dos recursos, natureza jurídica dos mesmos, sistemática dos recursos, que, em realidade, transbordam os limites da questão a ser resolvida nesse *mandamus*.

O ponto nodal da *quaestio* está em se definir sobre a viabilidade ou não do deferimento de assistência de acusação, nos processos penais, após a Constituição Federal, focalizado o seu art. 129, I.

A doutrina, no grau mais apurado, não tem dúvida em responder afirmativamente à cogitada indagação. Da regra de indisponibilidade da ação penal pelo órgão incumbido da *persecutio criminis* decorre a certeza do *princípio da oficialidade* (MIRABETE, *Processo Penal*, e *Curso de Processo Penal*, FERNANDO CAPEZ, Saraiva, 1999, pg. 21), pelo qual as autoridades “incumbidas da persecução penal devem agir de ofício, sem necessidade de provocação ou de assentimento de outrem” (ob. cit., pg. 22).

É claro que está ultrapassada, felizmente, a fase da vingança privada e da autotutela. Isso significa, em termos jurídicos, que a punição do delinqüente passou à esfera do Estado, privativamente. Até aí não há discussão. A lição a ser

extraída do princípio da oficialidade, pelo qual, entre nós, cabe aos órgãos do Estado o dever persecutório, cujo correto monopólio do Ministério Público vem sendo ardorosamente defendido por ilustres membros do *Parquet*, a nível nacional, é o de que, em casos de ações penais públicas, o exercício do *ius actionis* constitui inderrogável função institucional do Ministério Público, não mais se admitindo, como no passado, situações em que a titularidade da ação era deferida, inclusive por lei, a Magistrados, autoridades policiais e outros agentes administrativos.

Esse é o sentido da norma contida no art. 129, I da Constituição Federal, como se infere da ementa STF, Pleno, no RHC 68.314/DF – Rel. Min. Celso de Mello (in FERNANDO CAPEZ, ob. cit., pg. 111):

*“Ministério Público e privatividade da ação penal pública: “A Constituição Federal deferiu ao Ministério Público o monopólio da ação penal pública (art. 129, I). O exercício do ius actionis, em sede processual penal, constitui inderrogável função institucional do Ministério Público, a quem compete promover, com absoluta exclusividade, a ação penal pública. Não mais subsistem, portanto, as lei editadas sob regimes constitucionais anteriores, que deferiam essa titularidade a magistrados, autoridades policiais ou outros agentes administrativos.”*

O princípio inscrito na Constituição Federal relaciona-se, claramente, ao encargo, específico, de promover a ação penal pública (art. 129, I), impedindo-se, desse modo, o procedimento *ex officio*, em que a titularidade de algumas ações penais públicas era conferida até ao próprio julgador.

O dispositivo revogado foi o art. 26 do CPP, não os demais, que regem a atuação do assistente de acusação.

A propósito, na recém lançada edição do *Manual de Processo Penal*, antes referida, de autoria do Prof. Des. GAMA MALCHER ficou esclarecido:

*“Assim, o ofendido quando é admitido no processo penal em curso, iniciado mediante ação pública, não vem aderir à pretensão punitiva do Estado simplesmente, mas auxiliar o Ministério Público em obter a condenação, não por esta, mas diante dos reflexos que a decisão criminal determinará sobre a relação obrigacional civil de que é credor e nascida do ato ilícito.”*

*“Em conseqüência, temos que, no processo penal, o assistente é admitido diante da necessidade jurídica de defender um *interessê* próprio, e sua atuação nada tem com a punibilidade do autor do crime, e sim com o reconhecimento da ilicitude de sua conduta e afirmação*

de sua responsabilidade. Isto porque, de há muitos séculos, a civilização baniu, e para sempre, a vingança privada.”

(ob. citada, pg. 185).

Não desejando me estender ainda mais, limito-me a acentuar que essas lições, recentíssimas, muito posteriores à Constituição Federal de 1988, nem de longe cogitam de abolir a atuação do assistente de acusação.

Com efeito, é insustentável a interpretação dada ao art. 129, I, da CF, na decisão contra a qual se insurge a impetração e com certeza acarretaria lesão aos interesses da impetrante, efeito irreparável que se visou coibir com a concessão da liminar.

Nessas condições, concedo a ordem confirmando a liminar, assegurado à impetrante continuar a desempenhar, regularmente, em todas as instâncias, a assistência de acusação nos autos da ação pública incondicionada referente ao Proc. nº 8845/97, intentada pelo Ministério Público contra Samuel Schuenck Brandão e Marcelo Daudt Moreira perante o Juízo de Direito da Vara Criminal de Nova Friburgo, RJ.

É o meu voto.

Rio de Janeiro, 27 de outubro de 1999.

Desembargadora Telma Musse Diuana, Relatora.