

Função do Assistente

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO

Professor,
Promotor de Justiça aposentado e
Advogado em Bauru/SP.

"Se o assistente é um auxiliar do MP, por que lhe confere a lei o direito de recorrer apenas em determinados casos?"

Qual a função do assistente? Ensina FREDERICO MARQUES (cf. *Elementos*, cit., v. 2, p. 249) que a função do assistente não é a de defender um direito seu e sim a de auxiliar a acusação. No mesmo sentido, a lição de ESPÍNOLA FILHO (cf. *Código*, cit., v. 3, p. 269).

Não nos parece assim. Entendemos que a razão de se permitir a ingerência do ofendido em todos os termos da ação penal pública, ao lado do MP, repousa na influência decisiva que a sentença da sede penal exerce na sede civil.

Segundo dispõe o art. 91, I, do CP, constitui 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, "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". Nesse caso, a sentença constitui título certo e ilíquido em favor do direito à indenização, e, com esse título executório, o exeqüente não vai discutir o *an debeat*, mas sim o *quantum debeat*.

Desse modo, salta aos olhos que o Estado permitiu pudesse o ofendido ingressar no Processo Penal nos crimes de ação pública, para velar pelo seu direito à indenização. Aplica-se à espécie o ensinamento de FLORÊNCIO DE ABREU: "O recurso facultado ao assistente funda-se precipuamente no direito, que se lhe não pode negar, de opor-se a uma decisão de primeira instância, prejudicial ao seu legítimo interesse ao ressarcimento do dano causado pelo delito, atenta a influência soberana do juízo penal sobre o civil" (cf. *Com. ao CPP*, v. 5, p. 208).

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*.

Fosse sua função auxiliar a acusação e se lhe permitiria o uso de recursos nas hipóteses de revogação de medida de segurança, de concessão, de fiança, etc.

Uma simples análise das hipóteses em que o assistente poderá recorrer é suficiente para demonstrar o acerto do nosso entendimento. Nos termos do art. 584, § 1º, c/c o art. 271, poderá ele interpor recurso, em sentido estrito:

- a) quando houver impronúncia;
- b) quando for julgada extinta a punibilidade.

Note-se que o art. 581 do CPP cuida de inúmeras decisões que ensejam a interposição do RSE. Pois bem: somente naquelas duas hipóteses é que se admite recurso do assistente. E as razões são óbvias: qualquer daquelas decisões impugnáveis por meio do RSE, salvante as hipóteses de impronúncia e de extinção da punibilidade, não afeta o direito do ofendido à satisfação do dano *ex delicto*. Se o Juiz concede ou deixa de conceder o *sursis*, se arbitra ou deixa de arbitrar fiança, por exemplo, que consequência terá essa decisão no campo da satisfação do dano? Nenhuma. Então o assistente não tem interesse na reforma de tal decisão.

Claro que, na hipótese do inc. I do art. 581, seu direito de certa forma estará periclitando. Mas, naquele caso, incabível é o recurso do assistente. Explica-se: o art. 268 do CPP diz que o ofendido poderá intervir como assistente do MP em todos os termos da ação pública, pressupondo, pois, denúncia recebida. Antes do recebimento da denúncia não haverá lugar para a ingerência do assistente. Por essa razão é que se vedou o direito à via recursal na hipótese do inc. I do art. 581.

Havendo sentença de impronúncia (art. 409), seu direito ao recurso é incontestável, como também o será se extinta for decretada a punibilidade. É certo que, no caso de impronúncia, tal decisão não constitui obstáculo à propositura da ação civil, para satisfação do dano, como não o constitui o fato de o Juiz decretar extinta a punibilidade. De ponderar, entretanto, que, reformando, por meio do recurso, tais decisões, o ofendido terá a possibilidade de ver julgada procedente a pretensão punitiva, e assim, em vez de percorrer o longo caminho da ação civil, limitar-se-á a ingressar em juízo com ação executória, nos termos do art. 63 do CPP, que, sem dúvida, lhe será vantajoso, sobremaneira. Faço, contudo, uma observação: se a punibilidade for decretada extinta após a sentença condenatória, impossibilitado estará o assistente de interpor recurso por falta de legítimo interesse, uma vez que, nesse caso, poderá ele ingressar em juízo com ação executória, sendo irrelevante a posterior extinção da punibilidade.

Em se tratando de recurso de apelo, estabelece o art. 598 do CPP:

"Nos crimes da competência do Tribunal do Júri, ou do Juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo MP 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.

Parágrafo único. O prazo para interposição desse recurso será de quinze dias e correrá do dia em que terminar o do Ministério Público."

A lei não diz "se da sentença absolutória não for interposta apelação...". Assim, poderá parecer que o assistente, desde que o MP não tenha interposto o recurso de apelo, poderá fazê-lo, pouco importando seja a decisão recorrida condenatória ou absolutória. Entretanto, o art. 598 não pode ser interpretado insuladamente. Ao analisá-lo, deverá o intérprete cotejá-lo com os arts. 63, 271 e 584, § 1º, todos do CPP, e se concluirá que, se o ofendido ingressa no processo, ao lado do MP, para preservar seu direito à satisfação do dano *ex delicto*, é fora de dúvida que, havendo sentença condenatória, cessará seu interesse no apelo. Assim, se o Juiz condena o réu, por violação do art. 129, *caput*, do CP, a 3 meses, o ofendido não poderá interpor apelação para majorar a pena, porquanto, nesse caso, seu direito à satisfação do dano estará garantido (cf. RTJ 56/877; RT 462/381, 462/382, 376/207, 489/327, 489/329, 520/436).

Vale salientar aqui, e a propósito, a lição de CANUTO M. DE ALMEIDA: "A sentença penal e o processo penal não são exclusivamente sentença penal e processo penal. São sentença penal, processo penal, sentença civil e processo civil, quanto ao fato e quanto a quem tenha sido o seu autor. Daí poder dizer-se que o particular ofendido intervém na ação penal pública por causa do seu interesse civil" (cf. "A ação penal no novo Código Penal", *in conferências sobre o novo Código Penal na Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 1, p. 175).

Também nesse sentido era o pensamento do insigne FREDERICO MARQUES (cf. *Estudos*, cit., p. 157).

Todavia, se a sentença for absolutória, é inegável seu direito à via recursal. É que, sendo absolutória a decisão criminal, seu direito à satisfação do dano, de certo modo, periclitará, pois o ofendido deverá promover a *actio civilis*, percorrendo o longo caminho do processo de cognição e ainda correndo o risco de vir a perder a demanda, por um motivo qualquer. Além disso, a sentença penal absolutória poderá inclusive impedir a propositura da *actio civilis*, tudo dependendo do fundamento para o decreto absolutório. Justifica-se, desse modo, possa o ofendido interpor recurso de apelo, quando se tratar de sentença absolutória, proferida por Juiz singular ou Tribunal do Júri. Se a decisão for proferida pelo STF, STJ, Tribunais Regionais Federais ou Tribunal de Justiça, em ações penais originárias, descabe recurso não só para o ofendido como para qualquer das partes, a não ser o RE, se ocorrer uma das hipóteses previstas no art. 102, III, da CF, ou o especial de que trata o art. 105, III.

Em 1977, o STF, por intermédio da sua 2ª Turma, conferiu legitimidade ao assistente para recorrer, visando ao agravamento da pena (cf. DJU 30.09.1977, p. 6685). Veja-se, também, RTJ 69/367.

Se o assistente é um auxiliar do MP, por que lhe confere a lei o direito de recorrer apenas em determinados casos? Por que a Excelsa Corte, na Súmula nº 208, lhe vedou o direito ao RE das decisões concessivas de HC? Evidentemente, por entender que o assistente somente poderá recorrer, e

assim mesmo supletivamente, quando estiver em jogo o seu direito à satisfação do dano.

Veja-se, muito a propósito, o disposto no art. 195 do *Codice di Procedura Penale*:

"Impugnazioni della parte civile. La parte civile, se trattasi di sentenza impugnabile dal pubblico ministero, può proporre l'impugnazione contro le disposizioni della sentenza che concernono i suoi interessi civili, quando vi è stata condanna dell'imputato...".

No mesmo sentido, o art. 576 do *Codice di Procedura Penale* de 1988.

Mesmo com o advento da nova carta constitucional italiana, o princípio permaneceu intacto: *"L'art. 111 Cost. Non há modificato il principio risultante dal combinato disposto degli arts. 195 e 190, secondo il quale alla parte civile è consentida l'impugnazione per i soli interessi civili e non anche per altri motivi"* (*Riv. Dir. Proc. Pen.*, 1956, p. 132; *Riv. Pen.*, 2/289, 1956).

"Anche dopo la sentenza della C. cost. 1970, nº 1, non é amissibile l'impugnazione della parte civile per le disposizioni attinenti all'oggetto dell'azione penale" (*Giust. Pen.*, 3/609, 1971).

No mesmo sentido, veja-se E. FLORIAN (*Elementos*, cit., trad. Prieto Castro, p. 423).

O *Code de Procédure Pénale* estabelece no art. 515 que *"La cour peut, sur l'appel du ministère public, soit confirmer le jugement, soit l'infirmer en tout ou en partie dans un sens favorable ou défavorable au prévenu"* - a Corte pode, em face de um apelo ministerial, não só confirmar o julgamento, como invalidá-lo para agravar ou atenuar a situação do réu. Não assim em se tratando de apelo da parte civil. Quanto a esta, ela *"peut demander une augmentation des dommages-intérêts..."* (pode pleitear aumento da indenização em face dos prejuízos sofridos). Não porém um agravamento da pena.

Daí afirmarem BRIÈRE DE L'ISLE e P. COGNIART: *"La partie civile ne peut faire appel que dans la mesure de ses intérêts civils"* (cf. *Procédure*, cit., 1972, t. 2, p. 262). No mesmo sentido JEAN-CLAUDE SOYER (*Droit pénal et procédure pénale*, 13. ed., Paris, LGDJ, 1997, pp. 395/396).

Assim, também, no Direito venezuelano. Muito a propósito, o mais autorizado intérprete do Direito Processual Penal do país irmão: *"Lo que persigue el legislador al hacer parte civil en el juicio es simplemente eso, lograr la reparación del daño ocasionado y la indemnización correspondiente. Por lo tanto, como a el no le interesa la parte penal, lo que le interesa es la parte civil, o sea, la reparación material de los daños o del agravio que se le há ocasionado"* (cf. Eloy Parraga Villamarin, *Lecciones de derecho procesal penal*, Venezuela, Imprenta Del Estado, 1964).

Já, então, pode-se estabelecer a seguinte regra: se da prática de uma infração advier prejuízo para a vítima, poderá ela habilitar-se no processo como assistente. Se não, não.

É verdade que, na prática, às vezes o assistente auxilia o MP, suprindo até possíveis deficiências no Órgão Oficial da acusação, sem pensar no ressarcimento do dano. Mas, dentro da lei, não é essa a sua função, não só pelos argumentos já expendidos, como também porque o Estado não poderia prever, às expressas, possíveis deficiências do seu próprio órgão.

Insta acentuar que, quando se afirma que o assistente não auxilia o MP, quer-se dizer com isto que o assistente não tem por função ajudá-lo a desincumbir-se da tarefa que lhe é imposta por lei. É clara que, quando o assistente produz provas, faz suas alegações, está, evidentemente, auxiliando o MP, mas, assim agindo, está ele velando pela sorte do seu direito à satisfação do dano. Tanto isso é exato que, se o Promotor oferecer denúncia por homicídio qualificado, ficar provada em toda a instrução, inclusive com confissão do réu, a qualificadora, e o Juiz pronunciar por homicídio simples e o MP não interpuser recurso, o assistente não poderá fazê-lo. Por quê? Simplesmente porque para a satisfação do dano é irrelevante seja o homicídio simples ou qualificado. A propósito, o excelente aresto da Suprema Corte, na RTJ 49/344.

Se o Juiz concede *sursis*, contrariando texto da lei, e o MP não recorre, o assistente não pode fazê-lo, como se constata pelo art. 584, § 1º, do CPP. Desse modo, o assistente não supre possível desídia do MP, não o auxilia no sentido de ajudá-lo a observar a fiel execução da lei. Mas, se a negligência do MP, no processo, refletir-se ou puder refletir-se no direito à satisfação do dano do ofendido, cumpre a este, defendendo que está um direito seu, auxiliá-lo, suprimindo as deficiências do órgão acusador.