

HABEAS CORPUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PEDIDO PREJUDICADO FACE O ART. 659 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

SEGUNDO TRIBUNAL DE ALÇADA

4.ª CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS N.º 3.854

Impetrantes: Advogados: Renato Dionísio dos Santos e Mário Rolly
Pacientes : Ilson Osório e Cosme Cândido da Silva

Habeas corpus. Constrangimento ilegal. Impetração que objetiva o **relaxamento da prisão dos pacientes, denunciados por crime de roubo, com a agravante especial do concurso de duas pessoas. Surpreendente e ilegal posicionamento da Promotoria de Justiça na exclusão do primeiro paciente da peça vestibular do processo, diante da prova testemunhal que lhe é contrária e, notadamente, depois de instaurada a ação penal, com injurídico deferimento da pretensão do órgão do Ministério Público.**

Equipara-se tal **exclusão à desistência da ação, em abusiva infringência ao mandamento do art. 42 do Código de Processo Penal. Consagração da regra da indesistibilidade da ação, "corolário do princípio da obrigatoriedade", segundo Hélio Tornaghi, e magistério de Eduardo Espinola Filho.**

Desde que instaurada a ação penal ou interposto recurso do Ministério Público, fica peremptoriamente vedado ao Promotor de Justiça a **desistência da ação ou do recurso (Cód. Proc. Penal, arts. 42 e 576), conquanto se utilize na espécie a camuflagem "exclusão", ao invés do vocábulo desistência, ambos equivalentes.**

Desclassificação do fato delituoso com referência ao segundo paciente, de roubo circunstanciado para furto **privilegiado, acolhida a "desclassificação" pelo Juízo, como se a eventual causa de diminuição da pena pudesse suprir a necessidade da qualificação jurídico-penal do episódio delituoso. Arbitramento e prestação de fiança em face da operada desclassificação.**

Expedição de **alvará de soltura com relação aos dois pacientes, ora em liberdade, quer pela exclusão da denúncia do primeiro, quer por força do pagamento da fiança efetuada pelo segundo.**

Pedido prejudicado (Código de Processo Penal, art. 659).

PARECER

1. Apesar de *prejudicado o pedido*, nos termos do art. 659 do Código de Processo Penal, a hipótese ora submetida a *parecer e julgamento* merece considerações mais aprofundadas, suscetíveis, pois, de maior desenvolvimento.

2. Com efeito, pelo exame dos autos, tem-se conhecimento de que os Advogados *Renato Dionísio dos Santos e Mario Rolly* impetram a presente ordem de *habeas corpus* em favor de *Ilson Osório e Cosme Cândido da Silva*, inicialmente denunciados perante o MM. Dr. Juiz de Direito da 2.^a Vara Criminal da Comarca de Magé, como incursos nas sanções dos arts. 157, § 2.º, n.º II, c/c 12, n.º II, do Código Penal.

3. Pretendem os impetrantes o *relaxamento da prisão* dos pacientes, de início indeferido pelo Dr. Juiz (fls. 9/10), sendo do seguinte teor as *informações* prestadas a fls. 26:

*“Em data de 20 do corrente o Doutor Promotor de Justiça, em audiência, requereu a exclusão da denúncia do réu **Wilson (sic) Osório** e a desclassificação do delito com relação ao réu **Cosme Cândido da Silva**.*

*Por despacho também em audiência este Juízo acolheu o parecer do digno representante do M.P. e **determinou a expedição de alvará de soltura com relação a ambos os acusados** (grifos da Procuradoria), tendo em vista a exclusão do primeiro e a concessão de fiança ao segundo, arbitrada em Cr\$ 15.000,00 e devidamente recolhida, o que foi totalmente cumprido (xerox anexos).”*

4. Em verdade, surpreendente e ilegal o posicionamento do Ministério Público na *exclusão* do paciente *Ilson Osório* da peça vestibular do processo, com a anuência do Juízo, *depois de instaurada a ação penal e antes de verificado o julgamento da ação*, donde, na mesma linha, a *injuridicidade* do deferimento da pretensão da Promotoria de Justiça.

5. Textualmente, diz o Dr. Juiz:

*“que deferia o requerimento do MP com relação ao acusado **Wilson (sic) Osório** excluindo-o de plano da denúncia (grifos da Procuradoria) e mandando consèqüentemente se expedisse incontinenti Alvará de Soltura se por al não estiver preso” (fls. 27v.).*

6. É absolutamente certo que, uma vez *instaurada ação penal*, com o recebimento da denúncia, dela jamais poderia ter sido *excluído* o acusado *Ilson Osório*, sem que se submetesse assim ao *competente julgamento da ação*.

7. Sob esse aspecto, em nada influenciaria, obviamente, o resultado da sentença: se condenatória ou absolutória. Impostergável seria, portanto, o *julgamento* do primeiro paciente.

8. Semelhante inovação de natureza processual, em que Promotor e Juiz aparecem unidos, irmanados, não dispõe de qualquer amparo em lei e merece enérgico reparo, para que episódios de tal jaez não mais se verifiquem, em detrimento da aplicação da própria Justiça e em que pese a ressalva do representante do Ministério Público, de todo inacolhível, ainda que venha a sustentar o seu ponto de vista em alegações finais (fls. 27):

*“que conforme ficou demonstrado nesta assentada a participação do acusado **Wilson (sic) Osório** foi nenhuma, ou pelo menos, o MP não se sente bem em manter tal acusação ante a prova até aqui produzida” (fls. 27).*

9. Ainda dessa feita, evidente o engano do Dr. Promotor, no mínimo desatento à prova dos autos, pois o que se positiva na referida assentada é *precisamente* a participação de *Wilson Osório* e de seu comparsa no evento lesivo.

10. Assim, perguntada pelo Dr. Promotor, nessa *mesmíssima* assentada, garante a testemunha de fls. 27, policial militar *Carlos Miranda Brito*, que,

“além dos objetos furtados, no caso em apreciação, os acusados portavam objetos pessoais.”

11. Daí, o que se pode inferir é o *conluio* entre os pacientes, a *adesão* dos dois acusados à ação delituosa conjunta, ou seja, o *concurso de agentes* estabelecido na peça inaugural do processo.

12. Sem resposta, decerto, a indagação ora formulada pela Procuradoria de Justiça:

*Como atingir-se o raciocínio de que a participação de **Wilson Osório** “foi nenhuma, ou pelo menos, o MP não se sente bem em manter tal acusação ante a prova até aqui produzida”???*

13. Fora de dúvida, de incerteza, de insegurança, que, na prática, equipara-se a inaceitável *exclusão* de *Wilson Osório* da denúncia à *desistência da ação penal contra ele proposta*, em desafiadora

inobservância não apenas à prova testemunhal, mas também, e o que é mais grave, gravíssimo até, à regra do art. 42 do Código de Processo Penal:

...“O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.”

14. Comentando o citado dispositivo legal, preleciona o Professor Hélio Tornaghi:

“O dispositivo consagra a regra da indesistibilidade da ação penal, corolário do princípio da obrigatoriedade. Vem ele completar o art. 24. Por esse último fica o Ministério Público obrigado a agir desde que reunidos os requisitos mínimos para tal. Mas de nada adiantaria criá-lhe esse dever jurídico se ele pudesse elidi-lo desistindo da ação proposta.

A regra da indesistibilidade informa não apenas a primeira fase da relação processual mas até as sucessivas. Pronunciada a sentença, nos crimes de ação pública, deve o Ministério Público recorrer se com ela não se conforma. Fica à sua prudência interpor ou não o recurso, conforme reputar justa ou injusta, válida ou nula a sentença. Mas interposto o recurso, já nenhuma descrição se lhe atribui. O art. 576 do Código de Proc. Penal, expressamente, dispõe: “O Ministério Público não poderá desistir do recurso que haja interposto.”

Permitir que o Ministério Público desistisse da ação penal depois de proposta seria dar-lhe a disponibilidade do próprio **ius puniendi**, da punibilidade, já que no Direito moderno ninguém pode ser punido criminalmente sem ser processado (**Comentários ao Código de Processo Penal**, volume I, tomo 2.º, Edição Revista Forense, 1956, págs. 84/85).

15. Ceda-se a palavra ao preclaro e saudoso Desembargador Eduardo Espínola Filho:

“Que o promotor, sem qualquer atividade de ordem pessoal, mas cuja atuação é meramente funcional, não possa desistir de um ação, que não é a sua própria, mas a do poder público, no exercício da mais importante defesa de interesses sociais, é intuitiva, de um rigor lógico extraordinário. E, não podendo desistir da promoção da ação penal, também não pode desistir do respectivo prosseguimento, quer expressamente, quer abandonando a causa.

De nenhum efeito seria a desistência ou expressa, ou manifestada pela inércia que acarreta a responsabilidade funcional do órgão do Ministério Público" (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, quinta edição, volume I, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1960, n.º 108, págs. 428/429).

16. Logo, desde que instaurada a ação penal ou interposto recurso do Ministério Público, fica peremptoriamente vedado ao Promotor de Justiça a *desistência* da ação ou do recurso (Cód. Proc. Penal, arts. 42 e 576), conquanto se utilize a *camuflagem* "exclusão", ao invés do vocábulo "desistência", na prática equivalentes, como já se enfatizou no desenvolvimento deste parecer.

17. Não há como contestar-se que a *exclusão* implica invariavelmente em *desistência*, no término ou encerramento da *persecutio criminis*.

18. Também com pertinência ao segundo paciente, *Cosme Cândido da Silva*, na infeliz assentada de fls. 27/27v., o nobre Dr. Promotor de Justiça requereu e obteve do Juízo

"a desclassificação do delito para o art. 155, par. 2.º do C.P.", sem que se procedesse, porém, à nova classificação do fato delituoso, visto que o privilegium é considerado somente como causa de diminuição de pena.

19. Embora acenando com a obtenção do *privilegium*, competia ao representante do Ministério Público a especificação dos dispositivos legais em que o denunciado estaria incurso, a seu ver, ou seja, com maior rigor técnico, o estabelecimento da *qualificação jurídico-penal do fato*.

20. Ambos os pacientes já se encontram em *liberdade*, mercê da expedição de *alvará de soltura*:

a) **Wilson Osório**, porque *excluído da denúncia* (fls. 27v. e 28); e

b) **Cosme Cândido da Silva**, por *força do arbitramento e posterior prestação da fiança* (fls. 27v. e 29/29v.).

21. *Posto isso*, opina a Procuradoria de Justiça no sentido de que se tenha o pedido como *prejudicado* (Código de Processo Penal, art. 659).

Rio de Janeiro, 29 de dezembro de 1983.

MARIO PORTUGAL FERNANDES PINHEIRO

Procurador de Justiça