

AÇÃO PENAL EX-OFFICIO. NULIDADE

TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL

APELAÇÃO N.º 30.648

1.ª CÂMARA

Apelante: Ministério Público

Apelado: José Marques Santiago

Apelação do M.P.. Conhecimento. Petição junta ao processo sem despacho. Prova inequívoca da tempestividade do recurso em razão do termo de recebimento do escrivão. Aliás, em matéria de recurso vige, na dúvida, o princípio do aproveitamento. A orientação do STF. — Extensão da apelação do M.P.. Se o M.P. não especifica de que parte do julgado recorre, entende-se que o faz de toda a decisão. É a petição ou o termo da apelação que fixa o seu âmbito, não as razões. Se o recurso não foi limitado (art. 599 CPP), as razões não podem ser parciais, o que equivaleria à desistência parcial do apelo vedada em lei (art. 576 CPP). A jurisprudência do STF. O ensinamento da doutrina.

*— Com o advento da nova parte geral do CP — ficou abolida em nosso processo a chamada ação penal **ex-officio**. Toda a ação penal pública tem como titular exclusivo, atualmente, o M.P.. Nulidade que se declara com base no artigo 564, II, CPP c.c. artigo 2.º § 1.º, LICC. Possibilidade de o M.P. oferecer denúncia enquanto não extinta a punibilidade.*

*— Nulidade da audiência realizada com a nomeação de Promotor **ad hoc**. Atualmente, em razão do artigo 55 da LOMP, é vedado o exercício das funções do M.P. a pessoas a ele estranhas. (art. 564, III, "d", CPP).*

— Contravenção de vadiagem. Ausência de laudo de exame de validez. Falta de exame de corpo de delito que impede o reconhecimento da aludida contravenção.

— Contravenção do artigo 25 da LCP. Tipicidade não provada pela falta de esclarecimento da FAC. Nulidade da sentença por cerceamento da acusação, de vez que a audiência se fez sem a presença do M.P. que, em tese, poderia requerer a produção daquela prova.

PARECER

Egrégia Câmara:

1. O acusado foi processado por infração aos artigos 25 e 59 da LCP. Acabou absolvido. Inconformado, o M.P. apelou da sentença alegando nulidade da sentença. A Defensoria Pública, em resposta, sustenta a validade da decisão. É o relatório.

2. Cabe, por primeiro, examinar se o apelo merece conhecimento. É que a petição do recurso não está despachada. Foi junta ao processo sem determinação judicial. Entendo que ela é tempestiva, de vez que o ilustre Dr. Promotor de Jus-

tiça tomou conhecimento da sentença em 21-10-85 (fls. 50), apelando na mesma data e ensejando conclusão ao Dr. Juiz em 22-10-85 (fls. 50-v.). Aliás, na dúvida, mesmo que não fosse possível precisar a data de recebimento da petição (21-10-85 — fls. 50-v.), o recurso deveria ser havido como tempestivo. É que, em matéria de recurso vige o princípio do aproveitamento. Esta, aliás, a sábia orientação do STF (cf. "RTJ" 89/799, *apud* CPP Anotado, Damásio Evangelista de Jesus, p. 355, Editora Saraiva, 1986).

3. Outro tema a merecer exame prévio diz respeito ao alcance do recurso.

É que a Promotoria de Justiça limitou-se, em suas razões, a argüir a nulidade da sentença. Porém, o apelo do Dr. Promotor de Justiça é amplo (fls. 52). Não se tratando de apelo limitado (art. 599 CPP), fica o Tribunal autorizado a julgar não só a preliminar invocada como também todo o processado, em razão do efeito devolutivo integral da apelação.

Esta, por sinal, a orientação do Pretório Maior:

"Se o Ministério Público não especifica de que parte do julgado recorre, entende-se que o faz de toda a decisão. Assim, se apela amplamente, "suas razões, ainda que possam ser interpretadas como parciais, obrigam ao conhecimento total" (cf. STF, "RTJ" 51/414, apud CPP Anotado, Damásio Evangelista de Jesus, p. 373, Editora Saraiva, 1986).

No mesmo sentido, o ensinamento do Professor José Frederico Marques (cf. *Elementos... apud op. cit.*, p. 373).

E o próprio Supremo, de outra feita, salientou que a limitação do âmbito do procedimento recursal em razões equivaleria para o M.P. à desistência parcial, o que é defeso (STF, CJ 6.114, "DJU", 08-06-79, p. 4.534, além de outras decisões: "RT" 525/393 e 521/414; "RTJ" 93/471 *apud op. cit.*, p. 373).

4. Assim conhecido o recurso (3), arguo preliminar, mais abrangente, de carência de ação.

Com o advento da nova parte geral do CP, a legitimidade ativa *ad causam* para promover a ação penal pública é exclusiva do M.P. (art. 100, § 1.º, CP).

O tema já fora objeto de debate por ocasião da entrada em vigor da Lei Complementar Federal de n.º 40/81 (art. 3.º, II). O Pretório Maior, consolidando seu entendimento na Súmula 611, sustentou que aquele diploma legislativo tratava, apenas, de organização do M.P. nos Estados, não podendo, assim, transmutar-se em regra processual.

Agora, em razão daqueles mesmos argumentos, a questão muda de figura.

O novo preceito constante do estatuto penal acabou por revogar, tacitamente, não só os artigos 26 e 531, CPP como também o procedimento traçado na Lei 4.611/65, abolindo a chamada ação penal *ex-officio*. Trata-se, agora, da sucessão de normas gerais dispondo sobre a mesma matéria e importando a lei nova, implicitamente, na abolição dos preceitos anteriores (art. 2.º, § 1.º, LICC). Cogita-se, igualmente, como de fácil observação, de lei geral, de natureza penal, posterior ao CPP e à Lei 4.611/65 do que regulou, por completo e no título próprio ("Da ação penal"), a legitimidade ativa *ad causam* para a ação penal pública.

A norma penal é de índole processual, uma vez que a ação penal é regulada nos dois Códigos (Penal e Processual Penal) e versa a respeito de condição genérica da ação. Em conseqüência, sua aplicação é imediata (art. 2.º, CPP).

Nesse ponto, a lei penal nada mais fez que antecipar-se à futura lei processual, colocando-se em compasso com ela, de vez que o anteprojeto do CPP põe fim ao procedimento *ex-officio*.

Dessa forma, nula é a ação penal *ab initio*, abrangendo o flagrante contraditório, inclusive, nos exatos termos do artigo 564, II, CPP. Como a nulidade é absoluta, a Promotoria de Justiça vem arguí-la de ofício, diante do efeito devolutivo integral do apelo. (3)

Nada impedirá que o órgão do M.P., enquanto não extinta a punibilidade, venha a ofertar denúncia contra o réu, se entender cabível a providência.

5. Agora, à preliminar do M.P.

O caso não apresenta maior dificuldade.

Constitui evidente nulidade a nomeação de Promotor *ad hoc*. Tratou-se, na hipótese, de *error in procedendo* que nulificou o processo a partir da audiência de fls. 47-v. nos exatos termos do artigo 564, III, "d" CPP c.c. artigo 55 da LOMP (Lei Complementar Federal n.º 40, de 14-12-81).

Atualmente, é vedado o exercício das funções do Ministério Público a pessoas a ele estranhas (art. 55, LOMP).

Portanto, o processo está eivado de nulidade a partir de fls. 47-v. Outra audiência deverá ser realizada com a presença do órgão do M.P. dotado de atribuição para tal fim.

O fato, aliás, reveste certa perplexidade, visto que, naquela assentada (fls. 47-v.), não são apresentadas razões pelas quais ocorreu a nomeação de Promotor *ad hoc*.

Nem se argumente, como quer a defesa, que não houve prejuízo. Como pode ela, substituindo-se ao M.P., dizer que não houve prejuízo? Quem pode afirmar que a posição do M.P., quando do julgamento, seria a do advogado nomeado? Afinal quem deduz a pretensão punitiva é o M.P. ou a defesa?

6. Ultrapassadas as preliminares (4 e 5), resta examinar o mérito.

O imputado foi preso em flagrante, por volta das 19 horas, aproximadamente, do dia 29-08-85, na Rua Souza Lima, porque trazia, em seu poder, chaves "michas" e também porque, sendo válido para o trabalho, não fez prova de atividade laborativa.

Negou a posse das chaves e alegou que era "biscateiro" (fls. 04). Voltou a negar a imputação em Juízo, dizendo-se, agora, "comerciário desempregado" (fls. 21) e alegando que "não tinha nada daquilo em seu poder" (referindo-se às "chaves michas").

Resta examinar a contravenção de vadiagem.

A contravenção em questão é daquelas que deixam vestígios. Daí a necessidade do laudo de exame de validez. Ora, tal laudo não veio ao processo nem jamais foi providenciado.

Com efeito, a contravenção do artigo 59 LCP refere-se ao ocioso, "válido para o trabalho".

Portanto, entendo que o réu deve ser absolvido da contravenção de vadiagem, não pelos argumentos expendidos na sentença, mas sim pela falta de prova de validez para o trabalho (arts. 158 e 564, III, "b" c.c. 386, VI, CPP).

Nem adiantará proceder-se, agora, ao exame, visto que a validade para o trabalho deveria referir-se à época do fato (29-08-85).

Quanto à contravenção do artigo 25 da LCP, também não restou configurada ainda, se bem que por razões diversas.

Aqui, até o momento, faltou tipicidade.

Trata-se, igualmente, de contravenção que deixa vestígios. Os vestígios e respectivo laudo, com resultado positivo, estão nos autos (fls. 02 e 25/26).

Ocorre que não ficou provado que o acusado já tinha sido condenado por crime de furto ou roubo, ou que estivesse no gozo de liberdade vigiada ou, ainda, que fosse vadio (veja-se acima o que ficou dito sobre a vadiagem) ou mendigo.

É certo que o Dr. Juiz realizou a audiência, sem a presença do M.P., antes de promover o esclarecimento da farta folha penal do réu (fls. 28/30).

Como no meu entender, o processo está eivado de dupla nulidade, nada impedirá que, agora, com a repetição do feito seja possível a obtenção da prova pretendida e dispensada, sem a ouvida do M.P., anteriormente.

Por ora, a contravenção do artigo 25 da LCP não está provada. Como se trata de preliminar que se entrosa com o mérito, deixei de arguí-la previamente.

7. Tudo visto e examinado, proponho:

- a) o conhecimento do recurso pois tempestivo (2);
- b) o conhecimento *total* do apelo (3);
- c) a declaração de nulidade do processo *ab initio*, na forma do parecer (4);
- d) vencida a preliminar (4), a declaração de nulidade do processo a partir de

fls. 47-v, inclusive (5);

e) superadas as prévias (4 e 5), o provimento *parcial* do apelo, para o fim de que se declare a nulidade da sentença por cerceamento da acusação (preliminar entrosada com mérito), ensejando-se a oportunidade do esclarecimento da *FAC* do réu, para os fins indicados (6, *in fine*);

f) vencidas todas as prévias (4 e 5) e superada, igualmente, a nulidade pretendida (preliminar de mérito 6, *in fine*), o desprovimento do recurso interposto pela ilustrada Promotoria de Justiça.

Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1986.

SERGIO DEMORO HAMILTON
Procurador de Justiça

Nota: Acolhida a segunda preliminar (Promotor *ad hoc*).