



MPF  
FLS. \_\_\_\_\_  
2ª CCR

**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO**

**VOTO Nº 7891/2013**

**PROCESSO Nº 0005503-02.2013.403.6119**

**ORIGEM: 2ª VARA FEDERAL DE GUARULHOS/SP**

**PROCURADORA OFICIANTE: CAROLINA BONFADINI DE SÁ**

**RELATORA: RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

**TERMO CIRCUNSTANCIADO. DENÚNCIA OFERECIDA. DIVERGÊNCIA ENTRE MAGISTRADO E MEMBRO DO MPF ACERCA DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 28 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO DA REMESSA.**

1. A Procuradora da República oficiante ofereceu denúncia conferindo aos fatos a capitulação jurídica do crime previsto no art. 183 da Lei 9.472/97, pela exploração clandestina de serviço de telecomunicações, sem a devida outorga da autoridade competente.
2. O Juiz Federal, divergindo do consignado na denúncia, conferiu nova capitulação jurídica aos fatos narrados, enquadrando-os no art. 70 da Lei nº 4.117/62, crime que, sendo de menor potencial ofensivo, admite a possibilidade de oferecimento da proposta de transação penal ao acusado.
3. Os autos foram remetidos à 2ª CCR, nos termos do art. 28 do CPP, por analogia, c/c o art. 62, IV, da LC nº 75/93.
4. O membro do MPF, quando oferece a denúncia, no gozo de sua prerrogativa da independência funcional, esgota a atividade do Ministério Público no que tange à propositura da ação penal, em observância ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.
5. Ausente qualquer hipótese de arquivamento explícito ou implícito, à 2ª CCR/MPF, portanto, não é dado o poder de rever o conteúdo dessa manifestação e tampouco a incumbência de ser o revisor desse juízo de pertinência. Precedentes do STF e STJ.
6. Não conhecimento.

Trata-se de Termo Circunstanciado em que o Ministério Público Federal, representado pela Procuradora da República Carolina Bonfadini de Sá, ofereceu denúncia contra GILSON RAMIRES, como incurso nas penas do art. 183 da Lei 9.472/97, pela exploração clandestina de serviço de telecomunicações, sem a devida outorga da autoridade competente.

O Juiz Federal Paulo Marcos Rodrigues de Almeida, por entender diversamente do consignado na denúncia, conferiu nova capitulação jurídica aos fatos narrados, enquadrando-os no art. 70 da Lei nº 4.117/62, crime que, sendo de menor potencial ofensivo, admite a possibilidade de oferecimento da proposta de transação penal ao acusado (fls. 216/220).

Mantido o dissenso, os autos foram remetidos à 2ª CCR, nos termos do art. 28 do CPP, por analogia, c/c o art. 62, IV, da LC nº 75/93.

É o relatório.

De início, ressalto que a capitulação do delito de exploração não autorizada do espectro de radiofrequência esbarra na necessidade de estabelecimento de critérios aptos a diferenciar as condutas prescritas no art. 70 da Lei 4.117/62 e no art. 183 da Lei 9.472/97, definição que trará implicações na fixação do juízo competente para processar e julgar o feito.

Dispõe o art. 70 da Lei nº 4.117/62:

Art. 70. Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos.

Parágrafo único. Precedendo ao processo penal, para os efeitos referidos neste artigo, será liminarmente procedida a busca e apreensão da estação ou aparelho ilegal.

Já o art. 183 da Lei nº 9.472/97 prescreve:

Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:

Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.

Em decisão acerca de conflito de competência, o Superior Tribunal delimitou as condutas delitivas insculpidas nos referidos artigos e, utilizando o critério da clandestinidade, esclareceu que o *“art. 70 da Lei 4.117/62 não foi revogado pelo art. 183 da Lei 9.472/97, já que as condutas neles descritas são diversas, sendo que no primeiro pune-se o agente que, apesar de autorizado anteriormente pelo órgão competente, age de forma*

*contrária aos preceitos legais e regulamentos que regem a matéria, e no segundo, aquele que desenvolve atividades de telecomunicações de forma clandestina, ou seja, sem autorização prévia do Poder Público” (CC 94.570/TO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 05/12/2008, DJe 18/12/2008).*

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento do HC 93870/SP, realizado em 20.4.2010, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, considerou que o crime do art. 183 da Lei 9.472/97 consumar-se-ia quando houvesse habitualidade, enquanto o delito do art. 70 da Lei 4.117/62 ocorreria caso inexistente reiteração da conduta. Nesse sentido, confira-se a publicação no Informativo nº 583 do STF:

**“Atividade Clandestina de Telecomunicação: Lei 9.472/97 e Lei 4.117/62 - 4**

Ressaltou-se, inicialmente, que se tornaria necessário saber se o art. 70 da Lei 4.117/62 continuaria, ou não, em vigor, dado o disposto no art. 215, I, da Lei 9.472/97 (“Ficam revogados: I – a Lei 4.117/62, salvo quanto à matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão;”). Considerou-se que, como o próprio núcleo do tipo penal indica, desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicações seria um crime habitual. Destarte, **ênfatizou-se que quem, uma vez ou outra, utiliza atividades de telecomunicações, sem habitualidade, não pratica o crime definido no art. 183 da Lei 9.472/97, mas sim o disposto no art. 70 da Lei 4.117/62. Reputou-se que a diferença entre os dois tipos penais seria esta: o crime do art. 183 da Lei 9.472/97 somente se consumaria quando houvesse habitualidade. Quando esta estiver ausente, ou seja, quando o acusado vier a instalar ou se utilizar de telecomunicações clandestinamente, mas apenas uma vez ou de modo não rotineiro, a conduta estaria subsumida no art. 70 da Lei 4.117/62, pois não haveria aí um meio ou estilo de vida, um comportamento reiterado ao longo do tempo, que seria punido de modo mais severo pelo art. 183 da Lei 9.472/97.** Assim, compreendeu-se que, no caso em análise, haver-se-ia de manter hígida a decisão, pois a denúncia esclarecera que os aparelhos de telecomunicações eram utilizados de forma clandestina e habitual pelo paciente no exercício da atividade de “lotação”, com o propósito de se comunicar com colaboradores da prática de transporte clandestino de passageiros e, assim, evitar ser flagrado pela fiscalização”. HC 93870/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 20.4.2010. (grifo)

Na espécie, o funcionamento clandestino de atividade de radiodifusão sonora em frequência modulada subsome-se à conduta delitiva prescrita no **art. 183 da Lei 9.472/97**, seja porque a exploração realizou-se sem prévia autorização do órgão competente, seja porque se desenvolveu com habitualidade.

No entanto, em que pesem os argumentos expendidos, tenho que a hipótese não comporta revisão por este Colegiado.

Estabelece o artigo 28 do CPP:

“Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

A doutrina e jurisprudência tem admitido a aplicação analógica do art. 28 do CPP diante do chamado arquivamento indireto dos autos do inquérito policial, também denominado pedido indireto de arquivamento, que ocorre quando há divergência entre as posições do Ministério Público e do Magistrado acerca da atribuição ministerial ou da competência para o processamento e julgamento de determinado feito.

Por sua vez, a Súmula 696 do STF prevê outra possibilidade:

“Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do código de processo penal.”

O referido verbete sumular autoriza a aplicação do artigo 28 do CPP, por analogia, quando houver divergência quanto ao oferecimento ou não da proposta de **suspensão condicional do processo**<sup>1</sup> que, diga-se de passagem, também se aplica à **transação penal**<sup>2 3</sup>.

<sup>1</sup> Art. 89 da Lei 9.099/95: “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).”

<sup>2</sup> PROCESSO PENAL. CORREIÇÃO PARCIAL. TRANSAÇÃO PENAL. DIVERGÊNCIA ENTRE JUIZ E MINISTÉRIO PÚBLICO SOBRE O CABIMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 28 DO CPP. É cediço, nas Cortes Superiores, que, havendo discordância entre o órgão acusador e juiz acerca da possibilidade ou não de oferecimento dos benefícios **de transação penal** e suspensão condicional do processo, deve ser aplicado, analogicamente, o art. 28 do CPP. **Súmula 696 do STF**. (COR 200404010001213, OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, TRF4 - OITAVA TURMA, 17/03/2004)

<sup>3</sup> Art. 76 da Lei n. 9.099/95: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

Contudo, não se encontrada abarcada pelo dispositivo a hipótese dos autos, em que o objeto da remessa não trata de arquivamento (*rectius* promoção de arquivamento) implícito<sup>4</sup> ou explícito. Na verdade, a divergência dos autos se circunscreve à discussão sobre a correta moldura típica para a conduta narrada na denúncia, ou seja, a matéria remetida a esta CCR se resume à análise da tipicidade do fato natural.

Como se sabe, tem-se por *causa petendi* (causa de pedir) em processo de natureza criminal a “**imputação de fato feita ao acusado na denúncia ou na queixa, por meio da qual se pretende atribuir-lhe responsabilidade penal, nos termos em que previsto na respectiva legislação**”<sup>5</sup>. É esta imputação de fato que deve se manter estabilizada durante o processo em ordem a garantir a correlação entre o pedido (melhor seria dizer entre os fatos) e a sentença.

Para que haja aplicação da Súmula 696 do STF, deve-se partir do princípio de que tanto o órgão acusador quanto o Juiz **não divergem** sobre a **imputação do fato**, nem sobre a **capitulação do crime**, mas apenas em relação à existência ou não de situação que justifique o oferecimento da proposta de **sursis** ou de **transação penal** pelo Ministério Público. Significa dizer que a referida súmula será observada nos casos em que a divergência se restringir tão-somente à análise sobre o **preenchimento ou não dos pressupostos legais permissivos** para a concessão desses benefícios (antecedentes, reincidência, culpabilidade, personalidade do agente). Nessa ocasião, **não se discutem os fatos imputados ao investigado, nem a respectiva capitulação jurídica**. Tanto é verdade que, uma vez concedido o benefício e não cumpridas as condições por parte do beneficiário, a persecução penal retornará ao estado anterior e terá prosseguimento nos mesmos termos em que teria sido deflagrada. Confira-se:

EMENTA: HABEAS CORPUS. LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. TRANSAÇÃO PENAL. DESCUMPRIMENTO: DENÚNCIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. REVOGAÇÃO. AUTORIZAÇÃO LEGAL. 1. **Descumprida a transação penal, há de se retornar ao status quo ante a fim de possibilitar ao Ministério Público a persecução penal (Precedentes)**. 2. A revogação da suspensão condicional decorre de autorização legal, sendo ela

<sup>4</sup> Promoção de arquivamento implícito haveria se o procurador deixasse de incluir na denúncia fatos existentes (arquivamento implícito objetivo) ou deixasse de incluir investigados na incoativa (arquivamento implícito subjetivo).

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 720.

passível até mesmo após o prazo final para o cumprimento das condições fixadas, desde que os motivos estejam compreendidos no intervalo temporal delimitado pelo juiz para a suspensão do processo (Precedentes). Ordem denegada. (HC 88785, EROS GRAU, STF)

A definição jurídica do fato dada pelo Ministério Público na vestibular acusatória não vincula o juiz. Desde que “*sem modificar a descrição do fato contida na denúncia*”, o magistrado poderá, sem necessidade de aditamento pelo *Parquet*, conferir à história narrada na incoativa um novo juízo de tipicidade, “*ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave*” (*ementatio libelli* - art. 383, do CPP). A capitulação conferida pelo Procurador da República poderá ser desconsiderada pelo magistrado sem qualquer prejuízo para os princípios da correlação e da ampla defesa, já que, como se sabe, é dos fatos que o acusado se defende e é em torno deles que o processo se desenvolve.<sup>6</sup>

Não é dado ao Magistrado, no juízo de prelibação, ajustar as condutas descritas na denúncia ao tipo que entende adequado, operando, assim, a desclassificação, porquanto é atribuição privativa do Ministério Público, como titular único da ação penal pública (CF, art. 129, I), fazer a capitulação do delito atribuído ao acusado na inicial acusatória.

Não é lícito ao Juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo perfunctório de admissibilidade da acusação<sup>7</sup>, dar outra definição jurídica aos fatos narrados na peça incoativa, certo que dispõe de momento processual adequado para fazê-lo, ou seja, quando da prolação da sentença, ocasião em poderá ocorrer a *emendatio libelli* ou mesmo a *mutatio libelli*, se a instrução criminal assim o indicar, com as providências processuais pertinentes. Este é o entendimento pacífico vigente no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal (RT 607/399; RT 620/384-5):

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. DESCLASSIFICAÇÃO. ESTATUTO DO IDOSO. DOLO.

**A classificação do crime, ou a definição jurídica dos fatos, cabe ao Ministério Público como titular privativo da ação penal, nos termos do art. 129, I, da Lei Magna, não sendo dado ao Juiz, no juízo de admissibilidade**

<sup>6</sup> STJ – HC 23483 / MA, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, v.u., DJ 12.05.2003, p. 314.

<sup>7</sup> STF: RHC 93853, Rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, julgado em 29/04/2008, DJe-097 DIVULG 29-05-2008, PUBLIC 30-05-2008, LEXSTF: v. 30, n. 357, 2008, p. 420-429.

da acusação, operar a desclassificação da conduta feita na denúncia para oportunizar aplicação de sursis processual, certo que a emendatio ou mutatio libelli somente pode ser feita quando da prolação da sentença. Precedentes.”

(...) omissis

(HC 41.078/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2005, DJ 03/10/2005 p. 294)<sup>8</sup>

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DA CAPITULAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CONCESSÃO DE SURSIS PROCESSUAL: IMPOSSIBILIDADE. NÃO- APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 168-A, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Não é lícito ao Juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, conferir definição jurídica aos fatos narrados na peça acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença, ocasião em que poderá haver a emendatio libelli ou a mutatio libelli, se a instrução criminal assim o indicar.” - grifei

(...) omissis

(HC 87324, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, julgado em 10/04/2007, publicado no DJ em 18-05-2007, pág. 00082, RJSP: v. 55, n. 356, 2007, p. 177-186)

Por outro lado, deve-se ressaltar que, quando se trata de transação penal, mesmo que a controvérsia entre o magistrado e o órgão do *Parquet* seja em relação à capitulação jurídica do fato, indo além dos pressupostos legais de concessão desse benefício, esta Câmara pode dirimir o conflito de capitulação e indicar o tipo penal adequado, pois, quando do oferecimento desse benefício em especial, o promotor natural ainda não esgotou a atividade do Ministério Público, no que se refere à propositura da ação penal. Isso já não acontece em relação à suspensão condicional do processo, uma vez que, na proposta, o *Parquet* alternativamente já oferece a respectiva denúncia – que é imutável por parte desta Câmara –, com a sua opinião sobre o delito (capitulação jurídica dos fatos).

Enfim, dá análise de todas essas situações, conclui-se que, **quando se trata de discussão sobre pressupostos legais permissivos para a concessão da transação penal ou da suspensão condicional do processo, esta Câmara**

<sup>8</sup> No mesmo: STJ > HC 19317/SP, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma, julgado em 19/03/2002, DJ 06/05/2002 p. 325; REsp 504401/PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 18/11/2003, DJ 09/12/2003 p. 321; HC 142.099/AC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgado em 17/12/2009, DJe 01/02/2010.

**sempre poderá conhecer da demanda.** Isso porque, nesse caso, tanto o Magistrado quanto o Procurador da República não discordam em relação ao tipo penal, mas tão-somente em relação aos preenchimento desses requisitos por parte do acusado.

Entretanto, **quando a divergência não estiver relacionada a esses pressupostos, e sim ao tipo penal a que o fato se amolda, esta Câmara somente poderá indicar a capitulação jurídica adequada e, por consequência, decidir sobre a concessão ou não do benefício, quando a denúncia ainda não tiver sido oferecida.**

Posto isso, têm-se as seguintes soluções para as questões:

I) Havendo divergência entre o membro do Ministério Público e o Juiz acerca da capitulação do delito, mas oferecida a denúncia, o caso é de não conhecimento da remessa, na medida em que houve obediência ao princípio da obrigatoriedade da ação penal e, ainda, não é dado ao Juiz, no juízo de admissibilidade da acusação, operar a desclassificação da conduta feita na denúncia para oportunizar aplicação de sursis processual, certo que a *emendatio* ou *mutatio libelli* somente pode ser feita quando da prolação da sentença.

II) Havendo oferecimento da denúncia, mas se referindo a divergência apenas quanto aos pressupostos legais permissivos da transação penal ou suspensão condicional do processo a que se referem os artigos 76 e 89 da Lei n. 9.099/95, aplica-se a disposição da Súmula 696 do STF, ou seja, devem o autos ser remetidos a esta 2ª CCR, em analogia ao disposto no art. 28 do CPP c/c o inciso IV do art. 62 da LC n. 75/93.

III) Havendo divergência entre o membro do Ministério Público e o Juiz acerca da capitulação do delito, mas oferecida a proposta de transação por parte do *Parquet*, mesmo que a discordância se relacione com a capitulação do crime, o caso é de conhecimento da remessa e respectiva análise do mérito, em obediência ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, por analogia ao art. 28 do CPP c/c o inciso IV do art. 62 da LC n. 75/93.



Assim, a remessa do feito, por aplicação analógica do art. 28 do CPP, é descabida no presente caso, uma vez que a denominada **regra da devolução** somente é cabível quando o **princípio da obrigatoriedade** da ação penal pública não é observado pelo promotor natural, posicionamento este já adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA INAUGURAL OFERECIDA PELA PRÁTICA, EM TESE, DO CRIME DE USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM DESFAVOR DO ACUSADO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 28, DO CPP, PELO JULGADOR, NO ATO DO JUÍZO DE PRELIBAÇÃO DA AÇÃO PENAL. ADITAMENTO DETERMINADO PELO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROMOTOR NATURAL E DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL.**

**1. A emendatio ou a mutatio libelli, previstas, respectivamente, nos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal, são institutos de que pode se valer o Juiz quando da prolação da sentença, não havendo previsão legal para sua realização em momento anterior, muito menos no juízo de prelibação. Precedentes.**

**2. A regra da devolução, prevista no art. 28 do Código de Processo Penal, somente é aplicável quando o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública é inobservada pelo promotor natural, momento processual em que o juiz investe-se no papel de fiscal, a fim de velar pela obediência a tal princípio.**

**3. O promotor natural, quando oferece a denúncia, no gozo de sua prerrogativa da independência funcional, esgota a atividade do Ministério Público no que tange à propositura da ação penal. Ao Procurador-Geral de Justiça, portanto, não é dado o poder de rever o conteúdo dessa manifestação e tampouco a incumbência de ser o revisor desse juízo de pertinência.**

**4. Interpretação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal não autoriza o Juiz a descrever nova conduta incriminadora, avocando, para si, a condição de parte, em clara ofensa à inércia da jurisdição.<sup>9</sup>.**

Cingindo-se a remessa à análise de questão de mérito após o oferecimento da denúncia, não cabe a esta 2ª CCR proceder ao exercício de sua função revisional, uma vez que inexistente qualquer hipótese de arquivamento, seja explícito ou implícito.

Sendo assim, não caracterizada divergência autorizadora da atuação revisional desta CCR, não conheço da presente remessa.

---

<sup>9</sup> STJ – RHC 13887 / SP, 5ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, v. u., DJ 14.03.2005, p. 383.

Devolvam-se os autos à 2ª Vara Federal de Guarulhos/SP, com as devidas homenagens, cientificando-se o membro do *Parquet* Federal oficiante.

Brasília-DF, 7 de outubro de 2013.

**Raquel Elias Ferreira Dodge**  
Subprocuradora-Geral da República  
Coordenadora da 2ª CCR/MPF

/T.