



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª Câmara de Coordenação e Revisão

VOTO Nº 2576/2016

PROCESSO Nº 5074356-78.2014.4.04.7100

ORIGEM: 22ª VARA FEDERAL DE PORTO ALEGRE/RS

PROCURADOR DA REPÚBLICA OFICIANTE: FELIPE SOUZA

RELATOR: JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

AÇÃO PENAL. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA PELO MPF EM DESFAVOR DO RÉU PELA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ART. 241-A, CAPUT, E 241-B, CAPUT, AMBOS DA LEI Nº 8.069/90. RECEBIMENTO DA PEÇA EXORDIAL PELO JUIZ FEDERAL. DILIGÊNCIAS. PROFERIMENTO DE SENTENÇA MERITÓRIA PARCIAL, COM ABSOLVIÇÃO DO AGENTE PELA CONDUTA DO ART. 241-A DO ECA. POSTERGAÇÃO DO EXAME DO MÉRITO DA INFRAÇÃO PENAL REMANESCENTE. ABERTURA DE VISTA AO PROCURADOR OFICIANTE, PARA EVENTUAL OFERECIMENTO DE SURSIS, DIANTE DA PENA COMINADA A TAL DELITO. APRESENTAÇÃO DE RAZÕES DE APELAÇÃO PELO MEMBRO MINISTERIAL, REQUERENDO AO TRIBUNAL O RECONHECIMENTO DA MATERIALIDADE DA CONDUTA DE QUE FOI LIVRADO O RÉU. REMESSA DO FEITO A ESTA 2ª CCR/MPF. MATÉRIA DEVIDAMENTE JUDICIALIZADA E NÃO AFETA À ALÇADA DESTE ÓRGÃO COLEGIADO. NÃO CONHECIMENTO DA REMESSA.

1. Ação penal que foi ajuizada pelo Ministério P\xfablico Federal, tendo em vista oferecimento de denúncia pela prática dos crimes previstos nos arts. 241-A, caput, e 241-B, caput, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), vez que o réu teria armazenado e divulgado, na rede mundial de computadores, material de natureza pedófila, em 22.04.2012.

2. Recebimento da peça vestibular pelo Juiz Federal, que, no entanto, após diligências, proferiu sentença parcial meritória, absolvendo o réu quanto ao delito descrito no art. 241-A do ECA, por entender ausentes provas da materialidade, postergando, todavia, o exame do mérito quanto ao crime do art. 241-B da mesma legislação. Considerando a pena cominada a este último crime, oportunizou o Magistrado ao MPF prazo para eventual oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo.

3. Apresentação de razões de recurso de apelação pelo Membro ministerial, requerendo ao Juízo *ad quem* a reforma do edital absolutório, ante a prova incontestável da materialidade da infração de disponibilização de material pedófilo na *Internet*.

4. Remessa dos autos a esta 2ª Câmara de Coordenação e Revisão.

5. Matéria devidamente judicializada e não afeta à alçada deste Órgão Colegiado.

6. No particular, se o Julgador, após proferir sentença parcial do mérito, absolveu o réu por um dos crimes narrados na acusatória, entendendo que o tipo penal remanescente comporta o *sursis*, e o *Parquet* se recusa a oferecer o instituto despenalizador, ao apresentar razões de apelação ao Órgão Judicial *ad quem*, para reconhecimento da infração penal de que foi livrado o réu, a matéria resta, então, devidamente judicializada, cabendo, agora, ao Tribunal competente decidir acerca da materialidade de tal delito, ao final de que, então, o Membro ministerial analisará os requisitos subjetivos para agraciar o agente, ou não, com a benesse mencionada.

7. Não conhecimento da presente remessa.

Cuida-se de ação penal ajuizada pelo Ministério Público Federal, tendo em vista oferecimento de denúncia pela prática dos crimes previstos nos arts. 241-A, *caput*, e 241-B, *caput*, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), vez que o réu teria armazenado e divulgado, na rede mundial de computadores, material de natureza pedófila, em 22.04.2012.

O Juiz Federal recebeu a peça vestibular e após diligências, proferiu sentença parcial de mérito, absolvendo o réu quanto ao delito descrito no art. 241-A do ECA, por entender ausentes provas da materialidade, postergando, todavia, o exame do mérito quanto ao crime do art. 241-B da mesma legislação. Considerando a pena cominada a este último crime, oportunizou o Magistrado ao MPF prazo para eventual oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo.

O Procurador da República oficiante apresentou, assim, razões de recurso de apelação, requerendo ao Juízo *ad quem* a reforma do édito absolutório, ante a prova inconteste da materialidade da infração de disponibilização de material pedófilo na *Internet*.

Mantido o dissenso, vieram os autos a esta 2^a Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, por aplicação analógica ao art. 28 do Código de Ritos Penais.

Eis, em síntese, o relatório.

A presente remessa não comporta conhecimento.

Em próemio, mister se faz tecer breve comentário no que concerne ao cabimento da aplicação analógica do art. 28 do Código de Ritos Penais ao caso em exame.

Os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo atuam como mecanismos de despenalização em relação a crimes de menor potencial ofensivo, substituindo, em tais casos, a busca da tradicional medida privativa de liberdade por uma providência estatal definida de forma consensual, possibilitando, a um só tempo, resposta oficial à lesão ao bem

jurídico e ressocialização daquele a quem se imputa a prática delitiva, sem afirmar, ou rejeitar, peremptoriamente, o caráter ilícito do fato.

Na primeira hipótese – transação penal –, caso o Ministério Público Federal não tenha oferecido a peça vestibular, se a controvérsia existente entre o Procurador da República natural e o Juiz Federal transcender à questão acerca dos requisitos legais para a concessão da benesse, incidindo sobre a própria capitulação jurídica dos fatos, cabe e esta Câmara decidir sobre o oferecimento, ou não, desse benefício, indicando, inclusive, o tipo penal adequado. Isso porque, quando o Membro do MPF deixa de oferecer a denúncia, para propor a transação penal, a tipificação por ele indicada na concessão desse instituto jurídico não possui a mesma vinculação daquela que seria indicada na exordial acusatória, motivo pelo qual é possível a revisão dessa capitulação jurídica por este Colegiado.

Na segunda hipótese – suspensão condicional do processo –, a Câmara se encontra limitada a se manifestar, apenas, sobre o preenchimento, ou não, dos requisitos legais para a concessão do *sursis*, sem a possibilidade de conhecer de eventual controvérsia sobre a tipificação penal, porquanto o Procurador natural, quando oferece o benefício, o faz juntamente com a denúncia, esgotando, assim, a atividade do Ministério Público Federal, no que tange à propositura da ação penal.

Do mesmo jaez, quando o MPF oferece denúncia em relação a um crime em que não cabe a suspensão condicional do processo e o Juiz entende que a conduta se amolda a outro tipo penal em que caberia o *sursis*, não é cabível remessa dos autos a este Órgão Revisor, dado que houve o esgotamento da atividade ministerial em relação à persecução penal.

Todavia, em sentido diametralmente oposto ao entendimento aqui esposado, alguns sustentam a possibilidade de a 2^a CCR conhecer de qualquer dissenso entre a Justiça e o *Parquet* acerca da concessão das prefladas benesses, aplicando, indiscriminadamente, o art. 28 daquele *Codex*, por analogia, com esteio na Súmula nº 696 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

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.

Veja-se que o verbete acima transcrito autoriza a aplicação do prefalado artigo, por analogia, quando houver divergência quanto ao oferecimento, ou não, da proposta de suspensão condicional do processo¹, sendo admitido, também, à transação penal² ³. Porém, tal enunciado só rege os casos em que a discussão se limita aos requisitos legais para a concessão de tais benefícios, e não quando se tratar de debate sobre o tipo penal, conforme será explicado adiante.

Ora, é de ciência correntia que se tem, 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*”⁴. E é esta imputação, em verdade, 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. Em outras palavras, é essa situação que afasta a possibilidade de o Juiz conferir nova capitulação criminosa ao fato logo quando do recebimento da denúncia.

Para que haja incidência da Súmula nº 696 do Pretório Excelso, deve-se partir do princípio de que tanto o órgão acusador quanto o Juiz não divergem quanto à 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 tal enunciado será observado nos casos em que a divergência se restringir, tão

¹ 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).*”

² “*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)

³ 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.*”

⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 720.

só, 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 assim que, deferido o instituto 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.

A propósito, por bem se ajustar ao assunto ora ventilado, vale a leitura do excerto a seguir colacionado:

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 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) – Grifou-se.

Noutra banda, oportuno ressaltar que, quando se tratar de transação penal, ainda que a controvérsia entre o Magistrado e o Órgão do *Parquet* permeie a 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 Procurador natural ainda não esgotou a atividade do MPF, no que cinge à propositura da ação penal.

O mesmo não ocorre, contudo, quanto à suspensão condicional do processo, em que, na proposta, o *Parquet*, alternativamente, já oferece a respectiva denúncia – que é imutável por parte deste Colegiado –, com a sua opinião sobre o delito (capitulação jurídica dos fatos).

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

Nesse sentido:

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. (RHC n° 13887/SP, STJ, 5ª Turma, Min. Laurita Vaz, DJ: 14/03/2005, p. 383) – Grifou-se.

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 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.

(...). (HC nº 41.078/SP, STJ, 5ª Turma, Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ: 13/09/2005)⁵ - Grifou-se.

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 (...). (HC nº 87.324, 1ª Turma, Min. Cármem Lúcia, DJ: 18/05/2007) – Grifou-se.

Ora: “*O juiz não é parte e, portanto, inadmissível, em princípio, ex vi art. 89 da Lei nº 9.099/95 c/c os arts. 129, inciso I da Carta Magna e 25, inciso III da LONMP, que venha a oferecer o sursis processual ex officio ou a requerimento da defesa.*” (STJ, Quinta Turma, HC 200800269215, Relator Min. FELIX FISCHER, DJE 01/06/2009).

Logo, imprescindível é o assentimento do Órgão Ministerial para a concessão da suspensão condicional do processo ou da transação penal, benefícios estreitamente conectados à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, inciso I).

Entre os precedentes da Suprema Corte merecem destaque:

HABEAS CORPUS. CRIME DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, DESCLASSIFICADO PARA LESÃO CORPORAL GRAVE. PRETENDIDO DIREITO SUBJETIVO À SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95) OU À SUSPENSÃO DA PENA (ART. 77 DO CP). ORDEM DENEGADA. O benefício da suspensão condicional do processo não traduz direito subjetivo do acusado. Presentes os pressupostos objetivos da Lei nº 9.099/95 (art. 89) poderá o Ministério Público oferecer a proposta, que ainda passará pelo crivo do magistrado processante. Em havendo discordância do juízo quanto à negativa do Parquet, deve-se aplicar, por analogia, a norma do art. 28 do CPP, remetendo-se os autos à Procuradoria-Geral de Justiça (Súmula 696/STF). Não há que se falar em obrigatoriedade do Ministério Público quanto ao oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo. Do contrário, o titular da ação penal seria compelido a sacar de um instrumento de índole tipicamente transacional,

⁵ No mesmo sentido, STJ: REsp nº 504401/PR, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ: 09/12/2003; HC nº 142.099/AC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe: 01/02/2010.

como é o sursis processual. O que desnaturaria o próprio instituto da suspensão, eis que não se pode falar propriamente em transação quando a uma das partes (o órgão de acusação, no caso) não é dado o poder de optar ou não por ela. Também não se concede o benefício da suspensão condicional da execução da pena como direito subjetivo do condenado, podendo ela ser indeferida quando o juiz processante demonstrar, concretamente, a ausência dos requisitos do art. 77 do CP. Ordem denegada. (HC 84342, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 12/04/2005, DJ 23/06/2006 PP-00053)

Transação penal homologada em audiência realizada sem a presença do Ministério Público: nulidade: violação do art. 129, I, da Constituição Federal. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal - que a fundamentação do leading case da Súmula 696 evidencia: HC 75.343, 12.11.97, Pertence, RTJ 177/1293 -, que a imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público quer à suspensão condicional do processo, quer à transação penal, está conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I). 2. Daí que a transação penal - bem como a suspensão condicional do processo - pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público. (RE 468161, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/03/2006, DJ 31/03/2006 PP-00018) – Grifou-se.

Posto isso, são extraídas, em resumo, as seguintes soluções para as questões em alusão:

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

II) havendo oferecimento da denúncia, mas se referindo a divergência, apenas, quanto aos pressupostos legais permissivos da transação penal ou da suspensão condicional do processo, a que se referem os artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95, aplica-se a disposição da Súmula nº 696 do Supremo Tribunal Federal, isto é, devem os autos ser remetidos a esta 2ª CCR, em analogia

ao estabelecido no art. 28 do CPP cumulado com o inciso IV do art. 62 da LC nº 75/93; ou

III) havendo divergência entre o Procurador da República e o Magistrado 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 cumulado com o inciso IV do art. 62 da LC nº 75/93.

A matéria judicializada aqui tratada, contudo, não é afeta à alçada desta 2ª Câmara de Coordenação e Revisão.

No particular, se o Julgador, após proferir sentença parcial do mérito, absolveu o réu por um dos crimes narrados na acusatória, entendendo que o tipo penal remanescente comporta o *sursis*, e o Parquet se recusa a oferecer o instituto despenalizador, ao apresentar razões de apelação ao Órgão Judicial *ad quem*, para reconhecimento da infração penal de que foi livrado o réu, a matéria resta, então, devidamente judicializada, cabendo, agora, ao Tribunal competente decidir acerca da materialidade de tal delito, ao final de que, então, o Membro ministerial analisará os requisitos subjetivos para agraciar o agente, ou não, com a benesse mencionada.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento da remessa e pela devolução dos autos ao Juízo de Origem, cientificando-se o Procurador da República oficiante, com as homenagens de estilo.

Brasília/DF, 14 de abril de 2016.

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho
Subprocurador-Geral da República
Suplente – 2ª CCR