



MPF
FLS. _____
2ª CCR

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

VOTO Nº 8977/2017

PROCESSO Nº 0004633-20.2014.4.03.6119

ORIGEM: 4ª VARA FEDERAL DE GUARULHOS/SP

PROCURADOR OFICIANTE: ISAC BARCELOS PEREIRA DE SOUZA

RELATOR: LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

AÇÃO PENAL. CRIME DE DESCAMINHO TENTADO. DIVERGÊNCIA ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E O JUIZ ACERCA DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA DO CRIME. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 28 DO CPP C/C LC 75/93, ART. 62, IV. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO DA REMESSA.

1. Denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal em desfavor de ré, como incursa no artigo 334, caput, c/c art. 14, II, e parágrafo único, do Código Penal (descaminho tentado).
2. Após longo percurso processual em que se discutiu o recebimento da denúncia e a aplicação do princípio da insignificância, os autos foram distribuídos à Sexta Turma do STJ. O Relator, por decisão monocrática, afastou a aplicação do princípio da insignificância e determinou o retorno dos autos para seu regular prosseguimento, fundamentando que a Terceira Seção da Corte Superior firmou a orientação de que, no crime de descaminho, o princípio da insignificância somente afasta a tipicidade da conduta se o valor dos tributos elididos não ultrapassar a quantia de R\$ 10.000,00, estabelecida no artigo 20 da lei 10.522/02, fazendo prevalecer, assim, o acórdão proferido no TRF-3. Ressalvou, no entanto, o valor de tributos iludidos em R\$ 12.409,74, pois prevaleceu o entendimento de que não se incluiu no cômputo a quantia referente ao PIS e COFINS, mas tão somente ao IPI e ao Imposto de Importação que seriam devidos à entrada irregular da mercadoria no país.
3. Com o retorno dos autos à primeira instância e encerrada a instrução processual, foram apresentadas as alegações finais do MPF, pugnando pela condenação da ré pela prática do delito tipificado no artigo 334, § 3º, do Código Penal, e da defesa, requerendo fosse declarada a ré inocente no tocante a imputação que lhe fora imposta.
4. O Juiz Federal entendeu que a causa de aumento prevista no § 3º do artigo 334 do Código Penal apenas pode ser aplicada na hipótese de transporte aéreo clandestino, assim, em tese, seria cabível a suspensão condicional do processo, devendo ser aplicado o § 1º do artigo 383 do Código de Processo Penal, encaminhando os autos ao Ministério Público Federal para oferta de eventual proposta de suspensão condicional do processo.
5. O Procurador da República deixou de apresentar a proposta do benefício do artigo 89 da Lei 9.099/95 (suspensão condicional do processo), entendendo que o Juízo de primeiro grau, por ocasião da análise da resposta à acusação, consignou de modo expresso que não era hipótese de proposta de suspensão condicional do processo, portanto, encontra-se preclusa a questão, não se mostrando possível a reanálise.
6. Mantida a divergência, os autos foram remetidos à 2ª CCR, nos termos do art. 28 do CPP c/c art. 62, IV, da LC 75/93, para análise da pertinência, ou não, da eventual proposta de suspensão condicional do processo.

7. Havendo divergência entre o membro do Ministério Público e o Juiz acerca da capitulação jurídica do crime (embora com evidentes reflexos no cabimento, ou não, da suspensão condicional), 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 que a emendatio ou mutatio libelli somente pode ser feita quando da prolação da sentença.

8. Ademais, cabe ressaltar que a definição jurídica do fato dada pelo Ministério Público na inicial não vincula o juiz, já que “sem modificar a descrição do fato contida na denúncia”, o magistrado poderá, sem necessidade de aditamento pelo Parquet, conferir aos fatos narrados um novo juízo de tipicidade, “ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave” (emendatio libelli - art. 383, do CPP). Assim, a capitulação conferida pelo Procurador da República poderá ser desconsiderada pelo magistrado sem qualquer prejuízo para os princípios da correlação e da ampla defesa, uma vez que, como se sabe, é dos fatos que o acusado se defende e é em torno deles que o processo se desenvolve.

9. Não conhecimento da remessa.

Trata-se de denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal em desfavor de MARIA ANDREIA TARIFA, como incursa no artigo 334, caput, c/c art. 14, II, e parágrafo único, do Código Penal (descaminho tentado) (fls. 2/17).

Consta que, em 26.06.2012 e 31.07.2012, MARIA ANDREIA TARIFA, única responsável pela gerência e administração da firma individual “M. A. Tarifa Eletrônicos Ltda.”, sediada em Alfredo Marcondes/SP, dolosamente, tentou iludir, em parte, o pagamento dos tributos (II, IPI, Cofins e Pis/Pasep) incidentes sobre a entrada no país de mercadorias adquiridas no exterior.

O valor total dos tributos federais (II, IPI, Cofins e Pis/Pasep) que seriam sonegados, caso o delito de descaminho tivesse se consumado, foi estimado, pela Receita Federal do Brasil (RFB), no valor total de R\$ 20.032,97 (vinte mil e trinta e dois reais e noventa e sete centavos).

Oferecida a denúncia pelo Ministério Público Federal, a MM. Juíza Federal Paula Mantovani Avelino entendeu ser o caso de rejeição liminar da denúncia, com fulcro no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, porquanto faltaria justa causa penal, ante o valor dos tributos que a denunciada tentou iludir, o que autorizaria a aplicação do princípio da insignificância (fls. 19/21).

O fundamento utilizado pelo Juízo reside no fato de que, embora a evasão fiscal esteja acima de R\$ 10.000,00, a Portaria nº 75, de 22/03/2012 (DOU, Seção 1, de 26/03/2012, pp. 22/23), oriunda do Ministério da Fazenda,

informa que não mais são de interesse fiscal as execuções fiscais de débitos da Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja inferior a R\$ 20.000,00, ou seja, se não existe interesse no âmbito administrativo para cobrança judicial de tributos de valores inferiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), não resta possível responsabilizar a denunciada criminalmente, pois os valores dos tributos sonegados no presente caso seriam pouco superiores a R\$ 20.000,00.

O Ministério Público Federal interpôs recurso em sentido estrito, sob o argumento que no ordenamento jurídico encontra-se em vigor a Lei 10.522/2002, então utilizada como fundamento legal pelo acórdão paradigmático, qual seja, STF - HC 92.438/PR, da lavra do Min. Joaquim Barbosa, julgado em 19/08/2008, para se definir o valor entendido como insignificante, no caso, o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (fls. 23/39).

Argumentou, ainda, que embora a Portaria MF 75/2012 versar sobre matéria atinente a créditos e débitos tributários, seu conteúdo normativo deve estar adstrito ao disposto na norma anterior superior, no caso específico, a Lei nº 10.522/2002, que disciplina sobre o cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências, a qual, no artigo 20, com redação dada pela Lei 11.033/2004, dispõe:

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). (Redação dada ao caput pela Lei nº 11.033, de 21.12.2004, DOU 22.12.2004 - sublinhou-se).

Ao julgar o referido recurso, a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3^a Região, por maioria, deu-lhe provimento, determinando o recebimento da denúncia (fl. 110).

A ré opôs embargos infringentes, às fls. 111/123, com fundamento no artigo 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, objetivando a prevalência do voto vencido, proferido pelo E. Desembargador Federal André Nekatschalow, que entendeu no sentido de negar provimento ao recurso ministerial, ao argumento de que “*a Secretaria da Receita Federal da Alfândega do Aeroporto Internacional de São Paulo (SP) informou que o valor dos tributos*

iludidos à época dos fatos corresponde a R\$ 20.032,97. Desse valor, contudo, deve ser excluído o montante referente a PIS/PASEP e Cofins, ou seja, R\$ 8.214,17" (fl. 107v).

Ao julgar os embargos, a Quarta Seção do TRF 3, por unanimidade, deu-lhes provimento, para o fim de fazer prevalecer o voto vencido e a consequente rejeição da denúncia, mediante a aplicação do princípio da insignificância, com fundamento no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal (fl. 144).

Entrevendo a existência de omissões e contradições no *decisum*, o Ministério Público Federal opôs embargos de declaração com efeitos modificativos, às fls. 146/153, sendo que a Quarta Seção do TRF-3, por unanimidade, negou-lhes provimento (fl. 164).

Ato contínuo, o Ministério Público Federal interpôs Recurso Especial, rogando por seu provimento para o devido processamento da ação penal proposta em face de MARIA ANDREIA TARIFA, como incursa no artigo 334, caput, c/c art. 14, inciso II, do Código Penal (fls. 167/179).

Distribuído à Sexta Turma do STJ, o Relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, por decisão monocrática, afastou a aplicação do princípio da insignificância e determinou o retorno dos autos para seu regular prosseguimento, fundamentando que a Terceira Seção da Corte Superior firmou a orientação de que, no crime de descaminho, o princípio da insignificância somente afasta a tipicidade da conduta se o valor dos tributos elididos não ultrapassar a quantia de R\$ 10.000,00, estabelecida no artigo 20 da lei 10.522/02, fazendo prevalecer, assim, o acórdão proferido no TRF-3. Ressalvou, no entanto, o valor de tributos iludidos em R\$ 12.409,74, pois prevaleceu o entendimento de que não se incluiu no cômputo a quantia referente ao PIS e COFINS, mas tão somente ao IPI e ao Imposto de Importação que seriam devidos à entrada irregular da mercadoria no país (fls. 219/222).

Ainda no STJ, a ré interpôs agravo regimental (fls. 295v/301v), ao qual foi negado provimento, pelo Relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma (fls. 305/307).

Nesse ínterim, com o retorno dos autos à 1ª Instância, o Juiz Federal Etiene Coelho Martins, da 4ª Vara Federal de Guarulhos/SP, considerou que a decisão proferida pelo TRF-3, em sede de recurso em sentido estrito, equivale ao efetivo recebimento da denúncia e passou a deliberar em relação ao prosseguimento do feito, designando audiência de instrução e julgamento (fls. 223/224).

A ré apresentou defesa preliminar sustentando inépcia da denúncia, com fundamento no artigo 41 do Código de Processo Penal, sob alegação de que a denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal não traz detalhadamente os fatos imputados à ré. Requeru a aplicação do princípio da insignificância, sustentando para tanto que o valor de R\$ 10.000,00, previstos no artigo 20 da Lei 10.522/02, encontra-se defasado, devendo ser corrigido para o patamar de R\$ 26.435,16. Por fim, insurgiu-se pela extinção da punibilidade, sob alegação de que não existe nenhum débito tributário pendente (fls. 238/245).

O Ministério Público Federal rechaçou as alegações da defesa argumentando que os fatos imputados encontram-se suficientemente descritos e a conduta da ré perfeitamente individualizada, sendo que a questão relativa à responsabilidade criminal da denunciada pelos fatos imputados diz respeito ao próprio mérito da causa, de modo que se torna impossível o seu reconhecimento nessa fase processual.

Quanto a questão atinente ao princípio da insignificância, argumentou o Procurador da República que se encontra absolutamente superada no caso concreto, na medida em que o Superior Tribunal de Justiça, analisando o recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, já afastou a bagatela na presente hipótese.

Em relação à possibilidade de absolvição sumária, entendeu que as mercadorias importadas foram submetidas a despacho aduaneiro no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, devendo se reconhecer a incidência da qualificadora do artigo 334, § 3º, do Código Penal. Ressalta, que o delito de descaminho é crime de natureza formal, e em sua modalidade de importar, o simples ingresso da mercadoria em território nacional é suficiente para a consumação do delito.

Desse modo, o Ministério Público Federal requereu a rejeição da hipótese de absolvição sumária e deixou de apresentar proposta de suspensão condicional do processo, entendendo como certo que o quantum da pena abstratamente cominada ao crime de descaminho **consumado por transporte aéreo (art. 334, § 3º, do Código Penal)**, qual seja, dois anos, extrapola o requisito objetivo do art. 89 da Lei 9.099/95, qual seja, pena mínima cominada igual ou inferior a um ano (fls. 250/252v).

A Juíza Federal Paula Mantovani Avelino, da 4ª Vara Federal de Guarulhos/SP, acolhendo a manifestação do MPF, reconheceu que não é hipótese de proposta de suspensão condicional do processo, afastou a possibilidade de absolvição sumária e designou audiência de instrução e julgamento (fls. 254/255).

Encerrada a instrução processual, foram apresentadas as alegações finais do MPF, pugnando pela condenação da ré MARIA ANDREIA TARIFA pela prática do delito tipificado no artigo 334, § 3º, do Código Penal (fls. 356/362) e da defesa, requerendo fosse declarada a ré inocente no tocante a imputação que lhe fora imposta (fls. 364/370).

O Juiz Federal Etiene Coelho Martins, que presidiu a audiência de instrução e julgamento, foi designado para outra Vara Federal, tendo o magistrado que o sucedeu, o Juiz Federal Fábio Rubem David Müzel, entendido que a causa de aumento prevista no § 3º do artigo 334 do Código Penal apenas pode ser aplicada na hipótese de **transporte aéreo clandestino**, assim, em tese, seria cabível a suspensão condicional do processo, devendo ser aplicado o § 1º do artigo 383 do Código de Processo Penal, encaminhando os autos ao Ministério Público Federal para oferta de eventual proposta de suspensão condicional do processo (fls. 372/373).

O Procurador da República Isac Barcelos Pereira de Souza deixou de apresentar a proposta do benefício do artigo 89 da Lei 9.099/95 (suspenção condicional do processo), entendendo que o Juízo de primeiro grau, por ocasião da análise da resposta à acusação, consignou de modo expresso que não era hipótese de proposta de suspensão condicional do processo, portanto, encontrase preclusa a questão, não se mostrando possível a reanálise (fl. 378/380).

Mantida a divergência, os autos foram remetidos à 2ª CCR, nos termos do art. 28 do CPP c/c art. 62, IV, da LC 75/93, para análise da pertinência, ou não, da eventual proposta de suspensão condicional do processo.

É o relatório.

De início, cumpre ressaltar: “O juiz não é parte e, portanto, inadmissível, em princípio, a teor do 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).

Assim, imprescindível é o assentimento do Ministério Público 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, I).

Entre os precedentes do Supremo Tribunal Federal destaco:

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, 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)

No tocante ao cabimento da aplicação analógica do art. 28 do CPP no caso em exame, faz-se necessário breve comentário a esse respeito.

Os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo atuam como mecanismos de despenalização em relação a delitos de menor potencial ofensivo, substituindo, em tais casos, a busca da tradicional medida privativa de liberdade por uma providência estatal definida de forma consensual que possibilite, 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 não tenha denunciado, se a controversa existente entre o promotor natural e o juiz transcender a questão sobre os requisitos legais para a concessão do benefício, incidindo sobre a própria capitulação jurídica dos fatos, cabe à Câmara decidir sobre o oferecimento ou não desse benefício, indicando, inclusive, o tipo penal adequado. Isso porque, quando o promotor natural deixa de oferecer a denúncia para propor a transação penal, a tipificação por ele indicada na concessão desse benefício não possui a mesma vinculação daquela que seria indicada na peça inicial acusatória, motivo pelo qual é possível a revisão dessa capitulação jurídica por parte da 2ª Câmara.

Já 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**, uma vez que o promotor natural quando **oferece o benefício o faz juntamente com a denúncia**, esgotando assim a atividade do Ministério Público, no que tange à propositura da ação penal.

Da mesma forma, quando o *Parquet* oferece denúncia em relação a um crime em que não cabe a suspensão condicional do processo e o magistrado entende que a conduta se amolda a outro tipo penal em que cabe o *sursis* não

cabe a revisão pela 2^a Câmara, uma vez que houve o esgotamento da atividade ministerial em relação à persecução penal.

Contudo, em sentido contrário ao entendimento aqui esposado, alguns sustentam a possibilidade de a 2^a Câmara conhecer de qualquer controversa entre a Justiça e o *Parquet* sobre a concessão dos referidos benefícios, aplicando-se indiscriminadamente o art. 28 do CPP, por analogia, com base na Súmula 696 do STF, abaixo transcrita, *in verbis*:

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

Veja-se, conforme já mencionado, que 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**¹ que, diga-se de passagem, também se aplica à **transação penal**² ³. Mas tal súmula só se aplica aos casos em que a discussão se limita aos requisitos legais para a concessão desses benefícios, e não quando se tratar de controvérsia sobre o tipo penal, conforme será explicado a seguir.

Inicialmente, poder-se-ia vislumbrar uma possível contradição entre a referida Súmula e as disposições contidas no HC 87324 acima transcrito. Contudo, tenho que ambas as orientações jurisprudenciais devem conviver harmoniosamente.

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**

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.*”

*responsabilidade penal, nos termos em que previsto na respectiva legislação*⁴. 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, ou seja, 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 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 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)

Por outro lado, deve-se ressaltar que, conforme já defendido exaustivamente, 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,

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

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 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 jurídica do crime, mas oferecida a denúncia (como no caso desses autos), o caso é de não conhecimento da remessa, na medida em que houve obediência ao princípio da obrigatoriedade da ação penal e 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 os autos ser remetidos a esta 2^a 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 relate 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.

Ademais, cabe ressaltar que a definição jurídica do fato dada pelo Ministério Público na inicial não vincula o juiz, já que “*sem modificar a descrição do fato contida na denúncia*”, o magistrado poderá, sem necessidade de aditamento pelo *Parquet*, conferir aos fatos narrados um novo juízo de tipicidade, “*ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave*” (*emendatio libelli* - art. 383, do CPP). Assim, a capitulação conferida pelo Procurador da República poderá ser desconsiderada pelo magistrado sem qualquer prejuízo para os princípios da correlação e da ampla defesa, uma vez que, como se sabe, é dos fatos que o acusado se defende e é em torno deles que o processo se desenvolve.

Esse entendimento também é compartilhado pelo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ALTERAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO DO DELITO. RÉU DENUNCIADO POR EXTORSÃO E CONDENADO POR CONCUSSÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. HIPÓTESE DE EMENDATIO LIBELLI.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.
2. O réu se defende dos fatos que são descritos na peça acusatória, e não da capitulação jurídica dada na denúncia. Assim sendo, a adequação típica pode ser alterada tanto em primeira instância quanto em segundo grau, via *emendatio libelli*.
3. Na espécie, embora o Ministério Público tenha capitulado os fatos narrados na denúncia como o delito previsto no art. 158, caput, do Código Penal (extorsão), a descrição contida na exordial acusatória permite a imputação do fato previsto no tipo legal do art. 316, caput, do Código Penal (concussão), razão pela qual a decisão objurgada se enquadra na hipótese do art. 383 do Código de Processo Penal (*emendatio libelli*), não estando eivada de nenhuma nulidade.
4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 201.343/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 10/10/2014)

Dessa forma, considerando que o presente caso amolda-se à hipótese prevista no item I acima, em que há o oferecimento da denúncia e a divergência cinge-se à capitulação jurídica do crime (embora com evidentes reflexos no cabimento, ou não, da suspensão condicional), voto pelo não conhecimento da remessa.

Devolvam-se os autos ao Juízo da 4ª Vara Federal de Guarulhos/SP, cientificando-se o Procurador da República oficiante, com as homenagens de estilo.

Brasília/DF, 14 de novembro de 2017.

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN
Subprocuradora-Geral da República
Coordenadora – 2ª CCR

JR/T.