

RELATÓRIO

O EXMO. SR. JUIZ FEDERAL MARCUS VINÍCIUS REIS BASTOS (RELATOR CONVOCADO):

Cuida-se de *Habeas Corpus* impetrado pelo Ministério Público Federal, em favor de Evandro Sá de Menezes, contra o Juiz Federal da Subseção Judiciária de Anápolis/GO, alegando, para tanto, o seguinte:

“A representação foi elaborada a partir de uma diligência efetuada pelos Agentes de Fiscalização da ANATEL, na qual verificou-se que a referida estação de rádio não possuía autorização para prestar o serviço pretendido.

No exame dos presentes autos o MPF entendeu que restaram configuradas a autoria e a materialidade do delito capitulado no art. 70 da Lei nº 4.117/62, propondo assim a transação penal ao acusado (fls. 136/138).

Em decisão proferida nas fls. 144/147, o impetrado concluiu que a norma aplicável ao fato seria o art. 183, da Lei nº 9.472/97.

(...)

De acordo com o disposto no art. 129, I, da Constituição Federal, compete ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

*Conforme se depreende do dispositivo constitucional citado, o Ministério Público é o titular da ação penal pública, razão pela qual cabe somente a este decidir se há elementos para oferecimento de denúncia, requerer o arquivamento do feito, ou **oferecer medidas** despenalizadoras.*

Desse modo, não obstante pudesse discordar do entendimento do Ministério Público Federal, esse Juízo não poderia, simplesmente, ter alterado a classificação jurídica apresentada pelo MPF, sem determinar a remessa dos autos à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, com fulcro no art. 28 do Código de Processo Penal, c/c o art. 62, IV, da Lei Complementar nº 75/1993.” (fl. 03).

Requeru ao final:

*“Ante o exposto, o Ministério Público Federal pugna seja deferida **liminar** para que se determine o processamento da transação penal, nos termos do art. 72 da Lei 9.099/95, ou para que se determine a remessa dos autos à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal para solução do impasse.*

Após a colheita das informações e a oitiva da Procuradoria Regional da República, requer seja confirmada (caso já deferida a liminar) ou concedida a ordem, nos termos acima descritos.” (fl. 05).

A liminar foi negada, à fl. 161.

Informações da autoridade impetrada, às fls. 164/166.

A douta PRR/1ª Região manifestou-se, nas fls. 187/193, “**pelo encaminhamento dos autos à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal**, recebendo-se a decisão de indeferimento da proposta de transação penal como se de arquivamento fosse (e não o é, efetivamente!), com base no disposto no art. 62, LC 75/93, na linha, aliás, do quanto previsto na Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal, relativamente ao dissenso quanto à suspensão condicional do processo. A distinção, segundo nos parece, reside no fato de não ser o juiz obrigado a homologar transação penal quando entender ausentes os requisitos legais, ao contrário da regra contida no art. 28 do CPP, cuja decisão final no âmbito do parquet é subordinante” (fls. 192/193).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. JUIZ FEDERAL MARCUS VINÍCIUS REIS BASTOS (RELATOR CONVOCADO):

Das informações prestadas, destaco:

“Em cumprimento ao pedido de informações referentes ao paciente EVANDRO SÁ DE MENEZES, para instruir os autos do HC 39856-54.2010.4.01.0000/GO, relacionado ao Processo nº 2934-81.2010.4.01.3502 (inquérito policial), informo que:

a) conforme consta do inquérito policial acima mencionado, o paciente Evandro Sá de Menezes foi indiciado, por, supostamente, ter praticado o crime previsto no artigo 183 da Lei n. 9.472/91;

b) o MPF, por entender restarem configuradas a autoria e a materialidade do delito capitulado no artigo 70 da Lei n. 4.117/62, requereu a expedição de carta precatória para a Comarca de Santo Antônio do Descoberto/GO, local em que reside o indiciado, com a finalidade de realização de audiência preliminar, nos termos do artigo 72 da Lei n. 9.099/95;

c) o requerimento acima foi indeferido, tendo em vista o entendimento deste Juízo no sentido de que a norma aplicável ao fato narrado nos autos é a do artigo 183 da Lei n. 9.472/97. Portanto, não se caracterizando, no presente caso, suposta prática de crime de menor potencial ofensivo, entendeu-se não ser possível a realização de audiência preliminar;

d) impetrado o presente Habeas Corpus, a decisão vergastada pelo MPF foi mantida por seus próprios fundamentos, determinando-se o sobrestamento do feito enquanto o Tribunal apreciasse o HC ajuizado;

e) em relação ao pedido alternativo do MPF de remessa dos autos à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, com fundamento no artigo 28 do CPP, passo a me manifestar da forma a seguir delineada;

f) observo que a definição de competência é matéria eminentemente jurisdicional e não do Ministério Público. A definição de competência é matéria tão importante que a Constituição, além de discipliná-la explicitamente, optou por fixar quais órgãos devem dirimi-la quando há conflito entre órgãos jurisdicionais (v.g., nos seguintes hipóteses: 102, I, o - a competência do STF; 105, I, g - a competência do STJ; 108, I, e - a competência do TRF);

g) por outro lado, em nenhum dispositivo a Constituição Federal inclui, entre as relevantes funções atribuídas ao Ministério Público, a de fixar competência. Como o ordenamento jurídico brasileiro não atribui ao Ministério Público poder para definir competência, havendo discordância com a fixação realizada por órgão jurisdicional, a solução apresentada pelo sistema é o manejo dos recursos próprios para a solução definitiva ser encontrada por órgão jurisdicional;

h) portanto, tendo em vista que a classificação jurídica do fato litigioso é matéria inserida na competência exclusiva do Poder Judiciário, este Juízo não aplicou a norma contida no artigo 28 do CPP.

Sendo essas as informações consideradas relevantes e visando contribuir para a instrução desta ação, envio a Vossa Excelência cópias do requerimento do MPF para a expedição de carta precatória, com a finalidade de realização de audiência preliminar; bem como da decisão deste Juízo que indeferiu o requerimento.” (fls. 164/166).

Isso estabelecido, passo à análise do presente writ.

HABEAS CORPUS Nº 0039856-54.2010.4.01.0000/GO

Entendo que a ordem deve ser concedida.

Com efeito, no presente caso, o paciente foi indiciado em inquérito policial que, depois de relatado, em face de representação da ANATEL, entendeu o membro do Ministério Público de primeiro grau estar configurada a autoria e materialidade do crime descrito no art. 70 da Lei nº 4.117/62 (crime de menor potencial ofensivo), e propôs a transação penal, requerendo ao Juízo impetrado a expedição de carta precatória para a realização de audiência preliminar, o que foi indeferido pelo magistrado ao entendimento de que a norma aplicável ao fato narrado nos autos seria a do art. 183 da Lei nº 9.472/97, no que terminou por desclassificar o crime.

Alega o Ministério Público que não obstante pudesse discordar do entendimento do *Parquet* federal, o Juízo impetrado não poderia, simplesmente, ter alterado a classificação jurídica apresentada pelo impetrante, subtraindo-se o exame da situação do Procurador-Geral da República, o qual delegou essa análise à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, fato que estaria em implicar violação ao princípio do devido processo legal, prejudicando sobremaneira o investigado, tendo em vista que o afastamento da transação penal poderá culminar na imposição de pena privativa de liberdade e, em consequência, restringir a liberdade do paciente.

Verifico que no presente caso não houve ainda acusação propriamente dita por parte do Ministério Público Federal.

Tenho que, persistindo a discordância entre o órgão do Ministério Público e o Juízo impetrado, sem uma solução viável ao dissenso formado, não resta dúvida que haverá uma paralisação do processo ocasionando sérios prejuízos à persecução penal, com a instalação de um quadro de incerteza para o paciente que ficará na expectativa de contra si ser instaurada uma ação penal, com o possível oferecimento de denúncia, o que não ocorreria caso houvesse êxito na proposta de transação penal propugnada pelo *Parquet* federal, por ser essa muito mais vantajosa para o indiciado.

De qualquer forma, a persistir o impasse, certamente terminará por ocorrer pedido de arquivamento indireto, haja vista que o Ministério Público é o único detentor de atribuição tanto para o oferecimento da denúncia como para propor transação, exigindo, o caso, a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, em caso semelhante ao do presente *writ*, esta 4ª Turma julgou a ACR nº 2002.38.02.002733-5/MG, relator Desembargador Federal Carlos Olavo, cuja ementa ficou assim assentada:

“PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. EXPLORAÇÃO DE RÁDIO COMUNITÁRIA SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL. ART. 70 DA LEI 4.117/62. OFERECIMENTO DE TRANSAÇÃO PENAL. REMESSA AO PROCURADOR-GERAL. ART. 28 DO CPP. INDEFERIMENTO DA PROPOSTA PELO ÓRGÃO JULGADOR. RECURSO PROVIDO.

1. Existindo divergência entre o órgão acusador e o judiciário sobre a proposta de transação penal, aplica-se analogicamente o art. 28 do CPP, sendo remetidos os autos ao Procurador-Geral que disporá de forma definitiva sobre a transação, devendo o judiciário acolher a decisão do órgão superior do Ministério Público.

2. Precedente.

3. Apelação provida.”

(ACR 2002.38.02.002733-5/MG, Rel. Desembargador Federal Carlos Olavo, Quarta Turma, DJ p. 42 de 19/05/2006).

Acrescento, por oportuno, que o parecer ministerial, da lavra do Procurador Regional da República, Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira, também é conclusivo nessa mesma linha de entendimento, conforme destaque:

*“(…) Nos termos da Lei 9.099/95, mais precisamente no art. 76, § 3º, a proposta de transação penal será **submetida à apreciação do juiz**, o que significa dizer que a legislação brasileira **não acolhe inteiramente o princípio***

HABEAS CORPUS Nº 0039856-54.2010.4.01.0000/GO

da **discricionariedade** na persecução penal, **mesmo nas infrações de menor potencial ofensivo**; ao contrário, a regra é a da obrigatoriedade (ou da **legalidade da atuação ministerial**), à exceção da possibilidade de escolha quanto à **pena transacionada (se restritiva de direitos ou se de multa)**. Em síntese: não está o juiz obrigado a homologar o acordo firmado pelas partes (MP e réu), **se entender ausentes os requisitos legais**.

8. Parece-nos, então, e em princípio, que o juízo acerca da **hipótese legal** de cabimento da transação se incluiria no âmbito da apreciação judicial.

9. Mas, veja-se bem. No processo de natureza **condenatória**, da competência da justiça comum, a manifestação ministerial diante do juízo segue o seguinte desdobramento, a saber a) quando oferecida a denúncia, **ainda que o magistrado entenda presente outro tipo penal**, deve ele receber a peça acusatória, aguardando a definição do tipo pertinente para a fase de sentença; e b) quando negativa a manifestação (negativo o juízo acusatório do parquet), pode o juiz, não concordando, submeter a questão ao órgão revisor do Ministério Público (art. 28, CPP, e art. 62, LC 75/93). A desclassificação, portanto, e em regra, fica reservada para a decisão final. Excepcionalmente, quando em risco direitos fundamentais (possibilidade de concessão de liberdade provisória, por exemplo) pode-se admitir uma desclassificação imediata e provisória, **unicamente para tais finalidades**.

10. No caso dos presentes autos, não houve propriamente acusação. No entanto, em se tratando de processo **conciliatório** a manifestação ministerial haveria que seguir a mesma lógica do **processo condenatório**, na exata medida em que constitui um juízo positivo (e **não negativo, de arquivamento!**) quanto à questão penal.

11. Todavia, há que se notar que em casos de transação penal não se abre ao juiz qualquer oportunidade de modificação posterior da imputação típica (**desclassificação**) na fase final do processo. Exemplo e problema: supondo-se haver a concordância do acusado quanto à transação penal, inexistindo, portanto, **fase instrutória**, estaria submetido o magistrado aos termos do acordo?

12. O dissenso entre o órgão da acusação e o juiz competente para a homologação de eventual transação revela-se mesmo altamente problemático, por ensejar a paralisação da persecução penal, diante das peculiaridades da legislação nacional. Se o Ministério Público gozasse de discricionariedade **quanto ao conteúdo do processo**, bem como **quanto à política criminal adequada**, o problema inexistiria, cabendo ao magistrado apenas **referendar o ajuste**, com e pela ameaça de pena, no caso de seu descumprimento. Não é esse, contudo, o modelo brasileiro de processo penal. Infelizmente, talvez.

13. De olho, então, na necessidade de evitação da paralisação da instância, entende o Ministério Público que a melhor alternativa que se abre é o encaminhamento da questão ao órgão de revisão no âmbito do Ministério Público Federal, de modo a ali se obter um pronunciamento definitivo (quanto ao órgão ministerial) acerca da capitulação dos fatos. Se ali também se mantiver a perspectiva da transação penal e o magistrado insistir na recusa ao procedimento, deverá o parquet **apelar da decisão judicial que a recusar**, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 82 da citada Lei 9.099/95, para o fim de se permitir a revisão do posicionamento **também no âmbito do Judiciário.**" (fls. 190/192).

Dessa forma, existindo discordância do juiz quanto à proposta de transação penal feita pelo Ministério Público, deve-se aplicar analogicamente o art. 28 do Código de Processo Penal.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

HABEAS CORPUS Nº 0039856-54.2010.4.01.0000/GO

À vista do exposto, concedo a ordem, determinando o encaminhamento dos autos à Procuradoria-Geral da República, devendo o Juiz, após manifestação do órgão, deliberar como de direito.

É o voto.