

**Sentença criminal - Desclassificação do crime -
Infração de menor potencial ofensivo - Transação
penal - Suspensão condicional do processo
- Concessão dos benefícios da Lei 9.099/95 -
Possibilidade - Preclusão - Ausência**

Ementa: Apelação. Fase da sentença. Concessão dos benefícios da Lei 9.099/1995. Possibilidade. Ausência de preclusão. Reforma da decisão.

- É possível a concessão dos benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo, na fase de sentença, quando há desclassificação para tipo penal considerado pela lei como infração de menor potencial ofensivo, não havendo, assim, que se falar em preclusão.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0209.09.098881-4/001 -
Comarca de Curvelo - Apelante: Bruno Borba de Marton
- Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
- Relator: DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador José Antonino Baía Borges, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 8 de setembro de 2011. - José Antonino Baía Borges - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - Pela r. sentença de f. 131/137, a MM. Juíza desclassificou a conduta imputada a Bruno Borba de Marton, condenando-o, como incurso nas sanções do art. 28 da Lei nº 11.343/06, à pena de 3 (três) meses de prestação de serviços à comunidade.

A defesa interpôs recurso de apelação, requerendo o oferecimento de proposta de transação penal ou, alternativamente, o reconhecimento da extinção da punibilidade do réu pelo cumprimento integral da pena quando da prisão processual cumprida anteriormente à sentença condenatória (f. 172/174).

Contrarrazões às f. 177/181.

A d. Procuradoria opinou pelo desprovemento do recurso (f. 182/184).

Quanto à tempestividade, nos termos do art. 593 do CPP, o prazo para interposição do recurso de apelação é de 5 (cinco) dias.

O réu foi intimado em 17.02.2010 (f. 62/62-v.) e o recurso interposto em 22.02.2010 (f. 104). Portanto, tempestivo.

Conheço do recurso.

Cinge-se a questão à possibilidade ou não de concessão dos benefícios da Lei 9.099/95, quando da prolação da sentença, no caso de desclassificação da conduta imputada ao acusado para delito de menor potencial ofensivo.

Em relação à matéria, não posso deixar de lembrar que o Superior Tribunal de Justiça já editou súmula a respeito, a de número 337, que assim dispõe: "É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva".

Assim decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Ação penal. Denúncia oferecida pelo crime do art. 155, § 4º, I, do Código Penal. Desclassificação operada na sentença condenatória para o crime do art. 155, caput, do mesmo diploma. Hipótese enquadrável no art. 89 da Lei nº 9.099/95, que trata da suspensão condicional do processo. Nessas condições, impor-se-ia ao Juízo, ao concluir pela desclassificação, a oitiva do Ministério Público sobre a suspensão condicional do processo. Declaração de insubsistência da condenação imposta para que, mantida a desclassificação operada pelo Juízo, seja ouvido o Ministério Público quanto à proposta a que alude o caput do referido art. 89, tendo como parâmetro a desclassificação da conduta delituosa para aquela prevista no art. 155, caput, do Código Penal. Precedente: HC nº 75.894/SP" (STF - RHC 81925 - Relatora: Ministra Ellen Gracie).

[...] Processo. Suspensão. Art. 89 da Lei nº 9.099/95. Denúncia. Desclassificação do crime. Uma vez operada a desclassificação do crime, a ponto de implicar o surgimento de quadro revelador da pertinência do art. 89 da Lei nº 9.099/95, cumpre ao Juízo a diligência no sentido de instar o Ministério Público a pronunciar-se a respeito (STF - HC 75894/SP - Tribunal Pleno - Relator: Ministro Marco Aurélio - Publ. em 23.08.2002).

O eminente Des. Alexandre Victor de Carvalho, quando do julgamento da Apelação Criminal nº 1.0558.06.900003-9/001, adotou o argumento segundo o qual acolher a tese de ser cabível a suspensão condicional do processo, no caso de desclassificação, "evita a injustiça de que equivocadas capitulações da exordial se perpetuem em efeitos, como, por exemplo, impedimento do benefício descrito no art. 89 da Lei 9.099/95".

Desse modo, não se tem como tolerar o fato de que um réu seja indevidamente acusado da prática de um crime mais grave e que, por isso, seja impedido de se beneficiar com os institutos dos arts. 76 e 89 da Lei nº 9.099/95.

É bom lembrar que, se o órgão da acusação capitula de forma equivocada a conduta do acusado, não se tem como alterar essa capitulação, nem mesmo em sede de *habeas corpus*, uma vez que o exame da correção ou não da definição jurídica equivocada dos fatos demandaria o exame aprofundado e antecipado da prova, o que não se admite naquela via processual.

Ora, se o réu foi equivocadamente denunciado - por falha da acusação, que não retratou a realidade dos fatos -, já foi penalizado injustamente, tendo sido indevidamente submetido às agruras do processo, ao qual poderia ter deixado de responder.

Já sofreu, no dizer de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, “um gravame incommensurável”.

Desse modo, se já sofreu um gravame de tal monta, não pode agora sofrer outro, que é o de não ver aplicado o instituto a que faria jus desde o início do processo, ou mesmo da oferta da transação penal, mas que deles se viu privado exclusivamente em razão de uma denúncia equivocada.

Não bastasse isso, conforme já visto, segundo a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, aqui já citados, “as finalidades da suspensão condicional do processo são múltiplas”, dentre elas a de evitar a aplicação da pena de curta duração e a estigmatização que traz a sentença condenatória.

Ora, ainda que a finalidade de se evitar as agruras do processo e a movimentação da máquina judiciária tenham-se perdido, restam essas outras finalidades, que restariam atendidas.

E, ao cuidar da matéria, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 24.677-RS - um dos precedentes que deram origem à Súmula 337 -, o eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Paulo Gallotti, lembrou que o STF vinha adotando esse entendimento e assim sustentou:

A meu ver, se o réu preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a obtenção do benefício, pouco importa a fase processual em que se encontra o feito, notadamente diante do manifesto prejuízo que lhe é causado com a não aplicação do disposto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, não sendo demais ressaltar que a suspensão do processo não implica absolvição ou condenação e não gera reincidência futura, caso o réu venha a praticar novo crime. Veja-se a decisão proferida sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 75.894/SP, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJU de 23.08.2002, de cujo voto condutor extraio o que interessa:

‘Eis mais um caso a levar à reflexão sobre o alcance do disposto no art. 89 da Lei nº 9.099/95. Presente apenas a denúncia, não se teria campo propício para a aplicação do citado dispositivo. Entrementes, o desenrolar da ação penal, com o interrogatório, recolhimento de provas, debates e juntada de memoriais, acabou por conduzir à desclassificação, vindo à baila os parâmetros indispensáveis a cogitar-se da suspensão do processo. Cumpria ao Juízo, na mesma sentença em que procedida a desclassificação, converter o processo em diligência para que o Ministério Público viesse a pronunciar-se sobre a proposta de suspensão. Neste sentido é a melhor doutrina, cabendo exemplificá-la, de forma, aliás, insuplantável, com a lição de Ada Pellegrini Grinover:

‘Desclassificação: a desclassificação do delito pode ensejar a suspensão do processo fora do seu tempo normal (que é o da denúncia, nos termos do art. 89). Suponha-se que uma denúncia por furto qualificado, sendo certo que *ab initio* havia justa causa para isso. Encerrada a instrução, percebe-se que a qualificadora não resultou comprovada. O Juiz terá que

aplicar o art. 484 do CPP. No princípio, pela pena cominada, não era possível a suspensão do processo; agora, com a desclassificação, tornou-se possível: estamos convencidos de que nessa hipótese o juiz, antes de sentenciar, deve ensejar a possibilidade de suspensão’ (*Juizados especiais criminais*, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 203).

E assim realmente o é. Rigor maior do Ministério Público, a partir de frágeis elementos, como são os revelados pelo próprio inquérito policial, classificando o procedimento de forma incompatível com a suspensão, não pode conduzir, uma vez apurada a verdade real, a ter-se obstaculizado o fenômeno da suspensão do processo. Vale frisar que o acusado defende-se não, em si, da capitulação, mas dos fatos narrados, ressaltando-se também que, a teor do arcabouço normativo, o órgão investido do ofício judicante não está adstrito à classificação empolgada pelo Ministério Público. Concluindo pela desclassificação do delito e fazendo surgir no cenário processual quadro ensejador da aplicabilidade do art. 89 da Lei nº 9.099/95, cabe acionar, em diligência, o preceito nele revelado, abrindo margem, destarte, ao implemento da salutar política criminal estampada na Lei nº 9.099/95.

Concedo a ordem não para fulminar o processo a partir da sentença como um todo, porquanto é esta peça que dá margem, em si, à aplicabilidade da Lei nº 9.099/95, no que estampa a desclassificação do crime. Declaro a insubsistência da condenação para que implemente o Juízo a fase relativa à suspensão, submetendo à paciente a proposta formalizada pelo Estado-acusador.

Por fim, vale lembrar que a Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, que alterou dispositivos do CPP, passou a dar a seguinte redação para o § 1º do art. 492 do mencionado Código:

Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração penal de menor potencial ofensivo, o disposto nos arts. 69 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Diante de tudo o que se expôs, ao meu aviso, a prolação de sentença condenatória não inviabiliza a incidência da transação penal, não havendo, portanto, preclusão quanto à matéria em face da decisão de primeiro grau.

Vale, mais uma vez, citar julgados dos Tribunais Superiores:

Penal. *Habeas corpus*. Desclassificação do crime de roubo para o de lesões corporais ocorrida no julgamento de segundo grau de jurisdição. Ausência de oportunidade dos benefícios da Lei 9.099/95. Nulidade [...]. 1 - Havendo no julgamento do apelo do Ministério Público desclassificação do crime pelo qual o paciente foi denunciado para lesões corporais leves, sem que fossem oportunizadas as medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95, impõe-se a declaração da nulidade do acórdão. 2 - Se, anulado o acórdão, já houve trânsito em julgado para a acusação, completado o prazo prescricional entre o recebimento da denúncia e este julgamento, não se podendo impor pena maior que a nele concretizada, decorrido o prazo prescricional, impõe-se a declaração da extinção da punibilidade [...] (STJ - HC 89.862/

RS - Relatora: Ministra Jane Silva (Des.^ª convocada do TJMG - 6ª Turma - j. em 25.02.2008 - DJ de 17.03.2008).

Recurso especial. Penal. Violação ao art. 384 do CPP não reconhecida. Hipótese de aplicação da *emendatio libelli*. Sentença. Nova definição jurídica do fato narrado na denúncia. Pena *in abstracto* que autoriza a aplicação dos institutos previstos na Lei nº 9.099/95. Necessidade de oportunizar ao Ministério Público a manifestação a respeito da eventual proposta de transação ou suspensão condicional do processo. Precedentes do STF e do STJ. Recurso parcialmente provido. 1. Escorreita a sentença monocrática que aplicou ao caso o art. 383 do Código de Processo Penal, uma vez que o julgador, fazendo uma análise da sucessão de leis que tratam do tema, apenas deu nova definição jurídica ao fato narrado na peça acusatória, sem alterar os seus contornos. 2. Caberia ao Juízo processante, ao classificar a conduta do réu no art. 70 da Lei nº 4.117/62, cuja pena é de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, determinar que o Ministério Público se manifestasse a respeito da possibilidade de concessão da transação penal ou da suspensão condicional do processo. 3. Recurso parcialmente provido para declarar a insubsistência da condenação imposta pela sentença - mantida pelo acórdão ora impugnado - e determinar, com base na nova classificação jurídica dada ao fato, seja aberta vista ao Ministério Público para que possa se manifestar a respeito da eventual oferta de transação ou de suspensão condicional do processo (REsp 762.842/MG - Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima - Quinta Turma - j. em 15.12.2005 - DJ de 05.06.2006, p. 312).

Dessa forma, está clara a possibilidade, de natureza excepcional, de concessão dos benefícios pleiteados pela defesa em momento outro diverso daquele do oferecimento ou do recebimento da denúncia.

Do exposto, dou provimento ao recurso da defesa para determinar que se remetam os autos ao Juízo da Comarca de origem para fins de se dar regular andamento ao feito e, se possível, após a oitiva do Ministério Público, aplicar os benefícios presentes nos arts. 76 e seguintes da Lei 9.099/95.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e RENATO MARTINS JACOB.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.