



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 458713 - SC (2018/0170203-6)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : RAFAEL BARBARA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. DECISÃO RECONSIDERADA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O MESMO FIM. SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA DA CONDUTA DE TRÁFICO DE DROGAS PARA A DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONHECIDO COMO APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. Ordem concedida nos termos do dispositivo, após juízo de retratação.

DECISÃO

Em 24/4/2020, não conheci do *habeas corpus* ajuizado em nome de **Rafael Barbará**, nos termos desta ementa (fl. 473):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. ALTERAÇÃO DE COMPETÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO. NULIDADE NA INTIMAÇÃO PARA O JULGAMENTO DO FEITO NA ORIGEM. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO. RECONHECIMENTO DE ATENUANTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.
Writ não conhecido.

A decisão foi disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico em 27/4/2020 e considerada publicada em 28/4/2020. Embora a Defensoria Pública de Santa Catarina tenha sido intimada eletronicamente da decisão agravada no dia 8/5/2020, conforme fl. 480, a Coordenadoria de Processamento de Feitos de Direito Penal esclareceu que, desde o dia 5/5/2020, o ente havia solicitado seu descadastramento do Portal da Intimação do STJ (fl. 501).

Por essa razão, desconsiderando a certidão juntada automaticamente pelo Sistema Integrado da Atividade Judiciária do STJ (de trânsito em julgado do *decisum*, fl. 482), procedeu-se à intimação da Defensoria Pública da União em 1º/6/2020, para ciência da decisão de fls. 473/477, conforme termo juntado à fl. 483.

Em 8/6/2020, sobreveio o presente agravo regimental com o pedido de reconsideração do *decisum* ou de submissão do recurso à Sexta Turma desta Corte.

Ressalta-se que a *jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça direciona-se no sentido de autorizar a fungibilidade recursal entre Apelação e Recurso em Sentido Estrito apenas nos casos em que, guardado o elemento da tempestividade, não se caracterize erro grosseiro na via substitutiva eleita, o que – segundo o agravante – não é o que ocorre no presente caso* (fl. 490).

Argumenta-se que a *decisão desclassificatória de conduta delitiva em voga possui natureza de decisão interlocutória mista, o que, nos termos do art. 593, II e § 4º, do CPP, admite, única e exclusivamente, a impugnação pela via da Apelação Criminal. Com isso, a utilização de qualquer outro recurso para questionar este provimento caracteriza manifesto erro grosseiro, não havendo que se cogitar de dúvida objetiva razoável na hipótese* (fl. 491).

Alega-se, também, que o *requerimento para a aplicação da atenuante da confissão não exige qualquer revolvimento de fatos e provas para sua apreciação. Trata-se, na realidade, de reavaliação jurídica dos elementos contidos nos autos autorizada pela jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça* (fl. 492), mencionando-se, ainda, que a tese defendida no *writ* encontrava respaldo na jurisprudência desta Corte Superior de Justiça anteriormente à edição da Súmula 630/STJ, considerada no *decisum* agravado, e está amparada na Súmula 545/STJ.

O Ministério Público estadual apresentou resposta, sustentando, em suma, que, conforme precedentes, o *art. 579 do CPP positiva o princípio da fungibilidade ao assinalar que, "salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro", de sorte que, nesses casos, o juiz, desde logo, deve reconhecer a impropriedade do recurso interposto pela parte e mandar processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível, consoante prevê o parágrafo único do mesmo artigo* (fl. 512). Ademais, conforme assentado pelo Relator, no que tange ao

reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, tal matéria não foi debatida pelo Tribunal de origem, circunstância que impede a apreciação do tema pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância (fl. 513).

O Ministério Público Federal reitera as razões do parecer exarado no *writ* (fls. 452/457), opinando pelo desprovimento do agravo regimental (fls. 516/517).

É o relatório.

Reconsidero a decisão ora agravada.

De fato, há, na espécie, constrangimento ilegal passível de reparado por meio da via eleita.

De acordo com diversos precedentes desta Corte, a decisão que desclassifica a conduta, declinando da competência para o julgamento do feito, deve ser atacada por recurso em sentido estrito, sendo a utilização de recurso de apelação descabida e não passível de aplicação do princípio da fungibilidade recursal, por se tratar de erro grosseiro.

Nessa linha, entre outros: AgRg no AREsp n. 1.608.028/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 4/9/2020; REsp n. 611.877/RR, Relator para o acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 17/9/2012; e AgRg no REsp n. 1.776.812/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 3/6/2019.

Na hipótese em questão, o Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Lages/SC desclassificou a conduta de **Rafael Barbará** do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, para a do crime do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e declinou da competência para o Juizado Especial Criminal (fls. 243/252).

Na sequência, o Ministério Público de Santa Catarina interpôs recurso em sentido estrito, contudo o Tribunal *a quo* o conheceu como apelação e deu provimento ao recurso.

No acórdão de fls. 308/334, a Corte local afastou a desclassificação feita na origem e, na mesma oportunidade, condenou o ora paciente *ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 533 (quinhentos e trinta e três) dias-*

multa, fixado o valor de cada dia-multa em um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos, como incurso nas sanções do artigo 33, 'caput', da Lei n. 11.343/2006. Determinar a imediata expedição de mandado de prisão em seu desfavor, com a extração de cópias para a formação do PEC provisório, bem como a remessa ao juízo de primeiro grau, a fim de que providencie o início da execução provisória da pena (fl. 380).

No presente *writ*, busca-se (fls. 15/16):

d.1) DECLARE-SE a nulidade do acórdão prolatado pelo TJSC para, em seu lugar, declarar a não admissão do recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, por ser o recurso inadequado e tratar-se de erro grosseiro, restabelecendo-se integralmente a decisão de primeiro grau;

d.2) Subsidiariamente, DECLARE-SE a nulidade do acórdão, determinando-se ao TJSC que prolate nova decisão, desta vez observando a necessidade de intimar prévia e pessoalmente a Defensoria Pública da data da sessão de julgamento;

d.3) Subsidiariamente, DECLARE-SE a ilegalidade do acórdão impugnado, para o fim de REDUZIR a pena imposta ao PACIENTE, fazendo incidir a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, *d*) na segunda fase da dosimetria penal, compensando-a integralmente com a reincidência.

Subsidiariamente, caso não seja conhecido o *habeas corpus*, seja a ordem concedida de ofício, diante da manifesta ilegalidade (CRFB/88, art. 5.º, LXVIII; CPP, art. 654, § 2.º).

No caso, o recurso em sentido estrito do Ministério Público foi o meio de impugnação correto adotado contra a desclassificação da conduta do réu. A solução dada pela Corte estadual é que extrapolou os limites recursais. É inegável o prejuízo causado ao paciente, dada a supressão de instância. Afinal, conquanto tenha sido mantida, pelo Tribunal local, a imputação constante da denúncia, não podia, no acórdão, aquele colegiado já decidir o mérito da ação e aplicar a pena.

Assim, com base na jurisprudência já citada, **reconsiderando** a decisão de fls. 472/477, **expeço** a ordem para reformar o acórdão impugnado no ponto e determinar a devolução dos Autos n. 0007155-69.2015.8.24.0039 ao Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Lages/SC para, diante do afastamento da desclassificação operada, examinar o mérito da pretensão punitiva, com a absolvição ou condenação do acusado, na forma em que entender de direito.

Expeça-se comunicação com urgência.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 01 de fevereiro de 2021.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator