



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 415.693 - PR (2017/0230917-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : GUSTAVO SWAIN KFOURI
ADVOGADOS : ALINE FERNANDA PEREIRA E OUTRO(S) - PR040639
ELIZA SCHIAVON - PR044480
GUSTAVO SWAIN KFOURI - DF050723
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : E G

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. APELAÇÃO INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO RECEBIDA COMO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. ERRO GROSSEIRO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.
2. Esta Corte já se posicionou no sentido de que 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. Precedentes.
3. Reconhecida a impossibilidade de aplicação da fungibilidade recursal e desconstituída a condenação imposta pelo Tribunal revisor fica prejudicada a alegação de constrangimento ilegal na determinação da execução provisória da sanção imposta na apelação.
4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 415.693 - PR (2017/0230917-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : GUSTAVO SWAIN KFOURI
ADVOGADOS : ALINE FERNANDA PEREIRA E OUTRO(S) - PR040639
ELIZA SCHIAVON - PR044480
GUSTAVO SWAIN KFOURI - DF050723
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : E G

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de E. G. apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Segundo consta dos autos, o Juízo de primeiro grau, ao proferir a sentença, desclassificou a conduta denunciada (art. 217-A, c/c o art. 226, II, ambos o Código Penal – por quatro vezes, e art. 217-A, § 1º, c/c o art. 226, II, também do Código Penal) para o delito previsto no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 – por cinco vezes. Além disso, determinou a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal competente para análise e aplicação de eventual medida ou pena, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/1995, após o trânsito em julgado da sentença (e-STJ fl. 301).

O Ministério Público recorreu da sentença (recurso de apelação), e o Tribunal revisor deu provimento para condenar o réu nos termos da denúncia, à pena de 13 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial fechado, determinando, ainda, a expedição de mandado de prisão (e-STJ fl. 383).

Na sequência foram opostos embargos de declaração, que, embora rejeitados, aguardam publicação (e-STJ fl. 425).

Diante disso, a defesa impetrou *habeas corpus* originário, com pedido liminar, perante a Corte estadual, sustentando nulidade do acórdão julgado no recurso ministerial, já que o Tribunal, ao reconhecer a natureza da decisão recorrida como interlocutória, e daí receber o apelo como recurso em sentido estrito, deveria ter determinado a baixa dos autos para ao juízo de origem para novo julgamento. Alegou, também, que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem de prisão do Tribunal deveria ser suspensa, diante da oposição de embargos de declaração, cujo acórdão ainda aguarda publicação.

O Tribunal estadual reconheceu sua incompetência, tendo em vista que o ato coator seria daquele mesmo Tribunal, motivo pelo qual não conheceu do *habeas corpus* (e-STJ fls. 424/427).

Na presente ordem, a defesa reitera os argumentos da impetração anterior. Explica que opôs embargos de declaração (cuja decisão ainda não foi publicada) contra o acórdão prolatado em julgamento do recurso ministerial, recebido como recurso em sentido estrito (embora tenha sido interposto como apelação), devendo, assim, ser suspensos seus efeitos, impedindo a execução provisória da pena, determinada naquele acórdão, sob pena de violação do devido processo legal.

Reafirma que *ao receber a insurgência ministerial como Recurso em Sentido Estrito reconheceu a c. 4ª Câmara Criminal a natureza da decisão recorrida como interlocutória e não terminativa, tornando nula a r. decisão proferida no Acórdão embargado (ainda não publicado), diante da supressão de instância operada, quando da decisão prolatada pela 4ª Câmara Criminal restou a Ação Penal julgada e a pena fixada* (e-STJ fl. 6).

Sendo assim, pede em liminar e no mérito, a nulidade do acórdão impetrado (julgamento do RSE) e a suspensão do mandado de prisão contra o paciente já em aberto, n. 000410961-38 (e-STJ fl. 11).

A liminar foi deferida para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento do presente *habeas corpus*. (e-STJ fls. 450/454).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 457/462 e 467/554) e o Ministério Público Federal, previamente ouvido, manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*, em parecer assim resumido (e-STJ fl. 556):

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. APELAÇÃO INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO RECEBIDA COMO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE PELA DEFESA. ACÓRDÃO QUE REFORMOU A DECISÃO SINGULAR DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESCCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PARA IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA, CONDENANDO O RÉU PELO CRIME DE ESTUPRO. EXAURIMENTO DA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL DO JUÍZO SINGULAR. IMPOSSIBILIDADE DE REVER O ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. REVOLVIMENTO DE PROVAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO À DEFESA. PRINCÍPIO DO PAS DE NULUTÉ SANS GRIEF. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE A SUPERAR A IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NECESSIDADE DE EXPEDIR MANDADO DE PRISÃO. EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ANTERIORES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.

- Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 415.693 - PR (2017/0230917-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015 e STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

A defesa alega, inicialmente, nulidade processual decorrente do recebimento da apelação interposta pelo Ministério Público a qual resultou na condenação do paciente pelo Tribunal revisor.

Eis o dispositivo da sentença proferida em 17/5/2016 (e-STJ fl. 301):

III - DISPOSITIVO

*Ante tudo o que fora exposto, **DECLASSIFICO** os delitos imputados ao réu, qual seja, artigo 217-A c/c art. 226, inciso II, ambos do Código Penal (por 04 vezes) e artigo 217-A, § 1º c/c art. 226, inciso II, ambos do Código Penal, para o delito previsto no artigo 61 do Decreto-Lei nº 3.688/1941 (por 05 vezes).*

Com o trânsito em julgado, remeta-se o presente feito ao Juizado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Especial Criminal. Juízo competente para análise e aplicação da medida ou eventual pena, nos termos do artigo 61, da Lei nº 9.099/1995.

Com efeito, esta Corte já se posicionou no sentido de que 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. Precedente: REsp. 611.877/RR, Rel. Ministro OG FERNANDES, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 17/4/2012, DJe 17/9/2012. (AgRg no REsp 1622276/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 05/12/2016).

No caso, o Ministério Público apresentou recurso de apelação, ao invés de recurso em sentido estrito, ao qual o Tribunal revisor deu provimento para condenar o réu à pena de 13 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial fechado, o que evidencia efetivo prejuízo à defesa, que teria deixado de recorrer por acreditar que o recurso cabível não devolveria toda a matéria ao Tribunal.

Assim, diante do equívoco do Tribunal ao receber a insurgência aplicando a fungibilidade recursal, deve o julgamento do recurso ser desconstituído para restabelecer a sentença de primeiro grau que desclassificou a conduta, ficando sem efeitos a decisão do Tribunal que determinou a execução provisória da pena imposta no julgamento da apelação.

Nesse sentido, confirmam-se:

PROCESSUAL PENAL. JÚRI. DECISÃO DO JUÍZO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REMESSA DOS AUTOS AO COMPETENTE. RECURSO CABÍVEL. EM SENTIDO ESTRITO. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ERRO GROSSEIRO. FUNGIBILIDADE. NÃO APLICAÇÃO.

1 - Segundo expressa disposição do inciso II do art. 581 do Código de Processo Penal, da decisão do juízo dos crimes dolosos contra a vida (Júri) que desclassifica a conduta e remete aos autos ao competente, cabe recurso em sentido estrito.

2 - A interposição de apelação constitui-se em erro grosseiro que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não abre espaço para a incidência da fungibilidade recursal, notadamente em razão do evidente prejuízo à defesa, haja vista a reforma da decisão singular em segundo grau de jurisdição, determinando a submissão do paciente ao Júri. Precedente da Sexta Turma.

3 - *Impetração não conhecida, mas concedida a ordem, ex officio, para restabelecer a decisão do juízo de primeiro grau que desclassificou a conduta. (HC 346.710/PR, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 24/5/2016, DJe 10/6/2016).*

PROCESSO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. REMESSA DO FEITO AO JUIZADO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. ERRO GROSSEIRO.

1. *Contra decisão que desclassifica o delito imputado ao réu e, como consequência, conclui pela incompetência do juízo, cabe recurso em sentido estrito.*

2. *A interposição, como na espécie, de apelação constitui erro grosseiro, o que impede a aplicação do princípio da fungibilidade.*

3. *Recurso especial improvido. (REsp. 611.877/RR, Rel. Ministro OG FERNANDES, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 17/4/2012, DJe 17/9/2012).*

Na mesma linha, as seguintes decisões monocráticas: AREsp. 939.102/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJ 2/9/2016; AREsp. 128.300/AP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 9/4/2013.

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício para anular o julgamento do recurso interposto pelo Ministério Público, restabelecendo a sentença de primeiro grau.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0230917-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 415.693 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002668820158160147 00057770420148160147 00215746820178160000 16165372
17045671 215746820178160000 2668820158160147 57770420148160147

EM MESA

JULGADO: 05/12/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA IRANEIDE OLINDA SANTORO FACCHINI

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GUSTAVO SWAIN KFOURI
ADVOGADOS : ALINE FERNANDA PEREIRA E OUTRO(S) - PR040639
ELIZA SCHIAVON - PR044480
GUSTAVO SWAIN KFOURI - DF050723
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : E G

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.