



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

JURISPRUDÊNCIA

Registro: 2013.0000237030

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0005518-16.2011.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido FABIO HENRIQUE OCAMPOS GARCIA.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do presente recurso em sentido estrito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente), LOURI BARBIERO E CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 18 de abril de 2013.

Moreira da Silva
Presidente e Relator
(assinatura eletrônica)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0005518-16.2011.8.26.0024

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDO: FABIO HENRIQUE OCAMPOS GARCIA

COMARCA: ANDRADINA

VOTO Nº 13.813

EMENTA: Processo Penal – Decisão que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, ante a ocorrência da litispendência, nos termos do artigo 267, inciso V, do Código de Processo Civil, por analogia – Interposição de recurso em sentido estrito pelo Ministério Público – Insurgência contra decisão da qual é cabível apelação (art. 593, II, CPP) – Inadmissibilidade – Hipótese que não comporta a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, em face de existência de erro grosseiro. Recurso não conhecido.

1. Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público, nos autos do processo nº 561/2011, que move contra Fábio Henrique Ocampos Garcia, em trâmite na Eg. 1ª Vara da Comarca de Andradina, contra r. decisão – da lavra do MM. Juiz de Direito Dr. Luiz Gustavo Esteves – que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, ante a ocorrência da litispendência com o feito nº 631/11, nos termos do artigo 267, inciso V, do Código de Processo Civil, por analogia.

Inconformado com essa decisão, o Ministério Público recorre em sentido estrito, seja sob a alegação de que houve equívoco judicial em reconhecer a litispendência no primeiro processo, seja sob o argumento de que o juízo reconheceu a litispendência entre uma investigação e uma ação penal. Requer, portanto, a reforma da r. decisão objurgada.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Processado e contra-arrazoado o recurso, em que o recorrido, preliminarmente, pugnou pelo não conhecimento do recurso e, no mérito, requereu o improvimento, o nobre Juiz singular manteve a r. decisão impugnada, manifestando-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo acolhimento da preliminar, com o não conhecimento do recurso.

É o relatório.

2. O presente recurso em sentido estrito não merece ser conhecido.

Com efeito, busca o Ministério Público a reforma da r. decisão que reconheceu *ex officio* a litispendência entre o caso dos autos e a ação penal nº 631/11 e julgou extinto o processo, com fundamento no artigo 267, inciso V, do Código de Processo Civil, por analogia.

Entretanto, com a devida vênia, o recurso em sentido estrito interposto pela acusação não deve ser conhecido por ser inadequado à espécie.

Segundo dispõe o artigo 581, inciso III, do Código de Processo Penal, "***caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: (...) III - que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição***".

Desta forma, observa-se que a hipótese dos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

autos, de reconhecimento *ex officio* de litispendência pelo i. Magistrado *a quo*, não foi prevista no artigo 581 do Código de Processo Penal como ensejadora de recurso em sentido estrito, já que referida disposição legal prevê a interposição desse recurso apenas contra a decisão que julga procedente a exceção de litispendência.

Importante frisar que os preclaros juristas Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer fazem essa distinção em sua obra Comentários ao Código de Processo Penal e Sua Jurisprudência, ao prescreverem que **"não se pode confundir a situação em que o juízo julga procedente a exceção de incompetência (inciso II do art. 95 do CPP) – declinando da sua competência territorial – com a situação na qual, de ofício, reconhece sua incompetência com fundamento no inciso II do art. 581, CPP"**.¹

Por este motivo, a hipótese dos autos longe está de amoldar-ser à regra inscrita no inciso III do artigo 581 do Código de Processo Penal.

É de se ressaltar, por oportuno, que o Código de Processo Penal estabelece rol taxativo ou *numerus clausus* para a interposição de recurso em sentido estrito em seu artigo 581, não podendo ser aplicada a analogia ao caso vertente.

Observa-se que esta Colenda Corte de Justiça

1 - 4ª Edição, p. 1094.

já se pronunciou, em caso análogo, proclamando ser incabível a interposição de recurso em sentido estrito contra decisão que denega a exceção, já que o dispositivo legal somente prevê a hipótese de procedência da exceção, tendo em vista o princípio da taxatividade recursal:

"Realmente, o recurso em sentido estrito previsto no artigo 581, do Código de Processo Penal, aplicasse apenas nas hipóteses legalmente elencadas, ou seja, trata-se de rol taxativo. Ainda que possa haver em legislação extravagante a inclusão de outras hipóteses, o certo é que para o caso em tela não há previsão, pelo que não deva mesmo ser conhecido.

O recurso é cabível apenas nos casos em que a decisão julgue procedentes as exceções e não quando as denegue.

Assim, de acordo com o princípio da taxatividade recursal, não se pode conhecer de impugnação que visa à reforma de decisão não compreendida no dispositivo legal, por faltar uma das condições de admissibilidade".²

Por outro lado, verifica-se que o artigo 593, inciso II, do Código de Processo Penal dispõe que "***cabará apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (...) II - das decisões definitivas,***

2 - Recurso em sentido estrito nº 0088381-53.2008.8.26.0050, Relator: Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, 3ª Câmara de Direito Criminal, Julgado em 18/10/2011.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior".

Desta forma, o legislador deixou claro, no citado dispositivo legal, que o recurso cabível da decisão definitiva proferida por juiz singular que não esteja inserida no rol taxativo previsto no artigo 581 do Código de Processo Penal, como no caso dos autos em que o MM. Juiz *a quo* julgou extinto o processo, com fundamento no artigo 267, inciso V, do Código de Processo Civil, por analogia, em razão do reconhecimento de ofício da litispendência, é a apelação e não o recurso em sentido estrito.

Portanto, o recurso manejado não comporta conhecimento.

De outra banda, é de se ressaltar que nem mesmo se poderia cogitar da aplicação do princípio da fungibilidade recursal, porque o recurso erroneamente interposto somente pode ser conhecido pelo outro quando não ficar caracterizado o erro grosseiro no que tange à eleição da via recursal.

Ora, erro de tal jaez se caracteriza inequivocamente quando há previsão expressa do recurso cabível de determinada decisão judicial e, nada obstante, a parte se vale de via impugnativa diversa.

Nesta esteira, ensinamento do ilustre



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

"Erro grosseiro é aquele que evidencia completa e injustificável ignorância da parte, isto é, havendo nítida indicação na lei quanto ao recurso cabível e nenhuma divergência doutrinária e jurisprudencial, torna-se absurdo o equívoco, justificando-se a sua rejeição".³

Aliás, afigura-se oportuno trazer à baila decisões do Colendo Superior Tribunal de Justiça que reafirmam a impossibilidade de seguimento de recursos em casos como o ora colocado:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. HIPÓTESE DE RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a interposição de recurso ordinário, ao invés de recurso especial, ou o inverso, constitui-se de erro grosseiro, o que impede a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Agravo regimental improvido".⁴

Também nesse sentido Jurisprudência desta

3 - // "Código de Processo Penal Comentado", Ed. RT, 8ª edição, 2008, p. 928.

4 - AgRg no Ag 1384526 / GO - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 2011/0045615-0; Relator Ministro HUMBERTO MARTINS (1130); Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento 02/06/2011; Data da publicação/Fonte DJe 13/06/2011.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Colenda 8ª Câmara de Direito Criminal, conforme voto da relatoria do e.
Desembargador Amado de Faria:

"No caso vertente, não se afigura possível a aplicação do princípio da fungibilidade, uma vez que o erro na interposição do recurso de apelação é grosseiro (...). A Jurisprudência e a Doutrina já assentaram que o erro é considerado grosseiro quando a lei é expressa quanto ao recurso cabível, não havendo qualquer divergência sobre tal aspecto, exatamente como se verifica no caso dos autos. É imprescindível, então, que haja dúvida razoável sobre qual o recurso cabível contra a decisão que se pretende impugnar, porque, na atual concepção, a fungibilidade não visa proteger a parte do erro profissional, mas sim evitar que a oscilação da jurisprudência quanto ao recurso correto provoque prejuízo ao recorrente. Assim é que, não se verificando tal sorte de dúvida no caso dos autos, mister concluir pela impossibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade".⁵

Inadequada, portanto, a via eleita, visto que impugnável mediante apelação e não recurso em sentido estrito. Por conseguinte, cumpre não conhecer da medida recursal ora em exame,

5 - Recurso em Sentido Estrito nº 0358342-19.2009.8.26.0000, São Paulo, julg. 10/11/2011, v.u.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

máxime porque ausente o requisito da adequação.

3. Ante o exposto, não se conhece do presente recurso em sentido estrito.

RONALDO SÉRGIO MOREIRA DA SILVA
Relator
(assinatura eletrônica)