



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.473.194 - RS (2014/0200836-0)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
AGRAVANTE : SELITO CARBONI
AGRAVANTE : MAGDA CARBONI
ADVOGADO : RACCIUS POTTER E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. PREENCHIMENTO.

1. Ainda que o Tribunal de origem não tenha feito menção expressa aos dispositivos de lei tidos por violados na insurgência ministerial, é certo que o objeto das razões recursais foi devidamente deliberado no acórdão recorrido, circunstância que indica a devolutividade da matéria a esta Corte Superior de Justiça, tendo em vista a ampla admissão do chamado prequestionamento implícito, como ocorreu na hipótese.

2. A questão posta na insurgência cinge-se a analisar a possibilidade de declaração de extinção da punibilidade pelo que se convencionou chamar de "*prescrição antecipada*" da pretensão punitiva, tese jurídica que não demanda qualquer incursão no contexto fático-probatório para a sua resolução, não incidindo, portanto, o enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Superior de Justiça na hipótese.

ESTELIONATO. PRESCRIÇÃO VIRTUAL. INADMISSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A prescrição da pretensão punitiva utilizando como base de cálculo suposta pena a ser concretizada numa possível e futura sentença condenatória, também conhecida por virtual, antecipada ou hipotética, não encontra amparo em nosso ordenamento jurídico, que prevê a referida causa extintiva pelo máximo da pena abstratamente cominada ou, ainda, pela sanção concretamente aplicada. Súmula n. 438/STJ.

2. Afastada a tese referente à prescrição virtual, devem os autos retornarem à origem, momento em que o MM. Juiz de piso analisará os demais argumentos de defesa apresentados pelos réus, entre eles o de rejeição da peça acusatória.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

A Quinta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.473.194 - RS (2014/0200836-0)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
AGRAVANTE : SELITO CARBONI
AGRAVANTE : MAGDA CARBONI
ADVOGADO : RACCIUS POTTER E OUTRO(S)
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL**

RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE) (Relator):** Cuida-se de agravo regimental interposto por SELITO CARBONI e MAGDA CARBONI contra decisão unipessoal do Ministro Jorge Mussi, de provimento do recurso especial do Ministério Público Estadual, uma vez que a prescrição virtual, antecipada ou hipotética não encontrar amparo no ordenamento jurídico pátrio.

Alegam os recorrentes, em síntese, a inadmissibilidade do apelo nobre ante a ausência de prequestionamento dos artigos ditos por violados e pelo óbice da Súmula 7/STJ, pois a análise dos fatores que determinaram a extinção da punibilidade depende do reexame do conjunto fático-probatório.

Sustentam, também, a ocorrência da prescrição virtual, eis que, considerando as circunstâncias judiciais favoráveis, não terem os acusados antecedentes criminais e inexistirem causas que possam agravar ou majorar a pena, a condenação deve se dar no mínimo legal para o crime de estelionato, ou seja, 1 (um) ano, cuja prescrição é de 4 (quatro) anos, tendo, no caso concreto, decorrido 10 (dez) anos entre a data da primeira conduta até o recebimento da denúncia.

Asseveram, ainda, que se superada a questão referente à prescrição, deve ser apreciado o pedido de inépcia da denúncia.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.473.194 - RS (2014/0200836-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE) (Relator): Os elementos existentes nos autos dão conta que SELITO CARBONI e MAGDA CARBONI foram denunciados pela conduta descrita no artigo 171, *caput*, c/c 29, na forma do artigo 71, todos do CP, por terem obtido vantagem ilícita pela retirada e uso indevido de notas fiscais de uma das vítimas na compra e venda de gado.

A magistrada singular, vislumbrando a ocorrência virtual da prescrição da pretensão punitiva estatal, absolveu sumariamente os réus, com fundamento no artigo 394, inciso IV, do Código de Processo Penal, mantida a sentença em sede de apelação.

Interposto recurso especial pelo *Parquet* sustentou-se a impossibilidade de extinção da punibilidade pela prescrição com base em pena projetada, por ausência de embasamento legal.

Monocraticamente, o Excelentíssimo Sr. Ministro Jorge Mussi deu-lhe provimento, para, afastando a aplicação da prescrição virtual, cassar a decisão de absolvição sumária e determinar o prosseguimento da ação penal.

Daí a apresentação deste agravo regimental.

A irresignação, porém, não merece prosperar.

Inicialmente, merece ser destacado que, ao contrário da alegação recursal, o apelo nobre apresentado pelo Ministério Público Estadual preenche os requisitos de admissibilidade.

Com efeito, ainda que o Tribunal de origem não tenha feito menção expressa aos dispositivos de lei tidos por violados na insurgência ministerial, é certo que o objeto das razões recursais foi devidamente deliberado no acórdão recorrido, circunstância que indica a devolutividade da matéria a esta Corte Superior de Justiça, tendo em vista a ampla admissão do chamado prequestionamento implícito, como ocorreu na hipótese.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. RECONHECIMENTO. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça admite o chamado prequestionamento implícito, caracterizado quando a instância de origem exara cognição a respeito dos pontos invocados no recurso especial, ainda que não tenha feito menção direta aos dispositivos legais. Precedente.

(...)

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 488.792/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 10/03/2015)

Ademais, a questão posta na insurgência cinge-se a analisar a possibilidade de declaração de extinção da punibilidade pelo que se convencionou chamar de "*prescrição antecipada*" da pretensão punitiva, tese jurídica que não demanda qualquer incursão no contexto fático-probatório para a sua resolução, não incidindo, portanto, o enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Superior de Justiça na hipótese.

No que diz respeito ao mérito recursal, é imperioso consignar que a prescrição da pretensão punitiva utilizando como base de cálculo suposta pena a ser concretizada numa possível e futura sentença condenatória, também conhecida por virtual, antecipada ou hipotética, não encontra amparo em nosso ordenamento jurídico, o qual prevê apenas que a referida causa extintiva regula-se pelo máximo da pena abstratamente cominada ou, ainda, pela sanção concretamente aplicada.

A propósito, confira-se lição de José Frederico Marques:

*A prescrição pode ocorrer 'antes de transitar em julgado a sentença final' (CP, art. 109), ou 'depois de transitar em julgado a sentença final condenatória' (CP, art. 110). No primeiro caso, prescreve o direito de punir no que diz respeito à pretensão de aplicar o preceito sancionador ainda em abstrato; no segundo caso, prescreve o direito de aplicar a sanção constante, **in concreto**, do título penal executório. (Curso de direito penal. São*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Paulo: Saraiva, v. 3, p. 412.)

Na mesma esteira são os ensinamentos de Júlio Fabbrini Mirabete:

"(...) duas são as espécies da prescrição: 1. prescrição da pretensão punitiva, que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença e cujo prazo tem por base de cálculo o máximo da pena cominada ao crime; 2. prescrição da pretensão executória, que ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação e cujo prazo tem por base de cálculo a pena aplicada. Aplicada porém a pena e não havendo recurso da acusação, a sanção privativa de liberdade não pode ser elevada, devendo por isso ser ela a base para o cálculo da prescrição ainda antes do julgado da decisão para a defesa." (Manual de direito penal. 8ª ed. São Paulo: Atlas, v. 1, p. 393.)

O mencionado jurista, mais adiante, assinala que, *"no Código Penal, em decorrência da reforma penal, a prescrição da pretensão punitiva está prevista no artigo 109 e no artigo 110, pars. 1º e 2º (prescrição intercorrente e retroativa) e a prescrição da pretensão executória é objeto do artigo 110, caput."* (Op. cit., p. 382).

Consoante se infere do acórdão recorrido, o Tribunal de origem utilizou-se de um tipo de prescrição inexistente na legislação pátria, considerando uma pena abaixo do máximo previsto para delito atribuído aos recorridos na exordial acusatória, em razão de considerações acerca de suas condições pessoais e seus reflexos na probabilidade de lhes ser aplicada uma sanção privativa de liberdade.

No entanto, o Código Penal, no artigo 109, determina que enquanto não houver pena concreta aplicada, a causa extintiva deve regular-se pelo máximo da sanção privativa de liberdade cominada ao ilícito (prescrição *in abstracto*).

A mesma opinião é emitida por Damásio de Jesus, leia-se:

"(...)a declaração da extinção da punibilidade pela prescrição retroativa pressupõe a existência de uma sentença condenatória. Em face disso, não pode ser reconhecida antes da condenação. (Prescrição penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 145.)

Na jurisprudência dos Tribunais Superiores, a questão também se encontra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pacificada, conforme se pode depreender dos julgados do Supremo Tribunal Federal abaixo colacionados:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO QUALIFICADO TENTADO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. RECOMENDAÇÃO.

I – As causas de aumento ou diminuição de pena – sejam elas gerais ou especiais – influem na contagem do prazo de prescrição da pretensão punitiva do Estado. Precedentes.

II – Segundo o art. 109, II, do Código Penal, a reprimenda prevista de 10 (dez) anos de reclusão prescreve em 16 (dezesseis) anos.

III – Não se verificou lapso temporal igual ou superior a 16 (dezesseis) anos desde o recebimento da denúncia, não se havendo falar, portanto, em prescrição da pretensão punitiva quanto ao delito de roubo qualificado tentado.

IV – Embora tenha transcorrido quase 15 (quinze) anos desde o recebimento da denúncia, a remansosa jurisprudência desta Corte tem repellido, de forma sistemática, a denominada prescrição antecipada pela pena em perspectiva, em razão de ausência de previsão em nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, menciono as seguintes decisões, entre outras: RHC 94.757/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 94.729/SP e RHC 88.291/GO, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 90.337/SP e HC 99.614/SC, Rel. Min. Ayres Britto; HC 88.087/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

V – Recurso ordinário ao qual se nega provimento, com recomendação. (RHC 121152, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 27-03-2014 PUBLIC 28-03-2014.)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AGRAVO REGIMENTAL QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM PERSPECTIVA, PROJETADA OU ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INADMISSIBILIDADE. A petição de agravo regimental não impugnou os fundamentos da decisão agravada, limitando-se a repetir as razões de mérito desenvolvidas no recurso extraordinário. Nesses casos, é inadmissível o agravo, conforme a orientação do Supremo Tribunal Federal. Precedente. De qualquer forma, é inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada. Precedente. Agravo regimental



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a que se nega provimento. (ARE 708233 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-219 DIVULG 05-11-2013 PUBLIC 06-11-2013.)

Tal entendimento foi, inclusive, sumulado por esta Corte Superior de Justiça, consoante se infere no enunciado 438, *verbis*: *"É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal."*

Constata-se, portanto, que o acórdão recorrido foi de encontro com entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sendo imperiosa a sua reforma, como restou determinada na decisão ora agravada.

Por fim, afastada a tese referente à prescrição virtual, devem os autos retornarem à origem, momento em que o MM. Juiz de piso analisará os demais argumentos de defesa apresentados pelos réus, entre eles o de rejeição da peça acusatória.

Nega-se, portanto, provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0200836-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no Resp 1.473.194 / RS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 05220800017140 1231571520148217000 171422120088210052 20800017140
3146112120138217000 70055899843 70059305946

EM MESA

JULGADO: 18/08/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : SELITO CARBONI
RECORRIDO : MAGDA CARBONI
ADVOGADO : RACCIUS POTTER E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : SELITO CARBONI
AGRAVANTE : MAGDA CARBONI
ADVOGADO : RACCIUS POTTER E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.