



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.299.032 - RS (2012/0003013-0)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
RECORRIDO : **ROMULO MICAEL PACHECO DA SILVA**
ADVOGADO : **JUSSARA TEREZA OSÓRIO DA ROCHA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL – APELAÇÃO INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – CABIMENTO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 579, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA, VIRTUAL OU ANTECIPADA – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EM FACE DA AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL – ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONTRASTE COM A SÚMULA 438 – RECURSO PROVIDO.

1. É possível a interposição de apelação quando era cabível o recurso em sentido estrito, desde que demonstrada a ausência de má-fé e a tempestividade do recurso.

2. “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal” (Súmula nº 438, do STJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.
Brasília, 15 de outubro de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO MOURA RIBEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.299.032 - RS (2012/0003013-0)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
RECORRIDO : **ROMULO MICAEL PACHECO DA SILVA**
ADVOGADO : **JUSSARA TEREZA OSÓRIO DA ROCHA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO (Relator):

Do acórdão da Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que não conheceu, por maioria, do apelo do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL sobreveio Recurso Especial dele com fundamento no art. 105, III, alínea “a”, da Constituição Federal, firme nas teses de que (1) a interposição de apelação da decisão que julgou extinta a punibilidade não constitui erro grosseiro porque é cabível o seu recebimento como recurso em sentido estrito, por força da aplicação do princípio da fungibilidade, nos termos do art. 579, do Código de Processo Penal; e, (2) o *decisum* contrariou e negou vigência ao art. 109, III e V do Código Penal, ao manter a decisão que reconheceu a prescrição pela projeção da pena quanto ao delito de furto qualificado, ao contrário do entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula nº 438.

Negado seguimento ao Recurso Especial, a decisão foi tornada sem efeito após a interposição de Agravo Regimental pelo órgão ministerial (fls. 190/194-STJ e 212-STJ).

O parecer do Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso (fls. 182/188-STJ e 221-STJ).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.299.032 - RS (2012/0003013-0)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
RECORRIDO : **ROMULO MICAEL PACHECO DA SILVA**
ADVOGADO : **JUSSARA TEREZA OSÓRIO DA ROCHA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL – APELAÇÃO INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – CABIMENTO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 579, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA, VIRTUAL OU ANTECIPADA – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EM FACE DA AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL – ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONTRASTE COM A SÚMULA 438 – RECURSO PROVIDO.

1. É possível a interposição de apelação quando era cabível o recurso em sentido estrito, desde que demonstrada a ausência de má-fé e a tempestividade do recurso.

2. “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal” (Súmula nº 438, do STJ).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.299.032 - RS (2012/0003013-0)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
RECORRIDO : **ROMULO MICAEL PACHECO DA SILVA**
ADVOGADO : **JUSSARA TEREZA OSÓRIO DA ROCHA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO (Relator):

Consta nos autos que o Ministério Público denunciou Romulo Micael Pacheco da Silva pela prática de furto qualificado por rompimento de obstáculo ocorrido no dia 07 de abril de 2004.

O Juízo sentenciante rejeitou a peça acusatória com fundamento na prescrição em perspectiva e declarou a extinção da punibilidade do réu, com fundamento no art. 107, IV, do Código Penal.

Interposta apelação pelo *Parquet*, o recurso não foi conhecido pelo Tribunal *a quo*, conforme a ementa abaixo transcrita:

“APELAÇÃO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. CABIMENTO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE AO CASO. Não sendo hipótese prevista no art. 579 do CPP, já que se trata de erro grosseiro, inviável o reconhecimento do princípio da fungibilidade. De qualquer forma, o recurso não mereceria conhecimento. Se a acusação obtivesse a condenação, a pena não passaria de dois anos de reclusão. Tendo transcorrido mais de sete anos desde o fato até a presente data, estará, ao final, extinta a punibilidade do acusado pela prescrição da pretensão punitiva retroativa. É inegável, no caso dos autos, mesmo sem se declarar a prescrição em perspectiva, a falta de interesse de agir por parte do órgão estatal, pois o final da demanda é previsível e inútil aos fins propostos. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA, POR MAIORIA.”

Daí o Recurso Especial aqui manejado, fundado na tese de violação ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 579, do Código de Processo Penal e ao art. 109, III e V do Código Penal, que merece ser acolhido.

É sabido que o meio adequado para atacar decisões que julgam a extinção da punibilidade é o recurso em sentido estrito, como prevê o art. 581, inciso VIII, do Código de Processo Penal:

"Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: (...)

VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade;"

Não obstante tenha operado em erro o Ministério Público ao interpor a apelação, não agiu de má-fé, diante da aferição da tempestividade da apelação, devendo ser aplicado ao caso o princípio da fungibilidade recursal, conforme preceitua o art. 579, do Código de Processo Penal.

A propósito, a lição de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO ressalta que a norma em comento exige tão-somente a ausência de má-fé, ao passo que a ausência de erro grosseiro era exigência da redação do art. 810, do Código de Processo Civil de 1939:

***"B) Adequação.** Muitas vezes existe a previsão legal, mas o recurso interposto não é o adequado. E a adequação ou princípio da correspondência, que liga as decisões ao tipo de recurso que elas sugerem, é de suma importância. Nesse caso, salvo a hipótese de má-fé, pode ele ser conhecido. Impera, aqui, o princípio da fungibilidade dos recursos, ou teoria do recurso indiferente, de Goldschmidt, ou teoria do "tanto vale" (Sowohl auch theorie). Por esse princípio, simples desconformidade da parte em relação a uma decisão é, em tese, suficiente para que seu recurso seja conhecido, pouco importando a denominação que se lhe dê. Salvo, já vimos, a hipótese de má-fé.*

Tem-se entendido por má-fé o fato de o recorrente interpor o recurso impróprio fora do prazo do recurso que deveria ser interposto. (...)

Mas, se o recurso impropriamente interposto ocorrer dentro do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmo prazo do recurso cabível, não obstante possa entender-se ter havido erro grosseiro, o certo é que o art. 579 do CPP fala apenas em “má-fé”, ao contrário do Código de Processo Civil de 1939, cujo art. 810 falava de “má-fé e erro grosseiro” (Processo Penal, Ed. Saraiva, São Paulo, 34ª edição, 2012, 4º vol., pág. 411/412).

O exemplo dado pelo autor cai como uma luva à hipótese dos autos:

“Assim, se o réu é condenado e, em vez de apelar, interpõe recurso em sentido estrito, este será conhecido como apelação. Mas, se a parte perde o prazo para a apelação, que é de 5 dias, e interpõe o recurso extraordinário, que é de 15, então não poderá ser conhecido, pelo fato de ter havido má-fé do recorrente (...)” (opus cit, pág. 412).

Nesse sentido, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça já admitiu a interposição de apelação quando era cabível o recurso em sentido estrito, desde que demonstrada a ausência de má-fé e a tempestividade do recurso. Veja-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CABIMENTO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ALEGAÇÃO DE ERRO GROSSEIRO E OFENSA AO ART. 579 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. TEMPESTIVIDADE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça já se firmou no sentido de que é possível a aplicação do princípio da fungibilidade quando há interposição de recurso diverso do devido, considerando-se a ausência de má-fé e, obviamente, a tempestividade.

2. Não tendo o Agravante trazido tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, mantenho, na íntegra, a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp 1244829/RS, Quinta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, julgado em 17/04/2012, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

27/04/2012).

“HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. DECISÃO DE DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA A VARA DO JÚRI. APELAÇÃO INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM LUGAR DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. CONDENAÇÃO CONCRETIZADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1 - Interposta apelação no lugar de recurso em sentido estrito pelo Ministério Público, é possível a aplicação do princípio da fungibilidade, não se tratando de hipótese de erro grosseiro ou má-fé do recorrente e se o recurso foi interposto no prazo legal. (...)” (HC 117118/MG, Sexta Turma, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, julgado em 05/05/2009, DJe 03/08/2009).

Como se vê, o defeito de forma não deve se sobrepor ao direito da parte, tornando possível o processamento do inconformismo pelo rito do recurso cabível, em atenção ao princípio da instrumentalidade das formas.

Quanto ao reconhecimento da prescrição em perspectiva, virtual ou antecipada, embora não conhecido o recurso pelo Tribunal *a quo*, o requisito do prequestionamento foi preenchido diante da análise da tese aqui sustentada pelo Ministério Público, tanto no voto vencedor do Desembargador Relator como no voto vencido da Desembargadora-Presidente da Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (fls. 109/135-STJ).

O acórdão atacado manteve a decisão do Juízo sentenciante que, antevendo o futuro do processo, extinguiu o feito com base na prescrição da pena concreta que seria fixada caso o processo tivesse chegado ao seu fim.

Em que pese o *decisum* ressaltar a necessidade de uma Justiça célebre e eficiente, tal objetivo não pode ser perseguido às custas dos mais mezinhos direitos das partes e da sociedade.

A gravidade dos bens jurídicos envolvidos na persecução penal exige o direito do acusado se defender e eventualmente ser absolvido, afigurando-se temerário um juízo condenatório apriorístico segundo o qual o réu em processo penal é inevitavelmente culpado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por seu turno, como bem salientou o Ministério Público em seu recurso, *“a sociedade tem direito de saber se o fato existe ou não, se o réu é o seu autor ou não. Além disso, é preciso considerar que, se o autor do fato não for o réu do presente feito, certamente os rumos investigatórios poderão apontar para outra direção”* (fl. 152).

Não se esqueça que uma vez ausente decreto condenatório, a prescrição da pretensão punitiva é regulada pela pena máxima em abstrato (art. 109, do Código Penal).

Donde não há amparo no ordenamento jurídico pátrio para a adoção da denominada prescrição em perspectiva, antecipada ou atual, fundada em condenação hipotética.

Trata-se de instituto repudiado pela jurisprudência desta Corte, por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena a ser eventualmente aplicada. Aliás, a questão se encontra pacificada com a edição da Súmula nº 438:

“É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”

Em suma, o entendimento firmado pela Corte de origem está em contraste com o que está pacificado neste Superior Tribunal de Justiça, devendo, portanto, ser reformado para afastar o reconhecimento da prescrição em perspectiva e determinar o prosseguimento da ação penal.

Nestas condições, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0003013-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.299.032 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0102100042810 102100042810 70040575532 70044033975

PAUTA: 15/10/2013

JULGADO: 15/10/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO : ROMULO MICAEL PACHECO DA SILVA

ADVOGADO : JUSSARA TEREZA OSÓRIO DA ROCHA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.