RECURSO ESPECIAL Nº 1.350.571 - RS (2012/0227523-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
RECORRENTE	:	I C DE O
ADVOGADOS	:	ELEMAR ALBERTO DAL MOLIN - RS035322 CARLA FERNANDA DAL MOLIN E OUTRO(S) - RS071014 PRISCIANA WEIRICH - RS071675
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por I. C. DE O., com fulcro no art. 105, inciso III, alínea *a* e *c*, da Constituição da República, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Extrai-se dos autos que a parte recorrente interpôs recurso em sentido estrito contra a decisão que indeferiu o pedido de reconhecimento da prescrição e de suspensão condicional do processo em que se apura a suposta prática, no ano de 1995, dos delitos tipificados nos arts. 228, § 1º e 229 do Código Penal.

A 7ª Câmara Criminal do Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 190):

> *RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO LAPSO PRESCRICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA.*
>
> *Nos termos do art. 366 do CPP, a acusada, citada por edital, não comparece em juízo, motivo que ensejou a suspensão do processo e do curso do lapso prescricional.*
>
> *O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada ao delito, entendimento adotado pela jurisprudência majoritária.*
>
> *No caso dos autos a recorrente foi denunciada pela prática, em tese, dos delitos dispostos no art. 228, §1º e do art. 229, ambos do CP, com penas previstas de 03 (três) a 08 (oito) anos de reclusão e de 02 (dois) a 05 (cinco) anos de reclusão, respectivamente. Embora o primeiro dispositivo tenha sido revogado, a sua pena deve ser aqui considerada, tendo em vista que a sanção do dispositivo substituto (artigo 244-A do ECA) é mais grave.*
>
> *Logo, considerando os lapsos prescricionais dispostos no art. 109 do CP, verifica-se que não houve o transcurso da prescrição.*
>
> *Já a suspensão condicional do processo esbarra no requisito objetivo previsto no art. 89 da Lei. 9099/95, segundo o qual, para a concessão deste benefício, é preciso que a penai mínima cominada ao crime*

não seja superior a 01 (um) ano de reclusão.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DESPROVIDO.

Nesta oportunidade, a defesa interpõe o presente recurso especial apontando ofensa aos arts. 366 Código de Processo Penal, 107, IV, c/c o arts. 109, IV, 110, § 1º e 111, I, todos do Código Penal e dissídio jurisprudencial.

Como primeira tese, sustenta a recorrente que "*o artigo 366 do CPP, com redação dada pela Lei n°. 9.271/96, não se aplica ao caso posto, tendo em vista que a denuncia relata fatos ocorridos em SETEMBRO DE 1995, LOGO, ANTES DA PROMULGAÇÃO DA LEI E VIGÊNCIA DESTA, e, assim, não se admite a suspensão da prescrição decorrente da suspensão do processo que importaria em prejuízo à Ré/Recorrente, portanto, não retroage e não se aplica a vertente demanda, devendo, portanto, ser analisado o mérito da prescrição legal e intercorrente alegada pela Recorrente*" (e-STJ fl. 205).

Na segunda tese, a defesa alega a prescrição da pretensão punitiva "*considerando que os fatos ocorrem em 1995, a denúncia foi recebida mais de 04 anos após (em 22/10/99) e a Recorrente foi citada somente em 2011, 11 anos após a denúncia, ou seja, quando já ultrapassados mais de 16 anos dos fatos relatados na inicial acusatória* (e-STJ fls. 206/207).

Ao final pede a reforma do acórdão para reconhecer a "*prescrição legal e intercorrente e/ou retroativa (prescrição da pretensão punitiva do Estado) e, por conseguinte, extinguindo-se a punibilidade da Recorrente*" (e-STJ fl. 214).

Contrarrazões às e-STJ fls. 234/237.

O Ministério Público manifestou-se pelo provimento do recurso (e-STJ fls. 255/257).

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, em relação à tese de irretroatividade do art. 366 do Código de Processo Penal, assiste razão à recorrente.

Isso porque, já decidiram as Turmas da Terceira Seção desta Corte que o referido dispositivo legal, com a redação alterada pela Lei n. 9.271/1996, *por conter normas de caráter penal e processual, não deve ser aplicado retroativamente, mas apenas aos fatos ocorridos após a sua vigência, tampouco deve ser aplicado de forma parcial* (RHC 51.693/DF, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 5/2/2015).

Confiram-se:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. ROUBO QUALIFICADO. OMISSÃO. NÃO VERIFICADA. CITAÇÃO POR EDITAL. LEI MAIS GRAVE. IRRETROATIVA. TESE AVENTADAS NAS RAZÕES DO EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> [...]
>
> *2. A teor da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,* ***não é possível a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, nos termos do vigente art. 366 do Código de Processo Penal, nos feitos relativos a crimes praticados antes da vigência da Lei nº 9.271/96, pois a suspensão do prazo prescricional constituiu novatio legis in pejus. Não se admite, ainda, a cisão da referida norma.*** *Precedentes.*
>
> [...]
>
> *4. Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1585104/PE, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe 23/4/2018, grifei.)

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGADA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL NOS TERMOS DO ART. 366 DO CPP. NECESSIDADE DE EXPRESSA MENÇÃO NA DECISÃO SINGULAR. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. SÚMULA 282/STF.*
>
> [...]
>
> *3. É entendimento deste Sodalício que "****não se admite a aplicação parcial da Lei nº 9.271/96, com incidência apenas do preceito pertinente à suspensão do processo, afastando o comando relativo à suspensão do prazo prescricional, pois o dispositivo em destaque só pode ser aplicado integralmente (suspensão do processo e da prescrição) aos delitos cometidos a partir de sua vigência, visto prevalecer a regra penal que determina a irretroatividade da lei mais gravosa.****" (REsp 883.342/RJ, Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 29/10/2007, p. 327).*

> *4. Agravo improvido.* (AgRg no AREsp 745.060/SP, relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/6/2018, DJe 1º/8/2018)

Desse modo, tendo em vista o caso em tela diz respeito a fatos ocorridos no ano de 1995, anteriores, portanto, à alteração do art. 366 do Código de Processo Penal, não se suspendem a marcha processual e os prazos prescricionais.

Entretanto, no que se refere ao pedido de reconhecimento do exaurimento do prazo prescricional da pretensão punitiva, o recurso especial não prospera.

Vale relembrar que esta Corte Superior de Justiça não admite a prescrição da pena em perspectiva.

Tal entendimento foi cristalizado 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*".

Nesse sentido:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 107, IV E 109, VI, AMBOS DO CP.* ***PRESCRIÇÃO VIRTUAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. SÚMULA 438/STJ.*** *DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ART. 255/RISTJ. INOBSERVÂNCIA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *1.* ***Com efeito, este Superior Tribunal de Justiça é firme na compreensão de que falta amparo legal à denominada prescrição em perspectiva, antecipada ou virtual, fundada em condenação apenas hipotética. Súmula 438/STJ.***
>
> [...]
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no AREsp 1005473/RS, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016, grifei)

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. REAPRECIAÇÃO DAS PROVAS E DAS CIRCUNSTÂNCIAS*

> *FÁTICAS. INVIABILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ.* ***PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 438/STJ.*** *AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> [...]
>
> *3.* ***A teor da Súmula 438/STJ: 'É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal'****.*
>
> *4. Agravo regimental não provido.* (AgRg no REsp 1295597/CE, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 11/04/2018, grifei)

In casu, em razão da inexistência de pena em concreto imposta à recorrente, não há como ser declarada a prescrição intercorrente da pretensão punitiva como pretende a defesa.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso especial no sentido de declarar a inaplicabilidade do art. 366 do Código de Processo Penal com a redação trazida pela Lei n. 9271/1996.

Consequentemente, retornem os autos para prosseguir o julgamento da ação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 15 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator