

Homicídio qualificado - Crime tentado Citação-  
Revelia - Lei 9.271/96, que modificou o art. 366  
do Código de Processo Penal - Natureza jurídica  
híbrida - Aplicação retroativa - Impossibilidade -  
Nulidade - Não ocorrência - Prescrição pela pena  
em perspectiva - Não cabimento - Ausência de  
previsão legal - Indícios de autoria - Prova da  
materialidade - Pronúncia - Necessidade -  
*In dubio pro societate*

Ementa: Recurso em sentido estrito. Tentativa de homicídio qualificado. Nulidade. Aplicação retroativa da Lei nº 9.271/96. Impossibilidade. Preliminar rejeitada.

Prescrição pela pena em perspectiva. Não cabimento. Ausência de previsão legal. Pronúncia. Prova da materialidade. Indícios suficientes da autoria. Recurso não provido.

- A Lei nº 9.271/96, que modificou o art. 366 do CPP, tem natureza jurídica híbrida, possuindo conteúdo processual e penal, sendo, ao mesmo tempo, benéfica e maléfica ao réu, razão pela qual não pode retroagir, pois o caráter indivisível da norma impede que o magistrado a aplique apenas no que for favorável ao acusado, o que produziria uma *tercio legis*, em usurpação da função do legislador.

- Em face da ausência de previsão legal, não se mostra possível o reconhecimento da prescrição retroativa antecipada, antes da condenação do agente, com base na pena hipoteticamente considerada.

- Por se tratar de um mero juízo de prelibação, comprovada a materialidade delitiva e existindo indícios suficientes da autoria, a pronúncia do acusado é medida que se impõe, cabendo ao Conselho de Sentença dirimir eventuais dúvidas.

- É prevalente nos crimes afetos ao Tribunal do Júri a incidência do brocardo *in dubio pro societate*, jamais podendo a incerteza beneficiar o réu.

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0105.94.009993-7/001 - Comarca de Governador Valadares - Recorrente: José Nogueira da Silva - Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ALBERTO DEODATO NETO**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Silas Vieira, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 20 de setembro de 2011. - *Alberto Deodato Neto* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por José Nogueira da Silva contra a decisão de f. 62/66, que o pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I e IV, c/c art. 14, II, ambos do CP, submetendo-o a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Narra a denúncia que, na data de 26.06.92, por volta das 18 horas, na Rua do Planalto, nº 296, Bairro Santo Antônio, em Governador Valadares/MG, o recorrente, fazendo uso de uma faca, por vingança, tentou

contra a vida de Ivay Ribeiro, produzindo-lhe as lesões descritas no ACD carreado aos autos, as quais não foram a causa eficiente de sua morte por circunstâncias alheias à vontade do agente, já que socorrida por terceiros e submetida a intervenção cirúrgica.

Conforme apurado, réu e vítima foram amasiados, porém, se separaram cerca de 4 (quatro) anos antes dos fatos, ocasião em que a ofendida se mudou para outro Estado, passando o inculpado a viver com outra mulher.

Ocorre que, com o retorno da vítima para a cidade de Governador Valadares, em março de 1992, o recorrente voltou a procurá-la, a fim de reatarm seu relacionamento. Todavia, diante da negativa de Ivay, José Nogueira passou a ameaçá-la de morte, chegando a comparecer em sua residência - da vítima - armado com uma faca.

Então, no dia dos fatos, a ofendida foi até a residência do recorrente para buscar sua filha, oportunidade em que este, muito nervoso, afirmou que a partir daquele dia ficaria com a guarda da menor e que também iria "tomar" os outros filhos do casal.

A vítima, porém, disse que não aceitaria tal imposição, momento em que José Nogueira, armado com uma faca, agarrou Ivay pelos cabelos, jogou-a no chão, dificultando, assim, sua defesa, e, em seguida, deu-lhe duas facadas na região lombar, causando-lhe as lesões descritas no ACD carreado aos autos, evadindo-se do local em seguida.

Intimações regulares, f. 66-v., 68 e 78.

Pleiteia o recorrente, nas razões de f. 81/84, preliminarmente, a declaração de nulidade do feito, pela não aplicação retroativa da Lei nº 9.271/96. Em prejudicial de mérito, requer o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, pela pena em perspectiva. No mérito, pede sua impronúncia, sob a alegação de não haver provas suficientes da autoria.

Contrarrazões às f. 87/92, em que o *Parquet* pugna pela rejeição da preliminar arguida e pelo não provimento do recurso, ao que aquiesce a d. Procuradoria-Geral de Justiça, f. 98/104, c/c 109.

Exercendo o juízo da retratação, o d. Magistrado *a quo* manteve a decisão hostilizada, f. 108.

É o relatório.

Conheço o recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Preliminarmente.

Sustenta a defesa a nulidade do feito, diante da não aplicação retroativa da Lei nº 9.271/96.

Todavia, sem razão.

É que o fato narrado na denúncia, ocorrido em 26.06.1992, é anterior à edição da mencionada lei, datada de 17.04.1996, que alterou as regras da citação editalícia e inseriu no ordenamento processual penal preceito que, embora de natureza híbrida, possui, ao mesmo tempo, efeitos benéficos e prejudiciais ao apelante, razão pela qual não pode retroagir.

Isso porque, como se sabe, ou se deveria saber, o caráter indivisível da norma impede que o magistrado a aplique apenas no que for favorável ao réu, o que produziria uma *tercio legis*, em usurpação da função do legislador.

É esta a lição de Guilherme de Souza Nucci:

Retroatividade da Lei nº 9.271, de 18 de abril de 1996, modificadora do art. 366: impossibilidade. Tendo em vista que se trata de lei de conteúdo misto - penal (suspensão da prescrição) e processual penal (suspensão do processo) - tornou-se jurisprudência pacífica que não pode ela retroagir, levando-se em conta ser o aspecto penal da norma prejudicial ao réu, pois impede o curso da prescrição. Logo, somente deve ser aplicada, por inteiro, aos fatos criminosos cometidos após a sua entrada em vigor (houve 'vacatio legis' de 60 dias), sem possibilidade de se suspender o feito (parte processual), mas não a prescrição (parte penal), como alguns magistrados começaram a fazer à época. Nesse sentido: STJ, REsp nº 171.125/SP, 5º T., Rel. José Arnaldo da Fonseca, 02.09.1999, v.u., DJ de 04.10.1999, p. 80; HC nº 8.927/SP, 5º T., Rel. Gilson Dipp, 29.06.1999 v.u., DJ de 16.08.1999, p. 83 (in *Código de Processo Penal Comentado*, Editora Revista dos Tribunais, 3. ed., São Paulo, 2004, p. 608).

No mesmo sentido, o indiscrepante entendimento jurisprudencial:

A orientação encontra-se cristalizada nesta Egrégia Corte e no Pretório Excelso no sentido de que a Lei 9.271/96 é ir-retroativa aos processos em curso de réus revéis citados por edital, que praticaram infrações penais antes de 17-6-96 e a impossibilidade de cingir-se a lei para aplicá-la na parte processual (suspensão do processo) e não aplicá-la na parte de direito material (suspensão da prescrição). (STJ; RJDACRIM 40/469.)

Penal e processual penal. Delito praticado antes da vigência da Lei nº 9.276/96. Retroatividade. Impossibilidade. Prescrição. Pena *in concreto*. Reconhecimento. - Diante da iterativa jurisprudência dos Tribunais Pátrios, impõe-se a revogação da decisão que determinou a suspensão do processo e do prazo prescricional, por infringir dispositivo constitucional (art. 5º, XL, CF), que veda a retroatividade de lei que prejudique o réu, o que torna inviável a aplicação da atual norma do art. 366, do CPP, pois versando esta sobre direito processual (suspensão do processo) e material (suspensão da prescrição) são inaplicáveis às infrações praticadas antes da sua vigência. (TJMG; Relator Des. Antônio Armando dos Anjos, Processo nº 2.0000.00.409585-2/000.)

[...] Para o efeito de aplicação do princípio da retroatividade da *lex mitior*, prevalece o preceito de direito penal, que, sendo mais gravoso, afasta a retroatividade da norma em sua integralidade, por ser indivisível, até porque, se se admitisse a suspensão do processo sem a suspensão do curso do prazo da prescrição, estar-se-ia criando um terceiro sistema, que não é nem o da lei nova, nem o da lei antiga (STF, 1ª Turma, Habeas Corpus nº 75.284-5/SP, relator Ministro Moreira Alves, DJU de 21.11.1997).

Dessa forma, ao decretar a revelia do apelante, dando prosseguimento ao feito, o MM. Juiz a quo nada mais fez do que aplicar o comando inserto no art. 366 do

CPP, vigente à época dos fatos, sendo certo que, se de um lado a Lei nº 9.271/96 favorece o réu ao estabelecer a suspensão do processo, de outro ela o prejudica sobremaneira ao prever a suspensão do curso do prazo prescricional, não havendo que se falar, assim, em nulidade.

Destarte, rejeito a preliminar.

Da prejudicial de mérito.

Pretende a defesa o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal pela pena em perspectiva, declarando-se extinta a punibilidade de José Nogueira da Silva.

Entretanto, mais uma vez, razão não lhe assiste.

É que a extinção da punibilidade com base na prescrição da pena em perspectiva, ou ideal, não é prevista pelo nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, de acordo com o Código Penal, a prescrição somente se regula pela pena concretamente aplicada (art. 110 do CP) ou, ainda, pelo máximo da sanção prevista para o tipo penal (art. 109 do CP).

Logo, não se mostra correto o reconhecimento da prescrição retroativa antecipada, "ideal", virtual, antes da condenação do recorrente, com base na pena hipoteticamente considerada.

Nesse sentido:

Criminal. REsp. Receptação. Extinção da punibilidade declarada, em primeiro grau, com base em pena antecipada. Decisão confirmada pelo tribunal. Impropriedade. Prescrição pela pena em abstrato configurada. Recurso provido. I. De acordo com o Código Penal, tem-se que a prescrição somente se regula pela pena concretamente aplicada ou, ainda, pelo máximo de sanção, abstratamente previsto. II. É imprópria a decisão que confirma a extinção da punibilidade decretada com base em pena em perspectiva. Precedentes. III. Deve ser cassado o acórdão recorrido para afastar a denominada prescrição em perspectiva. IV. Verificada a efetiva ocorrência da prescrição da pena em abstrato, extingue-se a punibilidade do réu. V. Recurso provido. VI. Declarada, de ofício, a extinção da punibilidade do réu pela prescrição da pena abstratamente cominada. (REsp 714260/RS; Relator: Ministro Gilson Dipp; data da publicação/fonte: DJ de 13.06.2005, p. 343.)

Por tais considerações, rejeito a prejudicial de mérito arguida.

Do mérito.

Como se sabe, a decisão de pronúncia, por se tratar de um mero juízo de prelibação, exige apenas a certeza da materialidade e a presença de indícios suficientes da autoria delitiva.

Pois bem.

*In casu*, a materialidade restou sobejamente demonstrada pela portaria (f. 06), BO (f. 07/08) e auto de corpo de delito (f. 16/17), sem prejuízo da prova oral colhida.

De igual modo, no tocante à autoria, das declarações da vítima (f. 12-v.) aliadas aos depoimentos das testemunhas Ilton Mourão dos Santos (f. 10/v), Maria Bento (f. 11-v.) e, principalmente, Oswaldo José de Almeida

(f. 15/v) - pai do recorrente -, colhem-se indícios suficientes da participação de José Nogueira da Silva na tentativa de homicídio *sub examine*, não havendo que se falar, assim, em despronúncia.

Importante registrar que a análise mais aprofundada das provas é afeta ao Tribunal do Júri, por força de expressa regra constitucional (art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição da República), vigorando nessa fase processual o princípio *in dubio pro societate*, não podendo a dúvida jamais beneficiar o acusado, mas sim a sociedade.

Diante do exposto, rejeito a preliminar e a prejudicial de mérito arguidas e nego provimento ao recurso, mantendo íntegra a r. decisão hostilizada.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FLÁVIO LEITE e REINALDO PORTANOVA.

*Súmula* - NÃO PROVIDO O RECURSO.