

que só é pertinente a Moreno (art. 45, I, do C. P.).

No que tange a Waldir, para o roubo, também poríamos 6 anos de reclusão, e para a extorsão mediante seqüestro, 9 anos de reclusão, já que o seu comportamento e antecedentes são iguais aos de Priscilo.

No que concerne a Nilson Menezes, é ele reincidente em crime doloso. (fls.... 162). Aí, tem toda razão a Promotoria. As penas desse réu, quer no roubo qualificado, quer na extorsão mediante seqüestro (qualificada), tem de sofrer aumento. É indivíduo perigoso (fls. 185). E calcularíamos 7 anos de reclusão para o roubo e 10 anos para a extorsão mediante seqüestro, sofrendo ainda medida de segurança (art. 93, I e II do C. P.).

Por fim, em referência a Aldair, é ele reincidente específico (fls. 161), o

que importa em graduação aumentada em quantidade *fixa* (art. 47, I, do C. P.). Então, calcularíamos: 4 anos o mínimo, mais 10 anos — o máximo, igual a 14 anos, divididos por 2, igual a sete anos, e mais dois anos pelo acréscimo da reincidência específica: 9 anos. Com mais um terço, por causa da qualificação (e um terço de 9 são 3 anos), 9 mais 3 igual a 12 *anos de reclusão*, que seria a pena definitiva (além da multa de 15 cruzeiros, custas e taxa, bem como da respectiva medida de segurança), já que Aldair só praticara o crime de roubo qualificado.

Por conseguinte e em relação à apelação do M. P., a Procuradoria é pelo provimento em parte.

É o parecer, *sub censura*.

Rio de Janeiro, 25 de maio de 1973.

Jorge Guedes. — 15.º Procurador da Justiça.

EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE

A tese sobre o efeito retroativo-prescricional da pena concretizada na sentença, embora autorizada pela "Súmula 146", está ao arrepio da norma inserta no parágrafo único do art. 110 do Código Penal, e não leva em conta o disposto no art. 117, n.º IV do mesmo Código, consoante reconhecem os mais recentes julgados do Pretório Excelso. — Em tais arestos se tem firmado o entendimento de que o alcance do enunciado na "Súmula 146" está condicionado à ausência do recurso do Ministério Público e à efetiva interposição do recurso pelo réu. — Restauração da es-correita distinção doutrinária entre prescrição da ação penal e prescrição da pena. A lição de Soler. — Ainda no bruxolear do império do Código Penal de 1940 vigente, para usar-se das palavras da "Exposição de Motivos" do Código Penal de 1969,

cuja entrada em vigor vem sendo prorrogada, cabe dizer que — verbis — "termina-se, assim, com a teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto, que é tecnicamente insustentável e que compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão". — Voto vencido.

HABEAS-CORPUS N.º 27.491

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Tribunal de Justiça

Relator: Des. Bandeira Steele.
Impetrante: Joaquim Mourão Jr.
Paciente: José Rodrigues de Oliveira

Vistos, relatados e discutidos estes autos do *Habeas-Corpus* n.º 27.491, em que é paciente José Rodrigues de Oliveira, sendo impetrante o Dr. Joaquim Mourão Júnior:

Acorda a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por maioria de votos, em

denegar a ordem, vencido o eminente Desembargador Bandeira Stampa, que a concedia.

Tendo sido o Paciente condenado, como incurso no art. 171 do Código Penal, a dois (2) anos de reclusão e e mais à multa de Cr\$ 1,00 (um cruzeiro), por sentença condenatória prolatada a 13 de janeiro de 1969, que transitou em julgado para o Ministério Público e para a Defesa, o Dr. Impe-trante, invocando os arts. 109, n.º V e 110 do Código Penal, bem como a "Súmula 146", postula seja decretada a extinção da punibilidade, dado que, entre a data do recebimento da denúncia — 24 de janeiro de 1961 (*ut fls. 4*) e a daquela prolação (*ut fls. 5v.*) decorreram oito (8) anos (aliás, incompletos). Pretende-se, pois, invocado que foi o inciso V do art. 109, seja de quatro (4) anos o lapso prescricional, levada em conta a pena de dois (2) anos de reclusão concretizada na sentença.

A tese do efeito retroativo da pena *in concreto* para a prescrição, que, através de reiterados Arestos veio sendo proclamada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, acabou por se integrar na "Súmula 146" com o enunciado de que — *verbis* — "a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação".

Tal "Súmula", consoante se vê da respectiva referência, aponta como dispositivo legal aplicável o art. 110, parágrafo único, do Código Penal, que assim está formulado: — "Art. 110. A prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena imposta e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. Parágrafo único. A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também pela imposta e verifica-se nos mesmos prazos".

Fácil é de ver que a enfocada "Súmula" pretende apoiar-se no parágrafo

único em apreço. Todavia, enquanto este se refere a sentença condenatória *recorrida somente pelo réu*, aquela fala em sentença condenatória *transitada em julgado para o Ministério Público*, o que são hipóteses que se não confundem.

Nessa conformidade, reconhecendo que a "Súmula 146" enunciou mais do que lhe permitia a lei, o próprio Excelso Pretório, como que em interpretação autêntica do enunciado, passou a decidir que, em face do disposto no parágrafo único do art. 110 do Código Penal, a questionada "Súmula" somente se aplica àqueles casos em que apenas o réu recorre, não àqueles em que também o réu não recorre (cf. RHC n.º 44.925 — S.P. Acórdão de 17 de novembro de 1967, Rel. Min. Amaral Santos, R. T. J., vol. 43, pág. 835; RHC n.º 47.484 — MG., Acórdão de 18 de novembro de 1969, Rel. Min. Luis Gallotti, R. T. J., vol. 53, pág. 420; RHC n.º 47.529 — G.B., Acórdão de 9 de dezembro de 1969, Rel. Min. Luis Gallotti, R. T. J., vol. 54, pág. 403).

E reiterando tal entendimento, o Colendo Supremo Tribunal Federal, em Acórdão, de que foi Relator o eminente Ministro Luis Gallotti, ao deslindar o Rec. Ext. n.º 71.860, de 15 de junho de 1971, após registrar na ementa que a "Súmula" procura apoio no referido parágrafo único do art. 110, "sem atender ao advérbio *depois*, e ainda sem levar em conta o art. 117, n.º IV, que declara interrompido o curso da prescrição pela sentença condenatória recorível", alí aduziu S. Exa., que — *verbis* — "À Súmula, porque Súmula, há que obedecer. Mas não se deve ampliá-la, ampliando o erro que ela contém" (Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 59, pág. 51).

Verifica-se que, de acordo com esse recente entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal, o alcance do enunciado na "Súmula 146" está condicionado à ausência de recurso do Ministério Público e a efetiva interposição de recurso pelo réu.

Força é convir que, em face dessa nova orientação jurisprudencial, a "Súmula 146", esvaziando-se de sentido, passou a traduzir tão-só e simplesmente o comando literal contido no parágrafo único do art. 110 do Código Penal. E, assim, restaurou-se a escorreita distinção doutrinária entre *prescrição da ação penal* e *prescrição da pena* (cf. Sebastian Soler, in "Derecho Penal Argentino", 1951, Tomo II, página 510), distinção que aquele Código Penal fez obscurecida, englobando as duas hipóteses apenas terminologicamente sob a designação genérica "da extinção da punibilidade", pese embora haver sido ponderado na "Exposição de Motivos" do aludido Diploma que se *preferiu* "esta rubrica à tradicional de "extinção da ação penal e da condenação" que corresponde a conceitos reconhecidamente errôneos" (Ut. n.º 35).

E, para usar-se das palavras da "Exposição de Motivos" do Código Penal de 1969, cuja entrada em vigor vem sendo objeto de reiteradas prorrogativas, e que — como ali se lê — "expressamente elimina a prescrição pela pena em concreto, estabelecendo que, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, ela se regula também, *daí por diante*, pela pena imposta"; — para usar-se (re-pita-se) da aludida "Exposição de Motivos", com endereço à nova e acertada

orientação do Colendo Pretório, cabe dizer-se que, ainda no bruxuêar do império do Código Penal de 1940, — *verbis* — "termina-se, assim, com a teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto, que é tecnicamente insustentável e que compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão" (ut n.º 37).

Consequentemente, desde que não se comporta aplicado o parágrafo único do art. 110, objeto de ressalva no art. 109, o prazo prescricional é, na espécie, de doze (12) anos, *ex-vi* do inciso III daquele segundo artigo, vez que o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime de estelionato (art. 171) é de cinco (5) anos de reclusão.

Rio de Janeiro, 19 de junho de 1972. Des. José Murta Ribeiro, Presidente. Des. Bandeira Steele Relator. Des. Bandeira Stampa vencido *data venia* da douda maioria, pois concedia a ordem, por entender extinta a punibilidade, pela prescrição, em face da pena concretizada; nos termos da Súmula n.º 146, do colendo Supremo Tribunal Federal a ausência de recurso da defesa não impede tal entendimento, como ensina ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, in "Comentários ao Código Penal", vol. IV, págs. 361/362, edição de 1958.

Ciente. — Rio de Janeiro, 13 de Julho de 1972. Laudelino Freire Júnior, 3.º Procurador da Justiça.

DENÚNCIA FALTA DE ASSINATURA DO PROMOTOR: SIMPLES IRREGULARIDADE

Habeas Corpus *denegado*, por *inexistir constrangimento ilegal, posto que não há nulidade, como pretendido. Voto vencido.*

HABEAS-CORPUS N.º 23.371

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Tribunal de Justiça

Impetrante: Dr. Ronaldo Tostes Mascarenhas, 15.º Defensor Público
Paciente: Manuel Gomes.

Vistos, etc.

Acordam, por maioria, os Juizes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara em denegar a ordem, vencido o Exmo. Sr. Des. Pedro Lima, que a concedia para anular o processo a partir da denúncia, inclusive, sem prejuízo de sua renovação.

Como salienta o doudo parecer de fls. 11, que integra este julgado, na forma regimental, não há a pretendida