

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA**  
**Faculdade de Direito**



**A PROBLEMÁTICA DA IMPRESCRITIBILIDADE PENAL NAS  
LEGISLAÇÕES INTERNAS DOS ESTADOS E NO DIREITO PENAL  
INTERNACIONAL**

**MARCELA BASTAZINI VANUSSI**

**COIMBRA - PORTUGAL**  
**2013**

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA**  
**Faculdade de Direito**

**2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO**



**A PROBLEMÁTICA DA IMPRESCRITIBILIDADE PENAL NAS  
LEGISLAÇÕES INTERNAS DOS ESTADOS E NO DIREITO PENAL  
INTERNACIONAL**

**MARCELA BASTAZINI VANUSSI**

Dissertação apresentada ao 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Criminais.

**Orientador:** Professora Doutora Maria João Antunes.

**COIMBRA - PORTUGAL**  
**2013**

É pois na estrutura do processo, tal como deve desenrolar-se num Estado de Direito, que se deve procurar o princípio da cisão entre vingança e justiça. Diz-se por vezes que vingar-se é fazer justiça por suas próprias mãos. Mas não, a palavra justiça não deveria figurar em nenhuma definição de vingança, reserva feita a um sentido arcaico e sagrado de uma totalmente vindicativa, vingativa, com a qual teremos de nos haver em última análise. Por agora, só nos preocuparemos com a vingança elementar, emocional, selvagem, a que quer inscrever a punição na esteira do crime. Põe-se então a questão de saber por que meios, com que recursos, em nome de que instância, o processo rompe com essa vingança.

Paul Ricoeur

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, a Deus e a Nossa Senhora a quem sou devota, pois sem eles jamais teria chegado até aqui.

A minha família por todo apoio, principalmente a minha mãe que sempre me incentivou e acreditou em mim, mulher perseverante, vitoriosa e trabalhadora, que inspira e nos faz crescer.

Ao meu pai que fez o possível para que eu pudesse concluir o mestrado, sempre valorizou meus estudos e me motivou. Com seus passos, me mostrou, ainda, que todos são capazes de vencer.

Aos meus avós, pois tornam a vida mais leve para mim, me mostram continuamente que com eles nunca estarei só. Duas pessoas incríveis que com pouco conseguiram muito. Aprendi com eles que o caráter, a generosidade, o comprometimento e amor são os maiores bens do ser humano.

À senhora Doutora Maria João Antunes, que me deu o privilégio de ser orientadora da minha dissertação de mestrado, pela paciência, compreensão e preciosos conselhos.

Ao Rodrigo Vitale, pela paciência, incentivo, amor, cumplicidade, carinho e por toda tranquilidade que sempre tentou me passar, por sempre acreditar que seria possível. Agradeço, ainda, por todo o tempo despendido, pelas viagens a procura de livros e pela incansável vontade de ajudar.

Aos familiares e amigos que sempre fizeram o possível e o impossível para me incentivar e me ajudar no que fosse preciso. Quero agradecer especialmente a Fernanda Martinuzzo de Aguiar, Renata Martinuzzo de Aguiar, Caetano Manfrini, Allan Oliveira, Márcio Ricardo Ferreira e Rafael Firpo, sem vocês não teria ido tão longe, quando perdi o chão vocês estiveram ali para me ajudar, quando duvidei de que seria possível vocês moveram o mundo para me mostrar que não o era, vocês são mais que amigos, são irmãos para mim. Ao Caetano ainda agradeço por todas as noites sem dormir ao meu lado, pela paciência e vontade incansável de me ajudar no que preciso o fosse, sem o seu olhar cuidadoso e atento este estudo não seria o mesmo, meus sinceros agradecimentos.

## **ABREVIATURAS**

Art. – Artigo

A.C. – Antes de Cristo

CFB – Constituição Federal Brasileira

CPB – Código Penal Brasileiro

CPP – Código Penal Português

CPPB – Código de Processo Penal Brasileiro

CPPP – Código de Processo Penal Português

CRP – Constituição da República Portuguesa

ONU – Organização das Nações Unidas

Séc. – Século

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STM – Supremo Tribunal Militar

TPI – Tribunal Penal Internacional

TPIR - Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIY – Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia

## RESUMO

Pretende-se analisar de forma crítica o instituto da prescrição penal e da imprescritibilidade. Para tanto, por premissa lógica, analisa-se a morfologia do *ius puniendi* à luz de suas finalidades. Após, o escorço se desenvolve a partir da origem da prescrição penal, sua natureza jurídica e fundamentos teóricos, intrinsicamente ligados às finalidades das penas e das medidas de segurança. Posteriormente, verifica-se que embora a prescrição tenha surgido e se definido enquanto instituto jurídico com a evolução do homem e das sociedades, a imprescritibilidade, contrária a esse conceito, pois ligada ao fim de retribuição da pena, vem sendo novamente recepcionada por muitos ordenamentos jurídicos internos, sobretudo, pelo direito penal internacional. Essa problemática nos leva à análise de seus postulados e os motivos que conduziram à recepção da imprescritibilidade como medida de justiça pelo Tribunal Penal Internacional. Ao mesmo tempo, questiona-se sua recepção pelo Estado Democrático de Direito ante a possibilidade de violação, em tese, de direitos humanos fundamentais do acusado. Com isso, pretende-se aferir a legitimidade da prescrição penal como mecanismo precípua e basilar de contenção do poder punitivo do Estado, voltado exclusivamente ao cumprimento de suas finalidades. Aponta-se, ao cabo, a imprescritibilidade como retrocesso à era da vingança, da qual muito se lutou para sair.

**Palavra Chave:** Direito Subjetivo Penal, Finalidade das Penas, Prescrição Penal, Imprescritibilidade, Imprescritibilidade no Direito Penal Internacional e Violação aos Direitos do Acusado.

## ABSTRACT

It is intended to critically analyze the institution of criminal prescription and imprescriptible. To do so, by logical premise, we analyze the *ius puniendi* and

their purposes. After, the foreshortening goes from the origin of criminal prescription, legal status and theoretical foundations, intrinsically linked to the purposes of penalties and security measures. Subsequently, it appears that although the prescription has arisen and was defined as a legal institute bound to the evolution of man and society, the imprescriptibility, contrary to this concept, linked to the punishment retribution, has been accepted, once again, by many legal systems, especially by international criminal law. This problem brings us to the analysis of their postulates and the reasons that led to the receipt of imprescriptibility as a measure of justice by the International Criminal Court. At the same time, we question its receipt by the Rule of Law and the possibility of violation against human rights of the accused. Otherwise, we intend to analyze the criminal prescription as a bottom mechanism to limitate the punitive State Power, exclusively on the fulfillment of its purposes. We also point the imprescriptibility as throwback to the revenge era, of which much has struggled out.

**Keyword:** Subjective Criminal Law, Purpose of Sentencing, Criminal Prescription -Applicability, -Applicability in International Criminal Law and Violations of the Rights of the Accused.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
------------------	----

### Capítulo I

#### *IUS PUNIENDI*

1.1. Direito penal subjetivo .....	14
1.2. A evolução das penas .....	16
1.2.1. Tempos Primitivos .....	17
1.2.2. Fases da vingança .....	18
1.2.3. O Período Humanitário e o Direito de Punir .....	21
1.3. Teorias Absolutas .....	23
1.4. As Teorias Relativas .....	25
1.4.1. Prevenção Geral .....	26
1.4.2. Prevenção Especial .....	28
1.5. Teorias Mistas .....	31
1.6. Considerações .....	32
1.7. Medidas de Segurança .....	33

### Capítulo II

#### PRESCRIÇÃO

2.1. A Origem do Vocábulo .....	36
2.2. Natureza Jurídica .....	37
2.3. A Origem do Instituto .....	39
2.3.1. A Prescrição no Direito Romano e suas influências no direito Italiano e Francês .....	40
2.3.2. A Prescrição no Brasil .....	44
2.3.3. A Prescrição em Portugal .....	47
2.4. Fundamentos .....	50
2.4.1. Teoria do Esquecimento .....	51
2.4.2. Teoria da Emenda .....	52
2.4.3. Teoria Psicológica .....	53
2.4.4. Teoria da Expição Moral ou Indireta .....	54



2.4.5.	Teoria do Transcurso do Tempo .....	55
2.4.6.	Teoria da Extinção dos Efeitos Antijurídicos .....	55
2.4.7.	Teoria da Analogia Civilista .....	56
2.4.8.	Teoria da Prova ou da Dispersão .....	57
2.4.9.	Considerações .....	58
2.5.	Prescrição das Medidas de Segurança .....	60

### Capítulo III

#### IMPRESCRITIBILIDADE

3.1.	Fundamentos .....	62
3.1.1.	Material Absoluto .....	62
3.1.2.	Material Relativo .....	64
3.1.3.	Processuais Absolutos .....	65
3.1.4.	Processuais Relativos .....	66
3.2.	A Imprescritibilidade das Medidas de Segurança .....	67
3.3.	A Imprescritibilidade e os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Intervenção Mínima, da Proporcionalidade e da Necessidade. ....	67
3.4.	Considerações .....	70

### CAPÍTULO IV

#### A IMPRESCRITIBILIDADE E O DIREITO PENAL INTERNACIONAL

4.1.	Tribunais Penais Internacionais .....	74
4.1.1.	Tribunal de Nuremberg .....	75
4.1.2.	Tribunal Militar Internacional de Tóquio .....	78
4.1.3.	O Tribunal Penal Internacional Para Ex-Iugoslávia e Para Ruanda. ..	78
4.1.4.	Tribunal Penal Internacional .....	79
4.2.	Genocídio .....	81
4.3.	Crimes Contra a Humanidade .....	83
4.4.	Os Crimes de Guerra .....	85
4.5.	Colóquio e Convenções sobre a Imprescritibilidade Penal dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade - Anteriores ao Tribunal Penal Internacional .....	86
4.6.	Estatuto de Roma – O Tribunal Penal Internacional e a Questão da Imprescritibilidade Penal. ....	90
4.6.1.	O Tribunal Penal Internacional e a Legislação Brasileira. ....	93
4.6.2.	O Tribunal Penal Internacional e a Legislação Portuguesa .....	94
4.7.	Considerações .....	96

## Capítulo V

### A IMPRESCRITIBILIDADE PENAL NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL E OS DIREITOS HUMANOS DO ACUSADO E DA VÍTIMA

5.1. Os Direitos Humanos da Vítima .....	100
5.1.1. Os Direitos Humanos da Vítima como Ampliações do Aparato Repressivo Internacional .....	102
5.2. A Violação dos Direitos Humanos do Réu .....	103
5.3. Considerações .....	103
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	105
BIBLIOGRAFIA .....	110

## INTRODUÇÃO

O tempo é um limite absoluto da condição humana, uma constante na vida do homem e nos fenômenos da natureza, “assumindo-se, assim, como barreira, limitação, constrição, escravatura”; ele é “a condição primeira da nossa liberdade. É a linha ou a representação desse limite assintótico onde todos nos encontramos”<sup>1</sup>.

O direito, instrumento indispensável para garantir a coexistência dos elementos que compõem o grupo social, não poderia não ser limitado por ele, caso contrário não se prestaria aos valores da sociedade e da pessoa humana, tampouco as suas realidades e objetivos.

O tempo é a força propulsora das mudanças que ocorrem na comunidade, em seus valores, nas suas necessidades e metas. Com o passar dele, o ser humano evolui em todas as áreas, se adapta as novas situações, promovendo mudanças nas pretensões públicas e no direito penal, deixando de tutelar bens que outrora foram importantes, para, agora, quem sabe, tutelar àqueles que não o eram. As punições, por sua vez, deixam também de ser interessantes a sociedade e ao Estado, visto a dissolução de sua utilidade, pois passam a não cumprir o seu papel preventivo geral e especial.

O homem, gradualmente, abandona uma era de punição por vingança e passa a racionalizar o direito subjetivo penal como um meio para prevenir e reprimir a criminalidade. Passa, ainda, a exigir um Estado garantidor, humanitário e democrático com poderes limitados. Deste processo surge o instituto da prescrição penal. Todavia, dele também surge a necessidade da retomada da vingança como forma de justiça, como paga do mal pelo mal, porquanto a sociedade, movida por sentimentos individuais, reclama uma maior repressão penal, acreditando que ela será capaz de saciar as suas necessidades

---

<sup>1</sup>COSTA, José de Faria. *O direito Penal e o Tempo: Algumas Reflexões dentro do nosso Tempo e em redor da Prescrição*, p. 112.

e combater a criminalidade, mesmo que sua utilização por séculos já tenha comprovado a sua ineficiência.

O instituto da imprescritibilidade penal é principalmente retomado no direito penal internacional, visto as atrocidades cometidas na segunda guerra mundial. Os países que sofreram com a prática dos crimes hitlerianos passam a se preocupar com a impunidade de seus malfeitores e começam a modificar as suas legislações internas no intento de que o instituto da prescrição não mais extinga a punibilidade de seus autores, fazendo com que o direito internacional tente solucionar esta problemática. Algumas convenções então são criadas, no intuito de tornar os crimes da segunda guerra, previstos pela primeira vez pelo Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, como imprescritíveis. No entanto, apenas com a criação do Tribunal Penal Internacional e a ratificação do Estatuto de Roma pelos Estados-Membros é que isso foi possível.

O presente trabalho visa analisar o instituto da prescrição e da imprescritibilidade penal de uma forma geral, ou seja, tanto na legislação interna dos Estados, como no direito penal internacional, logrando esforço em demonstrar, acima de tudo, a necessidade da imposição de limites temporais para o Estado, a fim que direitos fundamentais do acusado não sejam afrontados pela vontade primitiva de vingança, inerente ao ser humano.

Todavia, para chegarmos nessa conclusão, primeiramente foi analisado o *ius puniendi* como poder subjetivo do Estado Democrático de Direito em sua forma primitiva, como castigo, vingança privada, divina e pública. Após, passamos a analisa-lo no período humanitário, visto que nesta época começava-se a racionalizar o problema penal como problema filosófico e jurídico; teorias começam a surgir para discutir as finalidades das penas, sendo elas divididas em absolutas, relativas e mistas. A partir de sua análise, percebemos que as teorias mistas foram incorporadas em muitos ordenamentos jurídicos atuais, uma vez que as penas não possuem um único fim; assim, muitos procuram fazer a junção dessas finalidades da maneira mais adequada para o efetivo combate da sua realidade criminal. Posteriormente, encerramos o primeiro capítulo com a análise das medidas de segurança, para que possamos, finalmente, entender o instituto da prescrição penal.

No segundo capítulo analisamos a origem da prescrição, sua natureza jurídica, a recepção do instituto nas legislações brasileiras e portuguesas e as teorias que a fundamentam. Percebemos que suas bases são erigidas de uma ou de outra forma consoante a concepção adotada sobre as finalidades das penas pelos os Estados que as recepciona. Ela é adotada como uma medida de política criminal, permeada pelo sentimento coletivo de justiça, o qual, muitas vezes, pelo contexto histórico-político, se modifica, ocasionando, também, a substituição e conseqüente extinção da prescrição pela adoção do instituto da imprescritibilidade penal.

O terceiro capítulo, então, se ocupa da análise do último instituto mencionado, qual seja, o da imprescritibilidade penal, através de uma breve referência de seus fundamentos e um posterior questionamento sobre os princípios que ela pode violar quando recepcionada pelo ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.

O quarto capítulo, por sua vez, trará uma breve análise sobre o direito penal internacional, seus tribunais penais internacionais e os bens jurídicos tutelados por esse sistema de direito, bem como da problemática da prescrição dos crimes hitlerianos e a necessidade do direito internacional em consagrar o instituto da imprescritibilidade como forma de justiça e repressão dos crimes contra a humanidade.

Por derradeiro, no último capítulo, se analisou a transformação dos direitos humanos do acusado como limite da aplicação das penas e prevenção ao aparato punitivo, para os direitos humanos das vítimas, baseado, estritamente, nos interesses precípuos delas. Essa transformação ocorre pela adoção de um modelo de justiça internacional contra a impunidade dos crimes graves cometidos contra a humanidade, o qual justifica as violações aos direitos fundamentais do acusado em prol da vítima, ignorando que estas violações cometidas pelo Estado são tão ou mais graves quanto os crimes anteriormente cometidos pelo infrator. A imprescritibilidade é, então, apontada como uma violação aos direitos fundamentais, uma vez que condenar e impor a pena a alguém sem finalidade implicaria em privação do seu direito fundamental à liberdade.

# Capítulo I

## *IUS PUNIENDI*

O direito penal é o controle social punitivo institucionalizado. Observou-se que das necessidades humanas decorrentes da vida em sociedade surgiu o direito, instrumento indispensável para garantir à coexistência dos elementos que compõem o grupo social. O fato que contraria as normas estabelecidas por ele trata-se de um ilícito jurídico, o qual pode ter consequências jurídicas diversas, civis ou penais. Os bens jurídicos essenciais ao indivíduo e a comunidade foram protegidos pelo direito penal através de um conjunto de normas jurídicas, sua violação chama-se crime e importa uma coerção, pena ou medida de segurança, sendo a primeira somente aplicada ao agente que tenha atuado com culpa. A criminalização é reduzida àquelas ações que, por sua periculosidade e reprovabilidade, exigem a sanção penal<sup>2</sup>.

Com a prática de um crime por determinado agente, dá-se ao estado o poder de puni-lo, fazendo cumprir as normas anteriormente criadas por ele através da execução das decisões condenatórias proferidas pelo Poder Judiciário. A esse poder, damos o nome de direito penal subjetivo<sup>3</sup>.

### **1.1. Direito penal subjetivo**

Ao conjunto de normas jurídicas fixadas pelo estado para delimitar as proibições que serão impostas à sociedade, no intuito de assegurar a não

---

<sup>2</sup> Cf. LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*, Tomo I, p. 1-2; FLORIAN, Eugenio. *Trattato de Diritto Penale: Dei reati e dele pene in generale*, v.1, p. 1-4; MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Libro de estudio*, parte geral, p. 27-28; ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*, parte geral, tomo I, p. 41; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Dereho Penal*, parte geral, v. 1, p. 73; e DIAS, Figueiredo. *Direito Penal: Questões Fundamentais a doutrina geral do crime*, parte geral, tomo I, p. 3-6.

<sup>3</sup> Cf. LISZT, Franz Von. *Op. cit.*, p. 1-2; FLORIAN, Eugenio. *Op. cit.*; p. 2-3; MEZGER, Edmund. *Op. cit.*, p. 27; e DIAS, Figueiredo. *Op. cit.*; p. 6.

ocorrência de abusos nas punições aplicadas por ele e a liberdade individual de cada indivíduo, damos o nome de direito penal objetivo.

Como visto, com o direito penal objetivo surge o direito penal subjetivo a ele conexo. A subjetividade traz a ideia de possibilidade, de liberalidade de agir. Para muito doutrinadores, principalmente os de direito privado, essa ideia jamais poderia ser trazida e aceita no campo do direito público, uma vez que o Estado possui o dever de agir, o que o impede de fazê-lo com qualquer liberalidade. Para eles, no campo do direito público, apenas pode haver uma tutela de interesses do próprio Estado<sup>4</sup>.

Todavia, segundo Bettiol<sup>5</sup>, se filiar a essa corrente não seria o mais apropriado, mesmo nos casos dos Estados autoritários, visto que o direito subjetivo nada mais é do que o reflexo da norma objetiva enquanto norma abstrata e genérica. A ação de delimitar comportamentos ou condutas com a intenção coativa, apenas ocorre para resguardar os interesses do indivíduo que a fez; “os conceitos de meu e seu [...] são senão, consequência direta da presença de uma norma objetiva que o legislador expressou para disciplina e tutela de determinados interesses.” (BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, v. 1, p. 222).

O Estado surge no processo de subjetivação da norma em dois momentos: quando exerce seu poder e subordina o agente a se sujeitar a ele, e no momento de autonomia, como titular dos interesses públicos tutelados pela norma penal objetiva, obrigando o indivíduo a observar os preceitos ali contidos, e, assim, adquirindo o direito subjetivo à omissão do crime<sup>6</sup>, o que, por fim, esgota a relação jurídico-penal primária<sup>7</sup>.

Mas, na ocorrência de lesão a um bem jurídico penalmente tutelado pelo Estado, o direito subjetivo à omissão do crime, direito abstrato de punir, deixa de existir e se converte em direito subjetivo de punir, qualificando-o na

---

<sup>4</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, v. 1, p. 221-225.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 221-222.

<sup>6</sup> Para Bettiol, o direito subjetivo à obediência, ao dever de observar os preceitos contidos na norma, não existe, uma vez que se trata de um interesse vago e indistinto, que surge de interesses particulares tutelados por normas penais singulares, não se tratando de um dever específico, o qual é exigido pelo direito subjetivo. Para haver a subjetivação da norma penal, é necessário existir relação do sujeito com um bem ou valor que a lei conceda proteção, Cf. BETTIOL, Giuseppe. *Ob. cit.*, 226.

<sup>7</sup> Cf. GRISPIGNI, Filippo. *Diritto Penal Italiano*, v. 1, p. 277-278; e BETTIOL, Giuseppe. *Op. cit.*, 224-228.

relação jurídico-penal secundária ou punitiva. Nesta fase o agente se subordina ao poder do Estado de lhe aplicar uma sanção e obriga-se a não resistir a ela<sup>8</sup>.

Assim, percebe-se que o direito subjetivo é somente exercido pelo Estado, mesmo que em determinadas ações ele conceda à vítima a faculdade de ingressar em juízo, iniciando uma relação processual; porquanto a sanção ao infrator somente poderá ser aplicada por ele<sup>9</sup>.

Mesmo depois de findo o processo penal, o poder de punir do Estado não se esgota no caso da sentença condenatória ser favorável a ele, pelo contrário, uma vez que a execução da pena é o puro exercício de punir. Posto isso, vê-se que o *ius puniendi* é exercido tanto pelo Poder Legislativo, ao criar as normas jurídicas, como pelo Poder Judiciário, que acusa, condena e executa a sua decisão. Ao particular, como se sabe, só cabe o *ius persecuendi* ou *ius accusationis*. E, caso os órgãos estatais deixem de exercer o *ius puniendi*, a eles também será imposta sanção

Cabe ressaltar, ainda, que a ausência dos meios adequados para exercer o direito subjetivo não impede que ocorra a prescrição, visto que ao Estado já foi concebido o tempo para perseguir o agente e exercer a sua punição<sup>10</sup>.

Nota-se, portanto, que inserir o direito de punir no direito subjetivo penal, permite limitá-lo, não deixando que ele extrapole as regras contidas no direito objetivo. Esses limites tutelam o direito individual de liberdade pela legalidade, posto que com eles pode se fazer tudo o que não for proibido pela lei. Ademais, assim, ele também humaniza o direito, iniciando uma nova fase de proporcionalidade das punições, de garantia da integridade de seus bens e de racionalidade das escolhas de comportamentos. Os costumes antigos, de punições irracionais exercidas autoritariamente em nome de deuses ou dos homens, com ele, são finalmente exterminados. No entanto, estudá-los, faz-se necessário, pois sua história permitirá considerar melhor a projeção desse direito e das teorias que o racionalizaram.

## 1.2. A evolução das penas

---

<sup>8</sup> Cf. GRISPIGNI, *Diritto Penal Italiano*, v. 1, p. 277-278; e BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, v. 1, 224-228.

<sup>9</sup> Cf. GRISPIGNI, Filippo. *Op. cit.*, p. 287-288, e BETTIOL, Giuseppe. *Op. cit.*, 225-227.

<sup>10</sup> GRISPIGNI, Filippo. *Op. cit.*, p. 286.



O ser humano, dotado de inteligência, desde os primórdios passa a viver em sociedade para a sua própria proteção. Segundo Carrara, jamais existiu um estado primitivo de isolamento, a lei natural o colocou em agrupamento desde o instante de sua criação<sup>11</sup>. Mas a vida em sociedade, naturalmente conflituosa, requereu limites para que houvesse respeito e harmonização. Limites esses que são inatos à consciência humana e, apenas foram externados, para que os atos praticados pelos membros daquela sociedade, capazes de invadir a esfera de poder e vontade de outrem, ou, até mesmo feri-lo, como igualmente a sua comunidade, cessassem. Assim, instintivamente, começou o homem a praticar a sua ideia congênita de justiça, sendo o injusto a alavanca para o direito e a moral<sup>12</sup>.

Contudo, essa ideia de justiça, não se satisfazia apenas com o término do mal causado. A satisfação unicamente ocorria, quando aquele que violava o que ele entendia por seu direito ou de seus semelhantes, era castigado, punido pelo seu ato.

O conceito de castigo, consequência da afronta aos direitos do homem, sempre esteve presente em nossa história e nunca se perdeu, nem ao menos por um curto intervalo de tempo. As civilizações, conforme seus costumes, apenas dosavam a medida que ele deveria ser aplicado, aquela que fosse capaz de sanar os anseios da sua comunidade ou dos detentores do poder. As formas, foram as mais variadas possíveis, bem como os seus limites e condições; mas nenhuma sociedade, por mais que fosse desprovida de qualquer limite moral, deixou de fazê-lo, seja intuitivamente ou de forma racional<sup>13</sup>.

### **1.2.1. Tempos Primitivos**

Embora não se possa falar em um sistema orgânico de princípios penais em tempos primitivos, é inegável a sua importância para a posterior existência desse. O direito penal, como visto, surge juntamente com a história

---

<sup>11</sup> CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*, Parte geral, v. I, p. 18.

<sup>12</sup> LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*, Tomo I, p. 6.

<sup>13</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, v. II, p. 1.

da humanidade<sup>14</sup>. O homem, detentor de três instintos essenciais: a conservação individual; a preservação da espécie e a autodefesa contra a ofensa a ele efetuada, os seguem, independentemente, das regras impostas pelas civilizações ou pelo Estado<sup>15</sup>.

Nos grupos sociais dessa era, ainda não havia um entendimento racional dos fenômenos da natureza; o desconhecido era automaticamente ligado ao divino, ao esotérico, visto a incapacidade do homem de fazer conexões lógicas com os acontecimentos recorrentes<sup>16</sup>. Assim, pestes, secas, tempestades, enchentes, solos infrutíferos, vendavais e todos os outros fenômenos naturais, eram vistos como maléficos, consequência da ira dos totens<sup>17</sup> pelos atos praticados que os desagradavam. O que levou à imposição de tabus<sup>18</sup>, os quais, se desrespeitados, acarretavam igualmente castigos como nas infrações totêmicas, que eram aplicados para que a cólera das divindades não recaísse sobre todos. Essa mobilização da sociedade, em punir o infrator que desagradava os deuses, é a primeira manifestação do que entendemos atualmente como a prática de um “crime” acarretando uma “pena”.<sup>19</sup>

Todavia, as punições impostas naquela era foram fundamentadas, estritamente, no conceito de vingança. E, várias foram as suas fases evolutivas, com a adoção de princípios diversos, mas que normalmente eram envolvidos em sentidos religiosos<sup>20</sup>.

### 1.2.2. Fases da vingança

---

<sup>14</sup>LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*, Tomo I, p. 6.

<sup>15</sup>FERRI, Enrico. *Principios de Derecho Criminal: Delincuente y delito en la ciencia, en la legislacion y en la jurisprudencia*, p. 15.

<sup>16</sup>FLORIAN, Eugenio. *Trattato de Diritto Penale: Dei reati e dele pene in generale*, v.1, p. 4.

<sup>17</sup>O totem era o animal ou vegetal considerado como deus pelos povos primitivos, ele ainda tinha o poder de vincular o membros de um grupo social (tribo), de uma família, casta ou de um setor da comunidade. Existiam também os totens individuais, que poderiam ou não serem transmitidos hereditariamente. Os totens individuais não anulavam os totens do grupo, dos membros da comunidade, os quais estabeleciam entre eles uma hierarquia e graduação, Cf. PIERANGELI, José Henrique. *Das Penas: tempos primitivos e legislações antigas*, in: Escritos jurídico-penais, p. 340.

<sup>18</sup>O tabu nada mais é do que séries de proibições religiosas, sociais ou políticas, com o intuito de aplacar a revolta dos totens, Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, parte geral, v. 1, p. 16.

<sup>19</sup>Cf. LISZT, Franz Von. Op. cit., p. 6; FERRI, Enrico. Op. cit., p. 15; FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal: Introducción y parte general*, 39-40; e MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 16.

<sup>20</sup>Cf. NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: Introdução e parte geral*, v.1, p. 20; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, parte geral, v. 1, p. 28; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, Parte Geral, v. 1, p.486; e NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, p. 44.

Os historiadores adotaram uma tríplice divisão para conceituá-la, representada pela vingança privada, vingança divina e vingança pública. A conceituação não é baseada no esgotamento das fases, uma vez que em muitos períodos elas caminharam simultaneamente.

A vingança privada, considerada por muitos doutrinadores como o marco das instituições criminais, consistia na possibilidade de pagar o mal com o mal pelas próprias mãos. A reação à agressão era regra. Inicialmente começou pela resposta de um indivíduo à conduta de outro indivíduo. Posteriormente, por serem rigorosamente ligados a família que pertenciam, não só ocorria a reação individual, mas de seus parentes ou, até mesmo, do clã em que viviam<sup>21</sup>. A ofensa poderia ser analisada pelo chefe da família ou da tribo, quando ambos os envolvidos na questão conflituosa pertenciam a ela; uma das punições impostas era o banimento, a expulsão daquele membro pela paz, deixando-o vulnerável a reação de outros grupos, que naturalmente o levariam a morte. Não sendo o ofendido ou ofensor membros da mesma família ou clã, a reação era a vingança de sangue, considerada como reação religiosa e sagrada, flagrantemente desproporcional à ofensa, pois acarretavam verdadeiras guerras entre as famílias e grupos, culminando, não raro, com extermínio de um deles<sup>22</sup>.

Por conseguinte, como primeira conquista no campo repressivo, surge o talião, visando evitar a dizimação das tribos, pois, através dele foi delimitado o castigo; a reação à ofensa não poderia ser mais arbitrária e desproporcional, o mal causado só poderia ter como o resposta o mesmo mal, sangue por sangue, dente por dente, mãos por mãos e assim consecutivamente. O talião foi adotado no Código de Hamurabi<sup>23</sup>, rei da Babilônia, no séc. XXIII a.c.;

---

<sup>21</sup> A concepção de vingança privada, propriamente dita, começa quando há o auxílio e intervenção dos membros da família ou do grupo do indivíduo envolvido na questão. A reação instintiva e primitiva por parte do ofendido contra o seu ofensor, é chamada por Ferri de vingança defensiva, Cf. FERRI, Enrico. *Principios de Derecho Criminal: Delincuente y delito en la ciencia, en la legislacion y en la jurisprudencia*, p. 15.

<sup>22</sup> Cf. FLORIAN, Eugenio. *Trattato de Diritto Penale: Dei reati e dele pene in generale*, v.1, p. 4; FERRI, Enrico. Op. cit., p. 15; NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: Introdução e parte geral*, v.1, p. 20-21; e CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, I, p. 75-76.

<sup>23</sup> O talião encontra-se presente nos seguintes parágrafos do Código de Hamurabi: “196. If a man put out the eye of another man, his eye shall be put out. [An eye for an eye]. 197. If he break another man's bone, his bone shall be broken. 229 If a builder build a house for some one, and does not construct it properly, and the house which he built fall in and kill its owner, then that builder shall be put to death.230. If it kill the son of the owner the son of that builder shall be put to death.”

pela civilização Hebraica: o Êxodo e o Levítico; pelos Romanos na Lei das XII Tábuas e pelos Astecas, Código de Netzahuatcóyt<sup>24</sup>.

Após o talião, surgiu a *composição pecuniária*, conquista humanitária igualmente importante; com ela o ofensor poderia se livrar do castigo e comprar a sua liberdade através do pagamento em moeda, gado, armas, entre outras coisas. No entanto, mesmo assim, não estaria ele isento de qualquer punição, uma vez que sua própria família poderia não aceitá-lo mais, ou, caso o aceitasse, poderia lhe ser retirada a proteção do chefe. Como no talião, muitas culturas a adotaram, tal como a Babilônia com o Código de Hamurabi e a Índia com o Código de Manu e a Legislação Mosaica (Pentateuco)<sup>25</sup>.

Existiu, ainda, a fase da vingança divina, onde passa a surgir um poder social capaz de impor aos homens normas de condutas e castigos. A repressão do crime era necessária para satisfação da divindade ofendida. Os castigos eram severos, cruéis e desumanos, sempre aplicados por um sacerdote, o qual escolhia a punição de acordo com a grandeza dos deuses afrontados. O castigo servia como purificação da alma do ofensor, visando que esse pudesse posteriormente alcançar o pretendido ou prometido por aquela divindade. Uma das principais legislações daquela época deriva da Índia, Código de Manu, o qual dividia inclusive a sociedade em castas. Esses princípios também foram adotados na Babilônia, no Egito com os Cinco Livros, na China com o Livro da Cinco Penas, Na Pérsia com a Avesta e pelo povo de Israel com Pentateuco<sup>26</sup>.

Por fim, o Estado assume o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, dando início à fase da vingança pública. Com o intuito de uma maior estabilidade, assegura o príncipe ou soberano com penas tão severas e cruéis como antes. A proteção ao soberano também foi justificada pela

---

<sup>24</sup> Cf. FLORIAN, Eugenio. *Trattato de Diritto Penale: Dei reati e dele pene in generale*, v.1, p. 04-05; FERRI, Enrico. *Principios de Derecho Criminal: Delincuente y delito en la ciencia, en la legislacion y en la jurisprudencia*, p. 16; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, p. 320-332; FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal: Introducción y parte general*, 39-40; e NORONHA, E. Magalhães. *Introdução e parte geral*, v.1, p. 20-21.

<sup>25</sup> Cf. FLORIAN; Eugenio. Op. cit., p. 05-06; FERRI, Enrico. Op. cit., p. 16; CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, I., p. 77; e ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, parte geral, p. 164-168.

<sup>26</sup> FLORIAN, Eugenio. Op. cit., p. 7-8; FERRI, Enrico. Op. cit., p. 15-18; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 320-332; e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, parte geral, v. 1, p. 28-29.

obediência religiosa, uma vez que muitas civilizações governaram em nome de deuses, como a Grécia, por exemplo, onde se governava em nome de Zeus. Esse quadro se perpetrou pela Antiguidade e pela Idade Média, se fortalecendo com o absolutismo e pelos grandes laços entre o Estado e a Igreja Católica. Mas com o passar do tempo, a pena de caráter religioso deixa de existir, transformando a responsabilidade do grupo em individual, contribuindo, assim, para o aperfeiçoamento da humanização dos direitos penais<sup>27</sup>.

O período do iluminismo é grande intensificador dessa transição, fazendo com que o homem tome consciência do seu valor e conteste os comandos arbitrários do Estado. Começa aí a ideia de Estado garantidor, que exerce o seu controle social garantindo o máximo de liberdade individual.

Segundo Carrara<sup>28</sup>, a humanidade nesse período é dividida em dois momentos: o primeiro pode ser chamado de período de dogmatismo, onde não existe qualquer resquício de ciência penal, toda razão de castigo consiste em um dogma, sem qualquer sentido racional. No segundo, o princípio da moral e da utilidade substituem os dogmas, caindo em asceticismo e materialismo. Com ele nasce também a primeira ideia de Direito Penal enquanto ciência, e as diversas escolas que o estudam.

### **1.2.3. O Período Humanitário e o Direito de Punir**

O iluminismo foi o movimento que pregou a reforma das leis autoritárias, irracionais, desumanas e desproporcionais no final do séc. XVIII, bem como de toda a administração da justiça. Com ele, se iniciou o período humanitário do direito penal, onde o homem começa a racionalizar o problema

---

<sup>27</sup>Cf. CORREIA, Eduardo. *Evolução Histórica das Penas*, p. 51-67; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, tomo I., p. 320-347; e CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, I., p. 76-82.

<sup>28</sup>CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, v. II, p. 4-5.

penal como problema filosófico e jurídico<sup>29</sup>. A legitimidade das penas e o direito de punir são sua grande preocupação<sup>30</sup>.

As teorias mais relevantes debatidas nessa época foram as do filósofo revolucionário Cesar Bonesana, Marquês de Beccaria, que imbuído dos princípios pregados por Rousseau e Montesquieu deu origem às ideias que presidiram a reforma total do direito penal, ao fazer duras críticas ao desumano sistema penal então vigente, com publicação de sua obra em 1764, *Dei delitti e dele pene*<sup>31</sup>.

Nela ele propõe um novo fundamento à justiça penal através dos princípios do contrato social. Segundo Beccaria, as penas deveriam ser limitadas aos direitos cedidos pelos cidadãos quando passam a viver em sociedade. A pena de morte e os castigos cruéis extrapolam esses direitos e não possuem qualquer fundamento, pois são inúteis e contrários à justiça, assim, deveriam ser afastados<sup>32</sup>.

A legalidade deveria ser observada e obedecida pelo magistrado, não podendo ele aplicar penas que não estivessem previstas em lei, ou interpretar o que ali estivesse de forma diversa. Essas leis deveriam ser escritas com clareza para que o cidadão pudesse entendê-la, temê-la e respeitá-la<sup>33</sup>.

O criminoso teria que ser ouvido e sua palavra valorada, não podendo ocorrer mais testemunhos privados, tortura para aquisição de confissões e prisões sem provas. Como do mesmo modo, sua família não poderia ser mais submetida às penas de confisco<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup>Poucos foram os pensadores anteriores a ele que se preocuparam com essa questão. Plantão, por exemplo, em sua obra *As Leis*, relata que o crime é uma doença causada pela paixão, pelo prazer ou pela ignorância, a qual só seria curada com a imposição de uma pena, tratamento necessário para libertá-lo do mal, que se não tratado, poderia leva-lo a morte. Aristóteles, por sua vez, via o criminoso como inimigo da sociedade, a punição a ele deveria ser tão terrível quanto as agressões aos animais selvagens que necessitavam ser domados; Cf. DIAS, Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena*, p. 6-7.

<sup>30</sup>CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, v. 1, p. 83-84.

<sup>31</sup>Cf. RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y Estructura Social*, p. 85-90; DIAS, Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. Op. cit., p. 6-9; e CORREIA, Eduardo. Op. cit., v. 1, p. 83-85.

<sup>32</sup>BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das penas*, p. 25-30, 90-102.

<sup>33</sup>Ibidem, p. 31-38.

<sup>34</sup>Ibidem, p. 43-73, 103-105.

A pena para Beccaria, por fim, deveria ser aplicada de forma proporcional e imediata para ser útil e necessária, com o intuito de intimidar o delinquente e a população, bem como de visar a sua recuperação<sup>35</sup>.

Mas as teorias do período humanitário, desenvolvidas por Beccaria e por outros grandes doutrinadores, embora fundamentais para presidir a reforma total e necessária do sistema penal à época, não foram capazes de obter o sucesso almejado. A criminalidade havia aumentado e se diversificado com elas, assim, outras concepções foram adotadas, as quais ajudaram a dar ensejo às teorias absolutas, relativas e mistas. Essas visam solucionar a problemática das finalidades das penas, para que da melhor forma se cumpra a função do direito penal.

### 1.3. Teorias Absolutas

Chamadas de teorias absolutas pois sua essência se esgota na própria retribuição do mal causado pelo crime através do mal causado pela pena, independente de seu efeito social. Para elas, a pena jamais deve ser imposta visando qualquer outro tipo de promoção a favor do criminoso ou da sociedade. E, mesmo que posteriormente isso ocorra, será somente o reflexo do fim da retribuição, que com a justa paga do mal que o crime ocasionou, pode indiretamente intimidar a população e ressocializar o delinquente<sup>36</sup>.

Não obstante seu único fim seja a pena como exigência de justiça absoluta, o criminoso ao delinquir não perde os seus direitos iminentes; assim, a pena para ser justa, necessariamente, precisa ser proporcional ao dano causado e a culpa do agente<sup>37</sup>.

Nota-se, então, que não estamos diante de uma teoria desconhecida, uma vez que a pena como retribuição proporcional e compensatória do mal injusto causado pelo delito vinha sendo aplicada desde a antiguidade com a lei

---

<sup>35</sup>BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das penas*, p. 74-89, 109-112, 123-126.

<sup>36</sup> Cf. WELZEL, Hans. *Derecho Penal*, Parte Geral, p. 235-237; ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*, parte geral, tomo I, p. 81-83; KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*; p. 174-175; MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, p.49-50; e DIAS, Figueiredo. *Direito Penal: Questões fundamentais a doutrina geral do crime*, parte geral, tomo I, p. 45-46.

<sup>37</sup> Ibidem.

do Talião, na qual, inclusive, o jusfilósofo alemão Kant se inspirou para construir os seus fundamentos<sup>38</sup>.

Kant teve as suas formulações sobre essa teoria destacada pela doutrina, pois através de sua obra “*Metaphysik der Sitten*” (1798), opôs-se a todas as interpretações utilitárias do iluminismo, preconizando a ideia de punição como única forma de satisfação da justiça. Assevera, ainda, que qualquer outra finalidade que possa ter a pena, se não a de retribuição moral, insulta a condição natural do homem como detentor de direitos, visto que ele passará a ser tratado como meio (objeto) para atingir outros fins<sup>39</sup>.

Além disso, afirma que sem a justiça a vida na terra perderia o seu valor, e, mesmo se a opção do povo fosse a dissolução da sociedade civil, o último assassino teria que ser punido, para que os membros daquela sociedade não fossem considerados colaboradores dessa violação pública de justiça<sup>40</sup>.

Já para Hegel, o caráter retributivo da pena se justifica pela necessidade de restabelecer a ordem jurídica, pois o crime é a negação do direito e a pena é a negação do crime. Se ambas forem proporcionais, a segunda conseguirá anular os reflexos da primeira<sup>41</sup>.

Conclui-se, então, que para essas teorias o princípio da culpa foi o fundamento e o limite do direito de punir, embora seja incapaz de alcançar o seu fim<sup>42</sup>.

Alguns doutrinadores a consideram essencial e veem nela muitos aspectos positivos, como por exemplo Bettiol, que enxerga em seu caráter retributivo a resposta sempre ansiada pela sociedade de que o mal será seguido pelo mal e o bem pelo bem<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup>CF. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, parte geral, tomo I, p. 81-85; e KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*; p. 174-176.

<sup>39</sup> KANT, Immanuel. Op. cit.; p. 174-176.

<sup>40</sup>KANT, Immanuel. Op. cit.; p. 175-176.

<sup>41</sup>CF. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 83; e MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, p.50.

<sup>42</sup>Segundo o entendimento de Figueiredo Dias, a teoria retributiva não pode ser considerada como teoria dos fins da pena, pois “ela visa justamente o contrário, isto é, a consideração da pena como entidade independente de fins [...]. A partir daqui é só um jogo de palavras desinteressantes saber se a concretização de uma ideia – no caso, a ideia de justiça – não é, também ela, um ‘fim’, ou se como tal devem antes ser consideradas só finalidade empírico-sociais: quando se pergunta pelo fim da pena indaga-se de efeitos relevantes na e para vida comunitária.” DIAS, Figueiredo. *Direito Penal: Questões fundamentais a doutrina geral do crime*, parte geral, tomo I, p. 47-48.

<sup>43</sup>BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, v. III, P. 87-88.



No entanto, acreditamos que a sociedade, em sua maioria, só entenda como a paga do mal uma punição privativa de liberdade, vez que restringir apenas os direitos dos delinquentes seria para ela como o mesmo que deixá-lo impune. O homem, infelizmente, apenas se felicita se o outro que de alguma forma o machucou, tiver um sofrimento digno de sua satisfação pessoal.

Mas, responder a anseios individuais dos membros da sociedade nem sempre será o papel do Estado, pois ele, antes de mais nada, é seu garantidor, punir por punir não se adequa ao que deveria ser o sentindo da intervenção penal. Compensar a sociedade, unicamente, com o sofrimento do delincente pelo pagamento de seu crime, é o mesmo que se dissociar de qualquer possibilidade de prevenção, ressocialização e, de um real e efetivo controle da criminalidade<sup>44</sup>.

Se toda culpa for sucedida de pena, qualquer ato culposo será punido, mesmo se a ele não for exigido punição, fazendo com que toda evolução do sistema penal, conquistada também a duras penas, seja perdida, nos deixando a mercê de regimes autoritários ou totalitários; e, instituindo, mais uma vez, a pena como vingança.

A função do Estado Democrático é de proteger bens jurídicos e proporcionar as condições de existência comunitária, respeitando no máximo possível a liberdade e os direitos individuais de cada indivíduo. Adotar uma pena que apenas visa retribuir o mal pelo mal, como única ideia de justiça, impossibilitaria o êxito da sua missão<sup>45</sup>.

#### **1.4. As Teorias Relativas**

Ao contrário das teorias absolutas, as teorias relativas não se atêm ao passado, visam o futuro, prevenindo a prática criminosa através da intimidação da sociedade e da extinção da reincidência. Para elas, o direito de punir do

---

<sup>44</sup>Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*, parte geral, tomo I, p. 84-85; e DIAS, Figueiredo. *Direito Penal: Questões fundamentais a doutrina geral do crime*, parte geral, tomo I, p. 47-49.

<sup>45</sup> Ibidem.

Estado possui uma finalidade social, a qual não se trata apenas do reflexo da retribuição do mal, mas sim do exato fim das penas<sup>46</sup>.

A prevenção para essas teorias se dividem em duas partes, a da prevenção geral, voltada para os membros da comunidade que, por sua vez, se subdivide em prevenção geral negativa ou de intimidação e, em prevenção geral positiva ou de integração; e, na prevenção especial que foca no delinquente, também podendo ser concebida em seus dois sentidos, o de prevenção especial negativa ou de neutralização e o de prevenção especial positiva ou de socialização<sup>47</sup>.

#### 1.4.1. Prevenção Geral

Em perspectiva moderna, a prevenção geral foi defendida por Feuerbach, Filangieri e Bentham, sendo para eles, a pena, um meio de controle da criminalidade, pois ameaça os cidadãos com a imposição de um mal e esse mal os impede de delinquir<sup>48</sup>.

Feuerbach, criador da teoria da *coação psicológica*, acreditava que a pena poderia ter o condão de suprimir o desejo de potenciais criminosos de praticar o ato delitivo, se trouxesse a ameaça de um mal que demonstrasse mais desvantagens do que vantagens em seu cometimento. Mas para essa coação surtir efeitos não bastava apenas a sua previsão legal, era preciso que a execução da pena confirmasse a ameaça anteriormente prevista<sup>49</sup>.

Essa prevenção, ainda, apresenta mais duas perspectivas, a saber: a perspectiva da prevenção geral negativa ou de intimidação, a qual acredita que aplicação da punição reflita no posterior comportamento da sociedade, visto que essa, ao presenciar a execução da pena de seus pares, se aterrorizaria pelo sofrimento que ela os causou e, conseqüentemente, evitaria a prática de

---

<sup>46</sup>Cf. WELZEL, Hans. *Derecho Penal*, parte geral, p. 237-238; ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, parte geral, tomo I, p. 85; MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, p.52-53; e DIAS, Figueiredo. *Direito Penal: Questões fundamentais a doutrina geral do crime*, parte geral, tomo I, p. 49.

<sup>47</sup> WELZEL, Hans. Op. cit. p. 238; ROXIN, Claus. Op. cit., p. 85; NAUCKE, Wolfgang. *Prevención General y Derechos Fundamentales de la Persona*, p. 15-16; MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p.52-53; e DIAS, Figueiredo. Op. cit., p. 49-58.

<sup>48</sup>Cf. WELZEL, Hans. Op. cit., p. 238; ROXIN, Claus. Op. cit., p. 89-90; NAUCKE, Wolfgang. Op. cit., p. 15-16; MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p.52-53; e DIAS, Figueiredo. Op. cit., p. 50-51.

<sup>49</sup>Cf. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 89-90; e MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p.52-53.

qualquer ato passível de punição. E, a prevenção geral positiva ou de integração, que entende que a pena possui o condão de demonstrar a inviolabilidade do ordenamento jurídico e reforçar a confiança do povo na efetiva aplicação da norma penal, a qual, por si só, é suficiente para resolução do conflito com o autor do delito. Segundo Roxin, para prevenção geral positiva<sup>50</sup> a punição necessita ser adequada a culpa do agente, porém podendo ser inferior a ela se sua imposição mostrar um caráter dessocializador. O objetivo dessa teoria é a manutenção do ordenamento jurídico e da confiança da sociedade no direito, os quais se atingem pelos efeitos do aprendizado, de confiança e de pacificação social<sup>51</sup>.

Para Hassemer, o direito penal é um meio de controle social, exercido através das normas jurídicas, as quais possuem o condão de restringir a intervenção penal em atenção aos direitos do indivíduo objeto de controle. Sua aplicação deve ser prudente e restritiva, respeitando os limites impostos por seu caráter formalizador. Assim, a punição como resposta a sua violação, não deve operar pela intimidação, mas pela prevenção geral positiva, que persegue a proteção efetiva da consciência social da norma. Entretanto, é necessário que a pena seja proporcional ao ato cometido pelo infrator, como também possua, se possível, um caráter ressocializador<sup>52</sup>.

Todavia, no tocante as teorias da prevenção geral negativa, acreditamos que embora possuam mais pontos positivos que as teorias de retribuição, também não alcançam no todo a finalidade da pena, uma vez que com elas, apenas, nos direcionamos à prevenção de atos futuros, excluindo os já, então, criminosos, privando-os de uma possível ressocialização.

A prevenção geral negativa, para nós, se mostra ainda preocupante, pois seu enfoque intimidativo pode acarretar na aplicação de penas

---

<sup>50</sup>Roxin denomina a prevenção geral positiva, como prevenção geral compensadora ou integradora social, a doutrina, por sua vez, a chama de prevenção geral positiva limitadora da intervenção penal. No entanto, alguns doutrinadores a enxergam, ainda, de forma diversa, como preventiva geral positiva fundamentadora, a qual, segundo Jakobs, através da pena, tem a finalidade de mostrar de uma forma áspera, que a norma permanece inquebrável e obrigatória a todos. A punição, deste modo é analisada como uma instituição, promovendo a integração do sistema jurídico e colaborando para preservação e estabilidade do sistema social; Cf. JAKOBS, Günther. *Sobre la Teoría de la Pena*, p. 32-34.

<sup>51</sup> Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, parte geral, tomo I, p. 90-93; e MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, p.53-55; e DIAS, Figueiredo. *Direito Penal: Questões fundamentais a doutrina geral do crime*, parte geral, tomo I, p. 50-53.

<sup>52</sup> HASSEMER, Winfried. *Prevención em el Derecho Penal*, p. 105; e MIR PUIG, Santiago. *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, p. 53-55.

desproporcionais e violadoras da eminente dignidade da pessoa humana. A concretização dessa efetiva ameaça corre o risco, com o passar do tempo, de apenas se efetivar com sádicos espetáculos na execução<sup>53</sup>.

Porém, para Figueiredo Dias, ambas as teorias de prevenção geral possuem direta ligação com a função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos, pois a pena necessita atuar preventivamente sobre a sociedade e, mesmo que haja fragilidade teórica e prática na teoria geral negativa, quanto a positiva, por sua vez, já não podemos sustentá-la, se não vejamos<sup>54</sup>:

O argumento já não será procedente, porém, se a prevenção geral se perspectivar na sua vertente positiva, como prevenção de integração, de tutela de confiança geral na validade e vigência das normas do ordenamento jurídico, ligada à protecção dos bens jurídicos e visando, em último termo, a restauração *da paz jurídica*. Em primeiro lugar, este critério permite que à sua luz se encontre uma pena (não uma pena exacta, mas em todo o caso um espaço ou uma moldura punitivos) que, em princípio, se revelará também uma pena *justa e adequada à culpa* do delincente. Em segundo lugar, já ficou dito que a medida concreta da pena a aplicar a um delincente, senão embora fruto de considerações de prevenção geral positiva, deve ter limites inultrapassáveis ditados pela culpa, que se inscrevam na vertente liberal do Estado de Direito e se ergam justamente em nome da inviolável dignidade pessoal. (DIAS, Figueiredo. *Direito Penal: Questões fundamentais a doutrina geral do crime*, parte geral, tomo I, p. 53).

#### 1.4.2. Prevenção Especial

Diferentemente das teorias de prevenção geral, para prevenção especial a pena possui o condão de evitar a reincidência, o cometimento de novos crimes pelo, então, já delincente<sup>55</sup>.

A prevenção especial foi defendida por distintos movimentos da terceira metade do séc. XIX, são eles: o correlacionismo Ibérico, a escola positiva

---

<sup>53</sup>Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, parte geral, tomo I, p. 90-93; e MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, p.53-55; e DIAS, Figueiredo. *Direito Penal: Questões fundamentais a doutrina geral do crime*, parte geral, tomo I, p. 50-53.

<sup>54</sup>DIAS, Figueiredo. Op. cit., parte geral, tomo I, p. 52-53

<sup>55</sup>Cf. WELZEL, Hans. *Derecho Penal*, parte geral, p. 239-240; ROXIN, Claus. Op. cit., p. 85-88; MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p.55; e DIAS, Figueiredo. Op. cit., p. 54.

italiana, a moderna escola ou escola sociológica de Von Liszt na Alemanha e a Defesa Social de Marc Ançel na França<sup>56</sup>.

O correcionismo Ibérico se baseava na ideia de que todo homem é suscetível à correção, assim, a punição devia se ater a esse conceito, com fim de evitar o cometimento, por ele, de futuras infrações<sup>57</sup>. Já a escola positiva italiana via o criminoso como enfermo, a punição para ela era um instrumento de defesa social: se possível, a índole perigosa do criminoso deveria ser recuperada, caso não a fosse, deveria ele ser então segregado ou eliminado. A escola positivista levou a prevenção especial a sua última consequência, substituindo a pena pela medida de segurança, no caso dos delinquentes considerados mais perigosos<sup>58</sup>.

Liszt, por sua vez, possuía uma corrente eclética próxima a do positivismo italiano. Para ele a punição em relação à sociedade possuía caráter de prevenção geral em suas duas perspectivas, positiva e negativa; para o ofendido proporcionava à satisfação do conflito. Já no tocante ao delinquente, a pena possuía dois fins, os de adaptação e seleção artificial<sup>59-60</sup>.

A prevenção especial, assim como a prevenção geral, como anteriormente já mencionado, possui duas perspectivas distintas, a de prevenção especial positiva ou de socialização e a de prevenção especial negativa ou de neutralização.

A prevenção especial negativa possui seus adeptos que não acreditam na correção do delinquente, então para eles a única forma de fazer com que o criminoso não delinqua novamente é através da punição, que

---

<sup>56</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal*, parte geral, p. 239-240; e DIAS, Figueiredo. *Direito Penal: Questões fundamentais a doutrina geral do crime*, parte geral, tomo I, p. 55.

<sup>57</sup> DIAS, Figueiredo. Op. cit., p. 55-56.

<sup>58</sup> Cf. WELZEL, Hans. Op. cit., p. 239-240; DIAS, Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena*, p. 10-19; ANTUNES, Maria João. *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, p. 60-65; e CORREIA, Eduardo. *Direito Penal Criminal*, v. 1, p. 49-52.

<sup>59</sup> “Conforme a natureza e a extensão do mal da pena, diferente pode ser o centro de gravidade do efeito) [sic] exercido sobre o delinquente pela execução penal. a) A pena pode ter por fim converter o delinquente em um membro útil á sociedade (adaptação artificial). Podemos designar como intimidação ou como emenda o efeito que a pena visa, conforme se tratar, em primeiro lugar [sic], de avigorar as representações enfraquecidas que refreiam os máos instintos [sic] ou de modificar o caracter do delinquente. b) A pena pôde ter por fim tirar perpetua ou temporariamente ao delinquente que se tornou inútil á sociedade a possibilidade material de perpetrar novos crimes, segregal-o [sic] da sociedade (selecção artificial). Oostuma-se [sic] dizer que neste caso o delinquente é reduzido ao estado de inocuidade (Unschâd-§ lwhmachung).” LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Allemão*, Tomo I, p. 100.

<sup>60</sup> LISZT, Franz Von. Op. cit., p. 99-100.

necessita intimidá-lo ao máximo, para que ele tema qualquer nova imposição de pena. Mas, também, possui aqueles que acreditam no seu efeito de defesa social pela neutralização da periculosidade do infrator, essa, por sua vez, ocorre com a segregação do criminoso no cárcere, pois sua retirada, mesmo que momentânea, impede que ele volte a delinquir<sup>61</sup>.

Em contraposto, a prevenção social positiva visa alcançar a mudança moral do delinquente, seja através de sua adesão espontânea as valores socialmente aceitos, que não afrontem os bens jurídicos tutelados pelo direito, ou através de tratamento, como se doente o fosse<sup>62</sup>.

Independente da perspectiva adotada, ambas enxergam na finalidade da pena a prevenção da reincidência. No entanto, assim com a preventiva geral, não delimita o tempo de duração da punição.

Nota-se também que vincular a pena à correção do delinquente é um tanto quanto temeroso, pois dependeríamos de sua adesão ao programa e, caso esse não o aderisse, o taxaríamos como perigoso, periculosidade essa que pode não cessar aos olhos da lei, assim, daríamos margem para a imposição de tratamento, medida de segurança, ou, ainda, de sua segregação no cárcere privado e perpétuo, mesmo sem se ater a gravidade do delito por ele cometido<sup>63</sup>.

Ademais, a ideia de submeter um imputável a tratamento para que esse não volte a delinquir é inconcebível, visto afrontar, totalmente, a sua liberdade e a sua eminente dignidade pessoal<sup>64</sup>.

Por fim, tem também como ponto negativo a ressocialização daqueles que não precisam ser ressocializados, visto que praticaram um único delito em tempo antigos e nunca mais delinquiram, ou, ainda, há aqueles que o fizeram por imprudência ou cometerem infrações pequenas e insignificantes, entre outros casos em que a aplicação do castigo não possui mais qualquer função, quanto menos a de ressocialização<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup>Cf. WELZEL, Hans. *Derecho Penal*, parte geral, p. 239-240; ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, parte geral, tomo I, p. 85-88; MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, p.56-59; e DIAS, Figueiredo. *Direito Penal: Questões fundamentais a doutrina geral do crime*, parte geral, tomo I, p. 54-55.

<sup>62</sup> Ibidem.

<sup>63</sup> ROXIN, Claus. Op. cit., p. 85-88; e DIAS, Figueiredo. Op. cit., p. 56-57.

<sup>64</sup> Ibidem.

<sup>65</sup> ROXIN, Claus. Op. cit., p. 89.

Mas se vista em conjunto com outras finalidades da pena, ela se torna indispensável, garantido à sociedade o não cometimento de novos crimes por aquele infrator, e a este possibilitando a reinserção social, cumprindo, evidentemente, melhor do que qualquer outra doutrina o princípio do Estado Social<sup>66</sup>.

### 1.5. Teorias Mistas

As teorias mistas ou unificadoras, possuem, em suma, a tentativa de junção das teorias anteriormente apresentadas. Algumas procuram destacar mais uma corrente do que outra, enquanto outras embora também o façam, não combinam todas, se restringido apenas a ideia relativa<sup>67</sup>.

Nas teorias onde ocorre a junção da retribuição com a prevenção, a pena continua tendo o seu aspecto absoluto de retribuição do mal injusto causado pelo crime, mas, no entanto, o mal justo causado pela pena terá também o condão de intimidar a sociedade e, se possível, ressocializar o infrator. Frisa-se que, não obstante essa ordem estabelecida acima possa ser diversificada pela teoria que a adotar, a essência será sempre a mesma<sup>68</sup>.

Entretanto, para Roxin e Dias, essa teoria impossibilita uma concepção unitária da finalidade da pena, o que impede que a intervenção penal possua um fundamento teórico e uma razão de legitimação certa e coerente. Ainda para eles, quando se trata da teoria absoluta, ela sempre se sobressairá em relação às outras, tornando-as subsidiárias a si, o que seria inaceitável como fim da punição imposta, uma vez que essa se esgota por si só, não existindo qualquer finalidade na sua imposição<sup>69</sup>.

Já as teorias preventivas, diferentemente, visam a junção de todas as suas perspectivas, rechaçando qualquer forma de retribuição. Essa unificação, como visto anteriormente pelas próprias correntes de prevenção geral positiva,

---

<sup>66</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*, parte geral, tomo I, p. 85-88; e DIAS, Figueiredo. *Direito Penal: Questões fundamentais a doutrina geral do crime*, parte geral, tomo I, p. 56-57.

<sup>67</sup>Cf. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 93-98; DIAS, Figueiredo. Op. cit., p. 60-61; e CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, v. 1, p. 52-54.

<sup>68</sup> Ibidem.

<sup>69</sup>Cf. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 93-98; e DIAS, Figueiredo. Op. cit., p. 60-62.

ou, de prevenção especial com Liszt, visam conciliar a prevenção geral e especial para construção de um sistema de prevenção integral<sup>70</sup>.

No entanto, também essas apresentam complicações, pois ao se excluir integralmente a ideia de retribuição como forma de justiça nos vincularíamos apenas ao seu fim utilitário, o qual não é limitado pela culpa do agente, podendo, então, acarretar inúmeros abusos a liberdade e eminente dignidade das pessoas<sup>71</sup>.

## 1.6. Considerações

Flagrantemente, pelo o todo já exposto, para nós, embora as teorias mistas possuam seus pontos negativos, elas são as que mais se aproximam da função do direito penal, pois nenhuma teoria sozinha conseguiria satisfazer a finalidade da punição estatal.

Por conseguinte, muitos países a incorporaram em seu ordenamento jurídico, unindo-as da maneira mais adequada para combate da sua realidade criminal. Portugal e o Brasil, por exemplo, as adotaram em seus artigos 40 e 59, respectivamente, se não vejamos:

Código penal português, art. 40º - Finalidades das penas e das medidas de segurança

1 - A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. 2 - Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa. 3 - A medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente. (grifo nosso).

Código penal brasileiro, art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (grifo nosso)

---

<sup>70</sup>Cf. DIAS, Figueiredo. *Direito Penal: Questões fundamentais a doutrina geral do crime*, parte geral, tomo I, p. 62-64; e CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, v. 1, p. 52-54.

<sup>71</sup> Ibidem.



Nota-se, então, ao analisar os artigos acima, a junção das teorias preventivas em ambos os casos, com enfoque maior na teoria preventiva geral positiva limitadora e nos limites determinados pela culpabilidade do agente.

Tal conclusão para nós, não poderia ser mais assertiva, pois a pena não pode assumir o único papel de vingança, retribuição do mal pelo mal; ela necessita ser útil àquela sociedade, fazendo com essa confie na efetividade das normas penais e adequa o seu comportamento a elas. Ela precisa, além do mais, ser justa, proporcional a culpabilidade do agente, com a sua duração previamente determinada. Não deve estigmatizar e precisa ter, ainda, o condão de recuperar o delinquente, reinseri-lo na sociedade se possível o for, e, mesmo que não o seja, jamais pode ferir a sua liberdade de autodeterminação, para que, enfim, o direito penal exerça a sua função.

### **1.7. Medidas de Segurança**

Aos criminosos inimputáveis, ou seja, aqueles impossibilitados pela anomalia psíquica que sofrem de se comportarem de maneira diversa, visto a ausência da capacidade de valoração<sup>72</sup> da ilicitude dos atos por eles praticados e da possibilidade de se determinarem segundo essa avaliação, não cabe o juízo de reprovação pela ausência de culpa desses agentes<sup>73</sup>.

Como torna a aplicação e imposição da pena a eles totalmente, inadequada, fazendo surgir, assim, as medidas de segurança como um outro mecanismo da política criminal que, adequadamente, responde penalmente à prática do ilícito por esse tipo de delinquente<sup>74</sup>.

Segundo o destacado por Maria João Antunes:

A medida de segurança e a pena têm em comum o objectivo de luta conta o crime, constituindo esse o substrato comum de onde

---

<sup>72</sup>Caso haja a capacidade de valorar o fato, podem os agentes, ainda, serem também considerados inimputáveis, se existirem perturbações capazes de excluírem a liberdade deles de determinação, Cf. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, I, p. 345.

<sup>73</sup>ANTUNES, Maria João. *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, p. 49-66; e CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, I, p. 344-345.

<sup>74</sup>Cf. ANTUNES, Maria João. Op. cit., p. 67-73.

ambas emergem, o que arrasta logicamente consigo o reconhecimento da natureza penal daquela sanção. [...]. Estas não se distinguem por referência aos princípios da culpa e da perigosidade, pois ambas têm na sua origem o perigo, distinguindo-se uma da outra apenas quando consideramos a natureza específica de cada uma das sanções. No que diz respeito à medida de segurança, ela é aplicada na sequência da prática de um crime ou de um facto com aparência de crime em consideração à particular subjetividade e perigosidade do agente, naqueles casos em que a pena é pela sua natureza insuficiente, inadequada ou mesmo inidónea, numa relação verdadeiramente coesa, demonstrativa de que aquela sanção se insere de forma natural, por direito próprio, no sistema penal do qual emergiu. (ANTUNES, Maria João. *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, p. 95-96).

Nota-se, assim, que como a pena, a medida de segurança possui o objetivo de defesa social. Mas, para tanto, essa tem em vista principalmente a prevenção especial, que pode possuir dupla finalidade: segurança da sociedade e ou socialização do agente<sup>75</sup>.

A finalidade de socialização se sobrepõe a sua função de segurança da vida comunitária, porquanto esta só pode possuir finalidade autônoma quando não se puder socializar, ou quando o crime praticado pelo agente requerer que a segurança seja priorizada, nos casos por exemplo, do crime de incêndio florestal<sup>76</sup>.

A prevenção especial, assim como nas penas, se justifica para que não ocorra a reincidência, tornando-se indispensável, então, a constatação da periculosidade do infrator através da prática do ato ilícito. O fato não pode simplesmente ser o desencadeador da medida, ao revés, ele necessita ser pressuposto para ela, a fim de garantir os direitos individuais do infrator e evitar privações desnecessárias e ilimitadas de sua liberdade<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup>Cf. ANTUNES, Maria João. *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, p. 96; e DIAS, Figueiredo. *Direito Penal: Questões Fundamentais a doutrina geral do crime*, parte geral, tomo I, p. 88-89.

<sup>76</sup>DIAS, Figueiredo. Op. cit., p. 88-89.

<sup>77</sup>Cf. ANTUNES, Maria João. Op. cit., p. 73-91; e DIAS, Figueiredo. Op. cit., p. 89-92.

De forma secundária e reflexa, também possui a medida de segurança a finalidade de prevenção geral<sup>78</sup>, visto que as restrições e privações de direitos impostas por elas podem servir como exemplo para sociedade para o não cometimento de novos crimes<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup>Em oposição aos argumentos acima elencados, Figueiredos Dias afirma que “também no âmbito das medidas de segurança (embora não de forma prevalente, como sucede no âmbito das penas, antes meramente secundária) a finalidade de prevenção geral cumpre sua função e, na verdade, uma função autônoma, se bem que no momento da sua aplicação se exija incondicionalmente a sua a sua associação à perigosidade.” Dias, Figueiredo. *Direito Penal: Questões Fundamentais a doutrina geral do crime*, parte geral, tomo I, p. 93-94.

<sup>79</sup>Cf. ANTUNES, Maria João. *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, p. 96; e Dias, Figueiredo. *Op. cit.*, p. 92-95.

## Capítulo II

### PRESCRIÇÃO

O direito penal, como visto, através de um conjunto de normas jurídicas, tutelou bens jurídicos essenciais ao indivíduo e a sociedade, os quais uma vez afrontados dão ao Estado o poder de punir o infrator, sujeitando-o à pena. Esse direito prevalece aos direitos de liberdade do acusado por ser imprescindível à defesa do corpo social.

Não incumbe a administração estatal o exercício dessa pretensão, mas ao judiciário, o qual, por sua vez, só poderá exercê-la por meio da instauração de uma ação penal, com a finalidade de apurar o fato delituoso sob as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Ao final, baseado nas provas coligidas no bojo dos autos, o magistrado proferirá a sua decisão, que se condenatória e definitiva, pela ausência ou perda dos recursos interpostos pela defesa, fará com que surja a pretensão executória (a pretensão de executar a punição imposta).

Todavia, o decurso do tempo poderá obstar esses direitos através do fenômeno jurídico chamado prescrição.

#### 2.1. A Origem do Vocábulo

No Direito Romano, mais precisamente em sua época clássica, as ações eram divididas em perpétuas, não sujeitas a prazos, e temporárias, vinculada a sua instauração a determinado limite temporal<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano-I: Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos*, parte geral, p. 253-254.

Em geral as *actiones praetoriae* (ações do pretor) eram limitadas pelos decurso do tempo, ou seja, temporárias. Assim, se não propostas no prazo estipulado, que em sua maioria era anual, o pretor antes mesmo de enunciar os fatos não contestados (*demonstratio*), preliminarmente informava o magistrado sobre o ocorrido (*praescriptio*), e, esse, por sua vez, absolvía o autor do fato sem analisar o mérito da ação. Essa matéria apresentada introdutoriamente denominou-se *praescriptio*, visto o significado da composição desse vocábulo à época (*prae* e *scribere*), escrever no começo, só vindo a ganhar conteúdo material posteriormente<sup>81</sup>.

## 2.2. Natureza Jurídica

A prescrição, como anteriormente mencionado, é a perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo determinado em lei, respeitado a proporcionalidade desse com a gravidade da infração; ou seja, por ter ele se mantido inerte no decorrer desse período<sup>82</sup>. Com ela, perde o Estado tanto o direito de exercer a ação penal, que surge com violação da lei pelo criminoso, quanto o seu direito de executar a punição a ele aplicada com o trânsito em julgado da decisão<sup>83</sup>.

A doutrina não possui uma teoria unânime sobre a natureza jurídica da prescrição. Alguns doutrinadores a consideram como um instituto jurídico de natureza material, outros a veem como instituto jurídico de natureza processual, e, ainda, há aqueles que a enxergam como um mesclar de ambos<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup>JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano-I: Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos*, parte geral, p. 253-254.

<sup>82</sup>Alguns doutrinadores consideram a prescrição a renúncia do próprio Estado ao seu direito de punir, que ocorre quando da elaboração das leis pelo poder legislativo, obrigando posteriormente o judiciário ao seu cumprimento. Há, também, aqueles que acreditam ser ela a junção das duas correntes, a perda do direito de punir quando já reconhecida em lei, e a renúncia a esse direito, quando da elaboração dessas; Cf. MANZINI, Vincenzo. *Tratatto de Diritto Penale Italiano*, v. III, p. 419; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, parte geral, p. 645; e FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal: Introducción y parte general*, p. 639. Cabe ressaltar ainda, que existem causas que suspendem, como também outras que interrompem a prescrição, mas não iremos nos aprofundar nelas, visto não ser este o objetivo do presente estudo.

<sup>83</sup> Cf. ZERBOGLIO, Adolfo. *Della Prescrizione Penale*, p. 01; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, p. 403; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*, parte geral, p. 693; e DIAS, Figueiredo. *Direito Penal Português: As consequência jurídicas do crime*, parte geral II, p. 698-699.

<sup>84</sup>Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Dereho Penal*, parte geral, v. 1, p. 983; e DIAS, Figueiredo. Op. cit., p. 700.

Para a teoria que sustenta a sua natureza material, a prescrição extingue o direito de punir do Estado após a prática do núcleo verbo do tipo, pelo decorrer do tempo. Essa extinção não se dá apenas quando ainda não foi ao réu proferida sentença de caráter definitivo, dá-se, também, quando da execução, depois de ser-lhe imposta a pena. Contudo ambas somente ocorrem pois esse fenômeno não age sobre o crime, mantendo-o intacto, nem ao menos sobre a ação e execução, visto que a extinção dessas são apenas reflexos da extinção do direito material de punir<sup>85</sup>. Assim, não poderia ela pertencer a outra natureza que não a material<sup>86</sup>.

A teoria que sustenta a sua natureza processual vê a prescrição como um obstáculo ao início ou prosseguimento da persecução penal, pois, para ela, apenas podem ser considerados condições objetivas de punição aquelas que estiverem ligadas ao fato criminoso, tem como a garantia de reciprocidade ou a compensação. Essas questões estão flagrantemente ligadas ao fato e ao seu ajuizamento, a partir do ponto de vista jurídico-penal. A prescrição, para essa teoria, só poderá, então, ser considerada como um pressuposto de procedibilidade, visto não possuir ligação direta com o ato criminoso, sendo uma circunstância que vai além desse fato<sup>87</sup>.

Já para a teoria mista, a prescrição não cuida apenas de umas das vertentes anteriores, mas sim das duas, dizer que sua natureza é material ou processual não permitiria uma explicação realmente satisfatória. Isso porque, para ela, a prescrição é considerada material por fazer desaparecer a necessidade da pena, do direito de punir, mesmo ainda ocorrendo o merecimento dessa. Em razão disso ainda há variação dos seus prazos impostos pelo legislador, que os definirá pela gravidade e reprovabilidade da violação ao bem jurídico penalmente tutelado. Mas, também, é considerada a prescrição

---

<sup>85</sup>Faria Costa ainda considera material a natureza jurídica da prescrição “[...] porque consideramos que tais normas ao contenderem, directa e invasivamente, com a esfera pessoalíssima do cidadão e, de certa maneira, por conseguinte, com alguns direitos fundamentais – pense-se, entre tantos outros, no fundamental direito à paz jurídica – não podem, pela própria natureza das coisas deixar de ter essa precisa natureza material.” Cf. COSTA, José de Faria. *O direito Penal e o Tempo: Algumas Reflexões dentro do nosso Tempo e em redor da Prescrição*, p. 121.

<sup>86</sup>Cf. LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*, Tomo I, p. 476-477; CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, v. II, p. 163-172; NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: Introdução e parte geral*, v.1, p. 360-361; e GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, parte geral, v.1, p. 732.

<sup>87</sup>Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*, parte geral, tomo I, p. 988-989; e JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, parte general, v. 1, p. 983.

processual, pois com o passar do tempo a colheita e sustentação das provas tornam-se prejudicadas, impedindo uma real certeza quanto a materialidade e autoria delitiva, assim, pelo *princípio in dubio pro reo*, restando dúvida, o magistrado deve arquivar o procedimento ou absolver o acusado. Se a prescrição se der durante o processo, ela obsta o prosseguimento do feito, arquivando a ação penal e demonstrando a sua natureza processual; já se ocorrer depois de imposta a pena, ela obsta o direito de punir do Estado, demonstrando, desta feita, a sua natureza material<sup>88</sup>.

Ao nosso ver, a primeira teoria levantada parece se assemelhar mais com a realidade fática do fenômeno da prescrição, a qual, inclusive, foi abraçada pelo direito brasileiro em seu código penal, que a considera como causa extintiva da punibilidade do agente<sup>89</sup>.

Isso porque, o instituto não atua sobre o crime, nem sobre a ação ou execução da pena, assim, não há que se falar em prescrição da ação ou prescrição da execução, mas sim na prescrição da pretensão punitiva, que se dá com o cometimento do fato, o qual é apurado no desenvolver do processo. Violado o direito objetivo, nasce para o Estado o direito subjetivo de punir e, é esse direito que se extingue com a sua inércia antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Da mesma forma ocorre com a execução, não é a execução da pena que prescreve, mas sim a pretensão do Estado de executá-la, após imposta a punição por sentença condenatória definitiva.

### 2.3. A Origem do Instituto

Visto tratar-se de um instituto jurídico complexo, muitos são os doutrinadores que rebatem e defendem seus fundamentos. Para entender o

---

<sup>88</sup>Cf. WELZEL, Hans. *Derecho Penal*, parte general, p. 257-258; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, parte general, v. 1, p. 983; MONIZ, Helena. *Problemas Jurídico-Penais Da Criação De Uma Base De Dados Genéticos Para Fins Criminais*, p. 257-258; e DIAS, Figueiredo. *Direito Penal Português: As consequência jurídicas do crime, parte geral II*, p. 700.

<sup>89</sup>A doutrina brasileira, quase em sua maioria, considera material a natureza da prescrição penal, visto que nosso Código Penal, além de considera-la como extinção da punibilidade, também utiliza para contagem do seu prazo as regras de direito material, que são divergentes da de direito processual, pois computam o dia do começo, Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, parte geral, v. 1, p. 427; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, parte geral, v. 1, p. 728; e GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, parte geral, v. 1, p.732.

porquê desses conceitos, faz-se necessário, primeiramente, analisarmos a sua origem.

### 2.3.1. A Prescrição no Direito Romano e suas influências no direito Italiano e Francês.

Como anteriormente relatado, a prescrição nasce primeiramente no período clássico romano<sup>90</sup> com as *actiones praetoriae* (ações temporárias), através da introdução escrita pelo pretor (*praescriptio*, procedimento processual), anunciando ao magistrado a perda do prazo estipulado para o ofendido ingressar com a ação, o que a levava a ser resolvida a favor do autor do fato, sem a devida análise do seu mérito. Os prazos das ações temporárias apenas foram impostos para que a lide não fosse demasiadamente prolongada, evitando ações negligentes ou maliciosas dos próprios ofendidos<sup>91</sup>.

As ações penais também poderiam ter seu caráter perpétuo ou temporário, da mesma forma que as cíveis, caso pertencessem ao *ius civile* ou ao *ius praetorium*, permanecendo para ambas o prazo de um ano para o ofendido ingressar com a ação, isso quanto ao período de Constantino. Cabe frisar, ainda, que esgotado esse prazo, no caso das ações penais, não se extinguia totalmente o direito do ofendido, esse, ainda, poderia ingressar com uma *actio in factum concepta*, que se limitava ao lucro adquirido pelo delinquente<sup>92</sup>.

Na época de Honório e Teodosio II as ações penais públicas prescreviam em vinte anos, por analogia a prescrição extintiva das ações fiscais; as privadas, por sua vez, demoravam ainda mais, trinta anos. As ações do fisco nessa época não prescreviam, bem como, o conceito de temporárias e perpétuas se modificaram, perpétuas passaram a ser as ações que prescreviam em prazos

---

<sup>90</sup> Segundo Zerboglio, há relatos de Lísia e Demóstese sobre a admissão do instituto da prescrição da ação penal na Grécia, mais precisamente no seu período helênico, com exceção de alguns crimes. Já quanto a Roma, segundo ele, acredita-se que não há qualquer relato do acolhimento desse fenômeno jurídico na época republicana, visto que em 63 a.c, Rabírio havia sido citado para responder por um crime cometido há mais de trinta e sete anos; ZERBOGLIO, Adolfo. *Della Prescrizione Penale*, p. 26.

<sup>91</sup>Cf. JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano-I: Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos*, parte geral, p. 253-254; e MANZINI, Vincenzo. *Tratatto de Diritto Penale Italiano*, v. III, p. 419-420.

<sup>92</sup>Ibidem.



longos, trinta anos ou mais, e as temporárias seriam aquelas que prescrevessem antes de seu menor período, ou seja, antes de trinta anos<sup>93</sup>.

Além do prazo, há também outra diferença no que diz respeito às ações perpétuas e temporárias, na primeira a prescrição extingue apenas o exercício da ação, na segunda ela extingue o direito tutelado, a própria proteção jurídica. Destarte, percebe-se que no direito romano havia tanto uma prescrição da ação quanto uma prescrição do direito, dependendo de qual fosse a ação a se ingressar<sup>94</sup>.

Acredita-se pela maioria dos doutrinadores que a prescrição penal foi admitida, primeiramente, na *Lex Julia de Adulteriis* (data de 17 ou 18 a.C.), que fixava um prazo de cinco anos para prescrição dos crimes previstos por elas, quais sejam, *adulterium*, *stuprum*, *lenocinium*, bem como todas as outras condutas com eles relacionadas e, o peculato<sup>95</sup>. Posteriormente, nos tempos de Diocleziano e Massimiliano, foi admitida a prescrição de todos os *crimina publica*, no prazo de vinte anos. No entanto, os crimes de parricídio (*parricidium*), heresia (*apostasia*) e o parto suposto (*suppositio parius*), foram formalmente (legalmente) excluídos<sup>96</sup> dessa lista, previstos como imprescritíveis<sup>97</sup>.

A prescrição para os romanos se dava apenas quanto a ação penal<sup>98</sup>, jamais quanto a sua execução. Ela começava a se contabilizar na época clássica

---

<sup>93</sup>Cf. JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano-I: Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos*, parte geral, p. 254-255; e MANZINI, Vincenzo. *Tratatto de Diritto Penale Italiano*, v. III, p. 420.

<sup>94</sup>JUSTO, A. Santos. Op. cit., p. 255.

<sup>95</sup>Cf. D.48,5,40,5: "Praescriptione quinque annorum crimen incesti coniunctum adulterio non excluditur."; D.48,5,30,6: "Hoc quinquennium observari legislator voluit, si reo vel reae stuprum adulterium vel lenocinium obiciatur. Quid ergo, si aliud crimen sit quod obiciatur, quod ex lege Iulia descendit, ut sunt qui domum suam stupri causa praebuerunt et alii similes? Et melius est dicere omnibus admissis ex lege Iulia venientibus quinquennium esse praestitutum."; D. 48,6,5,2: "Qui vacantem mulierem rapuit vel nuptam, ultimo supplicio punitur et, si pater iniuriam suam precibus exoratus remiserit, tamen extraneus sine quinquennii praescriptione reum postulare poterit, cum raptus crimen legis Iuliae de adulteris potestatem excedit."; e D.48,13,9: "Peculatus crimen ante quinquennium admissum obici non oportet."

<sup>96</sup>Cf. D.48,9,10: "Eorum, qui parricidii poena teneri possunt, semper accusatio permittitur."; e D.48,19,1: "Accusatio suppositi partus nulla temporis praescriptione depellitur, nec interest, decesserit nec ne ea, quae partum subdidisse contenditur." Seria essa, a primeira previsão expressa, legal, de imprescritibilidade.

<sup>97</sup>Cf. ZERBOGLIO, Adolfo. *Della Prescrizione Penale*, p. 26-27; LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*, Tomo I, p. 478; MANZINI, Vincenzo. Op. cit., p. 420; e CURA, António A. Vieira, *Crimes, delitos e penas no Direito Romano Clássico*, in "Vt par delicto sit poena": crime e justiça na antiguidade, p. 201-205.

<sup>98</sup> Para Carrara, no direito romano existiram ambas as prescrições, tanto a prescrição da ação quanto a prescrição da pena, sendo que essa ocorria com a *actio iudicati*, a ação que executava as decisões proferidas judicialmente, Cf. CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, v. II, nota de rodapé nº 1, p. 176.

a partir do surgimento da ação ou da possibilidade de instaurá-la, ou seja, quando um direito real era violado ou quando podia-se cobrar um crédito. Quanto ao direito Justiniano, a prescrição passava a correr do momento em que surgia a ação. No entanto, havia também a possibilidade de suspendê-la ou interrompê-la<sup>99</sup>. Com a suspensão o prazo não corria, mas o tempo posteriormente era aproveitado na retomada da sua contagem. Já com a interrupção, o prazo voltava a ser contado novamente de seu início<sup>100</sup>.

Já os bárbaros, um povo juridicamente menos evoluído ignoraram a prescrição quase completamente, sendo o seu primeiro conceito importado do povo que haviam invadido, os próprios romanos.

Na idade média a prescrição segundo os ensinamentos do direito romano foi aplicada em quase todos os Estados italianos. Os antigos juristas italianos desenvolveram e deram notoriedade ao instituto da prescrição transportando os ensinamentos romanos para o direito estatutário, como por exemplo nos Estatutos de Padova de 1276, Bolonha de 1561, Beluno 1325 e Ceneda 1339<sup>101</sup>.

Durante o período estatutário muitas inovações foram verificadas quanto a prescrição penal. A pena, por exemplo, era reduzida se o prazo da prescrição já tivesse decorrido em sua maior parte e se o infrator tivesse um exímio comportamento. No entanto, o Imperador Giuseppe II, que dominou as províncias italianas sujeitas à Áustria, excepcionou a situação acima demonstrada, instituindo para todos os crimes a imprescritibilidade no código de 1787. Mas em 1803 o código Austríaco excluiu o citado dispositivo que instituiu a imprescritibilidade dos crimes e retomou os prazos vintenários da prescrição penal. O código Napoleônico, por sua vez, de 1808, não previa a prescrição para todos os crimes, excluindo-a no caso do cometimento de crimes graves, ou quando cometido crimes de menor gravidade, o réu que tenha sido acusado da

---

<sup>99</sup>A suspensão e a interrupção ocorriam nas *actiones in rem e in personam*, Cf. JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano-I: Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos*, parte geral, p. 255.

<sup>100</sup>Cf. ZERBOGLIO, Adolfo. *Della Prescrizione Penale*, p. 28-29; MANZINI, Vincenzo. *Tratatto de Diritto Penale Italiano*, v. III, p. 420; e JUSTO, A. Santos. *Op. cit.*, p. 255.

<sup>101</sup>Cf. MANZINI, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 421; e CASTIGLIONE, Theodolindo. *Os Crimes Contra a Humanidade e o Problema da Prescrição em face de um Código Penal Internacional*, p. 14.

sua prática, tenha também empregado fuga. Restrições essa que, em 1813 foram banidas por um decreto<sup>102</sup>.

No tocante a prescrição da pena, essa somente foi admitida em 1855, pelo Código dos Estados “Estensi” e, em 1859 pelo Código de Sardenha, por influência do Código Francês; mas ambos também traziam hipóteses de crimes imprescritíveis. Os Códigos originados depois desse período muito discutiram sobre a prescrição da pena, principalmente no caso da prisão perpétua; assim, em 1889 o Código Penal italiano instituiu que a pena era imprescritível, unicamente, prescrevendo a ação<sup>103</sup>.

Em 1930 o Código Penal italiano se preocupou mais com a defesa dos interesses sociais, retomando, desta feita, a prescrição da pena. No entanto só para criminosos corrigíveis, os delinquentes habituais não tinham direito a prescrição, para eles, a pena era imprescritível, bem como para aqueles que cometessem crimes graves, pois já presumia a sua não correção<sup>104</sup>.

A França, igualmente, se inspirou no direito romano quanto ao instituto da prescrição, mas, diferentemente desse, previu também a prescrição da pena, bem antes, inclusive, dos próprios italianos. Em 1642 uma decisão jurisprudencial do Parlamento de Paris estabeleceu a citada prescrição em trinta anos, fazendo nascer assim a primeira previsão da prescrição da execução penal<sup>105</sup>.

Essa circunstância foi legalmente expressa somente no Código Francês de 1791, que previa seu prazo de vinte anos para todos os delitos, sendo que a prescrição da ação prescrevia antes dessa, em três anos. De 1642 a 1956 o instituto da prescrição na França apenas se fortaleceu. Nesse período ela foi reconhecida como útil e necessária a sociedade, devendo ser considerada um instituto de ordem pública e aplicada de ofício pelo juiz caso não invocada pelo seu infrator<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup>Cf. MANZINI, Vincenzo. *Tratatto de Diritto Penale Italiano*, v. III, p. 423.

<sup>103</sup>Cf. MANZINI, Vincenzo. Op. cit., p. 424; e CASTIGLIONE, Theodolindo. *Os Crimes Contra a Humanidade e o Problema da Prescrição em face de um Código Penal Internacional*, p. 15-16.

<sup>104</sup>CASTIGLIONE, Theodolindo. Op. cit., p. 16.

<sup>105</sup>Cf. ZERBOGLIO, Adolfo. *Della Prescrizione Penale*, p. 29-31; LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*, Tomo I, p. 478-479; e CASTIGLIONE, Theodolindo. Op. cit., p. 13-14.

<sup>106</sup>Ibidem.

Nota-se, então, a grande importância dos ditames franceses para esse fenômeno jurídico, para sua aceitabilidade e fundamentação em outros ordenamentos jurídicos e para o efetivo combate da imprescritibilidade penal.

### 2.3.2. A Prescrição no Brasil

No Brasil a prescrição apenas surgiu com a proclamação da sua independência<sup>107</sup>, visto que quando Colônia de Portugal nenhuma das legislações a nós impostas previu tal instituto<sup>108</sup>.

Em 1830 foi sancionado pelo Imperador D. Pedro I o Código Criminal brasileiro, que em seu artigo 65<sup>109</sup> asseverava que nenhuma pena prescreveria, em consonância com a legislação italiana<sup>110</sup>.

A prescrição da ação foi consagrada pelo Código de Processo Penal brasileiro em 1832, entende-se, portanto, que tratava-se o instituto de natureza processual à época<sup>111</sup>.

O tempo da prescrição da ação era computado conforme a gravidade do delito e da presença do infrator no decorrer do processo, ou seja, se ele não se ausentasse do local que praticou o crime. Mas, caso ali não se mantivesse, porém soubessem o seu paradeiro, o tempo computado para prescrição era aumentado<sup>112</sup>.

---

<sup>107</sup>A primeira Lei que a previu, foi a Lei sobre o abuso da liberdade de imprensa, de 20 de setembro de 1830, mais precisamente em seus artigos 66 e 67, se não vejamos: “Art. 66. A ação pública, pelos crimes, de que trata esta lei, prescreve em um anno, contado do dia, em que se fez publico o abuso, que daria lugar á denuncia. Art. 67. A acção particular prescreve em tres annos, ainda quando tenha havido qualquer acto que pareça interromper a prescripção.”

<sup>108</sup>Cf. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*, p. 173.

<sup>109</sup>O Código Criminal do Império do Brazil, de 16 de dezembro de 1830, assim previu a imprescritibilidade das penas: “Art. 65. As penas impostas aos réos não prescreverão em tempo algum.”

<sup>110</sup>Cf. PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 173; e CASTIGLIONE, Theodolindo. *Os Crimes Contra a Humanidade e o Problema da Prescrição em face de um Código Penal Internacional*, p. 8. Nota-se que as legislações italianas e brasileiras se encontravam extremamente atrasadas, comparadas as legislações daquela época quanto a prescrição da pena. A Itália, como acima demonstrado, apenas a previu em 1855, mas em 1889 regressou e a extinguiu de seu novo Código Penal, só voltando a instituí-la em seu ordenamento jurídico em 1930.

<sup>111</sup>CASTIGLIONE, Theodolindo. Op. cit., p. 8.

<sup>112</sup>Cf. “Art. 54. Os delictos, e contravenções, que os Juizes do Paz decidem definitivamente, prescrevem por um anno, estando o delinquente presente sem interrupção no Districto, e por tres annos, estando ausente em lugar sabido. Art. 55. Os delictos, em que tem lugar a fiança, prescrevem por seis annos, estando o delinquente presente sem interrupção no Termo, e por dez annos, estando ausente em lugar sabido, com tanto que seja dentro do Imperio. Art. 56. Os delictos, que não admittem fiança, só prescrevem por dez annos, estando o delinquente presente sem interrupção no Termo.”

Acredita-se, ainda, que pela omissão da lei quanto aos delitos inafiançáveis em que o criminoso estivesse ausente e, aos afiançáveis que não se soubesse o seu paradeiro ou, estivesse ele no estrangeiro, era aplicada a regra da imprescritibilidade<sup>113</sup>.

O Código Penal e Processual brasileiro assim se mantiveram acerca da prescrição até 1890, ocorrendo apenas algumas mudanças, porém não a favor do instituto, pelo contrário, visto que aplicavam expressamente a imprescritibilidade nos casos dos crimes inafiançáveis onde não se sabia o paradeiro do réu. Convém destacar que o rol dos crimes imprescritíveis foi aumentado nesse mesmo período<sup>114</sup>.

Apenas após a proclamação da República Federativa do Brasil foi introduzido no direito criminal brasileiro a prescrição das penas, precisamente com o Decreto Lei nº 774, de 20 de setembro de 1890, o qual um mês depois foi recepcionado pelo Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, em outubro do respectivo ano<sup>115</sup>.

O critério empregado para definição dos prazos prescricionais era a sua proporção com a pena, não sendo mais utilizada a presença ou ausência do criminoso no local da prática do crime. Os prazos para prescrição da ação quanto para prescrição da pena eram os mesmos, excepcionados alguns crimes<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup>TRIPPO, Mara Regina. *Imprescritibilidade Penal*, p. 40.

<sup>114</sup>A Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, que reformou o Código de Processual Criminal, assim dispôs sobre o assunto: “Art. 32. Os delictos em que tem lugar a fiança, prescrevem no fim de vinte annos, estando os réos ausentes fóra do Imperio, ou dentro em lugar não sabido. Art. 33. Os delictos que não admittem fiança prescrevem no fim de vinte annos, estando os réos ausentes em lugar sabido dentro do Imperio: estando os réos ausentes em lugar não sabido, ou fóra do Imperio, não prescrevem em tempo algum. Art. 34. O tempo para a prescripção conta-se do dia em que fôr commettido o delicto. Se porém houver pronuncia interrompe-se, e começa a contar-se da sua data. Art. 35. A prescripção poderá allegar-se em qualquer tempo, e acto do Processo da formação da culpa, ou da accusação; e sobre ella julgará summaria e definitivamente o Juiz Municipal, ou de Direito, com interrupção da causa principal.” Da mesma forma, CASTIGLIONE, Theodolindo. *Os Crimes Contra a Humanidade e o Problema da Prescripção em face de um Código Penal Internacional*, p. 8.

<sup>115</sup>Decreto nº 774, de 20 de Setembro de 1890 “Declara abolidaa pena de galés, reduz a 30 annos as penas perpetuas, manda computar a prisão preventiva na execução, e estabelece a prescripção das penas.”; Código Penal dos Estados Unidos do Brasil recepcionou a prescripção da ação e das penas em seus artigos 71 e 72, se não vejamos: Art. 71. A acção penal extingue-se: [...] 4º Pela prescripção. Art. 72. A condemnação extingue-se por estas mesmas causas, e mais: 1º Pelo cumprimento da sentença; 2º Por indulto do poder competente; 3º Pela rehabilitação.” Segundo, também, o exposto por Cf. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*, p. 276; e CASTIGLIONE, Theodolindo. *Op. cit.*, p. 8-9.

<sup>116</sup>Cf. “Art. 78. A prescripção da acção, salvos os casos especificados nos arts. 275, 277 e 281, é subordinada aos mesmos prazos que a da condemnação. Art. 79. A prescripção da acção resulta exclusivamente do lapso de tempo decorrido do dia em que o crime foi commettido. Interrompe-se pela pronuncia. Art. 80. A prescripção da condemnação começa a correr do dia em que passar em julgado a

Atualmente o Brasil tem a prescrição da pena e da ação penal como regra, a qual foi instituída pelo Código Penal de 1940, sendo apenas excepcionada pelo artigo 5<sup>a</sup>, XLII e XLIV da nossa Magna Carta de 1988, bem como pelos tratados internacionais recepcionadas por ela<sup>117</sup>.

Os prazos são computados pela gravidade do delito cometido, que se tiver a pena abstrata ou concreta, (imposta por sentença condenatória definitiva) superior a doze anos, terá como prescrição máxima o prazo de vinte anos e, se essas forem inferiores a um ano, terá como mínima o prazo de três anos. A pena abstrata para o direito brasileiro é computada para contagem da prescrição da pretensão punitiva (ação penal) e a concreta para contagem da pretensão executória (execução penal)<sup>118</sup>.

Imperioso faz-se ressaltar que os prazos máximos e mínimos apresentados acima para a prescrição podem ser excepcionados, conforme previsão expressa no artigo 115 do mesmo diploma legal. O citado dispositivo traz no corpo do seu texto as hipóteses de redução da prescrição pela metade quando o infrator for maior de setenta anos na data da sentença ou menor de 21 anos quando do cometimento do delito.

---

sentença, ou daquelle em que for interrompido, por qualquer modo, a execução já começada. Interrompe-se pela prisão do condenado. Paragrapho unico. Si o condenado em cumprimento de pena evadir-se, a prescripção começará a correr novamente do dia da evasão. Art. 81. A prescripção da acção e da condemnação interrompe-se pela reincidencia. Art. 82. A prescripção, embora não allegada, deve ser pronunciada ex-officio.”

<sup>117</sup>Segundo o Código Penal Brasileiro: “Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: [...]IV - pela prescrição, decadência ou perempção [...]; Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime [...]; Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.” Nossa Constituição Federal, por sua vez, prevê a imprescritibilidade nos seguintes dispositivos de seu artigo 5º: XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...] XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

<sup>118</sup> Cf. “Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: I - em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze); II - em 16 (dezesesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze); III - em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito); IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro); V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois); VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.”

A pena de multa, por sua vez, possui prescrição própria, computada em dois anos, se for a única aplicada, conforme o que dispõe o artigo 114, I do CPB.

Já o Código Penal Militar Brasileiro traz a hipótese de exceção quanto ao prazo máximo de vinte anos aplicados pelo CPB, mais precisamente em seu artigo 125, I, o qual prevê que “a prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º deste artigo, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: I - em trinta anos, se a pena é de morte”<sup>119</sup>.

O ordenamento jurídico brasileiro, por fim, pode ter como prazo mínimo de prescrição um ano e meio pelo que dispõe o artigo 115 do CPB, bem como o máximo de trinta anos, conforme o Código Penal Militar. A prescrição foi recepcionada em suas duas formas, mas em alguns casos podem ser excepcionadas, vigorando a regra da imprescritibilidade para específicos crimes. Não há ainda o seu acolhimento retroativo, ou seja, o que diz respeito ao inquérito penal ou ao termo circunstanciado de ocorrência (procedimento administrativo previsto para apuração de infrações penais de menor potencial ofensivo). Condenado o infrator e imposta a pena, a prescrição em concreto não poderá retroceder para alcançar os procedimentos anteriores à denúncia ou à queixa, sendo que seu marco sempre será o da data do ato que deu início ao processo penal (recebimento da denúncia ou queixa). A reincidência, por outro lado, possui o condão de aumentar em um terço o prazo da prescrição da pretensão executiva.

### **2.3.3. A Prescrição em Portugal**

Não há relatos de que Portugal tenha adotado o instituto da prescrição quando da idade média. Nota-se que as ordenações *Afonsinas* (1446) e *Manoelinas* (1521) nada trouxeram também a respeito desse fenômeno jurídico. Em 1603, D. Felipe I publicou as ordenações Filipinas, que se tratavam da

---

<sup>119</sup>Embora a legislação brasileira não tenha acolhido a pena de morte para os crimes comuns, a recepcionou no caso dos crimes militares em tempo de guerra, conforme se verifica na nossa própria Magna Carta, em seu artigo 5º: “XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”. O Código Militar Brasileiro traz trinta crimes sujeitos à pena de morte.

revisão das antigas leis portuguesas, surtindo grande efeito na sociedade da época. Dom João IV, por sua vez, em 1643, revalidou as citadas ordenações na ocasião da restauração da monarquia portuguesa<sup>120</sup>.

O livro V das ordenações regulava o direito penal, mas nada trouxe a respeito da prescrição, visto que seu intuito era manter o poder centralizado nas mãos dos monarcas, prejudicando, desta feita, a dignidade dos indivíduos com penas vexatórias e cruéis<sup>121</sup>.

O seu primeiro livro trouxe em seu índice a previsão da prescrição, porém, ao compulsá-lo, verificamos que não se refere ao instituto, mas ao tempo que o tabelião e o escrivão necessitavam aguardar os processos (Título LXXXIV, nº 23)<sup>122</sup>.

O livro II, por sua vez, trouxe alguns efeitos de tempo, os quais impediam o ofendido de ingressar com a ação caso não o respeitasse. Esse tempo não era sujeito a interrupção por qualquer ato, assim, nota-se que não estamos diante do fenômeno da prescrição, mas sim do instituto da decadência (XXIII, nº 2, XXX, nº 3, LXXX, nº 6 e etc.)<sup>123</sup>.

O Código Penal Português de maior relevância para o instituto foi o promulgado em 10 de dezembro de 1852, trazendo no corpo de seu texto a previsão de ambas as prescrições, da pena e da ação penal, para todos os crimes, excepcionada a pena capital que era substituída pela pena de prisão perpétua<sup>124</sup>.

---

<sup>120</sup>Cf. ALMEIDA, Candido Mendes. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal, ao Leitor, Razão desta Obra*, p. XIX-XXVIII; PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*, p. 173; e CASTIGLIONE, Theodolindo. *Os Crimes Contra a Humanidade e o Problema da Prescrição em face de um Código Penal Internacional*, p. 17.

<sup>121</sup>CASTIGLIONE, Theodolindo. Op. cit., p. 17.

<sup>122</sup> Ibidem.

<sup>123</sup>CASTIGLIONE, Theodolindo. Op. cit., p. 17.

<sup>124</sup> “Art. 123º - A prescrição nos crimes e nas penas tem logar nos termos, e com os efeitos declarados nos §§ seguintes. § 1º Todo o procedimento judicial-criminal contra determinada pessoa se prescreve passados dez annos depois do dia, em que foi cometido o crime; ou, se algum acto judicial teve logar a respeito desse crime, depois do dia deste acto. § 2º Todo processo criminal, a que se não deu seguimento, fica extinto, passados dez annos depois do em que teve logar o ultimo acto. § 4º A acção civil resultante do crime prescreve-se pelo mesmo espaço de tempo, se foi cumulada a acção criminal. Art. 124 – As penas perpetuas, impostas por sentença passada em julgado, não se prescrevem em tempo algum; mas, passados vinte annos, a pena de morte será substituída por qualquer das penas corporaes perpetuas. As penas maiores temporárias prescrevem-se passados vinte annos depois do dia, em que a sentença passou em julgado; e as correcçoes passados dez annos. § 1º Nas contravenções o tempos é de dois annos. § 2º A prescrição da pena não se estende aos efeitos da condemnação, relativos aos direitos públicos. § 3º



Atualmente a prescrição no Código Penal Português é uma das causas de extinção da responsabilidade criminal; ela foi recepcionada em suas duas formas pelos artigos 117º a 120º, que preveem a prescrição do procedimento criminal, bem como pelos artigos 121º a 124, relativos à prescrição das penas. A primeira extingue o procedimento criminal, não havendo mais a possibilidade de aplicação da pena para o infrator. A segunda, por seu turno, extingue a execução da pena condenatória<sup>125</sup>.

Os prazos para a prescrição do procedimento são contados do dia do cometimento do ato criminoso pelo autor (consumação do fato), ou se o resultado for relevante e este não for verificado quando do seu cometimento, o prazo passa a contar apenas quando o resultado se verificar. Os prazos da prescrição são proporcionais à gravidade do delito. A pena abstrata dada ao crime tem o condão de defini-los. O prazo máximo da prescrição será de quinze anos se o crime cometido tiver como máxima pena abstrata mais de dez anos de prisão. O mínimo será de dois anos se o crime cometido for punível com pena de prisão inferior a um ano ou a seja a pena diversa da privação de liberdade<sup>126</sup>.

Para o direito penal português os prazos da prescrição da pena são computados diversamente dos prazos da prescrição do procedimento processual, mas ainda respeitando a sua proporcionalidade. O prazo máximo da prescrição da pena será de vinte anos se a condenação ao infrator imposta for superior a dez anos de prisão, sendo o mínimo de quatro anos se a pena a ele imposta for inferior a dois anos, ou, ainda, no caso de não ser-lhe aplicado a pena de prisão. Os prazos são computados desde o trânsito em julgado da

---

O condenado que prescreve a sua pena pela prescrição de vinte annos, não pode resistir na comarca, em que residir o offendido, ou a sua viúva, ou seus descendentes, ou acesdentes; e o Governo poderá assignar-lhe o logar do seu domicilio." Segundo também, SECCO, Antônio Luiz de Sousa Henriques. *Código Penal Portuguez, Anotado*, p. 48-49; e CASTIGLIONE, Theodolindo. *Os Crimes Contra a Humanidade e o Problema da Prescrição em face de um Código Penal Internacional*, p. 17-18.

<sup>125</sup>Cf. GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português: Anotado e Comentado: legislação complementar*, p. 449-456; DIAS, Figueiredo. *Direito Penal Português: As consequência jurídicas do crime*, parte geral II, p. 704-708.

<sup>126</sup>Cf. COSTA, José de Faria. *O direito Penal e o Tempo: Algumas Reflexões dentro do nosso Tempo e em redor da Prescrição*, p. 130; GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. Op. cit., p. 449-456; DIAS, Figueiredo. Op. cit., p. 704-708.

sentença penal condenatória. A idade do agente não interfere na contagem dos prazos da prescrição<sup>127</sup>.

Cabe ressaltar, por fim, que não obstante a prescrição de todos os crimes tenha sido regra por muito tempo no ordenamento jurídico português, em 2004 o Estatuto do Tribunal Penal Internacional adaptou a sua legislação, tornando imprescritíveis os crimes que violam o direito internacional humanitário<sup>128</sup>.

Conclui-se, portanto, com o todo apresentando quanto a evolução histórica da prescrição, que o avanço e evolução das civilizações fez com que a imprescritibilidade, que vigorava como regra na antiguidade, perdesse o seu valor, visto as novas exigências feitas ao Estado garantidor, onde esse, acima de tudo, deveria zelar pela proteção e interesses da comunidade, respeitando a liberdade individual de cada cidadão. A punição para os povos evoluídos passa a requerer finalidade, não apenas retribuição, pois esta demonstrou-se incapaz de resolver a problemática da criminalidade. Assim, se não aplicada a punição de imediato para tentar ressocializar o infrator e responder aos anseios daquela sociedade, seja inibindo o cometimento de novos crimes por outros cidadãos, seja demonstrando a real eficácia da legislação e a sua capacidade de sanar conflitos, ela deixa de interessar a todos, ela deixa de cumprir qualquer função. Por isso, como regra e medida de justiça, passa a vigorar a prescrição. Mesmo que remanesçam algumas exceções, a necessidade do seu acolhimento já restou demonstrada pelo passar do tempo.

## **2.4. Fundamentos**

Para melhor fundamentá-la, faz-se necessário estudarmos todas as teorias que buscam defender sua criação e manutenção como instituto jurídico.

---

<sup>127</sup>Cf. GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português: Anotado e Comentado: legislação complementar*, p. 462-464; DIAS, Figueiredo. *Direito Penal Português: As consequências jurídicas do crime, parte geral II*, p. 712-714.

<sup>128</sup>GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. Op. cit., p. 451.

### 2.4.1. Teoria do Esquecimento

Para essa teoria, o decurso do tempo é responsável pelo esquecimento da prática criminosa pela sociedade e, quando isso ocorre, não há mais que falar no interesse social de punir o ofensor. Segundo Bettiol, sem o alarme social do crime não há também interesse do Estado em exercer o seu direito de punir, uma vez que a sociedade já se encontra pacificada, assim, não teria a punição qualquer exemplaridade<sup>129</sup>.

Para a punição surtir seus efeitos intimidativos faz-se necessária a sua resposta imediata ao mal cometido, demonstrando, desta feita, à sociedade, que o ordenamento jurídico penal é implacável e efetivo. Aplicá-la, após cessado o conflito, despertaria compaixão naquela comunidade pelo criminoso, visto que para ela o drama do delito não passa de um acontecimento histórico. Posto isso, passaria então o condenado a se tornar vítima da fúria desmedida do Estado, que a qualquer custo busca a sua punição<sup>130</sup>.

Essa teoria encontra seu fundamento na teoria da prevenção geral negativa da pena, excluindo totalmente a teoria retributiva como forma de punição. Não alcançando o Estado seu objetivo de intimidação pelo decurso do tempo, deve ser então imposta, a prescrição.

Os doutrinadores adeptos dessa teoria acreditam que ela é primordial para justificar a proporcionalidade entre o tempo da prescrição e a gravidade do delito. Para eles, mesmos os crimes mais atrozés são passíveis de esquecimento com o tempo<sup>131</sup>.

A crítica baseia-se na utilização apenas da teoria da prevenção geral negativa para fundamentá-la, pois é primordial que também estejam verificadas a necessidade de ressocialização do infrator e a credibilidade da sociedade num ordenamento jurídico penal capaz de sanar os conflitos trazidos pela criminalidade. Mas para Carrara, essa teoria é a única que realmente fundamenta o instituto da prescrição<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup>Cf. BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, v. III, P. 199-200; e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, parte geral, v. 1, p. 729.

<sup>130</sup>CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, v. II, p. 178-179.

<sup>131</sup>MANZINI, Vincenzo. *Tratatto de Diritto Penale Italiano*, v. III, nota de rodapé nº 3, p. 425

<sup>132</sup>CARRARA, Francesco. *Op. cit.*, p. 179.

## 2.4.2. Teoria da Emenda

Para essa teoria, a prescrição da pretensão executória e punitiva se justificaria quando verificado que o autor do delito não voltou a delinquir no decorrer daquele processo ou até o momento do início da sua execução. Esse período de tempo, que pode ser longo ou não, sem cometer qualquer outra infração, demonstra, por si só, a sua correção. Destarte, se o réu já se encontra reabilitado e não apresenta mais nenhum perigo a sociedade não há por que se falar em punição<sup>133</sup>.

Nota-se que essa teoria encontra seu fundamento na teoria da prevenção especial positiva, ou seja, só há motivos para punir o delinquente se este necessitar se adequar aos valores daquele ordenamento jurídico e for preciso reinseri-lo na sociedade.

A grande crítica a essa teoria é a sua presunção absoluta na capacidade de emenda do infrator, ignorando possíveis delitos que podem ter sido praticados mas não chegaram ao conhecimento da justiça. Acreditar que só o decurso do tempo seria capaz de ressocializá-lo, seria no mínimo, um tanto quanto otimista, pois tanto para Manzini quanto para Costa e Silva, o tempo não pode ser o único elemento a ser analisado para se presumir uma correção, e, mesmo que pudesse, necessitaria que fosse longo o suficiente para verificá-la<sup>134</sup>.

Em contraposto, para o positivista Italiano Garofalo, essa seria a única teoria aceita para fundamentar a prescrição, visto que se o réu conseguiu comprovar ao longo do tempo por mudança da situação que o levava a cometer o crime, ou por exímia conduta após sua prática, de modo a justificar a impossibilidade da reincidência, aplicar-lhe a pena seria injusto e sem finalidade, com o único intento de vingança. Assim, para ele e para a sociedade melhor seria a impunidade<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup>Cf. MANZINI, Vincenzo. *Tratatto de Diritto Penale Italiano*, v. III, nota de rodapé nº 3, p. 425; e SILVA, Antonio José da Costa e. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, p. 372.

<sup>134</sup>Cf. MANZINI, Vincenzo. Op. cit., nota de rodapé nº 3, p. 425; e SILVA, Antonio José da Costa e. Op. cit., p. 372-373.

<sup>135</sup> GAROFALO, R., *Criminologia: Estudo sobre o Delicto e a Repressão Penal*, p. 464.

No entanto, para Garofalo, não basta a mera presunção, o tempo só seria justificável para prescrição se, com absoluta certeza, se verificasse que o réu não cometeria novos crimes. Ele exemplifica essa situação de certeza com a mudança da classe econômica do furtador, que o fazia por sua condição de miséria; não sendo mais ele miserável, a prática do crime deixa de ser necessária. Já quanto aos crimes contra a pessoa, o precitado autor acredita que o decorrer de muito tempo, sem reincidir na prática delitiva, também seria capaz de demonstrar a regeneração infrator<sup>136</sup>.

A legislação brasileira adotou essa teoria para justificar a interrupção da prescrição executória pela reincidência, pois caso o condenado volte a delinquir, notoriamente, presume-se que o decurso do tempo não foi capaz de recuperá-lo (art. 117, VI do CPB)<sup>137</sup>.

Acreditamos que tanto essa teoria, quanto a anteriormente apresentada, não se bastam como único fundamento da prescrição, uma vez que nesta deixamos de lado teorias importantes do direito de punir, como as teorias da prevenção geral, e, na outra, as teorias de prevenção especial e também geral.

### **2.4.3. Teoria Psicológica**

A teoria psicológica se assemelha bastante com a da emenda, visto ser ela uma subespécie daquela. Essa teoria também fundamenta a prescrição através da teoria da prevenção especial positiva, ignorando as outras que igualmente tratam da finalidade do direito de punir do Estado.

Para ela, o criminoso ao praticar um delito trata-se de uma pessoa e quando da imposição da pena, trata-se de outra, pois o tempo tem a capacidade de transformar o caráter e a personalidade do homem; posto isso, a imposição

---

<sup>136</sup>GAROFALO, R., *Criminologia: Estudo sobre o Delicto e a Repressão Penal*, p. 464.

<sup>137</sup>Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, parte geral, v. 1, p. 730; e NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, p. 620-621.

da pena a ele seria totalmente infundada, visto haver uma lacuna entre o fato e o agente, onde, visivelmente, já ocorreu uma ressocialização<sup>138</sup>.

Além das críticas feitas a teoria anterior, que igualmente servem para essa, se critica, ainda, o seu posicionamento contraditório, pois se o criminoso pode ter sua estrutura psicológica modificada com o passar do tempo quando solto também a pode ter quando preso. Assim, não só a prescrição deveria ser imposta, mas também o encurtamento da execução, em virtude da mudança psicológica do condenado<sup>139</sup>.

Segundo a doutrina brasileira, essa teoria foi utilizada para justificar a redução dos prazos prescricionais para os menores de vinte um anos, uma vez que a mutabilidade da formação psicológica deles é evidente, visto que a personalidade nessa idade ainda está em construção.

#### **2.4.4. Teoria da Expição Moral ou Indireta**

Assim como as outras duas teorias anteriormente apresentadas, ela se baseia apenas na presunção. Aqui, presume-se que com a espera da possível descoberta pelo Estado da sua autoria delitiva, ou de futura condenação pelo seu crime, já teria o criminoso sido adequadamente castigado, não havendo mais a necessidade da imposição da pena<sup>140</sup>.

Isso porque, trata-se esse momento de incertezas, de um desencadear de aflições, que levam o delinquente a experimentar o remorso pelo temor da descoberta ou imposição da pena, bem como o fazem enfrentar infortúnios para tentar garantir a sua impunidade. Destarte, após ter passado por todas essas atribuições, lhe impor uma pena seria como puni-lo duas vezes<sup>141</sup>.

No entanto, tal teoria nos parece um pouco desvinculada da realidade fática, uma vez que existem criminosos que jamais experimentarão essas

---

<sup>138</sup>Cf. MANZINI, Vincenzo. *Tratatto de Diritto Penale Italiano*, v. III, nota de rodapé nº 3, p. 426; SILVA, Antonio José da Costa e. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, p. 373; e ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, parte geral, p. 646.

<sup>139</sup>PORTO, Antonio Rodrigues. *Da Prescrição Penal*, p. 20.

<sup>140</sup>Cf. MANZINI, Vincenzo. Op. cit., nota de rodapé nº 3, p. 425; CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, v. II, p. 179; e SILVA, Antonio José da Costa e. Op. cit., p. 373.

<sup>141</sup>Cf. MANZINI, Vincenzo. Op. cit., nota de rodapé nº 3, p. 426; CARRARA, Francesco. Op. cit., p. 179; e SILVA, Antonio José da Costa e. Op. cit., p. 373.

aflições, que não se importam com as incertezas trazidas com a sua descoberta e possível condenação. Ademais, não são todas as infrações que seriam capazes de despertar tais sentimentos, como, por exemplo, as que são punidas apenas com alguma restrição de direito ou com a aplicação de multa<sup>142</sup>.

A pena não possui unicamente natureza aflitiva, intimidativa, e, ainda que a possuísse, caso o criminoso conseguisse garantir sua impunidade, todas as aflições anteriormente passadas com a incerteza da sua situação teriam sido agora compensadas, estimulando a nova prática delitiva ao invés de cessar a criminalidade. Pois, o mal da pena e temor de sofrê-la não se compensam. Para os críticos dessa teoria, a presunção que ela traz para fundamentar a prescrição penal é totalmente arbitrária, desvinculada de razão jurídica e baseada numa abstração filosófica<sup>143</sup>.

#### **2.4.5. Teoria do Transcurso do Tempo**

Para essa teoria o tempo é a própria fundamentação da prescrição, visto que o decurso dele, por si só, já é capaz de retirar a legitimidade da punição<sup>144</sup>.

No entanto, apenas o decurso do tempo não pode ser utilizado como seu fundamento, para fundamentá-la é preciso ater-se as finalidades da punição, se essas ainda se encontram com decorrer de um certo lapso temporal. Ademais, para que isso ocorra, faz-se necessário que esse interstício seja proporcional a gravidade do fato praticado, trazendo mudanças no criminoso e na sociedade. Assim, entende-se que o tempo é um dos conceitos da prescrição mas não a sua razão<sup>145</sup>.

#### **2.4.6. Teoria da Extinção dos Efeitos Antijurídicos**

---

<sup>142</sup>SILVA, Antonio José da Costa e. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, p. 373-374.

<sup>143</sup>Cf. MANZINI, Vincenzo. *Tratatto de Diritto Penale Italiano*, v. III, nota de rodapé nº 3, p. 426; CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, v. II, p. 179; PORTO, Antonio Rodrigues. *Da Prescrição Penal*, p. 18; e SILVA, Antonio José da Costa e. *Op. cit.*, p. 373.

<sup>144</sup>Cf. MANZINI, Vincenzo. *Op. cit.*, nota de rodapé nº 3, p. 426; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, tomo V, p. 24; e SILVA, Antonio José da Costa e. *Op. cit.*, p. 375.

<sup>145</sup>*Ibidem*.

Segundo essa teoria o passar do tempo retira os efeitos antijurídicos do crime, ou seja, a conduta realizada pelo agente que violou bens jurídicos, infringindo a legislação penal, passa a ser tolerada pelo próprio ordenamento face à prolongação da impunidade do criminoso. A prescrição seria, então, uma causa de derrogação do ilícito<sup>146</sup>.

No entanto, essa teoria não pode fundamentar a prescrição, ao menos não com o conceito que adotamos, uma vez que, para nós, o decurso de um certo tempo retira do Estado, por expressa previsão em lei, o seu direito de punir o criminoso, âmago da pretensão punitiva, de modo a ensejar a própria prescrição penal. Essa, por sua vez, jamais tem o condão de retirar da infração o seu caráter ilícito; o crime se mantém intocado, o que é excluído por ela, é a punição ou pretensão. Apenas a lei pode retirar o caráter antijurídico de uma conduta, permitindo que todos os cidadãos venham, posteriormente a sua exclusão do ordenamento jurídico, praticá-la. Mas não é o tempo o efeito determinante para sua ocorrência, mas a vontade expressa do legislador, que retroage alcançando situações já ocorridas em benefício do réu<sup>147</sup>.

#### 2.4.7. Teoria da Analogia Civilista

Essa teoria importa os fundamentos civilistas da prescrição aquisitiva<sup>148</sup> para fundamentar a prescrição penal. Os prazos processuais existem no direito penal para serem cumpridos, sendo de rigor que sua não observância pelo poder público, não poderia onerar somente o réu. Assim,

---

<sup>146</sup>Cf. MANZINI, Vincenzo. *Tratatto de Diritto Penale Italiano*, v. III, nota de rodapé nº 3, p. 426, e TRIPPO, Mara Regina. *Imprescritibilidade Penal*, p. 50-51.

<sup>147</sup>Para um melhor entendimento sobre a aplicação da lei penal no tempo, mais precisamente, sobre a imposição da retroatividade *in melius*, consultar CAEIRO, PEDRO. *A aplicação da Lei Penal no Tempo e os Prazos de Suspensão da Prescrição do Procedimento Criminal: Um Caso Prático*, p. 232-239.

<sup>148</sup>A prescrição aquisitiva, como visto anteriormente, surge no direito Romano contra as inatividades no exercício do direito civil que não cumpre a função social. Assim, um proprietário passivo, que deixou de cumprir a sua função social, perdia o direito de processar aquele que por boa -fé o fez por mais de dez ou vinte anos, na posse daquele *fundus provincialis* (propriedade). Posteriormente, essa prescrição foi estendida as outras ações; Cf. JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano-I: Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos*, parte geral, p. 254. Atualmente, a prescrição aquisitiva ocorre pela inércia do proprietário em reivindicar a sua posse, em se defender daqueles que a estão exercendo de forma positiva, perdendo, por conseguinte, o seu direito a propriedade, se não vejamos: “A posse prolongada da coisa pode conduzir à aquisição da propriedade, se presentes determinados requisitos estabelecidos em lei. Em termos mais concretos denomina-se usucapião o modo de aquisição da propriedade mediante a posse suficientemente prolongada sob determinadas condições.” Cf. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*, p. 216.



abandonado o processo, por conseguinte, deve o Estado perder o seu poder de punição<sup>149</sup>.

Mas para Carrara esse fundamento só pode ser valorado para prescrição civil, visto que no âmbito privado o ofendido tem a faculdade de ingressar ou não com ação, podendo a prescrição exercer seu papel de castigo à inércia de seu titular. No entanto, isso jamais poderia ser tolerado no direito público, mais precisamente no direito penal, onde seus agentes, incumbidos do *ius perseguendi*, possuem o dever de exercer a ação e fazer cumprir as condenações penais. E caso não o façam, não será pela faculdade no seu exercício, mas por ter respeitado o dever de suas funções ao analisar que naquele caso específico não deveria agir. No caso do Ministério Público, órgão acusatório, não deveria ele processar o infrator ou requerer a sua condenação. Mas, se não o fizer por fatos estranhos ao apresentado, estaria ele, então, violando uma obrigação legal, a qual não pode ser utilizada para fundamentar a prescrição<sup>150</sup>.

Nota-se que a prescrição penal ocorre pois as finalidades da pena se esgotaram com o decorrer do tempo, visto o Estado ter deixado de agir quando o deveria ter feito. Uma punição tardia da sua parte representaria apenas uma resposta retributiva. Assim, a prescrição penal, diferente do direito civil, não pode ser obtida como castigo a uma das partes que deixou de reclamar o seu direito por ter ele, ali, disponível. Não há disponibilidades de direitos no direito penal, tampouco negociações quanto ao prazo prescricional. São institutos que não possuem ligação, por isto não podem ter a mesma fundamentação.

#### **2.4.8. Teoria da Prova ou da Dispersão**

Essa teoria não se baseia em nenhuma teoria da finalidade da pena para fundamentar a prescrição, ao revés, ela acredita que o passar do tempo traz dificuldades probantes tanto para o réu de demonstrar a sua inocência quanto para acusação de sustentar a sua tese, o que acarretaria decisões injustas ou duvidosas. Assim, baseada estritamente num argumento de natureza

---

<sup>149</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, parte geral, v. 1, p. 730.

<sup>150</sup>CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, v. II, p. 176.

processual, acredita que os possíveis erros judiciários acarretados pela valoração de uma prova inconsistente, visto o decurso do tempo, justificariam, por si só, a renúncia do Estado ao seu poder de punir pela prescrição<sup>151</sup>.

Segundo Manzini, essa teoria foi desenvolvida, principalmente, por Thomasius em 1685 com a publicação de sua obra *De Praescriptione Bigamiae*, onde pregava que melhor seria a impunidade a punir uma pessoa que poderia ser inocente, visto a incerteza dos fatores probantes que se dissolveram com o decorrer do tempo<sup>152</sup>.

Embora essa teoria possua grande relevância jurídica, por priorizar princípios processuais importantes, ela não serve para fundamentar a prescrição em sua totalidade, seus argumentos, servem, tão somente, para fundamentar a prescrição da pretensão punitiva (da ação). Isso porque, se já condenado o acusado por sentença penal definitiva, não haveria motivo para ocorrer a prescrição da execução, uma vez que os elementos probantes a serem coligidos para justificar a aplicação da sua pena já o foram no momento apropriado, qual seja, no decorrer da ação. Assim, não poderiam ser levantadas dúvidas quanto a confiabilidade daquela condenação<sup>153</sup>.

Ademais, mesmo que consiga fundamentar a prescrição da pretensão punitiva, não consegue justificar a escolha de seus prazos prescricionais, pois esses não são baseados na durabilidade da prova mas na gravidade do crime cometido, devendo ser proporcionais a ele.

#### **2.4.9. Considerações**

Ao verificarmos todas as teorias da prescrição apresentadas, concluímos que nenhuma delas é capaz, por si só, de fundamentar esse instituto, igualmente como se verificam nas teorias da finalidade da pena. Faz-se necessário, então, que as adaptemos a nossa realidade fática, unindo quantas preciso forem para justificá-la, de modo a garantir a satisfação das necessidades

---

<sup>151</sup>Cf. ZERBOGLIO, Adolfo. *Della Prescrizione Penale*, p. 03; SILVA, Antonio José da Costa e. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, p. 374-375; e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, parte geral, v. 1, p. 730.

<sup>152</sup>MANZINI, Vincenzo. *Tratatto de Diritto Penale Italiano*, v. III, nota de rodapé nº 3, p. 426.

<sup>153</sup>SILVA, Antonio José da Costa e. *Op. cit.*, p. 374-375.

políticas de cada país, respeitando sempre o ordenamento jurídico por eles adotado.

Sua fundamentação, em geral, dependerá das teorias da pena escolhida por cada Estado, baseadas na consciência jurídica da sua comunidade e nas suas exigências político-criminais<sup>154</sup>.

Nota-se que todas possuem sua relevância ímpar, pois sempre será necessário verificarmos se a memória daquela sociedade ainda requer a punição para o crime, ou se ela já não a teria como exemplar, mas tão somente, como injusto, despertando piedade pelo agente. Se o agente, por sua vez, trata-se de um réu contumaz, ou de alguém capaz de se emendar, seja pela aflição que passou com as incertezas da sua condição como criminoso, seja pela própria decorrência do tempo que transformou sua personalidade ou caráter, ou, até mesmo, por não ter inclinação para o crime, visto ter cometido um único ato, por situação alheia que o levou a transgredir. Como também, faz-se necessário observar, se o longo tempo já transcorrido não violou as garantias processuais do infrator (devido processo legal, ampla defesa e contraditório), pela dificuldade na investigação e na coleta de provas, tornando duvidosa ou injusta uma futura condenação.

O Brasil, para justificar a necessidade da prescrição em seu ordenamento jurídico, adotou três dos seus fundamentos, quais sejam, o esquecimento do delito e a superação do seu alarme social, a necessidade de readaptação do criminoso à sociedade e a prevenção social, e a negligência dos entes públicos no processo criminal, fazendo com que se percam as provas e se inviabilize a condenação penal. Presentes, estão, então, as teorias de prevenção geral e prevenção especial<sup>155</sup>.

Portugal, por sua vez, também adotou as teorias da prevenção especial e da prevenção geral, conforme o que disserta Figueiredo Dias, se não vejamos:

Por um lado, a censura comunitária traduzida no juízo de culpa esbate-se, se não chega mesmo a desaparecer. Por outro lado, e com maior importância, as exigências da prevenção especial,

---

<sup>154</sup>DIAS, Figueiredo. *Direito Penal Português: As consequências jurídicas do crime*, parte geral II, p. 699.

<sup>155</sup>Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, parte geral, v. 1, p. 424; e GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, parte geral, v. 1, p.731.

por venturas muito fortes logo a seguir ao cometimento do facto, tornando-se progressivamente sem sentido e podem mesmo falhar completamente aos seus objectivos: quem fosse sentenciado por um facto há muito tempo cometido e mesmo porventura esquecido, ou quem sofresse a execução de uma reacção criminal há muito tempo já ditada, correria o sério risco de ser sujeito a uma sanção que não cumpriria já quaisquer finalidades de socialização ou de segurança. Finalmente, e sobretudo, o instituto da prescrição justifica-se do ponto de vista de prevenção geral positiva: o decurso de um largo período sobre a prática de um crime ou sobre o decretamento de uma sanção não executada faz com que não possa falar-se de uma estabilidade contrafáctica das expectativas comunitárias, já apaziguadas ou definitivamente frustradas. (DIAS, Figueiredo. *Direito Penal Português: As consequências jurídicas do crime*, parte geral II, p. 699.

## 2.5. Prescrição das Medidas de Segurança

Como anteriormente relatado, a medida de segurança é também um mecanismo de política-criminal, que, assim como a pena, trata-se de uma sanção penal com objetivo de defesa social. No entanto, ela é imposta aos agentes não culpáveis pela incapacidade de se determinarem de maneira diversa<sup>156</sup>.

A necessidade de aplicação dessa medida ao infrator é verificada pela sua periculosidade, a qual será constatada quando do cometimento de um fato ilícito. E, assim como na pena, esse fato é pressuposto da aplicação da sanção, então, decorrido certo tempo, este igualmente quebra a ligação do ato criminoso com a medida de segurança, sendo imprescindível, para ela também, a previsão legal de prazo prescricional<sup>157</sup>.

Nota-se que aplicar uma medida de segurança a um inimputável anos após a da prática do fato não condiziria com as finalidades da medida de segurança, uma vez que essa não é aplicada como retribuição mas unicamente como medida de prevenção especial. E não há como se falar em socialização do

---

<sup>156</sup>Para mais informações sobre a medida de segurança vide item 1.7.

<sup>157</sup>Cf. GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português: Anotado e Comentado: legislação complementar*, p. 464-465; e DIAS, Figueiredo. *Direito Penal Português: As consequências jurídicas do crime*, parte geral II, p. 712-715.

agente anos depois do cometimento por ele de um fato ilícito, ou mesmo da necessidade de, ainda, assegurar aquela sociedade<sup>158</sup>.

Não obstante a periculosidade do agente possa permanecer após passado alguns anos da prática criminosa, em função da sua anomalia psíquica, essa periculosidade, como bem destacado por Figueiredo Dias “deixou de ser uma perigosidade criminal, no sentido da força constitutiva que para a sua aplicação assume o ilícito-típico praticado”<sup>159</sup>.

A prescrição da medida de segurança foi admitida no CPP apenas em 1995 pelo Decreto-Lei 48/95, o qual o revisou. Assim, passou a vigorar em seu artigo 124 os seguintes prazos para a referida prescrição: 15 anos se a medida de segurança for privativa de liberdade, 10 anos se não o for e, 5 anos se as medidas forem de cassação da licença de condução<sup>160</sup>.

O CPB, por sua vez, previu em seu artigo 96, parágrafo único, que se extinta a punibilidade do agente não se impõe a medida de segurança, nem subsistem as já impostas. No entanto, por ser um artigo genérico, que prevê a aplicação de todas as causas extintivas da medida, não previu o prazo para a prescrição. Assim, visando elucidar a questão e evitar tantas decisões divergentes, o STJ decidiu que se tratando de sentença absolutória pelo reconhecimento da inimputabilidade do agente, a prescrição deverá ser regulada pela pena em abstrato prevista no artigo 109 do CPB<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup>DIAS, Figueiredo. *Direito Penal Português: As consequências jurídicas do crime*, parte geral II, p. 712-715.

<sup>159</sup>Ibidem.

<sup>160</sup>GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português: Anotado e Comentado: legislação complementar*, p. 464-465

<sup>161</sup>Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, parte geral, v. 1, p. 384-385; e GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, parte geral, v. 1, p. 686-687.

## **Capítulo III**

### **IMPRESCRITIBILIDADE**

Como visto, a prescrição é a perda do poder de punir do Estado pela sua inércia durante um período estabelecido em lei, pois após esse tempo a punição não cumpriria mais as suas finalidades, sendo imposta como medida de retribuição cuja nota marcante seria a vingança.

A imprescritibilidade, por seu turno, contrapõe-se a esse conceito, abrindo a possibilidade de punição pelo Estado a qualquer tempo sem que se possa cogitar do perecimento de seu direito subjetivo.

#### **3.1. Fundamentos**

A fundamentação da imprescritibilidade pode ser tanto de ordem material quanto de ordem processual. As teorias de ordem material asseveram que por ser a punição direito subjetivo do Estado, não deve jamais perecer com o tempo. Já a outra corrente, sustenta que o processo penal e a execução da pena não podem encontrar limites temporais para o seu desenrolar<sup>162</sup>.

No entanto, as duas se subdividem em justificativas de caráter absolutos e relativos. Trataremos, primeiramente, dos seus fundamentos materiais absolutos.

##### **3.1.1. Material Absoluto**

Esses fundamentos são considerados materiais absolutos pois como veremos afastam quaisquer possibilidades de prescrição.

---

<sup>162</sup>Cf. TRIPPO, Mara Regina. *Imprescritibilidade Penal*, p. 57; e ABDALA, Vinícius. *Imprescritibilidade dos Crimes Contra a Humanidade?*, p. 491.

Baseados na ideia de que a pena tem por fim a exigência de justiça absoluta, esgotando-se pela retribuição do mal causado pelo crime através do mal causado pela pena, deixar de castigar o infrator seria uma violação não só ao ordenamento jurídico como também à ordem social.

Cabe ressaltar, mais uma vez, os ensinamentos de Kant, em cuja ideia repousa o fundamento de justiça absoluta e da teoria da retribuição como única finalidade da pena, ao afirmar que sem a justiça a vida na terra perderia o seu valor e, mesmo se a opção do povo fosse a dissolução da sociedade civil, o último assassino teria de ser punido, a fim de que os membros daquela sociedade não fossem considerados colaboradores dessa violação pública de justiça<sup>163</sup>.

Nota-se que para Kant a prescrição não era uma alternativa, pelo contrário, representava violação à ideia de justiça, implicando em previsão legal de impunidade aos culpados. Para o jurisfilósofo alemão, prevê-la seria colaborar com a violação pública cometida, perdendo a vida na terra o seu valor.

Assim como Kant, Jeremias Betham também considerava a prescrição uma afronta a justiça, um prêmio à prática de atos ilícitos, um estímulo à fuga e ao não cumprimento da lei pela promessa de impunidade<sup>164</sup>.

Carrara adota iguais fundamentos para sustentar a imprescritibilidade como regra ao criminoso que foge do cárcere. Para ele, conceder a prescrição da execução penal a um fugitivo seria o mesmo que estimular a sua fuga, premiando-o por fazê-lo<sup>165</sup>.

Atualmente, na Inglaterra, esses fundamentos ainda são utilizados, visto suas leis serem baseadas apenas nos costumes, cabendo aos juízes o exercício da função legislativa, os quais continuam se utilizando da tradição da monarquia no tocante a prescrição da execução penal, da condenação, ou seja, para eles o tempo não é capaz de impor limites para o Estado exercer o seu poder de punição. A prescrição da pretensão punitiva da ação penal também é aplicada raríssimas vezes nesse sistema; alguns magistrados igualmente

---

<sup>163</sup>KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*; p. 174-176.

<sup>164</sup>CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, v. II, p. 174.

<sup>165</sup>CARRARA, Francesco. *Op. cit.*, p. 178.

sustentam que as cortes não deveriam impor limites para os processos penais. Tais atos não encontram objeção da população<sup>166</sup>.

### 3.1.2. Material Relativo

São materiais relativos, pois apenas os crimes atrozes devem ser considerados imprescritíveis, uma vez que jamais são apagados da consciência da sociedade, a qual sempre reclamará pela justiça absoluta, pela paga do mal do crime com o mal da pena. A sociedade abalada por um crime cruel só será reequilibrada com a devida punição do criminoso, servindo de exemplo aos cidadãos a lei penal implacável, ou seja, aquela que não tolera a impunidade daqueles considerados perigosos pela crueldade de seus atos<sup>167</sup>.

Beccaria retoma tais fundamentos, anteriormente já utilizados pelos romanos, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*. Para ele a prescrição dos crimes atrozes também era inadmissível, ao passo que os de menor gravidade deveriam prescrever, porquanto o tempo, nesse caso, teria a capacidade de anular a impunidade e trazer a possibilidade do infrator se redimir<sup>168</sup>.

Atualmente, podemos verificar uma crescente dos adeptos desses fundamentos, notadamente no âmbito do direito internacional penal. Isso porque, com as atrocidades cometidas pelo homem na segunda-guerra mundial, mais precisamente no regime nacional-socialista, foi necessária uma reação adequada aos abusos cometidos através do recrudescimento do direito penal. Inicialmente, essa resposta consistiu no aumento retroativo dos prazos prescricionais dos crimes considerados violentos à época em que cometidos. Num segundo momento, foi estabelecida a imprescritibilidade dos crimes cruéis ligados às barbaridades lideradas pelo III Reich. O direito internacional dos pós guerra, por sua vez, entendeu ser necessária a manutenção da imprescritibilidade como única forma de justiça, face a gravidade dos crimes cometidos no mencionado regime, conforme se verifica na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade de

---

<sup>166</sup>Cf. PORTO, Antonio Rodrigues. *Da Prescrição Penal*, p. 25-26; TERRA, Rodrigo. *Breve apanhado teórico-comparativo sobre o sistema criminal inglês*, p. 49-51; e SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição Penal e Imprescritibilidade*, p. 118-121.

<sup>167</sup>BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, v. III, P. 200.

<sup>168</sup>BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das penas*, p.74-75.



1968, na Convenção Europeia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade de 1974 bem como na Convenção Interamericana sobre os Desaparecimentos Forçados de 1994, cujo conteúdo serviria posteriormente como base para o Estatuto de Roma, que considera igualmente imprescritíveis os crimes mencionados<sup>169</sup>.

Outros fundamentos, também de cunho materiais relativos, são os apresentados pelos italianos positivistas, no sentido de que a periculosidade do agente afastaria, por si só, a prescrição penal. Nesse sentido, assegurar a garantia da defesa social implicaria na realização de um exame subjetivo a fim de verificar a potencial possibilidade de ressocialização do criminoso, cujo resultado negativo conduziria, inexoravelmente, à imprescritibilidade do crime. O tempo, para eles, não seria capaz de presumir tal ressocialização, necessitando de efetiva comprovação para que haja um real desinteresse social na punição<sup>170</sup>.

Para Zerboglio, ainda, a ausência de punição poderia despertar o ódio pelo infrator e desencadear vinganças individuais em substituição da pública, que não foi realizada pelo Estado, permitindo a impunidade do criminoso e não resolvendo o conflito com a vítima. Assim, mesmo que tardia, a ação penal implicaria na melhor solução para o caso<sup>171</sup>.

### 3.1.3. Processuais Absolutos

Essa corrente dispõe não serem necessários atos materiais para concretização da pena, sendo que a execução penal ocorre independentemente da presença do réu, possuindo a sanção, nesse caso, eficácia direta.

No Brasil, mais precisamente em 1940, a imprescritibilidade foi assim fundamentada no tocante as penas acessórias, cujo regime jurídico abria a possibilidade de sua aplicação mesmo após o decurso de inúmeros anos do

---

<sup>169</sup>Cf. MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal*, parte general, v. II, p. 969-971; DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Las Organizaciones Internacionales*, p. 430-434; VELOSSO, ANA. *A Imprescritibilidade dos Crimes Internacionais*, p. 14-16.

<sup>170</sup>Cf. GAROFALO, R., *Criminologia: Estudo sobre o Delicto e a Repressão Penal*, p. 464-465; e FERRI, Enrico. *Principios de Derecho Criminal: Delincuente y delito en la ciencia, en la legislacion y en la jurisprudencia*, p. 145-146.

<sup>171</sup>ZERBOGLIO, Adolfo. *Della Prescrizione Penale*, p. 18.

cometimento do crime, já que o seu cumprimento não exigia a presença do acusado, por ser automática, contínua e imediata<sup>172</sup>.

Em 1984, a partir da reforma da parte geral do CPB, as penas acessórias deixaram de existir como tal e passaram a ser consideradas efeitos da condenação, prescrevendo juntamente com ela. No entanto, no código penal militar brasileiro não houve a mesma mudança, visto que ele ainda traz no corpo de seu artigo 130 a previsão dessa espécie de pena conjuntamente com a imprescritibilidade de sua execução. Essa controvérsia, sustentada, em tese, pela violação de princípios básicos da CFB, foi objeto de discussão pelo STM em 2011. A Suprema Corte Militar, ao analisar recurso interposto por um cabo da aeronáutica que havia sido condenado a dois anos de prisão pela prática do crime de estelionato e, acessoriamente, condenado à exclusão da força aérea, decidiu que por sua pena já se encontrar prescrita, dado o decurso do tempo sem a sua efetiva prisão, estender-lhe a prescrição à pena acessória de exclusão, vez que, considerá-la imprescritível implicaria em afronta à Constituição, a qual prevê expressamente em seu bojo os crimes considerados imprescritíveis, nada dispondo quanto as penas acessórias. Ademais, anteriormente, já havia sido decidido pelo STF que as penas acessórias prescreveriam juntamente com as penas principais<sup>173</sup>.

#### **3.1.4. Processuais Relativos**

São considerados processuais relativos, pois embora a lei preveja a possibilidade de prescrição, também prevê causas que a impedem de se iniciar ou prosseguir até a resolução desse impedimento, e, caso não haja a possibilidade de resolvê-lo, a prescrição, por sua vez, nunca se iniciará ou fluirá.

Nota-se que o Brasil já previu como causa de impedimento da prescrição a ausência do réu no Estado brasileiro, bem como já considerou imprescritíveis os crimes tão só pelo não conhecimento de seu paradeiro<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup>GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, tomo II, p. 700-701.

<sup>173</sup>DENFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Disponível em: [http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4550&catid=79&Itemid=220](http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4550&catid=79&Itemid=220).

<sup>174</sup> Verificar item 2.3.2 deste estudo.

### **3.2. A Imprescritibilidade das Medidas de Segurança**

O fundamento da imprescritibilidade da medida de segurança seria a periculosidade do agente, visto que em razão de algumas anomalias psíquicas poderá vir a não cessar com o passar do tempo. Assim, a sua imposição se justificaria a qualquer momento, pois verificado a periculosidade, mesmo anos após a prática do delito, faz-se necessário impô-la ao infrator, como medida de prevenção, ou seja, como tratamento<sup>175</sup>.

A imprescritibilidade despreza o fato praticado para a imposição da medida de segurança, considerando-o apenas como condição de aplicação dessa. Cometido o ilícito verifica-se a personalidade perigosa, a partir da qual se legitima a intervenção penal, que só cessa com a devida socialização do delincente<sup>176</sup>.

Esse fundamento foi amplamente estudado e defendido pela escola positivista italiana, refletindo até hoje nas legislações de muitos países.

### **3.3. A Imprescritibilidade e os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Intervenção Mínima, da Proporcionalidade e da Necessidade.**

O valor da pessoa humana é a limitação fundamental para a qualidade e quantidade da pena, para o domínio político da República. Esse princípio possui feição política e moral, conformando a legitimidade do Estado nas funções de tutela dos direitos fundamentais, sendo a vida o maior deles. Um Estado que não o respeita aplicando penas cruéis, excessivas, que humilham e desrespeitam o ser humano, não só perde a sua legitimidade como também se iguala aos violadores da lei<sup>177</sup>.

A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, tornando-o detentor de direitos e valores igualitários. Todos de uma determinada sociedade devem ser assegurados pelo Estado

---

<sup>175</sup>DIAS, Figueiredo. *Direito Penal Português: As consequências jurídicas do crime*, parte geral II, p. 713.

<sup>176</sup>ANTUNES, Maria João. *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, p. 73-81.

<sup>177</sup>Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*, p. 318-319; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 225.

Constitucional Humanitário de Direito contra qualquer ato degradante ou desumano; no mesmo diapasão, o Estado também deve assegurar as suas condições mínimas de existência, proporcionando-lhe uma vida saudável e sua integração com a comunidade, para que tenha uma participação ativa nos destinos da sua vida e daquela sociedade<sup>178</sup>.

O princípio em comento não possui caráter absoluto, vale dizer, inviolável, visto que a ponderação de bens e interesses em jogo é necessária quando do cometimento de um crime, a partir do qual a liberdade do criminoso e outros direitos inerentes a sua dignidade comportam restrições destinadas à proteção de outro bem jurídico. Todavia, existem bens que nunca poderão ser ponderados com outros interesses e que possuem proteção absoluta, independente do crime cometido, independente da perversidade dos atos praticados pelo infrator e independentemente de ser ele o pior dos criminosos. A vida não lhe pode ser retirada, seu corpo é inviolável à tortura – tanto na dimensão física quanto psíquica –, a sua privação de liberdade jamais poderá ser eterna e o local onde vier a cumprir sua pena não poderá degradar a sua personalidade. A pena não pode simplesmente lhe ser atribuída sem necessidade e o Estado deve se atentar ao princípio da necessidade, da proporcionalidade e da intervenção mínima para tanto.

Como é consabido, o direito penal deve intervir apenas quando outros ramos do direito não forem capazes de solucionar a questão com satisfação; a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para proteção de determinado bem jurídico. Segundo Roxin:

La protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema —como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.—. Por ello se denomina a la pena como la "ultima ratio de la política social" y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. (ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, parte general, tomo I, p. 65).

---

<sup>178</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, p. 60.

De igual modo, deve se levar em conta as funções de reprovare prevenir a prática de novos crimes para avaliar se há real necessidade da imposição da pena. O magistrado poderá avaliar pela culpabilidade do agente se a privação de sua liberdade é adequada para o caso em comento. Nota-se que o princípio da necessidade deve sempre ser conjugado com as finalidades da pena<sup>179</sup>. Ademais, se necessária a pena, ela necessita ainda ser proporcional, pois segundo Zaffaroni:

La criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto. Puesto que es imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado. A este requisito se le llama principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión. Con este principio no se legitima la pena como retribución, pues sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo. Simplemente se afirma que, dado que el derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor calibre, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado. Esto obliga a jerarquizar las lesiones y a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado, no pudiendo tolerar, por ejemplo, que las lesiones a la propiedad tengan mayor pena que las lesiones a la vida". (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*, parte general, tomo I, p. 130-131).

Posto isto, percebe-se que, se com o passar do tempo a pena deixa de ter qualquer finalidade, sendo ela de prevenção geral ou especial, conseqüentemente ela deixa de ser necessária. Se a pena se tornar desnecessária não haverá interesse na punição e, por conseguinte, não havendo esse interesse, não há que se falar na violação dos direitos do acusado para proteção dos bens jurídicos pertencentes a comunidade. A conclusão remanesce óbvia: privá-lo da sua liberdade sem necessidade implicaria em

---

<sup>179</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*, p. 318-319.

afronta inaceitável ao princípio da dignidade humana, uma vez que a pena nada teria a lhe oferecer, a não ser angústia, aflição e intenso sofrimento injustificável.

Não havendo conflito mais a ser solucionado, então não há razão de se cogitar a intervenção do direito penal, visto ser ele o instrumento normativo mais violento de regulação social.

Portanto, entende-se que a imprescritibilidade penal afronta também os princípios da dignidade da pessoa humana, da necessidade, da intervenção mínima e da proporcionalidade. Com ela, o Estado Democrático de Direito deixa de assegurar os cidadãos contra atos desumanos e degradantes, de garantir-lhes uma vida saudável, de propiciar sua integração à sociedade, visto que além do todo já exposto, a pena estigmatiza, etiqueta o agente.

### **3.4. Considerações**

Para nós, não há nenhum crime ou ato praticado pelo condenado, antes ou após o trânsito em julgado da sua sentença que possa justificar a imprescritibilidade, pois ela, como anteriormente já sustentado, não encontra respaldo na finalidade do direito de punir e viola princípios fundamentais. A sua aplicação, seja ela absoluta ou relativa, material ou processual, não alcança a ressocialização do acusado ou condenado e não atende aos anseios da sociedade quanto a punição imediata como forma de resolver conflitos e servir de modelo para possíveis criminosos. No mesmo sentido, não é capaz de trazer qualquer segurança aos cidadãos daquela sociedade, que sempre estarão sujeitos a atividade persecutória do Estado, mesmo que essa já não se justifique mais. O único fundamento de tal instituto é a vingança, para saciar desejos individuais dos cidadãos, justificar poderes absolutos e infundados, causar temor e respeito absoluto a um Estado. É regredir como sociedade, é estimular a prática do mal como ato de justiça, é desacreditar na capacidade evolutiva do ser humano.

E o mesmo podemos falar quanto a questão da imprescritibilidade das medidas de segurança, as quais, são, ainda, totalmente infundadas, pois desprezam o fato praticado se atentando apenas a periculosidade do agente, e ignoram que a imputabilidade ou inimputabilidade não interferem nos

fundamentos da prescrição. O esquecimento dos fatos, a ausência de exemplaridade, a dispersão das provas e a não justificação da prevenção especial, pois ausente está a perigosidade criminal, ocorrerão independente da inimizabilidade do infrator.

Ainda, nessa esteira, o Ministro do STF, Marco Aurélio:

O instituto da imprescritibilidade de crime conflita com a corrente das garantias fundamentais do cidadão, pois o torna refém, eternamente, de atos ou manifestações – como se não fosse possível e desejável a evolução, a mudança de opiniões e de atitudes, alijando-se a esperança como força motriz da humanidade, gerando um ambiente de total insegurança jurídica, porquanto permite ao Estado condená-lo décadas e décadas após a prática do ato. (STF, HC 82.424/RS, Min. Marco Aurélio, p. 919).

Faria Costa, da mesma forma, se posiciona contra ao instituto da imprescritibilidade, embora seguidor de uma das correntes da doutrina da retribuição, denominada neo-retribuição. No entanto, ele não considera que ela seja a pura manifestação do mal como vingança a infração cometida pelo criminoso, mas sim, um bem necessário ao livre desenvolvimento da personalidade do ser humano, que poderá lembrar os fatos por ele praticados e refletir sobre seus atos, bem como lembrar a toda sociedade que os seus atos a abalaram. Contrariamente aos seguidores de Kant, entende, ainda, que o tempo é capaz de apagar essa memória e, se isso vier a ocorrer, não haverá o porquê da imposição de uma pena, sendo, então, inadmissível a imprescritibilidade, mesmo para os crimes de maior gravidade<sup>180</sup>.

Assevera, também, a favor da prescrição da pretensão punitiva, que seria:

Incompreensível, inconsequente e socialmente deletério que o Estado, a partida, pudesse sequer admitir que todos os processos de todas as infrações criminais pudessem estar continuamente em aberto. Isso seria sintoma de intolerável ineficácia, inércia e potenciaria, mesmo que se admitisse que não era sintoma daquela deficiência ou incapacidade, um

---

<sup>180</sup>COSTA, José de Faria. *O direito Penal e o Tempo: Algumas Reflexões dentro do nosso Tempo e em redor da Prescrição*, p. 126.

relaxamento, um delongar na perseguição penal que teria, entre outras coisas, o efeito perverso de tornar a máquina persecutória do Estado em tartaruga de Aquiles agora elevada à categoria de deusa toda absoluta, porque senhora de todo tempo do mundo. Por isso é bom para os interesses do Estado que os processos criminais sejam instruídos em um tempo cômputo. Tempo esse que deve definir segundo, entre outros, os parâmetros do alarme e clamor social desencadeado pelo tipo de comportamento, pela dificuldade e complexidade da matéria em questão ou até, simplesmente, pela novidade da infração em causa que, por isso mesmo, pode acrescentar escolha no carreamento do material probatório. Ou seja: todos estes interesses ou valores de matriz colectiva ou comunitária apontam, de jeito indelével, para que a existência de um sistema de regulamentação seja um pressuposto indispensável para que a finalidade da paz jurídica se cristaliza. Dizendo-o de maneira negativa: a inexistência, em todo o ordenamento, de normas que determinassem os arcos temporais da prescrição seria o pano de fundo óptimo para que a paz jurídica se não concretizasse, para que reinasse a discórdia, a insegurança e o conflito permanente. Logo, a prescrição do procedimento criminal, porquanto consolida e potencia a paz jurídica e dá sentido material à própria ideia de segurança, é ela própria também expressão e cristalização de um fortíssimo valor de raiz colectiva. (COSTA, José de Faria. *O direito Penal e o Tempo: Algumas Reflexões dentro do nosso Tempo e em redor da Prescrição*, p. 128).



## CAPÍTULO IV

### A IMPRESCRITIBILIDADE E O DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Com a aproximação dos povos, o entrelaçamento das culturas e a expansão dos conhecimentos, forma-se uma consciência jurídica planetária que dilui lentamente o direito local em um direito penal internacional uniforme, principalmente no que diz respeito aos crimes de maior gravidade<sup>181</sup>.

Inicialmente, não obstante existissem crimes internacionais, como o extermínio de uma nação por outra nação, massacres, entre outros delitos atrozes, não havia entre os povos um direito criminal positivo<sup>182</sup> que fosse capaz de punir os autores dessas infrações<sup>183</sup>.

O direito internacional era simplesmente um conjunto de normas disciplinadoras das relações entre os Estados, que embora previsse crimes internacionais em seus tratados, esses só surtiam efeitos se incorporados a legislação interna de cada Estado<sup>184</sup>.

Somente um pouco antes da primeira guerra mundial, alguns juristas observaram que começava a se formar uma consciência jurídica universal e passaram a cogitar a ideia da criação de um tribunal penal internacional para julgar os crimes dessa natureza<sup>185</sup>. Mas foi apenas após o término da segunda

---

<sup>181</sup>CASTIGLIONE, Theodolindo. *Os Crimes Contra a Humanidade e o Problema da Prescrição em face de um Código Penal Internacional*, p. 24.

<sup>182</sup> “O primeiro esboço de um conceito de crime internacional surge na Convenção de Haia de 1899 – quando nela se qualifica como crime internacional os crimes de guerra. Contudo, da prática desses crimes só poderia resultar a responsabilidade civil dos Estados, não sendo possível qualquer responsabilidade internacional individual.” (BRITO, Wladimir. *Tribunais Penais Internacionais – Da Arbitragem aos Tribunais Internacionais ad hoc*, p. 34-35).

<sup>183</sup>CASTIGLIONE, Theodolindo. Op. cit., p. 25.

<sup>184</sup>MANZINI, Vincenzo. *Tratatto de Diritto Penale Italiano*, v. I, p. 142-150.

<sup>185</sup> “É a partir da Primeira Grande Guerra que começa a ser elaborada a noção de crime internacional, sendo certo que é no Tratado de Washington de 1922 que, pela primeira vez, se estabelece a responsabilidade internacional individual de agentes do Estado, na ocorrência dos comandantes dos submarinos. [...] Em 1929 a Associação Internacional de Direito Criminal reclama pela primeira vez a criação de um Tribunal Internacional para casos de agressão armada – devemos lembrar que em 1928 o

guerra que suas pretensões obtiveram êxito, com a efetiva criação de um tribunal militar internacional, o Tribunal de Nuremberg, o qual fez com que o homem fosse considerado agente individual de um crime, subordinado as leis internacionais e não mais àquelas emanadas unicamente do seu Estado e ali executadas, passando a responder a um tribunal cuja soberania estava alheia do seu país – e, bem por isso, acima – com finalidade teleológica de combater a delinquência enquanto fenômeno internacional<sup>186</sup>.

#### 4.1. Tribunais Penais Internacionais

Acredita-se que na Idade Média alguns soberanos no intuito de efetuar trocas recíprocas de seus opositores esboçaram, pela primeira vez, a ideia de justiça internacional penal, embora muito divergente do modelo que possuímos hoje<sup>187</sup>.

A ideia do modelo atual nasce apenas após o desfecho da primeira guerra mundial<sup>188</sup>. Com a devastação do território francês surge neste povo, bem como nos outros povos que também sofreram com as barbáries da guerra, o

---

Pacto Brinad-Kellog declara a guerra fora da lei – julgar e punir os Estados e os indivíduos.” (BRITO, Wladimir. *Tribunais Penais Internacionais – Da Arbitragem aos Tribunais Internacionais ad hoc*, p. 35).

<sup>186</sup>CASTIGLIONE, Theodolindo. *Os Crimes Contra a Humanidade e o Problema da Prescrição em face de um Código Penal Internacional*, p. 27.

<sup>187</sup>BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A Justiça Penal Internacional: Sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*, p. 17.

<sup>188</sup> Segundo Wladimir Brito “Na sequência da Segunda Convenção de Haia de 1907, os Estados que nela participaram ficaram conscientes de que não era de todo impossível criar uma jurisdição internacional permanente, o que os levou, sob proposta da Alemanha e do Reino Unido, a criar um Tribunal Internacional Permanente de jurisdição obrigatória para dirimir os litígios resultantes do aprisionamento de barcos e das respectivas cargas. [...]. Assim, em 1907 nessa Segunda Conferência de Haia, e a partir da experiência dos Tribunais Arbitrais, é adoptada a Convenção XII, de 18 de Outubro, relativa à criação de um Tribunal Internacional das Presas. Criava-se o primeiro Tribunal Internacional – *International Prize Court* – com sede em Haia e com jurisdição obrigatória, constituído por quinze Juizes (artigo 14º) com poderes para julgar penalmente indivíduos envolvidos em capturas de barcos e das cargas transportadas (artigo 1º). [...]. Tal Convenção tinha uma estrutura muito semelhante às dos Estatutos dos actuais Tribunais Penais Internacionais. [...]. Acontece, contudo, que os interesses das grandes potências da época impediram a entrada em vigor dessa Convenção. Na verdade, os Estados mais poderosos, com receio de que dos julgamentos *ex aequo et bono* pudessem resultar verdadeiras normas de Direito Internacional em sede de captura e de presas marítimas, entenderam que deveriam, antes da ratificação da Convenção, fazer uma codificação do direito de guerra no mar [...]. Para tanto, decidiram reunir uma Conferência em Londres, o que veio a acontecer em fevereiro de 1909. Contudo, apesar de terem elaborado uma importante Declaração sobre várias matérias relativas ao direito marítimo – a Declaração de 28 de Fevereiro de 1909 -, essa Declaração não foi ratificada pelo Parlamento inglês, o que levou os demais a não ratificá-la. Por essa razão, a Convenção XII que criou o Tribunal acabou por não ser ratificada, não chegando assim a entrar em vigor.” Cf. BRITO, Wladimir. Op. cit., p. 31-33.

desejo de condenar os responsáveis pelas atrocidades cometidas. Unem-se, então, os vencedores da conduta bélica e acusam Guilherme II de Hohenzollern, ex imperador da Alemanha, por ofensa suprema a moral internacional e a autoridade sagrada dos tratados, conforme o disposto no artigo 227 do Tratado de Paz de Versalhes, o qual previu, ainda, a criação para o julgamento do acusado de um tribunal especial que lhe assegurava garantias especiais do direito de defesa<sup>189</sup>.

Todavia, quando requisitada a extradição do kaiser aos países baixos, para que o artigo supramencionado fosse aplicado, esses se negaram a entregá-lo, fazendo com que desistissem da ideia de julgá-lo, como também a outras vinte e uma mil pessoas acusadas de crimes de guerra. A Corte Suprema Alemã, por sua vez, julgou apenas vinte e um oficiais alemães que participaram das barbáries cometidas, mais precisamente das mortes de civis.<sup>190</sup>

Sobrevinda a segunda guerra, os massacres desumanos e sem precedentes cometidos no decorrer dela chocaram a comunidade internacional, levando os Estados aliados, a partir do instante em que notaram a possibilidade de vitória, a anunciarem o julgamentos de seus oponentes<sup>191</sup>.

#### 4.1.1. Tribunal de Nuremberg

Em 8 de agosto de 1945, em Londres, França, Reino Unido, União Soviética e Estados Unidos da América subscreveram uma Convenção para criação de um Tribunal Penal Militar, o Tribunal de Nuremberg, regulado pelo Estatuto de Londres (Acordo de Londres), o qual obteve a adesão de outros 19 países, com o intuito de processar e punir os responsáveis pelos crimes cometidos na segunda guerra mundial contra a paz, a humanidade e os crimes de guerra<sup>192</sup>.

---

<sup>189</sup>Cf. CASTIGLIONE, Theodolindo. *Os Crimes Contra a Humanidade e o Problema da Prescrição em face de um Código Penal Internacional*, p. 27-28; e BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A Justiça Penal Internacional: Sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*, p. 15.

<sup>190</sup>Cf. BRITO, Wladimir. *Tribunais Penais Internacionais – Da Arbitragem aos Tribunais Internacionais ad hoc*, p. 31-32; e BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. Op. cit., p. 15-17;

<sup>191</sup>Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 118-121, e CASTIGLIONE, Theodolindo. Op. cit., p. 31.

<sup>192</sup>Cf. BRITO, Wladimir. Op. cit., p. 33; e PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 121.

Essa convenção definiu os elementos típicos dos crimes acima citados e responsabilizou os agentes públicos dos Estados, independentemente da função que exerciam. As regras aplicadas foram as do Tratado de Genebra de 1949 sobre o direito de guerra, o qual dividiu os criminosos em duas grandes categorias para julgá-los: a dos grandes criminosos e a dos menores criminosos. A categoria dos grandes criminosos, dirigentes máximos dos Estados, era julgada pela jurisdição internacional, visto não haver como limitar os efeitos de seus atos a um ou outro território. Já a categoria dos criminosos menores, que englobava todos aqueles que executavam uma ou mais das ações criminosas previstas acima dentro de um determinado território, era julgada pelos próprios tribunais dos Estados onde haviam cometido as infrações<sup>193</sup>.

No entanto, inúmeras foram as críticas feitas a esse Tribunal, visto asseverarem ter ele violado a imparcialidade, o princípio da legalidade e da anterioridade da lei penal. Isso porque, foi composto pelos juízes dos Estados aliados, ou seja, pelos vencedores da conduta bélica, posteriormente a essa, e, não obstante já estivesse previsto na Declaração dos Direitos Homem e do Cidadão de 1789, que ninguém seria punido se o delito por ele cometido não estivesse previsto em lei anterior a sua prática, os condenados o foram, uma vez que os crimes já mencionados somente foram previstos pelo Estatuto de Londres, o qual era, flagrantemente, posterior as condutas cometidas pelos agentes<sup>194</sup>.

Mas muitos também foram em sua defesa, asseverando que os princípios da legalidade e da anterioridade penal eram próprios do direito interno e não deviriam ser valorados no direito internacional, mormente em virtude de seu caráter costumeiro. Outros ainda sustentaram que os princípios da anterioridade e legalidade penal foram satisfeitos pelo vertente tribunal, pois os crimes por ele julgados eram substancialmente comuns, visto que os representantes do Estatuto não estavam em sua maioria submetidos à legalidade penal, porquanto a Rússia e a Alemanha admitiam analogia ao passo que os Estados Unidos e Inglaterra adotavam a Common Law<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup>BRITO, Wladimir. *Tribunais Penais Internacionais – Da Arbitragem aos Tribunais Internacionais ad hoc*, p. 33

<sup>194</sup>CF. CASTIGLIONE, Theodolindo. *Os Crimes Contra a Humanidade e o Problema da Prescrição em face de um Código Penal Internacional*, p. 31-32; e TRIPPO, Mara Regina. *Imprescritibilidade Penal*, p. 97-98.

<sup>195</sup>Cf. CASTIGLIONE, Theodolindo. *Op. cit.*, p. 76-78.

Cabe salientar que, para nós, ambas as posições de defesa acima podem justificar a criação e as punições exercidas pelo Tribunal de Nuremberg, porém acreditamos que os costumes<sup>196</sup> como fontes do direito bastam para sustentar a incriminação de fato e a cominação das penas. A consciência universal, forjada na esfera ideológica dos vencidos, não poderia ficar indiferente as atrocidades cometidas, baseadas na eliminação sistêmica de pessoas que não possuíam as tendências alinhadas com o regime nazista.

Ademais grandes foram as suas contribuições para o direito, fazendo com que o homem fosse considerado agente individual de um crime, ou seja, responsável penalmente por ele no direito internacional, como também a sua tipificação dos delitos contra a humanidade, a paz e os de guerra, serviram como base para as suas atuais tipificações penais.

Todavia, tendo em vista o seu caráter transitório, não houve tempo para discutir a questão da prescrição penal, mas com a sua dissolução, os tribunais internos dos países invadidos consideraram-se competentes para continuar julgando os criminosos e, assim, tiveram que lidar com esse instituto conforme a legislação interna de cada país. Segundo Castiglione, quanto a prescrição nesta época, concluiu-se que:

- a) Se os criminosos nazistas fôssem julgados de acordo com as legislações de 1943, os tribunais de países invadidos como, por exemplo, o da França e da Rússia, seriam obrigados, quando fôssem o caso, a reconhecer a prescrição.
- b) A respeito do Tribunal de Nuremberg, é admissível a discussão sobre a prescritibilidade ou a imprescritibilidade, embora mais admissível nos pareça a imprescritibilidade; mas o que de concreto ficou é que, por falta de tempo, nenhum julgamento existe sobre o mencionado instituto.
- c) Dissolvido o Tribunal de Nuremberg, os outros tribunais admitem a prescrição, se esta se acha incorporada na legislação do país invadido.

---

<sup>196</sup>Segundo Pereira e Quadros: “Não obstante o dinamismo da vida internacional tenha dado maior relevância prática aos tratados, o costume continua a ser a mais importante fonte do Direito Internacional. Ele conseguiu adaptar-se muito bem às exigências da Comunidade Internacional dos nossos dias, designadamente à aceleração histórica da época em que vivemos, confirmando a natureza eminentemente evolutiva desta fonte de Direito. Concretamente, suavizou-se bastante o requisito da antiguidade da prática, o que tem permitido a formação de novos diversos costumes em pouco tempo. Por outro lado, se no Direito Internacional anterior a este século a norma consuetudinária era gerada por poucos Estados, hoje ela, sobretudo se cria pelo costume geral, é o produto da adesão de muitos Estados de diferente civilização, cultura e nível de desenvolvimento económico, o que a torna mais rica de conteúdo.” (PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*, p. 155).

Assim, nada houve, concretamente, de positivo, contra a prescrição, quer perante as leis de 1943, quer perante o Tribunal de Nuremberg, que nenhuma oportunidade teve para fixar o seu pensamento. (CASTIGLIONE, Theodolindo. *Os Crimes Contra a Humanidade e o Problema da Prescrição em face de um Código Penal Internacional*, p. 34.)

#### **4.1.2. Tribunal Militar Internacional de Tóquio**

Este tribunal foi criado em 1946 para julgar os crimes da segunda guerra mundial cometidos no extremo oriente, adotando como modelo a Carta do Tribunal de Nuremberg<sup>197</sup>.

Nuremberg e ele foram os dois primeiros Tribunais Internacionais Penais com competência limitada e suas experiências foram de grande importância para criação dos atuais Tribunais Internacionais Penais, para a elaboração do rol de crimes dessa natureza e a previsão das sanções a eles aplicadas<sup>198</sup>.

As mesmas críticas ou defesas realizadas ao Tribunal de Nuremberg foram, igualmente, realizadas ao Tribunal de Tóquio, visto ambos serem tribunais de exceção e não terem, a princípio, respeitado o princípio da anterioridade e legalidade penal.

#### **4.1.3. O Tribunal Penal Internacional Para Ex-lugoslávia e Para Ruanda.**

O Conselho de Segurança da ONU criou ambos os Tribunais Internacionais, ou seja, tanto o da ex-lugoslávia em 1993 pela Resolução nº 808, quanto o de Ruanda em 1994 pela Resolução nº 955. Cuidam ambos de tribunais *ad hoc* com jurisdição limitada, criados face aos bárbaros acontecimentos na ex-lugoslávia e na Bósnia-Herzegovina, e, na guerra inter-étnica Hutus e Tutsis<sup>199</sup>.

Muitos debateram sobre a legalidade desses Tribunais, asseverando que o Conselho de Segurança da ONU jamais poderia tê-los criados, pois só poderiam ser instituídos pela via Convencional, ou, ainda, a decisão de suas

---

<sup>197</sup>BRITO, Wladimir. *Tribunais Penais Internacionais – Da Arbitragem aos Tribunais Internacionais ad hoc*, p. 34.

<sup>198</sup>Ibidem.

<sup>199</sup>BRITO, Wladimir. Op. cit., p. 38-54.

criações pelo citado órgão deveria ter sido aprovada por Resolução da Assembleia Geral para lhes conferir um fundamento universal. Houveram os que defenderam as suas criações pelo Conselho de Segurança, asseverando que em razões de celeridade e oportunidade não poderiam ser outros órgãos a criá-los<sup>200</sup>.

Esses tribunais aplicaram os princípios da *nullum crimen sine lege*, estabelecido no artigo 2º dos Estatutos, considerando como crimes os previstos na Convenção de Genebra de 1949, do *non bis in idem*, consagrado no artigo 10º dos Estatutos, da responsabilidade criminal individual, consagrado nos artigos 6º e 7º dos Estatutos e, finalmente, o da presunção de inocência, estabelecido no artigo 21º dos Estatutos<sup>201</sup>.

No tocante a questão da prescrição, comenta Micaela Frulli que:

Quanto aos estatutos dos Tribunais ad hoc, a jurisprudência do TPIY e do TPIR afirmou que alguns crimes são imprescritíveis. No entanto, a ausência de uma regra explícita aplicável a todo crime sujeito à competência dos dois tribunais permitiu aos Estados não tratar em âmbito interno a questão da prescrição desses crimes. Os Estados não foram forçados a introduzir em seus sistemas nacionais a imprescritibilidade dos crimes que se encontram sob jurisdição do TPIY e do TPIR. Sobretudo porque os dois tribunais têm, de todo modo, a primazia sobre as jurisdições nacionais e que eles podem sempre desincumbi-los de um caso se reputarem necessário fazer isso. (FRULLI, Micaela. *O Direito Internacional e os Obstáculos à Implementação de Responsabilidade Penal para Crimes Internacionais*, p. 304).

#### 4.1.4. Tribunal Penal Internacional

Na busca de superar as problemáticas apresentadas pelos mencionados tribunais, foi instituído em 17 de julho de 1998 o Tribunal Penal Internacional pelo Estatuto de Roma. No entanto, apenas em 2002, após a obtenção de sessenta ratificações, entrou em vigor, mais precisamente, em um de julho do citado ano<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> BRITO, Wladimir. *Tribunais Penais Internacionais – Da Arbitragem aos Tribunais Internacionais ad hoc*, p. 38-54.

<sup>201</sup> BRITO, Wladimir. Op. cit., p. 41-43.

<sup>202</sup> DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Las Organizaciones Internacionales*, p. 430-434.

Diferentemente dos outros tribunais, trata-se de um tribunal permanente, complementar às jurisdições penais nacionais e com jurisdição sobre os agentes responsáveis pelas práticas criminosas consideradas de maior gravidade com alcance internacional<sup>203</sup>. Adota os princípios da legalidade e anterioridade penal<sup>204</sup>, embora confira espaço para o direito costumeiro. Possui composição mesclada entre diferentes países, o que faz com que seja um órgão jurisdicional independente e imparcial.

No entanto, para o exercício da sua jurisdição deverá ser respeitado as regras da territorialidade e da nacionalidade, ou seja, somente poderá ser imposta a crimes cometidos no território dos países que ratificaram o seu Estatuto, ou em outro território, desde que cometido por seus nacionais. Os países que não o ratificaram, caso queiram, podem se submeter a sua jurisdição quando do acontecimento de um crime de alcance internacional, onde se verifique, claramente, a incapacidade ou a ausência de vontade daquele Estado de processar e julgar o infrator<sup>205</sup>. Porém, se o nacional de algum Estado que não ratificou o Estatuto do Tribunal vier a cometer um crime dessa natureza, poderá ele impor mesmo assim a sua jurisdição, desde que as denúncias sobre o cometimento do delito sejam feitas pelo Conselho de Segurança da ONU e que aquele Estado tenha negado a se submeter a ela.

---

<sup>203</sup>“Artigo 1 - O Tribunal - Fica instituído pelo presente um Tribunal Penal Internacional (“o Tribunal”). O Tribunal será uma instituição permanente, estará facultada a exercer sua jurisdição sobre indivíduos com relação aos crimes mais graves de transcendência internacional, em conformidade com o presente Estatuto, e terá caráter complementar às jurisdições penais nacionais. A jurisdição e o funcionamento do Tribunal serão regidos pelas disposições do presente Estatuto.” Texto traduzido em língua portuguesa e retirado de <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/esttpi.htm>.

<sup>204</sup>“Artigo 22 - Nullum crimen sine lege Ninguém será penalmente responsável, em virtude do presente Estatuto, a menos que sua conduta constitua, no momento em que ocorrer, um crime sob a jurisdição do Tribunal. A definição de um crime será interpretada de modo restrito, e não de forma extensiva por analogia. Em caso de ambigüidade, a definição será interpretada em favor da pessoa investigada, processada ou condenada. Nada do disposto no presente artigo afetará a tipificação de uma conduta como crime sob o direito internacional, independentemente deste Estatuto. Artigo 23 - Nulla poena sine lege Um indivíduo condenado pelo Tribunal somente poderá ser punido em conformidade com o disposto no presente Estatuto. Artigo 24 - Irretroatividade *ratione personae* Ninguém será penalmente responsável, em conformidade com o presente Estatuto, por uma conduta anterior a sua entrada em vigor. Se o direito aplicável a uma causa for modificado antes da sentença definitiva, aplicar-se-á o direito mais favorável ao indivíduo objeto de investigação, processo ou condenação.” Texto traduzido em língua portuguesa e retirado de <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/esttpi.htm>.

<sup>205</sup>Artigo 4 - Condição jurídica e prerrogativas do Tribunal - O Tribunal terá personalidade jurídica internacional. Terá também a capacidade jurídica necessária ao desempenho de suas funções e à realização de seus propósitos. O Tribunal poderá exercer suas funções e prerrogativas em conformidade com o disposto no presente Estatuto no território de qualquer Estado Parte e, mediante acordo especial, no território de qualquer outro Estado.” Texto traduzido em língua portuguesa e retirado de <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/esttpi.htm>.



O Tribunal Penal Internacional instituiu como regra a imprescritibilidade<sup>206</sup> dos crimes de sua competência, sendo eles: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão<sup>207</sup>.

## 4.2. Genocídio

Como visto, o genocídio foi tipificado inicialmente como crime internacional no Estatuto do Tribunal de Nuremberg em 8 de agosto de 1945. Nuremberg foi o marco inicial para tipificar como ilícito penal o ineditismo da dominação totalitária, que possuía como característica as condutas contra humanidade por motivos políticos, raciais e religiosos, como por exemplo o extermínio em massa, a escravidão dos cidadãos e entre outros atos repugnantes. Através dele o direito positivo penal internacional se afirmou como um direito de ordem pública, que visa o respeito das condições fundamentais de uma vida na sociedade internacional, responsabilizando individualmente os governantes que atentam contra elas, bem como aqueles que cumprem suas ordens<sup>208</sup>.

A Comissão de Direito Internacional da ONU sistematizou os princípios de Nuremberg na forma de sete artigos em 1950, por uma solicitação da Assembleia Geral em resolução de 1947. O genocídio foi convertido em norma geral internacional através da Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio em 11 de dezembro de 1948, que apenas entrou em

---

<sup>206</sup>Artigo 29 - Imprescritibilidade Os crimes sob a jurisdição do Tribunal não prescrevem. Texto traduzido em língua portuguesa e retirado de <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/esttpti.htm>.

<sup>207</sup>A questão da imprescritibilidade adotada pelo Tribunal Penal Internacional, será melhor especificada na parte que tratará exclusivamente sobre o Estatuto de Roma – Tribunal Penal Internacional e a Questão da Imprescritibilidade Penal. Quanto ao crime de agressão, o Estatuto de Roma, embora preveja-o em seu artigo 5º, faz também uma ressalva quanto a ele: “O crime de agressão. O Tribunal exercerá jurisdição sobre o crime de agressão uma vez que seja aprovado um dispositivo, em conformidade com os artigos 121 e 123, em que se defina o crime e se enunciem as condições nas quais o Tribunal exercerá a sua jurisdição sobre tais crimes. Tal dispositivo será compatível com os dispositivos pertinentes da Carta das Nações Unidas.” Texto traduzido em língua portuguesa e retirado de <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/esttpti.htm>.

<sup>208</sup>LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 168-171.

vigor em 1951<sup>209</sup>. O artigo 2º da Convenção tipificou esse comportamento ilícito como:

Artigo 2.º - Na presente Convenção, entende-se por genocídio os atos abaixo indicados, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tais como:

a) Assassinato de membros do grupo; b) Atentado grave à integridade física e mental de membros do grupo; c) Submissão deliberada do grupo a condições de existência que acarretarão a sua destruição física, total ou parcial; d) Medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) Transferência forçada das crianças do grupo para outro grupo<sup>210</sup>.

A convenção não considerou segundo seu artigo 4º e 6º a pessoa jurídica como sujeito ativo e excluiu os genocídios políticos e culturais, pois o cultural poderia ser reprimido através da proteção geral das minorias e dos direitos do homem, ao passo que o político poderia dar margens para conflitos locais se apresentarem na esfera internacional como genocídio político<sup>211</sup>.

O Estatuto de Roma separou o genocídio dos crimes considerados contra a humanidade e também manteve sua referência a grupos nacionais, étnico, racial ou religioso e, diferentemente da Convenção, considerou-o, assim como os outros crime de que trata, como imprescritível<sup>212</sup>.

O genocídio está presente na história da humanidade e não foi apenas praticado pelos nazistas. Na colonização do Novo Mundo a América foi banhada por sangue, visto o extermínio dos povos originários que aqui viviam e a escravidão dos negros africanos por diversas nações europeias. Desde o começo dos tempos é costumeiro o massacre de povos inteiros, como alhures se estudou no exame das fases da vingança.

---

<sup>209</sup>LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 168-171.

<sup>210</sup>Texto traduzido em língua portuguesa e retirado de [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/convenca....crime\\_genocidio.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/convenca....crime_genocidio.pdf).

<sup>211</sup>HUNGRIA, Nélon. *O Crime de Genocídio*, v. CXXXII, p. 8.

<sup>212</sup>“Artigo 6 – Genocídio - Para os fins do presente Estatuto, entende-se por “genocídio” qualquer um dos atos mencionados a seguir, praticados com a intenção de destruir total ou parcialmente um grupo nacional, étnico, racial ou religioso como tal: Matar membros do grupo; Causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; Submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física, total ou parcial; Adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; Efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.”

No entanto, a Alemanha de Hitler não só teve um número exorbitante de vítimas, como legalizou as condutas discriminatórias e cruéis, por isto o genocídio-nacional socialista implicou num crime burocrático e sistêmico sem precedentes, cometido por pessoas normais, ou seja, funcionários comuns daquele governo, baseados nas leis de Hitler, conforme nos demonstra Celso Lafer, ao elucidar os pensamentos da grande pensadora alemã Hannah Arendt, se não vejamos:

De fato, num Estado totalitário fundado em princípios criminosos, a lei é instrumento de uma dominação posta a serviço da perversidade, que não se encontra nas pessoas que agem em conjunto ou individualmente, mas sim na dinâmica corruptora do totalitarismo. Esta dinâmica marcou os algozes, permeou a sociedade e alcançou até mesmo as vítimas. É por essa razão que o mal, no III Reich, deixou de ser uma tentação individual ou a *conspiracy* de um grupo para converter-se em legalidade. [...] a maioria – eram cidadãos que respeitavam e acatavam a lei. [...] O genocídio, em outras palavras, não é uma discriminação em relação a uma minoria, não é um assassinato em massa, não é um crime de guerra nem um crime contra a paz. O genocídio é algo novo: um crime burocrático sem precedentes, cometido por pessoas “aterradoramente normais” [...].” (LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 178-179).

Assim, fez necessário que o direito penal internacional tutela-se a vida e a integridade física e mental do ser humano, assegurando que todos tivessem direito a igualdade legal e tratamento digno, independentemente das suas diferenças raciais, religiosas, étnicas ou nacionais.

#### **4.3. Crimes Contra a Humanidade**

A criminalização das condutas consideradas contra a humanidade surge, também, pelas atrocidades cometidas na segunda guerra, pelo já comentado Tratado de Nuremberg, em seu artigo 6º, que previa o genocídio no rol dos crimes dessa natureza.

Tais delitos afetam indistintamente a todos os Estados, diferenciando-se dos crimes comuns por seu cometimento em larga escala contra qualquer

população civil. Muitas vezes são aceitos pela Lei da própria nação, por isso são chamados de crimes oficiais ou institucionais, o que dificulta a defesa dos direitos humanos, visto o princípio da soberania dos Estados e da não intervenção em negócios internos<sup>213</sup>.

E, para serem considerados contra humanidade no tratado de Nuremberg, era necessário, ainda, que fossem parte de um plano de guerra de agressão, caso contrário, eram considerados como crimes acessórios, puníveis se conexos aos crimes contra paz e de guerra<sup>214</sup>.

O Tratado de Roma, por sua vez, tipificou os crimes que eram considerados contra a humanidade em seu artigo 7º, excluindo o genocídio, resolvendo a problemática acima mencionada ao estabelecer que os crimes contra humanidade independem do estado de guerra, pois podem ser praticados em tempos de paz, em conflitos internacionais ou nacionais, se não vejamos:

Artigo 7 - Crimes contra a Humanidade - Para os fins do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade" qualquer um dos seguintes atos quando praticados como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento de tal ataque: Homicídio; Extermínio; Escravidão; Deportação ou transferência forçada de populações; Encarceramento ou outra privação grave da liberdade física, em violação às normas fundamentais do direito internacional; Tortura; Estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou outros abusos sexuais de gravidade comparável; Perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria, fundada em motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos, de gênero, como definido no parágrafo 3º, ou outros motivos universalmente reconhecidos como inaceitáveis conforme o direito internacional, em conexão com qualquer ato mencionado no presente parágrafo ou com qualquer crime da jurisdição deste Tribunal; Desaparecimento forçado de pessoas; O crime de "apartheid"; Outros atos desumanos de caráter similar que causem intencionalmente grande sofrimento ou atentem gravemente contra a integridade física ou a saúde mental ou física; Para os fins do parágrafo 1º: Por "ataque contra uma população civil" entende-se uma linha de conduta que implique a perpetração múltipla dos atos mencionados no parágrafo 1º contra uma população civil, em consonância com a política de um Estado ou de uma organização para cometer tais atos ou para promover tal política; O "extermínio" compreende a imposição intencional de condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos e remédios, inter alia, dirigidas a causar

---

<sup>213</sup>TRIPPO, Mara Regina. *Imprescritibilidade Penal*, p. 102-103.

<sup>214</sup>TRIPPO, Mara Regina. *Op. cit.*, p. 103.

a destruição de parte de uma população; Por “escravidão” entende-se o exercício de algum ou de todos os atributos do direito de propriedade sobre um indivíduo, incluído o exercício desses atributos no tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças; Por “deportação ou transferência forçada de populações” entende-se o deslocamento forçado dos indivíduos afetados, por expulsão ou outros atos coercitivos, da zona em que estejam legitimamente presentes, sem base prevista no direito internacional; Por “tortura” entende-se infligir intencionalmente dores ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, a um indivíduo que o acusado tenha sob sua custódia ou controle; não se considerará como tortura dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções lícitas ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram; Por “gravidez forçada” entende-se o confinamento ilícito de uma mulher que tenha se tornado grávida pela força, com a intenção de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. De modo algum se entenderá que esta definição afeta as normas de direito interno relativas à gravidez; Por “perseguição” entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais, em violação ao direito internacional, em razão da identidade do grupo ou coletividade; Por “crime de apartheid” entendem-se os atos desumanos de caráter similar aos mencionados no parágrafo 1º cometidos no contexto de um regime institucionalizado de opressão e dominação sistemáticas de um grupo racial sobre outro ou outros grupos raciais e com a intenção de manter tal regime; Por “desaparecimento forçado de pessoas” entende-se a prisão, a detenção ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política, ou com a sua autorização, apoio ou aquiescência, seguido da recusa a admitir tal privação de liberdade ou a dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessas pessoas, com a intenção de deixá-las fora do amparo da lei por um período prolongado. Para os fins do presente Estatuto entende-se que o termo “gênero” se refere aos dois sexos, masculino e feminino, no contexto da sociedade. O termo “gênero” não terá acepção diferente da que precede.

#### **4.4. Os Crimes de Guerra**

Os crimes de guerra, assim como os outros crimes citados, são criminalizados apenas com o tratado de Nuremberg, embora esses fossem considerados, anteriormente, um ilícito internacional.

O *jus in bello*, com o intuito de regulamentar juridicamente a guerra, ou seja, o uso da força armada em conflitos internacionais, é codificado inicialmente no século XIX pela Convenção de Genebra de 1864, a qual foi revista e ampliada em 1906 e 1929. Posteriormente, as Convenções da Primeira

e Segunda Conferências de Paz de Haia de 1889 e 1907, respectivamente, também trataram do tema, se ocupando dos direitos e deveres dos beligerantes, no intuito de restringir as escolhas dos meios de destruição<sup>215</sup>.

Atualmente são considerados crimes de guerra os previstos no artigo 8º do Estatuto de Roma, mais precisamente, as violações graves às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, especificados, por exemplo, como homicídio doloso, tortura, tratamentos desumanos entre outros. Ele traz um rol com mais de quarenta comportamentos típicos considerados excessivos pelos beligerantes e inúteis às operações militares.

#### **4.5. Colóquio e Convenções sobre a Imprescritibilidade Penal dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade - Anteriores ao Tribunal Penal Internacional**

Quando os países que sofreram com as atrocidades hitlerianas viram o prazo prescricional desses delitos se aproximar, reagiram para que o lapso temporal não fosse capaz de deixá-los impunes, uma vez que ainda estava viva na consciência social a desumanidade desses atos<sup>216</sup>.

Doze leis foram promulgadas por diversos países no intento de transformar os crimes contra humanidade e de guerra em imprescritíveis ou prorrogar seus prazos prescricionais no seu direito interno através de processos diversos, entre os anos de 1950 a 1965. São eles: Israel, Polônia, República Democrática Alemã, República Federal Alemã, Tchecoslováquia, Hungria, Bélgica, França, União Soviética, Bulgária, Áustria e Iugoslávia<sup>217</sup>.

Os países da Europa Ocidental, de alinhamento mais democrático, demonstraram mais prudência quanto ao assunto. Por outro lado, os países sob a influência da União Soviética optaram claramente pela imprescritibilidade desses crimes e a reafirmaram posteriormente em todas as Convenções ou Colóquio que viesse a abordar o tema<sup>218</sup>.

---

<sup>215</sup>LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 168.

<sup>216</sup>CASTIGLIONE, Theodolindo. *Os Crimes Contra a Humanidade e o Problema da Prescrição em face de um Código Penal Internacional*, p. 35.

<sup>217</sup>Ibidem.

<sup>218</sup>VELOSSO, ANA. *A Imprescritibilidade dos Crimes Internacionais*, p. 15.

A Alemanha Federal, embora fosse contra a impunidade dos crimes nazistas, se opunha a imprescritibilidade dos crimes cometidos durante a segunda guerra mundial, para que a segurança jurídica e a igualdade de direitos não fossem violadas. Assim, após muita discussão sobre a natureza jurídica da prescrição, os alemães decidiram que o instituto possuía natureza processual e não modificaram o seu prazo, mas tão somente a data que iniciava a sua contagem, dando-lhes mais tempo para condenar os culpados, passando o seu marco inicial para 1º de janeiro de 1950 e o seu término para 8 de maio de 1969, visto que desta forma não haveria violação ao princípio da retroatividade da lei penal, pois este apenas veda a retroatividade da lei material *in pejus*<sup>219</sup>.

Essa decisão trouxe alvoroço na Europa, conferências foram organizadas para debater a problemática da prescrição, onde a mais significativa delas ocorreu em Varsóvia, por iniciativa dos poloneses, em junho de 1964. Juristas de todo o continente europeu participaram do Colóquio Internacional de Varsóvia e refletiram sobre os princípios repressivos dos textos do pós-guerra e daqueles que versavam sobre as modalidades de aplicação dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade<sup>220</sup>; ao final decidiram pela imprescritibilidade dos crimes nazistas através de uma resolução, cuja matriz influenciou a doutrina internacional e as legislações internas de um extenso número de países<sup>221</sup>.

O Conselho Europeu, influenciado pelas reflexões resultantes do colóquio, convidou os seus Estados em 1965 a examinarem a possibilidade de modificar as suas legislações internas quanto a prescrição penal, para que as violações de direitos humanos não restassem impunes. Porém, apenas em 1979 suas orientações foram acolhidas através da aprovação da Convenção Europeia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade<sup>222</sup>.

Igualmente influenciada pelas reflexões do colóquio, em 1968 foi aprovada por maioria em Assembleia Geral das Nações Unidas a Convenção

---

<sup>219</sup>MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal*, parte general, v. II, p. 969-971.

<sup>220</sup>Os textos acima citados são: A Declaração de Moscou, a Resolução de Yalta, os Acordos de Potsdam, o Acordo de Londres e o Estatuto do Tribunal Militar Internacional, a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas de 11 de dezembro de 1946, a Lei nº 10 do Conselho de Controle Aliado e a Diretiva nº 38, de 12 de outubro de 1946, Cf. VELOSSO, ANA. *A Imprescritibilidade dos Crimes Internacionais*, p. 13-14.

<sup>221</sup>Ibidem.

<sup>222</sup>VELOSSO, ANA. Op. cit., p. 13-14.

sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, a qual foi adotada pela resolução nº 2.391 de 26 de novembro de 1968, com o fim de solucionar no âmbito internacional a problemática da prescrição dos delitos citados<sup>223</sup>.

Essa convenção previu a imprescritibilidade dos crimes previstos no Tratado de Nuremberg e confirmados pelas resoluções da Assembleia das Nações Unidas. Quanto aos crimes de guerra, referiu-se “nomeadamente as “infrações graves” enumeradas na Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 para a proteção às vítimas da guerra.”<sup>224</sup> Já quanto aos crimes contra a humanidade previu sua imprescritibilidade caso fossem cometidos em tempo de paz ou de guerra e ressaltou o não decorrer do tempo para os casos de “evicção por um ataque armado; a ocupação; os atos desumanos resultantes da política de “Apartheid”; e ainda o crime de genocídio, como tal definido na Convenção de 1948 para a prevenção e repressão do crime de genocídio, ainda que estes atos não constituam violação do direito interno do país onde foram cometidos.”<sup>225</sup>

No entanto, ela recebeu inúmeras críticas internacionais e não foi ratificada por um significativo número de países, pois viola o princípio da irretroatividade da lei penal *in pejus*, uma vez que prevê em seu artigo 4º a ab-rogação total e retroativa das normas prescricionais quanto aos citados crimes<sup>226</sup>.

---

<sup>223</sup> Segundo Velloso “os primeiros Estados a ratificar a Convenção de 1968 e a permitir, com essa iniciativa, sua entrada em vigor foram a União Soviética e os países de seu campo de influência imediata: Bulgária, Hungria, Mongólia, Polônia, Ucrânia, Romênia, Tchecoslováquia e Iugoslávia. Até o dia de hoje, os Estados que ratificaram a referida Convenção contam 49. É interessante observar que não figura nesta lista atual nenhum Estado da Europa ocidental.” (VELOSSO, ANA. *A Imprescritibilidade dos Crimes Internacionais*, p. 15).

<sup>224</sup> Artigo 1º, segunda parte, da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. Texto traduzido em língua portuguesa e retirado de <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/convencao-sobre-a-imprescritibilidade-dos-crimes-de-guerra-e-dos-crimes-contra-a-humanidade.html>.

<sup>225</sup> Artigo 2º da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. Texto traduzido em língua portuguesa e retirado de <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/convencao-sobre-a-imprescritibilidade-dos-crimes-de-guerra-e-dos-crimes-contra-a-humanidade.html>.

<sup>226</sup> “ARTIGO 4º - Os Estados Membros na presente Convenção obrigam-se a adotar, em conformidade com os seus processos constitucionais, as medidas legislativas ou de outra índole que sejam necessárias para assegurar a imprescritibilidade dos crimes referidos nos “artigos 1º e 2º” da presente Convenção, tanto no que diz respeito ao procedimento penal como à pena; abolir-se-á a prescrição quando vigorar por força da lei ou por outro modo, nesta matéria.” Texto traduzido em língua portuguesa e retirado de <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados->



O Brasil igualmente a quase todos os países ocidentais, não a ratificou, uma vez que sua Constituição garante a irretroatividade da lei *in pejus*, principalmente quanto a lei penal, visto que, para nós, a prescrição possui nítida natureza material.

Em 1979, conforme acima mencionado, a Convenção Europeia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade foi aprovada, mas mesmo não trazendo a problemática da retroatividade da imprescritibilidade, pois não a acolheu, foi assinada apenas pela Romênia e pelos países Baixos e ratificada unicamente pela Holanda<sup>227</sup>.

Portugal também não a ratificou, uma vez que a Comissão revisora do Código Penal português que debruçou-se sobre o assunto não encontrou motivos que justificassem a imprescritibilidade de nenhum crime, sobretudo pelo fato de a Constituição Portuguesa já haver banido a pena de morte e a prisão perpétua<sup>228</sup>.

Após quase vinte anos sem discussões sobre o instituto da prescrição no direito penal internacional, em 1994 a Convenção Interamericana sobre os Desaparecimentos Forçados<sup>229</sup> retomou o assunto ao excluir a prescrição das penas e das ações penais do crime vertente<sup>230</sup>, classificando-o como delito contra a humanidade<sup>231</sup>.

Posteriormente, o Estatuto de Roma instituiu em seu artigo 29 a imprescritibilidade dos crimes de genocídio, de guerra, contra a humanidade e

---

Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/convencao-sobre-a-imprescritibilidade-dos-crimes-de-guerra-e-dos-crimes-contra-a-humanidade.html.

<sup>227</sup>Cf. MOTA, José Luís Lopes da. *Impunidade e Direito a Memória – A Questão da Imprescritibilidade dos Crimes contra a Paz e a Humanidade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional*, p. 35; e VELOSSO, ANA. *A Imprescritibilidade dos Crimes Internacionais*, p. 15.

<sup>228</sup>GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português: Anotado e Comentado: legislação complementar*, p. 397.

<sup>229</sup>“Artigo II - Para os efeitos desta Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes.” Texto traduzido em língua portuguesa e retirado de <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/k.Desaparecimento.htm>.

<sup>230</sup>“Artigo VII - A ação penal decorrente do desaparecimento forçado de pessoas e a pena que for imposta judicialmente ao responsável por ela não estarão sujeitas a prescrição. No entanto, quando existir uma norma de caráter fundamental que impeça a aplicação do estipulado no parágrafo anterior, o prazo da prescrição deverá ser igual ao do delito mais grave na legislação interna do respectivo Estado Parte.”

<sup>231</sup>VELOSSO, ANA. Op. cit., p. 15-16.

crimes de agressão, seguindo a mesma trilha que as convenções anteriormente apresentadas haviam seguido.

#### **4.6. Estatuto de Roma – O Tribunal Penal Internacional e a Questão da Imprescritibilidade Penal.**

O Estatuto de Roma, seguindo uma tendência mundial no âmbito internacional, como visto, instituiu a imprescritibilidade dos crimes elencados em seu artigo 29<sup>232</sup>, com o fim de tutelar direitos humanos e reprimir os crimes contra a humanidade. Tutelou a vida, a integridade física e mental dos seres humanos, a autodeterminação dos povos e o direito dos homens a não serem iguais.

Institui um Tribunal Penal Internacional permanente, complementar a jurisdição dos Estados-Membros, competente para julgar os crimes de maior gravidade, como o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão. O seu Estatuto foi adotado por 120 países dos 160 que estavam presentes quando da sua Conferência, constituindo um marco histórico para o direito internacional, uma vez que, antes, muito se tentou fazê-lo<sup>233</sup>.

Na primeira guerra, houve a previsão da constituição de um Tribunal Internacional pelo Tratado de Versalhes que jamais ocorreu; na segunda guerra houve a criação de Tribunais Internacionais *ad hoc*, mas o Tribunal Internacional previsto pela Convenção da ONU de 1948, igualmente, não foi constituído. Posteriormente outros Tribunais *ad hoc* surgiram. Contudo o Tribunal Penal Internacional foi o único permanente visando a proteção dos direitos humanos, em tempos de paz ou de guerra<sup>234</sup>.

E, para tanto, respeitou o princípio da anterioridade, da legalidade, mediante uma justiça preestabelecida, independente, aplicável a todos os seus Estados-Membros por igual, sem diferenciar vencedores ou vencidos<sup>235</sup>.

No intuito de superar parciais julgamentos estatais ou a omissão desses em relação aos atos cometidos por seus cidadãos que atentassem aos

---

<sup>232</sup> “Artigo 29 - Imprescritibilidade Os crimes sob a jurisdição do Tribunal não prescrevem.”

<sup>233</sup> MOTA, José Luís Lopes da. *Impunidade e Direito a Memória – A Questão da Imprescritibilidade dos Crimes contra a Paz e a Humanidade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional*, p. 34-35.

<sup>234</sup> MOTA, José Luís Lopes da. Op. cit., p. 34-35.

<sup>235</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 223-224.

direitos humanos, diferenciou a extradição da entrega em seu artigo 102<sup>236</sup>. A extradição passa a ser um ato de cooperação apenas entre os Estados, enquanto a entrega implica no ato pelo qual a Justiça de uma nação leva o indivíduo a ser julgado pela Corte Internacional.

No entanto, resguardou a jurisdição dos Estados, sendo inicialmente deles a competência para efetivar a persecução penal, prevalecendo-a caso seja imparcial e idônea<sup>237</sup>.

Desta feita, fez com que surgisse a primeira problemática quanto a questão da imprescritibilidade penal trazida pelo seu artigo 29, pois suscita controvérsia se foi concebido em caráter exclusivo a Corte Internacional ou extensivo às legislações nacionais, uma vez que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional é complementar as jurisdições nacionais penais, sendo destas o dever de exercer a respectiva jurisdição penal sobre os culpados pelas práticas de crimes internacionais. Ana Velosso, tentando resolver essa problemática, aduziu que:

---

<sup>236</sup> “Artigo 102 - Termos utilizados Para os fins do presente Estatuto: Por "entrega" se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado ao Tribunal, em conformidade com o disposto no presente Estatuto; Por "extradição" se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado a outro, em conformidade com o disposto em um tratado, convenção ou no direito interno.”

<sup>237</sup> “Artigo 17 - Questões de admissibilidade O Tribunal, levando em consideração o parágrafo 10 do preâmbulo e o artigo 1º, decidirá pela inadmissibilidade de um caso quando: O caso estiver sendo objeto de investigação ou processo em Estado que tem jurisdição sobre o mesmo, a menos que tal Estado genuinamente não seja capaz ou não esteja disposto a levar a cabo a investigação ou o processo; O caso tiver sido objeto de investigação por um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo e tal Estado tenha decidido não promover ação penal contra o indivíduo em questão, a menos que essa decisão tenha resultado da falta de disposição do referido Estado de levar a cabo o processo ou da impossibilidade de fazê-lo; O indivíduo implicado já tiver sido processado pela conduta a que se referir a denúncia e o Tribunal não puder promover o processo, de acordo com o disposto no parágrafo 3º do artigo 20; O caso não for suficientemente grave para justificar a adoção de outras medidas por parte do Tribunal. A fim de determinar se há ou não disposição de agir em um determinado caso, o Tribunal examinará, levando em consideração os princípios do devido processo legal reconhecidos pelo direito internacional, se está presente uma ou várias das seguintes circunstâncias, conforme o caso: O processo foi ou está sendo conduzido com o propósito de subtrair o indivíduo em questão de sua responsabilidade penal por crimes do âmbito da jurisdição do Tribunal, ou a decisão nacional foi adotada com o mesmo propósito, conforme o disposto no artigo 5º; Houve um atraso injustificado no processo, o qual, dadas as circunstâncias, é incompatível com a intenção de efetivamente submeter o indivíduo em questão à ação da justiça; O processo não foi ou não está sendo conduzido de forma independente ou imparcial e foi ou está sendo conduzido de forma, dadas as circunstâncias, incompatível com a intenção de efetivamente submeter o indivíduo em questão à ação da justiça. A fim de determinar a incapacidade para investigar ou processar um caso determinado, o Tribunal examinará se o Estado não pode, devido ao colapso total ou substancial de seu sistema judiciário nacional ou ao fato de que de o mesmo não estar disponível, fazer comparecer o acusado, reunir os elementos de prova e os testemunhos necessários ou não está, por outras razões, em condições de levar a cabo o processo.”

Pode-se, entretanto, interpretar o dispositivo segundo a técnica proposta pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969. A Convenção manda considerar (i) o contexto da regra, (ii) sua finalidade e objetivo, e (iii) a prática posterior dos Estados. Para Analisar o contexto em que a regra se insere, é preciso ter em conta os demais artigos do Estatuto. Estes se referem unicamente à competência da Corte. O caráter recorrente da expressão 'relevando da competência da Corte' induz à conclusão de que o Estatuto não prescreve imposições às jurisdições nacionais, que a Convenção somente visa à competência e ao procedimento do Tribunal Penal Internacional. (VELOSSO, ANA. *A Imprescritibilidade dos Crimes Internacionais*, p. 23).

Todavia, mesmo que a imprescritibilidade do artigo 29 seja restrita ao âmbito da Corte Internacional, a sua problemática não está solucionada. Ela ocasiona outras situações conflitantes.

Primeiramente, um Estado jamais poderia alegar a prescrição de um dos crimes previstos pelo Estatuto do Tribunal Internacional, quando do pedido de entrega de seu cidadão, pois a Corte poderia exercer a sua jurisdição complementar baseada em uma das hipóteses trazidas pelo seu artigo 17, visto que para ela os crimes de sua competência são imprescritíveis.

O criminoso que esteja em território de outro Estado, que não possuía competência para julgá-lo e condená-lo, pois ali já havia decorrido o prazo prescricional do crime por ele cometido, teria também que entregá-lo ao Tribunal Internacional, sem a análise da prescrição, pois, neste caso particular, igualmente se aplica a regra do artigo 29 do Estatuto em comento<sup>238</sup>.

Nota-se que caso o Tribunal Internacional queira exercer a sua jurisdição complementar ele poderá, baseando-se sempre na alegação de que para ele os crimes previstos pelos seu Estatuto são imprescritíveis. Assim, o domínio sobre os crimes de sua competência não se esvazia com a limitação da imprescritibilidade a sua Corte.

O artigo 29 apenas não incidiria caso não fosse requisitada a entrega do criminoso pela Tribunal Penal Internacional, ou seja, se o tribunal nacional competente julgasse, condenasse e aplicasse a pena ao delinquente que violou uma das normas previstas no Estatuto de Roma.

---

<sup>238</sup>VELOSSO, ANA. *A Imprescritibilidade dos Crimes Internacionais*, p. 23

Também não incidiria, se de igual modo houvesse a cooperação entre os Estados para extradição do criminoso, visando que este fosse julgado e condenado no país que possui a jurisdição para tanto.

No entanto, segundo Ana Velosso, apenas uma interpretação extensiva do artigo 17 do Estatuto admitiria que o Tribunal Penal Internacional exercesse a sua jurisdição complementar, quando a jurisdição do Estado competente tivesse declarado a prescrição do crime, se não vejamos:

É hoje difícil sustentar, antes a simples leitura do Estatuto de Roma, que tenha sido criada para os Estados a obrigação de modificar seus conceitos nacionais sobre o tema da prescrição. O artigo 17 do mesmo texto prevê, de resto, situações justificadoras do exercício complementar da competência do Tribunal Penal Internacional, e a declaração de prescrição do crime segundo a lei nacional, após processo regular, não foi aí arrolada. Somente uma interpretação extensiva do artigo 17(2), do Estatuto de Roma permitiria admitir o exercício da jurisdição complementar do TPI quando uma jurisdição nacional prioritária tenha declarado prescrito um dos crimes internacionais descritos no Estatuto e em seu próprio ordenamento interno. (Cf. VELOSSO, ANA. *A Imprescritibilidade dos Crimes Internacionais*, p. 24).

Todavia, não obstante o artigo 29 tenha levantado inúmeras questões, visto que o direito interno de muitos países que ratificaram o Estatuto de Roma não consagra a imprescritibilidade dos crimes, como por exemplo Portugal, a sua maioria, se não todos, adaptaram a sua legislação interna para acolher a imprescritibilidade dos delitos previstos por ele, visando conceder uma maior efetividade aos direitos humanos fundamentais.

#### **4.6.1. O Tribunal Penal Internacional e a Legislação Brasileira.**

A Constituição brasileira já havia previsto a imprescritibilidade dos crimes de racismo em seu artigo 5º, inciso XLII<sup>239</sup>, e associação de grupos

---

<sup>239</sup>“Art. 5º [...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.”

armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático em seu também artigo 5º, inciso XLIV<sup>240</sup>.

No entanto, para que o Tratado de Roma pudesse ser ratificado sem cláusulas de reservas e sem violar a legislação interna do Brasil, foi necessário que uma emenda Constitucional (45/04) estabelecesse que os tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos fossem aprovados de forma diferenciada por cada Casa do Congresso Nacional<sup>241</sup>, para que também equivalessem às emendas constitucionais, pois por termos uma Carta Magna super-rígida, visto que, em alguns pontos é imutável, o procedimento acima explicado fez-necessário para que deixasse o vertente Tratado de ter somente valor supralegal, conforme o artigo 5º, parágrafo segundo<sup>242</sup>, anteriormente previa<sup>243</sup>.

Isto porque, o Estado brasileiro em defesa também da maior eficácia dos Direitos Humanos Fundamentais, entendeu como necessária a extensão da imprescritibilidade aos crimes previstos pelo Estatuto<sup>244</sup>.

#### **4.6.2. O Tribunal Penal Internacional e a Legislação Portuguesa**

Portugal também ratificou o Estatuto do Tribunal Penal Internacional e adaptou a sua legislação penal a ele pela Lei 31/2004 de 22 de julho, e, em anexo a ela, publicou a Lei penal relativa às violações do direito internacional humanitário, a qual previu em seu artigo 7º que o procedimento criminal e as

---

<sup>240</sup>“Art. 5º [...] XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.”

<sup>241</sup>“Art. 5º [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

<sup>242</sup>“Art. 5º [...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

<sup>243</sup> MORAES. *Alexandre de. Direito Constitucional*, p. 111.

<sup>244</sup> *Ibidem*.

penas pela prática dos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra serão imprescritíveis<sup>245</sup>.

Assim como no direito brasileiro, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional exigiu no direito português uma revisão constitucional, para que os princípios do direito internacional se recortassem na sua especificidade aos princípios do direito penal interno, nos casos de alteração ou equação da soberania punitiva do direito português, como representação da comunidade internacional. Pois, apenas o reconhecimento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional não se faz suficiente para compatibilização da Constituição Penal com o Estatuto. Fez-se necessária a recepção material das incriminações e de alguns princípios incriminadores na legislação portuguesa, para que se garanta a não atuação complementar da jurisdição do Tribunal, mas sim subsidiária, nos casos em que o Estado português não tenha credibilidade efetiva como um Estado de direito<sup>246</sup>.

Para Maria Fernanda Palma, a ratificação do tratado foi uma atuação em prol da soberania do Estado Português. E esse também, para ela, não foi considerado incompatível com a Constituição portuguesa, pois:

Apesar de não haver uma proibição constitucional explícita da imprescritibilidade do procedimento criminal ou das penas, a imprescritibilidade é uma implicação possível do princípio da necessidade da pena (artigo 18º, nº 2, da Constituição). Por outro lado, o facto de o direito penal português ter consagrado sempre o instituto da prescrição torna-o uma aquisição constitucional ou uma expressão de constitucionalização do direito ordinário. Mas se isto parece correcto, não é menos verdade que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é um princípio que sempre vigorou no direito internacional desde Nuremberga e Tóquio, justificado pela perspectiva de que quanto a esses crimes se torna especialmente difícil exercer o poder punitivo, devido à cobertura das instituições que neles se revela, existindo como que uma interrupção de prescrição sem prazo máximo enquanto não se manifestar a vontade de perseguir penalmente. Também a gravidade histórica dos crimes contra a comunidade internacional dita necessidades acrescidas de prevenção geral, de modo que as razões justificativas do instituto da prescrição, nomeadamente as que se relacionam com um certo autocontrolo do poder punitivo e uma exigência de celeridade aos órgãos de

---

<sup>245</sup>GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português: Anotado e Comentado: legislação complementar*, p. 451.

<sup>246</sup>PALMA, Maria Fernanda. *Tribunal Internacional e Constituição Penal*, p. 36-37.

prosecução penal, bem como a ideia de apagamento e esquecimento pela sociedade associada à hipótese de reinserção social do criminoso, não têm, inevitavelmente, aplicação aos crimes contra a humanidade e contra os valores essenciais da comunidade internacional. A prática de crimes desta natureza pode modificar, por vezes, o curso dos acontecimentos históricos, destruir povos e aniquilar populações inteiras, pelo que sobre estas práticas não se poderá nunca sedimentar uma sociedade justa e pacífica. A capacidade de absorção dos crimes em geral por um sociedade organizada não é de pressupor na comunidade internacional, em que a necessidade de repor uma ordem justa pode implicar o não esquecimento destes crimes. A imprescritibilidade nos crimes contra os valores essenciais da comunidade internacional não suscita, assim, um problema de absoluta incompatibilidade com o princípio da necessidade da pena, sendo justificada por razões derivadas da especial natureza e funções da incriminação daqueles factos. (Cf. PALMA, Maria Fernanda. *Tribunal Internacional e Constituição Penal*, p. 35-36).

#### 4.7. Considerações

Assim, percebe-se que o direito internacional penal acolheu o instituto da imprescritibilidade como única forma de justiça, visto a gravidade dos crimes cometidos na segunda guerra mundial. Todavia, acreditamos que não seja este o instituto adequado, mesmo tratando-se de crimes gravíssimos.

Voltemos a analisar a questão dos criminosos nazistas anteriormente trazida pelo doutrinador Celso Lafer, quando este esclarece os ensinamentos da ilustríssima doutrinadora alemã Hannah Arendt. Para ela os criminosos nazistas, ainda que lhe soe de maneira aterrorizante, eram compostos por homens normais cumprindo leis. Ainda por seu pensamento, o direito penal cumpriria importante função no âmbito da paz e segurança internacional, reprimindo os crimes hitlerianos tanto pela sua gravidade quanto pela incapacidade de serem esquecidos pela população mundial.

Todavia, segundo o já afirmado no primeiro capítulo, apenas ao Estado cabe o *uis puniendi*, o qual nasce pela violação do direito penal objetivo, que igualmente é estabelecido por ele. Não havendo a previsão de que determinada conduta é ilícita na legislação de uma nação, ela pode ser praticada impunemente.

Os Estados totalitários da segunda guerra mundial que cometeram as inaceitáveis atrocidades, incitaram, apoiaram, premiaram e previram como



legais os atos ali praticados, fez dos que os seguiram cumpridores da lei. Muitos foram arrastados pela eficiência de um discurso manipulador, outros apenas deixaram seu lado perverso aflorar e se aproveitaram da situação. O discurso da purificação das raças, para aqueles que o seguiam, imersos em um contexto histórico-cultural, tinha tanto sentido quanto o discurso da inquisição para sobrevivência do catolicismo<sup>247</sup>.

Segundo Castiglione os funcionários dos Governos totalitários não foram recrutados em prisões:

Não há dúvida de que havia criminosos entre os que executavam ordens ditatoriais, mas os profissionais e operários, a que alude Jean Cau, não foram recrutados nas prisões, não faziam parte dos grupos de malfeitores, não tinham hipotecado a sua existência ao crime, não eram elementos de perturbação coletiva: viviam do seu trabalho, que presumimos honesto. (CASTIGLIONE, Theodolindo. *Os Crimes Contra a Humanidade e o Problema da Prescrição em face de um Código Penal Internacional*, p. 40).

Esses cidadãos, cumpridores de ordens, praticaram crimes abomináveis, seja por uma crença absurda, seja por irrestrita obediência hierárquica – justificável àquela época. Tais delitos, igualmente desprezíveis quanto um homicídio qualificado continuado ou um latrocínio, encontram na prescrição o fim do direito de punir, conforme a maioria das legislações penais. Assim, não nos parece como aduz Castiglione, que a imprescritibilidade deva se impor àqueles cidadãos, enquanto aos infratores dos crimes citados não. O direito penal, não pode se basear no sentimento de vingança para punição, na revolta da população. “A dominação hitleriana foi um fenômeno passageiro [...] sem nenhuma semelhança com a verdadeira criminalidade alemã, não pode gerar a imprescritibilidade por natureza.”<sup>248</sup>

Também assevera Castiglione que “quem pratica um crime contra a humanidade tem o ‘direito’ de ser desumano, bestial, monstruoso, mas o jurista não tem esse ‘direito’”.<sup>249</sup>

---

<sup>247</sup>CASTIGLIONE, Theodolindo. *Os Crimes Contra a Humanidade e o Problema da Prescrição em face de um Código Penal Internacional*, p. 38-40.

<sup>248</sup>CASTIGLIONE, Theodolindo. Op cit., p. 41.

<sup>249</sup> CASTIGLIONE, Theodolindo. Op cit., p. 36

Ademais, se não voltaram os infratores que praticaram os crimes contra a humanidade a reincidir, se jamais praticaram qualquer delito que demonstrasse sua periculosidade perante a sociedade nacional ou internacional, que fosse capaz de fazer aquela situação tenebrosa se restabelecer como doutrina de uma nação, a imprescritibilidade, notoriamente, não se justifica, uma vez que a punição, por mais desejada que seja pela população, não possui qualquer finalidade de prevenção especial. Se por um longo período de tempo nenhum cidadão tentou restabelecer a doutrina hitleriana, tenha ele praticado ou não os crimes cometidos àquela época, não há que se falar em exemplaridade também da imposição de sanção.

No entanto, José Luiz Mota, defende a imprescritibilidade dos crimes internacionais e a sua ratificação pelos Estados, inclusive pelo Estado português, asseverando que a dignidade humana faz ressurgir o princípio da necessidade e o direito à memória, pois:

Já ao considerar o valor da dignidade humana – à luz da nossa Constituição, base de todo o sistema e valor absoluto, a proteger contra os actos que mais profundamente ferem a consciência da humanidade -, a tensão terá de ser resolvida a favor da prevalência da dignidade humana, naquilo que ela tem de essencial. E, assim sendo, a necessidade de preservação faz então ressurgir o critério da necessidade, agora a acolher, não a excluir, a imprescritibilidade. É importante que mantenhamos viva a memória histórica, que reclamemos o direito à memória, que o exercitemos – e que os factos que nelas depositamos, que, nas suas expressões-limite, negam o essencial da dignidade do homem, não sejam esquecidos e não fiquem impunes. (Cf. MOTA, José Luís Lopes da. *Impunidade e Direito a Memória – A Questão da Imprescritibilidade do Crimes contra a Paz e a Humanidade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional*, p. 36).

Baseados na mesma justificativa ou em justificativas parecidas, como visto acima pelos dizeres da doutrinadora Maria Fernanda Palma, muitos Estados ratificaram o Estatuto do Tribunal Penal Internacional e adaptaram a sua legislação a ele, prevendo como imprescritíveis os crimes já mencionados.

Todavia, para nós, como muito já mencionado, por mais que os delitos da segunda guerra sejam difíceis de apagar da consciência humana e que causem indignação até hoje, a prescrição não se justifica apenas pela teoria do esquecimento, indo além dela. Como anteriormente demonstrado, o fundamento

de validade da prescrição é obtido a partir de uma miríade de teorias que buscam, acima de tudo, alcançar os fins das penas. Se a teleologia a que se pretende não existe, não há motivos para a imposição das penas, a não ser o sentimento de retribuição, de vingança, que nada acrescenta ao direito penal, que não é capaz de resolver a problemática da criminalidade crescente nos dias atuais, como, igualmente, não o foi anteriormente, nem no direito interno das nações, nem no direito internacional, visto que governos totalitários, até hoje, continuam praticando crimes abomináveis contra os seus cidadãos, encontrando exemplo recente na guerra civil que eclodiu na Síria em 2011 e persiste até os dias atuais.

## **Capítulo V**

# **A IMPRESCRITIBILIDADE PENAL NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL E OS DIREITOS HUMANOS DO ACUSADO E DA VÍTIMA**

A cultura dos direitos humanos é mais que uma cultura de demandas punitivas, implicando numa cultura de limites à aplicação das penas sob a perspectiva do acusado. Os direitos humanos emergem como mecanismo de prevenção ao aparato punitivo, a fim de que o Estado não utilize o direito penal abusando de sua autoridade e desviando o seu poder para fins absolutos<sup>250</sup>.

Assim, inúmeras convenções, declarações, cartas e constituições tenderam a proteger o indivíduo frente ao poder punitivo do Estado, como por exemplo a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o Pacto Internacional de direitos civis e políticos de 1966 e a Convenção Americana de 1969. Todos previam em seus textos princípios e regras de proteção ao acusado<sup>251</sup>.

Não obstante não tolerassem a impunidade de um crime grave comprovado através da condenação do acusado em um processo penal irrecorrível, as penas aplicadas a ele jamais poderiam ser desumanas.

### **5.1. Os Direitos Humanos da Vítima**

Depois da segunda guerra mundial, com a descoberta das atrocidades do nazismo, muitos institutos penais foram criados sob o enfoque preponderante dos interesses precípuos da vítima do que, propriamente, do agente que praticou a ação penal, ou seja, do acusado. Nesse período se consolidava cada vez mais um modelo de justiça contra a impunidade dos

---

<sup>250</sup>PASTOR, Daniel R. *Tendências Hacia uma Aplicación más Imparcial del Derecho Penal*, p. 24-25.

<sup>251</sup>Ibidem.

crimes internacionais, o qual se conseguia por meio de uma maior rigidez penal e da obrigatória imposição das penas aos culpados.

Assim, o direito penal internacional vai abandonando a ideia de proteção dos direitos humanos do acusado e vai formando uma ideologia penal que visa, nos casos dos crimes internacionais, que o poder soberano preste atenção, unilateralmente, às razões da justiça punitiva, ou seja, as valiosas expectativas das vítimas de que os culpados pelas atrocidades cometidas serão condenados pelos seus atos.

Vai se abandonando a visão de que o direito penal não é uma relação entre delinquente e vítima, mas sim uma relação entre Estado e delinquente<sup>252</sup>. A vítima deixa, atualmente, de estar neutralizada.

Todavia, em toda ordem jurídico-penal democrática as problemáticas trazidas pelo cometimento de um crime grave não são enfrentadas de forma privada, ou seja, entre o autor e a vítima, se está estiver viva, ou se não, pelos seus familiares, pois:

Los familiares de un asinado no pueden, por ejemplo, imponer ninguna de las condiciones fundamentales que caracterizan a la reacción que se producirá por el hecho. No tiene permitido establecer las consecuencias, ni su alcance, ni el procedimiento para imponerlas o desecharlas. Si el hecho es conocido y es real, ya no va a depender de la voluntad de los afectados el significado político de su tratamiento ni van ellos a tener disposición alguna sobre los mecanismos para gestionarlo, pues todo há sido definido previamente por el Estado. Si seguimos pensando em verdaderos casos penales - y esto es determinante - en un supuesto de asesinato la ley ya previó el tipo de pena, su posible extensión, las autoridades que se ocuparán de investigar y decidir el caso y el procedimiento. La discrepancia de los alegados de la víctima com estas resoluciones de la legislación no es admitida. Su comprensible deseo de que el tipo de pena sea más grave que el previsto, que su extensión sea mayor que la del máximo que permite el derecho sustantivo o que el procedimiento sea menos generoso con el imputado no puede modificar los preceptos respectivos preestablecidos por el derecho. (Cf. PASTOR, Daniel R. *Tendencias Hacia una Aplicación más Imparcial del Derecho Penal*, p. 31).

---

<sup>252</sup>Cf. assevera HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, p. 30.

A exclusão da solução privada nos crimes de maior gravidade faz-se necessária como meio para evitar a vingança privada, o que implica, necessariamente, na inclusão do poder público como sujeito ativo do conflito.

### **5.1.1. Os Direitos Humanos da Vítima como Ampliações do Aparato Repressivo Internacional**

Os direitos humanos passam então, com a vitimologia, a deixarem de ser limitadores da pena para passarem a incentivá-la. O direito penal internacional vira, desta feita, um direito de imposição de penas.

Essa mudança, como acima visto, mostra-se incompatível com as democracias modernas porquanto reduz o direito do acusado para aumentar os poderes de castigar; outrossim, transformam o réu em verdadeiro inimigo do Estado, que precisa receber sua sanção a qualquer custo, mesmo que esta já não preencha qualquer função.

Trata-se de um regresso do sistema jurídico, não só ao sistema anterior as democracias modernas, mas anterior ao sistema greco-romano, onde os direitos humanos do réu são suprimidos para imposição da vontade da vítima, no caso do direito penal internacional, do clamor das sociedades mundiais.

Penas desumanas são aplicadas, como a perpétua, mesmo que possam ser revisadas; a perseguição do acusado pelo direito penal torna-se eterna e obrigatória, mesmo que desnecessária, em prol da dignidade humana, da satisfação das vítimas e seus familiares, do direito à memória face à gravidade dos crimes cometidos.

Mas se a gravidade dos crimes cometidos permite que tais violações aos direitos humanos do réu sejam cometidas, essa mesma gravidade deveria assegurar que todos os crimes graves, que despertam a mesma reação na população, se não, pior, fossem imprescritíveis e pudessem ser apenados de forma diferenciada. De igual modo, o instituto da extradição não deveria ser aceito, mas tão somente o da entrega. As vítimas e o clamor social devem possuir o mesmo valor, tanto no direito penal internacional, como no direito interno. Todavia, isso notoriamente não acontece, pois a gravidade dos delitos

não justifica qualquer das violações cometidas pelo direito penal internacional em prol da vítima<sup>253</sup>.

## 5.2. A Violação dos Direitos Humanos do Réu

Por mais atrozes que sejam os crimes internacionais, ignorar os direitos humanos do réu é tão grave quanto os crimes por eles cometidos, como asseverado por Castiglione, os criminosos podem cometer crimes desumanos, mas o jurista não<sup>254</sup>.

Segundo Daniel R. Pastor:

Esta ideología, surgida de la usina de asociaciones pro-víctimas, implica, entonces, un poder punitivo absoluto, fundado en la preferencia de unos valores de justicia que por su alto prestigio moral, aunque ello no tenga que ver con el derecho, son puestos por encima del derecho y llevan a que esos objetivos sean cumplidos pasándose por alto muchos de los derechos humanos del acusado que oponen tales designios. (Cf. PASTOR, Daniel R. *Tendencias Hacia una Aplicación más Imparcial del Derecho Penal*, p. 42).

A prescrição, por exemplo, é um direito do acusado que se perde quando se implanta a imprescritibilidade de certos crimes. Cumpre, ainda, papel preponderante na segurança relevantíssima que ele possui de não ser perseguido eternamente pelos crimes por ele cometidos, sob o alvedrio exclusivo de uma autoridade estatal imanente, sem que haja mais qualquer finalidade e sua liberdade lhe seja privada sem motivo, retirada agora por imperativo do direito penal internacional, aplicável quando do cometimento dos crimes por ele previstos.

## 5.3. Considerações

A prescrição permite que cada geração se ocupe dos assuntos de sua época e não dos problemas de gerações passadas. “Es una experiencia

---

<sup>253</sup>PASTOR, Daniel R. *Tendencias Hacia una Aplicación más Imparcial del Derecho Penal*, p. 61.

<sup>254</sup>CASTIGLIONE, Theodolindo. *Os Crimes Contra a Humanidade e o Problema da Prescrição em face de um Código Penal Internacional*, p. 36.

comprobada que el atraso de las naciones está muy vinculado a dirigentes cuya percepción de los problemas sociales atrás muchas décadas.”<sup>255</sup>

A imprescritibilidade penal, além de não cumprir as funções da pena, viola os direitos humanos do acusado pois credita na vingança a única forma de justiça.

Con la prescriptibilidad de todos los hechos punibles, finalmente, se garantiza la igualdad de trato de todos los ciudadanos, igualdad que aleja los fantasmas del derecho penal del enemigo que afloran cada vez que ley, jurisprudencia y doctrina pierden el norte de la consistencia y, cayendo en la tentación de evitar la impopularidad, inventan discursos bipolares. (Cf. PASTOR, Daniel R. *Tendencias Hacia una Aplicación más Imparcial del Derecho Penal*, p. 71).

O imprescritível é associado ao imperdoável, à dívida infinita ou ao dano irreparável, o que não traz benefícios à sociedade, apenas fomenta o seu desejo de vingança, sua vontade retribucionista do mal. Assim, faz-se necessário que o Estado imponha a prescrição para determinar também à sociedade os limites para punição.

---

<sup>255</sup> PASTOR, Daniel R. *Tendencias Hacia una Aplicación más Imparcial del Derecho Penal*, p. 70.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

1- O direito penal objetivo é o conjunto de normas jurídicas fixadas pelo Estado para limitar as proibições que serão impostas à sociedade, para que não ocorram excessos nas punições aplicadas, com objetivo de assegurar a liberdade individual de cada cidadão. Às punições aplicadas quando da violação do direito penal objetivo damos o nome de direito penal subjetivo. Este trata-se do direito de punir do Estado, que ao ser inserido no direito penal subjetivo humanizou o direito, iniciando uma fase de proporcionalidade das punições, de garantia da integridade de seus bens e racionalidade das escolhas de comportamento. Assim, encerrou uma era de punições irracionais, onde o desconhecido era automaticamente ligado ao divino, visto a incapacidade do homem de fazer conexões lógicas, numa época fundamentada estritamente no conceito de vingança.

2- As penas, no Estado Democrático de Direito, devem ser fixadas e impostas quando úteis a sociedade, para fazer com que esta confie na efetividade das normas penais e adeque seu comportamento a elas. Deve ser justa e proporcional a culpabilidade do agente, com sua duração previamente determinada. Ademais, necessita recuperar o infrator, reinseri-lo na sociedade quando possível, e, se não o for, não deve ferir a sua liberdade de autodeterminação para que o direito penal possa exercer a sua função. A pena com único fim de retribuição, como castigo, jamais deve ser imposta, visto que a retribuição do mal pelo mal implica em regresso do atual sistema jurídico penal à tão combatida era da vingança. E, assim como nas penas, a medida de segurança, igualmente, só deve ser imposta quando estiverem presentes as finalidade de prevenção especial e, ou, subsidiariamente, a prevenção geral. No entanto, quanto a prevenção especial das medidas de segurança, o fato criminoso não pode ser o desencadeador da medida mas pressuposto para ela,

com escopo de garantir os direitos individuais do infrator e assegurar que não haverá privações desnecessárias e ilimitadas.

3- Mas, para que a pena ou a medida de segurança cumpram seus fins, elas precisam ser limitadas pelo tempo, ou seja, o poder punitivo do Estado precisa ser exercido em tempo delimitado pela legislação penal, respeitada a proporcionalidade com a gravidade da infração. À perda do poder de punir do Estado pelo decurso do tempo citado damos o nome de prescrição. Esta nem sempre foi instituída pelas legislações penais. O avanço e evolução das civilizações fez com que a imprescritibilidade, que vigorava como regra na antiguidade, perdesse o seu valor, pois a punição para os povos evoluídos passava a requerer finalidade, não mais a retribuição. A prescrição sempre será fundamentada de acordo com a realidade fática de cada país, da forma que melhor convenha ao seu ordenamento jurídico, assim como as finalidades das penas. No entanto, todas as teorias que a fundamentam possuem sua relevância, visto que geralmente será necessário verificarmos se a memória daquela sociedade ainda requer a punição para o crime anteriormente cometido; se esta punição conseguirá servir de exemplo àquela sociedade; se o agente com a incerteza da punição tenha passado por aflições capazes de recuperá-lo, ou, se o próprio tempo, já tenha sido capaz de transformar a sua personalidade; e se, ainda, estarão presentes as garantias processuais do acusado, visto a dificuldade da investigação penal e da coleta de provas quando transcorrido um tempo razoável. O instituto da prescrição, como acima mencionado, também alcança as medidas de segurança, visto que sua imposição após o decurso de um tempo razoável não mais atende as finalidade da medida, uma vez que embora ainda possa estar presente a periculosidade do agente esta não mais reflete uma periculosidade criminal.

4- Não obstante o instituto da prescrição tenha surgido com o avanço e evolução das civilizações, a imprescritibilidade vigora até hoje em muitos ordenamentos jurídicos internos e principalmente no direito penal internacional sob os seguintes fundamentos: resposta estatal eleita para abrandar o alarme coletivo diante da criminalidade atroz; impunidade de réus com paradeiros desconhecidos ou no exterior; e, finalmente, da periculosidade do agente considerado irrecuperável. Muitas nações tiveram, ainda, que adaptar suas legislações para ratificar o Estatuto de Tribunal Penal Internacional, o qual previu

que os crimes tratados por ele, quais sejam, o genocídio, os crimes contra a humanidade, de guerra e agressão, seriam imprescritíveis.

5- O Estatuto de Roma, ao instituir a imprescritibilidade dos crimes nele contemplados, seguiu uma tendência mundial no âmbito internacional. Isto porque, com as atrocidades hitlerianas prestes a prescrever, os países que as suportaram reagiram para que os seus culpados não restassem impunes. Assim, promulgaram diversas leis no afã de resolver esta problemática, as quais alongaram ou modificaram os prazos prescricionais e os tornaram, por vezes, imprescritíveis. O Direito Penal Internacional, então influenciado por essas legislações e pelo Colóquio que houve em Varsóvia, resolveu tentar de forma ampla solucionar o problema. Em 1968 a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, por maioria, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, a qual não foi ratificada por muitos países em virtude das críticas que recebeu. Posteriormente, em 1979, foi aprovada a Convenção Europeia sobre a imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, sendo ratificada apenas pela Holanda, embora não tivesse recebido as críticas da Convenção anterior. Vinte anos se passaram sem se discutir sobre a imprescritibilidade, até que a Convenção Interamericana sobre os Desaparecimentos forçados a retomou. Mas foi só o Estatuto de Roma que a consolidou como regra no direito penal internacional.

6- Porém, por ele ter resguardado a jurisdição dos Estados, impondo-lhes a competência inicial para efetivar a persecução penal, a qual deve permanecer se imparcial e idônea, trouxe algumas problemáticas quanto a aplicação da imprescritibilidade na legislação penal dos Estados-Membros. Isto porque ela suscitou dúvidas se foi concebida em caráter exclusivo à Corte Internacional ou extensivo às legislações nacionais. No entanto, entendeu-se que a regra é restrita ao Tribunal e que se declarado o crime imprescritível por um Estado-Membro, que tenha competência inicial para julgá-lo e impor a pena ao réu, não poderá a Corte exercer a sua jurisdição complementar, baseada na alegação de imprescritibilidade dos crime previstos pelo seu Estatuto. Portugal, assim como o Brasil, adaptou a sua legislação interna para ratificar o Estatuto.

7- Impende destacar que, para nós, a imprescritibilidade viola os princípios da Dignidade Humana, da Intervenção Mínima, da Proporcionalidade

e da Necessidade da Pena. A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, tornando-o detentor de valores igualitários, e mesmo que alguns valores possam ser violados para que haja a proteção de outros, alguns nunca perderão sua proteção absoluta, sendo permeados pela inviolabilidade. À guisa de exemplo, a vida não lhe pode ser retirada; não pode o criminoso ser torturado; a privação de sua liberdade não pode ser eterna e a pena não lhe pode ser aplicada de forma desproporcional e desnecessária; no mesmo sentido, se outros ramos do direito são capazes de equacionar a questão, jamais o direito penal deve agir; por fim, se as penas já não se fizeram mais necessárias, não há que se falar em punição, independente da gravidade do crime por ele cometido.

8- Ademais, para nós, não há crime capaz de justificar a imprescritibilidade penal num todo, do procedimento penal e da execução penal, pois ela não encontra respaldo nas finalidades da pena e viola princípios fundamentais. Ela é incapaz de alcançar a ressocialização do acusado, não responde as expectativas da sociedade quanto a celeridade da resposta acusatória ao crime cometido e gera insegurança em seus cidadãos, pois estes sempre estarão sob perseguição do Estado, mesmo que essa já não se justifique mais. Ela é igualmente inadmissível mesmo em se tratando de crimes gravíssimos, previstos pelo direito penal internacional, pois se seus violadores não voltaram a reincidir a imprescritibilidade daqueles crimes não se sustentaria, visto que a prevenção especial estará sempre ausente, bem como a prevenção geral, uma vez que a sua imposição anos depois do cometido não servirá como exemplo àquela sociedade, mas somente como meio de vingança às vítimas e familiares próximos que sofreram com as atrocidades cometidas, que possivelmente nem mais existirão.

9- A imprescritibilidade não se justifica pela teoria da não impunidade dos crimes internacionais para proteção da dignidade humana, dos direitos da vítima, pois o direito penal internacional torna-se, desta forma, um direito de imposição de penas aos culpados. Os direitos humanos do acusado são violados para aumentar o direito de punir do Estado, passando o réu a ser um inimigo que precisa ser sancionado a qualquer custo. Destarte, faz com que o sistema jurídico recrudesça cada vez mais, envolvendo, finalmente, à era da vingança. Penas desumanas voltam a ser aplicadas, uma vez que o Tribunal prevê em seu

Estatuto as penas perpétuas, e mesmo que preveja também a revisão destas, o acusado, a princípio, se não cumprir as condições para revisão, permanecerá ali, eternamente no claustro, sem qualquer direito, como se animal o fosse.

10- Por mais que os delitos da segunda guerra sejam difíceis de esquecer, causando indignação até a data atual, a teoria do esquecimento não pode ser utilizada para afastar a prescrição e se impor a imprescritibilidade dos delitos, visto que ela não compõe a única justificativa do instituto. A prescrição busca, acima de tudo, alcançar os fins das penas, e se estes, por todos os motivos já apontados não remanescem, a imprescritibilidade, ainda mais, não deve existir. A vítima e o clamor social não devem fazer com que o direito penal internacional e nacional adquiram feições de pura retribuição, de um direito privado, pois a vingança em nada lhes acrescenta, ao revés, apenas aumenta a criminalidade, já que a sociedade passa a ver como solução não as formas alternativas para resolução do conflito, mas, tão somente, a do direito penal mais severo, onde ainda vigora a paga do mal pelo mal, ou seja, de regresso a uma era taliônica de olho por olho, dente por dente, o qual difere-se pelos princípios assecuratórios de nossa integridade física. Infelizmente, estamos regredindo como sistema jurídico penal interno e internacional.

11- A prescrição é a única forma de justiça realmente efetiva, a qual deveria ser imposta em todas as legislações internas e internacionais, visando a proteção igualitária dos cidadãos e penas capazes de alcançar a resposta tão almejada de combate à criminalidade, somente exercidas quando ainda estiverem presentes as suas finalidades. Ademais, a prescrição retoma a ideia central do direito penal mínimo, isto é, a mínima intervenção estatal e máximas garantias individuais. Estimula, ademais, que os conflitos sejam resolvidos na justiça consensual, na via administrativa e pela justiça restaurativa. Finalmente, através deste modelo, valoriza a vítima, refletindo o caráter triangular das relações mútuas entre o Estado, o delinquente e ela. E quando o crime requerer que o tempo se alongue para que ele não reste impune, pela dificuldade na coleta de provas, pela complexidade do caso, pelo não conhecimento do paradeiro do criminoso, a prescrição, igualmente, apresenta outras alternativas, tais como a suspensão e interrupção de seus prazos, possibilitando mais tempo ao Estado para punir o criminoso, desde que o lapso seja justo e necessário de modo a não conduzir à imprescritibilidade do caso.

## BIBLIOGRAFIA

- AURÉLIO, Dicionário. **O Dicionário da Língua Portuguesa**. Nova Fronteira: São Paulo, 1999.
- ABDALA, Vinicius. **Imprescritibilidade dos Crimes Contra a Humanidade?** Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 20, vol. 97, p. 485-507. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul - ago./2012.
- ALMEIDA, Candido Mendes. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal, “ao Leitor, Razão desta Obra”**. Rio de Janeiro: Fundação Calouste Gulbenkian, 1870.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Constituição e Legitimação do Direito Penal**. Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. Organizadores: Antônio J. A. Nunes e Jacinto N. de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ANTUNES, Maria João. **Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica**. Coimbra: Coimbra, 2002.
- ; **O Internamento de Imputáveis em Estabelecimentos Destinados a Imputáveis (Os art. 103.º, 104.º e 105.º do Código Penal de 1982)**. Coimbra: Coimbra, 1993.
- ARAÚJO, Fernando. **O Tribunal Penal Internacional e o Problema da Jurisdição Universal**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLIII, ano 1, p. 71-120. Lisboa, 2002.
- BACIGALUPO, Enrique. **Manual de Derecho Penal – Parte General**. Tercera Reimpresión. Santa Fé de Bogotá: TEMIS, 1996.
- BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A Justiça Penal Internacional: Sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia**. Tradução de Luciana Pinto Venâncio. Barueri/São Paulo: Manole, 2004.

- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. Ridendo Castigat Mores. Versão para eBook. Acessado em 18-08-2013 às 16 hs. Disponível em: [www.jahr.org](http://www.jahr.org).
- ; **Tratado de Los Delitos y de Las Penas**. Tradición Guillermo Cabanella de Torres. Eliasta Buenos Aires: S.L.R, 1993.
- BECKER, Howard; **OUTSIDERS: estudo da sociologia do desvio**. Tradução: Maria Luiza X. de Borges. 1ºed. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2008.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Vol. I. Tradução brasileira e notas do Professor Paulo José da Costa Júnior e do Magistrado Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- ; **Direito Penal**. Vol. III. Tradução brasileira e notas do Professor Paulo José da Costa Júnior e do Magistrado Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1 – 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRITO, Wladimir. **Tribunais Penais Internacionais – Da Arbitragem aos Tribunais Internacionais *ad hoc***. Revista do Ministério Público, ano 21.º, n.º 81, p. 25-55, janeiro-março/2000.
- CAEIRO, Pedro. **Aplicação da Lei Penal no Tempo e Prazos de Suspensão da Prescrição do Procedimento Criminal: Um Caso Prático**. Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues. Vol. 1, p. 231-253. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. CRP – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I – 4ª Edição. Coimbra: Coimbra, 2007.
- ; **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7º Edição. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 1 - 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

- CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal - Parte geral**. Vol. I. Tradução José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956.
- ; **Programa de Derecho Criminal - Parte General**. Vol. II. Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1986.
- CASTIGLIONE, Theodolindo. **Crimes de Guerra. Crimes contra a Paz. Crimes contra a Humanidade**. Revista Interamericana do Ministério Público, ano 1, n. 1, p. 51-84. São Paulo, maio/1956.
- , **Os Crimes contra a Humanidade e o Problema da Prescrição em face de Código Penal Internacional**. Revista dos Tribunais, ano 56, vol. 385, p. 7-47. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./1967.
- CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2010.
- ; **Evolução Histórica das Penas**. Boletim da Faculdade de Direito, vol. LIII, p. 51-150. Coimbra, 1977.
- COSTA, José de Faria. **O direito Penal e o Tempo: Algumas Reflexões dentro do nosso Tempo e em redor da Prescrição**. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, Vol. 11, n. 1, 2002.
- CURA, António A. Vieira. **Crimes, Delitos e Penas no Direito Romano Clássico**, in “Vt par delicto sit poena”: crime e justiça na antiguidade. Aveiro, 2005.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Português – Parte Geral: As consequência jurídicas do crime**. Tomo II, 1<sup>o</sup> edição. Coimbra: Coimbra, 2011.
- ; **Direito Penal – Parte Geral: Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime**. Tomo I, 2<sup>a</sup> edição. Coimbra: Coimbra, 2007;
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997.
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel. **Las Organizaciones Internacionales**. 12<sup>o</sup> Edição. Madrid: Tecnos, 2001.



- DOMENECH, E. Ernesto. **Legalidad y Justicia**. Anuario de Derecho Penal. Buenos Aires, 2010/2011.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- EIRAS, Henriques; FORTES, Guilhermina. **Dicionário de Direito Penal e Processo Penal**. 3ª Edição. Lisboa: QUID JURIS, 2010.
- FERNANDES, Valter; FERNANDES, Newton. **Criminologia Integrada**. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRI, Enrico. **Principios de Derecho Criminal: Delincuente y delito en la ciencia, en la legislacion y en la jurisprudencia**. Traducción por Jose-Arturo Rodriguez Muñoz. 1º Edicion. Madrid: Reus, 1933.
- FONTAN BALESTRA, Carlos. **Derecho Penal: Introducción y Parte General**. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1998.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Puir - 29º edição**. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.
- FLORIAN, Eugenio. **Trattato de Diritto Penale: Dei reati e dele pene in generale**. Parte II. Vol. I – 2º Ed. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1910.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – Parte Geral**. 16º edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- FRULLI, Micaela. **O Direito Internacional e os Obstáculos à Implementação de Responsabilidade Penal para Crimes Internacionais**. CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**, p. 269-324. Tradução de: Silvio Antunha. Barueri /São Paulo: Manole, 2004.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. Tomo II – 4º Edição. São Paulo: Max Limonad, 1959.

- GAROFALO, R., **Criminologia: Estudo sobre o Delicto e a Repressão Penal**. Versão portuguesa com prefácio original por Julio de Mattos. 3º Edição. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira, 1916.
- GONÇALVES, Luiz Carlos Santos. **Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código Penal Português: Anotado e Comentado: legislação complementar**. 18º Edição. Coimbra: Almedina, 2007.
- ; **Código Penal Português: Anotado e Comentado: legislação complementar**. 13ª Edição. Coimbra: Almedina, 1999.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte geral**. 11ª edição – volume 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- ; **Direito Penal do Equilíbrio. Uma Visão Minimalista do Direito Penal**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- GRISPIGNI, Filippo. **Diritto Penale Italiano**. Vol. I. Milano: Dott, 1952.
- HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **La Introducción a La Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant La blanch, 1989.
- HASSEMER, Winfried. **Principales Problemas de La Prevención General: Prevención General y Aplicación de la Pena**. Traducción por el Dr. Gustavo Eduardo Aboso y la Prof. Tea Löw. Buenos Aires: Euros, 2004.
- HETING, Hans Von. **Criminologia: causas y condiciones del delito**. Tradução Diego Abad de Santillán. Buenos Aires: Ataleya, 1948.
- HUNGRIA, Nelson. **O Crime de Genocídio**. Revista Forense, ano XLVII, vol. CXXXII, fasc. 569, p. 5-10. Rio de Janeiro: Editora Forense, nov. 1950.
- HULSMAN, Louk; CÉLIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas – o sistema penal em questão**. Tradução Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Luan Editora LDTA, 1993.

- HOUAISS, Dicionário. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Temas e Debates: Lisboa, 2003.
- JAKOBS, Gunter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho Penal del Enemigo**. Madrid: Thomson Civitas, 2003.
- ; **Sobre la Teoría de la Pena**. Traducción de Manuel Cancio Meliá. 1<sup>o</sup> Edición. Bogotá, 1998.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; Thomas Weigend. **Tratado de Derecho Penal - Parte General**. Vol. 1 - 5<sup>o</sup> Edição. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal - parte geral**. 33<sup>a</sup> edição – volume I. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JUSTO, António dos Santos. **Direito Privado Romano, I**. 3<sup>o</sup> Edição. Coimbra: Coimbra, 2006.
- KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Tradução de Edson Bini. 1<sup>a</sup> Edição. Bauru/São Paulo: Edipro, 2003.
- LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1899.
- MACEDO, Raimundo. **Da Extinção da Punibilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1946.
- MAGARIÑOS, Mario. **Las Reglas de Legalidad e Imprescriptibilidad y el Principio de Justicia**. Anuario de Derecho Penal. Buenos Aires, 2010/2011.
- MANZINI, Vincenzo. **Tratatto de Diritto Penale Italiano**. Vol. I. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1948.
- ; **Tratatto de Diritto Penale Italiano**. Vol. III. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1934.

- MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal - Parte General**. Vol. II – 7ª Edición. Traducción Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995.
- MEZGER, Edmund. **Derecho Penal: Libro de estudio - Parte General**. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina S. R. L., 1958.
- MIR PUIG, Santiago. **Función Fundamentadora y Función Limitadora de la Prevención General Positiva**. Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales, XXXIX, f. I. Madri, 1986.
- ; **Fución de la Pena y Teoria del Delito en el Estado Social e Democrático de Derecho**. Barcelona. Bosch, 1969.
- ; **Introducción a las Bases del Derecho Penal**. 2ª Edición. Buenos Aires: Euros, 2003.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal - Parte Geral**. Vol. 1 – 24ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007.
- MONIZ, Helena. **Problemas Jurídico-Penais Da Criação De Uma Base De Dados Genéticos Para Fins Criminais**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 12, n.º 2, p. 237-264. Coimbra: Coimbra, abril – junho/2002.
- MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007.
- MOTA, José Luís Lopes da. **Impunidade e Direito a Memória – A Questão da Imprescritibilidade do Crimes contra a Paz e a Humanidade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional**. Revista do Ministério Público, ano 20.º, n.º 78, p. 33-36, abril – junho/1999.
- NAUCKE, Wolfgang. **Principales Problemas de La Prevención General: Prevención General y Derechos Fundamentales de la Persona**. Traducción por el Dr. Gustavo Eduardo Aboso y la Prof. Tea Löw. Buenos Aires: Euros, 2004.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal: Introdução e Parte Geral**. Vol. 1 – 38ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 12ª Edição. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2012.
- ; **Manual de Direito Penal – Partes Geral e Especial**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;
- NUÑEZ, Ricardo C. **Derecho Penal – Parte General**. 4º Edición. Córdoba: Cordoba, 1999.
- PALMA, Maria Fernanda. **Tribunal Internacional e Constituição Penal**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 11.º, fasc. 1º, p. 07-38. Coimbra: Coimbra, janeiro-março/2001.
- PASTOR, Daniel R. **Tendencias Hacia una Aplicación más Imparcial del Derecho Penal**. 1º Edición. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.
- PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público**. 3º Edição. Coimbra: Almedina, 2011.
- PIERANGELI, José Henrique. PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru: Jalovi, 1980.
- ; **Das Penas: tempos primitivos e legislações antigas, in: Escritos jurídico-penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PIÑA, Alejandro W. **Anticonvencionalidad de la Prescripción de la Acción Penal en casos de Graves Atentados a la Persona**. Anuario de Derecho Penal. Buenos Aires, 2010/2011.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PORTO, Antônio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. 5º Edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998.
- RAMOS. André de Carvalho. **Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: Novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 62, p. 9-55. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro – outubro/2006.

- ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal**. Tradução Muñoz Conde. Madrid: Réus S.A., 1981.
- ; **Derecho Penal Parte General – Fundamento, la Estructura de la Teoría del Delito**. Tomo I – Traducción Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social – princípios do direito político**. Tradução: Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHAIMER, Otto. **Pena y Estructura Social**. Bogotá: Themis, 1984.
- SANTOS, Christiano Jorge. **Prescrição Penal e Imprescritibilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral – 3ª edição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SECCO, Antônio Luiz de Sousa Henriques. **Código Penal Portuguez, Anotado**. 6ª Edição. Coimbra: Coimbra, 1881.
- SILVA, Antonio José da Costa e. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Vol. II. São Paulo, Rio de Janeiro, Recife e Porto Alegre: Companhia Editora Nacional, 1938.
- TERRA, Rodrigo. **Breve apanhado teórico-comparativo sobre o sistema criminal inglês**. Revista da Associação Paulista do Ministério Público, vol. 4, nº 34, p. 49-51. São Paulo, ago./set. 2000.
- TRIPPO, Mara Regina. **Imprescritibilidade Penal**. 1º Edição. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Direitos reais**. Vol. 5 – 5ª Edição. São Paulo: Atlas, 2005.

- VELOSSO, Ana. **A Imprescritibilidade dos Crimes Internacionais**. III Anuário Brasileiro de Direito Internacional - Brazilian Yearbook of International Law - Annuaire Brésilien de Droit International, vol.1, n.1. Belo Horizonte: CEDIN, 2006.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.
- WELZEL, Hans. **Derecho Penal – parte general**. Buenos Aires: Roque Delpalma, 1956.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALÁGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal – Parte General**. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anonima, 2002.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Derecho Penal – Parte General – V**. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anonima, 1988.
- ; **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – 9ª edição – Volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ZERBOGLIO, Adolfo. **Della Prescrizione Penale**. Torino: Frateli Bocca Editori, 1893.