

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

KADRISY MASIEIRO

**A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES PREVISTOS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO, SOB A ÓTICA DE ELIMINAÇÃO DE TEMPO PARA
PUNIÇÃO: UMA LEITURA SEGUNDO A TEORIA AGNÓSTICA DA PENA**

CRICIÚMA

2014

KADRISY MASIEIRO

**A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES PREVISTOS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO, SOB A ÓTICA DE ELIMINAÇÃO DE TEMPO PARA
PUNIÇÃO: UMA LEITURA SEGUNDO A TEORIA AGNÓSTICA DA PENA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof.^a Msc. Mônica Ovinski de Camargo Cortina

CRICIÚMA

2014

KADRISY MASIEIRO

**A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES PREVISTOS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO, SOB A ÓTICA DE ELIMINAÇÃO DE TEMPO PARA
PUNIÇÃO: UMA LEITURA SEGUNDO A TEORIA AGNÓSTICA DA PENA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Ciências Criminais.

Criciúma, 27 de outubro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Mônica Ovinski de Camargo Cortina – Mestre – UNESC

Prof. Alfredo Engelmann Filho – Especialista – UNESC

Prof.^a Fernanda Martins – Mestre – UNESC

Dedico este trabalho e todo esforço nele empenhado à minha família, em especial, à memória de meu pai, Reni Carlos Masieiro, meu herói e homem da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, a princípio, ao divino Pai Eterno, por me dar forças para a conclusão de mais esta etapa em minha vida e, principalmente, por ter me apresentado pessoas maravilhosas que prestaram o máximo apoio ao longo de toda minha caminhada.

Ao meu pai, Reni Carlos Masieiro, meu herói e homem da minha vida, a quem agradeço e dedico o presente trabalho de conclusão de curso e todo esforço nele empenhado, pois mesmo após a morte foi um de meus maiores incentivadores.

À minha mãe, Nazarete Masieiro, que sempre me serviu de base e nunca opôs estímulos para a concretização deste, bem como de todos os meus sonhos.

Às minhas irmãs Watusy, Mirely, Mileny e à minha avó Bernadete, meus amores incondicionais, as quais através da união e do carinho me encorajaram a prosseguir com o presente.

A todos os professores que me acompanharam, em especial, à minha orientadora, Mônica Ovinski de Camargo Cortina, por sua prima orientação, bem como pela compreensão que desprendeu a mim ao longo do corrente ano e pelo apoio prestado em todos os aspectos.

Aos meus antigos colegas de trabalho da 7ª Promotoria de Justiça, Dr. Alex Sandro Teixeira da Cruz, Marcelo Zuppo, Helena Mandelli e Lucas Pereira, que se tornaram minha segunda família, me amparando tanto na disponibilização de materiais, quanto em palavras de apoio, a quem, infelizmente, não consegui retribuir a atenção no presente ano, todavia, sou profundamente grata.

A todos os meus colegas de classe, ou fora dela, que se fizeram presentes em minha trajetória durante estes cinco anos de faculdade, em especial, às minhas amigas Nágila, Bárbara, Iara, Marcéli e Tayene que nunca se obstaram em estender à mão neste e nos mais variados momentos de minha vida.

A todas as pessoas que auxiliaram de algum modo para que este trabalho monográfico acontecesse, a minha mais franca gratidão.

“Ele nada esquece, e tudo perdoa.’ – Então é duplamente odiado, pois envergonha duplamente, com sua memória e com sua generosidade.”

Friedrich Nietzsche

RESUMO

Esta monografia teve como escopo estudar o instituto da prescrição penal sob a ótica dos crimes imprescritíveis, os quais caracterizam-se pela eliminação de tempo para punição e são originários de uma justiça retributiva. Com base nisso, de suma importância foi a pesquisa acerca das teorias justificacionistas da pena, especialmente, no que se refere à teoria agnóstica da pena, a qual se baseia integralmente o presente trabalho, uma vez que esta ignora as teorias positivistas e, justamente, se alicerça na negação da pena, revelando as deficiências inerentes ao sistema penal. Outrossim, oportuna foi a realização de análise do contexto-histórico da imprescritibilidade penal no ordenamento jurídico brasileiro que abordou de forma ímpar os tipos de crimes em que se atribui o instituto, bem como razãoou cada qual. Ademais, trabalhou-se a ânsia do Estado por punição e o caráter retributivo, os quais deram origem aos delitos imprescritíveis. Por derradeiro, se fez crítica aos crimes que não prescrevem e a aparente antinomia perante o Magno Texto Constitucional, ressaltando tanto o direito à prescrição, quanto ao esquecimento inerentes a quaisquer indivíduos. Amparado nestes fundamentos, o presente trabalho defendeu a prescritibilidade dos ilícitos, de modo a respeitar os direitos e as garantias de todo cidadão. Por fim, a metodologia de pesquisa utilizada foi a dedutiva, em pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal, utilizando de livros, revistas científicas, jurisprudência e legislação.

Palavras-chave: Imprescritibilidade. Teoria Agnóstica. Esquecimento. Retributiva. Prescrição.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 OS CRIMES IMPRESCRITÍVEIS À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS E AS TEORIAS DA PENA	12
2.1 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.....	12
2.2 CRIMES IMPRESCRITÍVEIS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..	15
2.3 TEORIAS JUSTIFICACIONISTAS DA PENA.....	20
2.3.1 Teoria Retributiva	20
2.3.2 Teoria Preventiva	22
2.3.3 Teoria Unificadora	24
2.4 A EXPANSÃO DO SISTEMA PUNITIVO NO BRASIL E A TEORIA AGNÓSTICA DA PENA.....	26
3 DESNUNDANDO A PRESCRIÇÃO PENAL SOB A ÉDICE HISTÓRICA	30
3.1 BREVES ELUCIDAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO PENAL E O SURGIMENTO NA ATUAL LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	30
3.2 CRIME DE RACISMO E A IMPRESCRITIBILIDADE: RAZÕES HISTÓRICAS PARA A APLICAÇÃO DO INSTITUTO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA BRASILEIRA DE 1988.....	34
3.3 A IMPRESCRITIBILIDADE E A AÇÃO DE GRUPOS ARMADOS CIVIS OU MILITARES CONTRA A ORDEM CONSTITUCIONAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: JUSTIFICATIVA PARA O ELENCO CONSTITUCIONAL.....	42
3.4 A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: RAZÕES HISTÓRICAS E RECEPÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	46
4 A IMPRESCRITIBILIDADE PENAL E A ELIMINAÇÃO DE TEMPO: ÂNSIA POR VINGANÇA	52
4.1 A IMPRESCRITIBILIDADE E A RETRIBUIÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	52
4.2 A IMPRESCRITIBILIDADE E SUA DESCONTEXTUALIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA BRASILEIRA DE 1988.....	56

4.3 A IMPRESCRITIBILIDADE SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA AGNÓSTICA DA PENA	61
4.4 DIREITO À PRESCRIÇÃO E AO ESQUECIMENTO	66
5 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS.....	76

1 INTRODUÇÃO

O poder punitivo na linha do retributivismo relaciona-se com a vingança, determinando que o mal causado pelo crime deverá ser punido na mesma medida. Assim sendo, torna-se possível vislumbrar que cada vez mais o direito penal afasta-se das garantias e direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, inerentes a toda e qualquer pessoa para dar lugar a retribuição.

Destarte, o alcance do poder punitivo tende a se ampliar, de forma desprovida de fundamentos, possuindo como resultado uma aplicação na prática deficiente e violadora de direitos. Questiona-se, nesse sentido, a eliminação de tempo para punição, o denominado instituto da imprescritibilidade, que elimina a prescrição em determinados tipos de crime, tornando os sujeitos reféns de uma pena em caráter *ad eternum*.

O objetivo do presente trabalho monográfico é, portanto, demonstrar o poder punitivo do Estado caracterizado através dos crimes imprescritíveis, sob a premissa da teoria agnóstica da pena. Desta forma, necessário se faz estudar as razões históricas, jurídicas e formais para atribuição de tais crimes na Constituição Federal Brasileira e verificar se encontram respaldo no ordenamento jurídico, bem como suas consequências individuais e sociais.

Para cumprir com o objetivo proposto a monografia se dividirá em três capítulos. No primeiro capítulo serão analisados os direitos fundamentais e direitos humanos assegurados aos indivíduos indiciados ou acusados penalmente, bem como, serão estudadas as teorias justificacionistas da pena e sua previsão na legislação penal brasileira e sua consequente expansão punitiva.

No capítulo segundo será exposto o contexto-histórico, a origem, o conceito e os fundamentos da prescrição, ressaltando os efeitos da imprescritibilidade e, analisando cada crime em que esse caráter foi atribuído no ordenamento jurídico brasileiro.

No último capítulo pesquisar-se-á sobre a imprescritibilidade e a eliminação de tempo, sob o viés retributivo, além das razões para a imprescritibilidade dos delitos sob o ponto de vista da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, bem como a imprescritibilidade sobre a perspectiva de

negação da pena e, ainda, os motivos para eliminação de tempo para punição atribuídos aos crimes imprescritíveis.

Assim sendo, a relevância da pesquisa está em expor a ânsia por castigo que se constitui de forma desenfreada atualmente no sistema punitivo, e sua possível correlação com a imprescritibilidade penal, já que com relação aos crimes em que lhe é atribuído essa natureza não apenas se nega o tempo para punição, como também afeta o alcance da aplicação da justiça penal. Desta forma, lançar-se-á reflexões sobre a punição na ótica constitucional, repensando a ideia de pena, baseada em pressupostos da teoria agnóstica da pena.

A metodologia de pesquisa a ser utilizada em todos os capítulos será a dedutiva, em pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal, utilizando de livros, revistas científicas, jurisprudência e legislação.

Por fim, faz-se necessário um exame da temática ora apresentada, uma vez que a imprescritibilidade aniquila não somente o tempo para punição, como também todas as possíveis formas de extinção da pretensão punitiva por meio de ação penal, dando mais importância ao clamor social e a vontade estatal. Portanto, imperioso esmiuçar as questões para captar os motivos da aplicação do instituto, propondo um debate múltiplo, sob a perspectiva legal, ética e filosófica do assunto.

2 OS CRIMES IMPRESCRITÍVEIS À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS E AS TEORIAS DA PENA

O Brasil atualmente adota em seu elenco normativo alguns crimes como imprescritíveis, sendo previstos na Constituição da República Federativa Brasileira, os crimes de racismo (art. 5º, XLII, da CF/88) e, associação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, da CF/88). Bem como os crimes de genocídio, de guerra, de agressão, contra a humanidade, previstos em legislação esparsa, inseridos pela ratificação do Estatuto de Roma no Brasil, através do Decreto-lei 4.388, de 2002, que os positivou no ordenamento jurídico interno.

Destarte, o objetivo do capítulo será expor as garantias da justiça penal, a fim de identificar se a imprescritibilidade possui escopo no ordenamento jurídico brasileiro em consonância com os direitos fundamentais e humanos e, as teorias da pena.

2.1 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988, desde sua criação adota o garantismo, ou seja, preocupa-se em concretizar o Estado Democrático de Direito, não se atendo tão somente em punir, tampouco vigiar. Tal característica encontra-se protegida pela natureza jurídica constitucional, consolidada através de garantias fundamentais e cláusulas pétreas, as quais jamais poderão ser retiradas do ordenamento jurídico brasileiro enquanto perdurarem na Magna Carta, a exemplo tem-se o princípio da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV) e o princípio da presunção de inocência (art. 5º LVII) (MOREIRA; FRÓES, 2013, p. 225).

Desta forma, o sistema garantista visa assegurar aos indiciados penalmente ou acusados que sejam resguardos os direitos e garantias constitucionais penais previstos em sede de Carta Magna. Uma vez que a efetividade da sanção no âmbito penal não advém da intensidade da punição que se aplica, todavia, em tese, da execução da pena imposta.

Outrossim, pode se dizer que o Estado Democrático de Direito e o garantismo constitucional penal asseguram que o Poder Estatal não ultrapasse os limites ao impor sanções ao indiciado ou acusado, conforme palavras do professor Salo de Carvalho: "[...] a teoria do garantismo penal pressupõe o direito como única alternativa à violência dos delitos e das penas, cuja a existência apenas se justifica como mecanismo de tutela do indivíduo contra as formas públicas e privadas de vingança" (CARVALHO, 2004, p. 20).

Entretanto, torna possível vislumbrar que cada vez mais o Direito Penal vem adotando a ideologia da teoria do inimigo, da qual o Estado passa a enxergar o criminoso como um inimigo social, opondo a esse a aplicação do Estado de Democrático de Direito, bem como do garantismo constitucional.

Nesse contexto, o Poder Estatal deixa de ver o indivíduo como um cidadão, concebendo-o pura e simplesmente como um malfeitor, como aquele que fez ou gerou caos na estrutura social, distinguindo os bons e os maus indivíduos que habitam na sociedade, tratando-os como se não mais dela fizessem parte, demonstrada tamanha insatisfação, não há limites para punição.

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a idéia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do *hostis*, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito (ZAFFARONI, 2007, p. 18).

Outra ideologia apresentada nesse campo seria a Defesa Social, em que o Estado possui como principal característica a defesa da sociedade, da qual o criminoso não mais faz parte. Tal visão por vezes causa medo excessivo, ao invés de tranquilizar os indivíduos que nela convivem, devido ao fato da política punitiva ser aplicada de modo exacerbado, não havendo também limitadores para aplicação da política punitivista, conforme transcrição:

O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade. Mas ele se encontra então recomposto com elementos tão fortes, que se torna quase mais temível. O malfeitor foi arrancado a uma ameaça, por natureza, excessiva, mas é exposto a uma pena que não se vê o que pudesse limitar. Volta de um terrível super-poder. E necessidade de colocar um princípio de moderação de castigo (FOUCAULT, 1997, p. 83).

De tal forma, não mais o Estado estaria se atendo a aplicar uma sanção ao indivíduo, mas pura e simplesmente vingando-se, de modo a castigar a pessoa da maneira mais bruta possível, impossibilitando sua reinserção no convívio social e negando a cidadania a ele concebida a partir de seu nascimento.

Destarte, esquecer-se-ia o Poder Público de que o indivíduo também é um cidadão, deixando sobrepôr a ânsia pela punição sobre o modelo de garantismo penal previsto constitucionalmente, através de princípios e garantias fundamentais. Este, inclusive, se traduz como uma limitação do poder de punir frente a observância das garantias e direitos dos cidadãos. Desta feita, entende-se o garantismo como um:

[...] sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos do cidadão. É conseqüentemente, "garantista" todo o sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

Neste ínterim, o garantismo constitucional penal é uma forma de aplicar a razão, bem como a garantia dos direitos individuais do cidadão, tutelando a defesa do indivíduo que sofre sanções penais.

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade a intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a "defesa social" acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privado (CARVALHO, 2004, p. 19).

Ademais, orienta o autor que "os direitos fundamentais – direitos humanos – constitucionalizados adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas" (CARVALHO, 2004, p. 19).

Neste diapasão, cumpre salientar que a imprescritibilidade, em contraposição, denota o anseio por vingança do Estado, conforme refere-se a autora Mara Regina Trippo ao falar sobre algumas leis que privilegiam a reabilitação e a reinserção do condenado, bem como a reparação do dano social e da vítima, traz:

Em sentido oposto, os impulsos de expansão do direito de punir ecoaram no constituinte, pois fez ressurgir a imprescritibilidade, que não se via no Direito brasileiro há muito tempo [...] evidenciando o poder (e terrorismo) estatal por meio da punição (TRIPPO, 2004, p. 22).

Outrossim, os crimes imprescritíveis, tais quais: o crime de racismo (art. 5º, XLII, da CF/88), associação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, da CF/88), os crimes de genocídio, de guerra, de agressão, contra a humanidade, de competência do Tribunal Penal Internacional, positivados pelo Estatuto de Roma (Decreto-lei 4.388, de 2002), deixam de garantir tal instituto e acabam por infringir ao cidadão a garantia do Estado Democrático de Direito, ou seja, as garantias constitucionais.

Deste modo, há autores que entendem que, independente da natureza ou gravidade do crime, todos os delitos deveriam prescrever, por constituir uma garantia jurídico penal, já que com o decurso de tempo perdem-se os fundamentos para aplicação de punição. Neste viés, impende destacar o entendimento:

O tempo que passa vai alterando os fatos e com estes as relações jurídicas que neles se apóiam. E o Direito, com seu senso realista, não pode deixar de atender a essa natural transmutação das coisas. A indignação pública e o sentimento de insegurança que o crime gerou amortecem com o decorrer dos anos, do mesmo modo que atenua a revolta e exigência de justiça dos ofendidos. Assim também, com o tempo, vai-se mudando o réu em outro homem, esquece ou deforma a imagem do seu crime, e a pena, quer como instrumento de expiação, quer como instrumento de emenda, já não encontrará o mesmo sujeito como saiu, com sua culpa, da prática do delito, para nele aplicar-se com eficácia e justiça. Perde a pena o seu fundamento e os seus fins, e assim se esgotam os motivos que tinha o Estado para a punição (BRUNO, 1978, p. 211).

No mais, insta observar, que a prescrição penal passou a qualificar-se não, tão somente, a um desinteresse do Estado em punir, mas uma garantia de todo e qualquer cidadão indiciado ou acusado penalmente.

2.2 CRIMES IMPRESCRITÍVEIS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como já exposto a Constituição, por derradeiro, atribuiu aos crimes de racismo e a associação de grupos armados, o caráter da imprescritibilidade, justificando-se através do contexto-histórico desses crimes, o qual será objeto de análise no próximo capítulo.

A priori, é mister salientar que a Reforma Penal de 1984 conferiu o princípio da prescritibilidade de todos os delitos, sem estabelecer exceções. Ocorre que o legislador constituinte de 1988 elencou os casos previstos no art. 5º, incisos XLII e XLIV, estabelecendo que nestes o lapso temporal não extingue o *ius puniendi* do Estado.

Nesse sentido, em 1984, foi promovida uma grande reforma que, entre as mudanças, trouxe o Princípio da Prescritibilidade de todos os delitos. Essa regra somente foi excepcionada em 1988, com a Constituição Federal, que restringiu a regra da imprescritibilidade apenas aos crimes de racismo e de ação de grupos armados, sendo esse rol ampliado pelo Estatuto de Roma (PILONI, 2013, p. 1).

Além disso, é válido mencionar uma aparente contradição entre o elenco constitucional dos crimes imprescritíveis e a Emenda Constitucional 45, uma vez que esta assegura uma duração razoável ao processo, enquanto o instituto acaba por evidenciar a inércia do Estado, conforme:

Aparentemente em linha oposta, a Constituição Federal recebeu a Emenda n. 45, publicada em dezembro de 2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º, ao dispor que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A partir daí, traçando-se um paralelo entre os institutos da imprescritibilidade e da razoável duração do processo, é que se pode sugerir a aparente contradição. Em verdade há um momento em que a prescrição acaba por forçar o prazo razoável do processo, pois, se inexistentes ou dilatados demais os prazos prescricionais, o Estado acabaria por ser ainda mais inerte. Porque o tempo é o fator determinante, a morosidade estaria implantada como regra. No entanto, é sabida a diferença entre “prazo razoável” e “prazo prescricional” (BRETAS apud EBERHARDT, 2008, p. 43).

Desta forma, a maior parte dos estudiosos do direito penal se posiciona contra os crimes imprescritíveis criados pelo constituinte, já que colide com o direito penal moderno. Segue transcrição:

As previsões de imprescritibilidade da Carta Magna de 1988 soam como acordes dissonantes aos juristas brasileiros, tendo sido argumentado não caber no direito penal moderno a imprescritibilidade; as normas constitucionais contrariam a doutrina que prega a prescritibilidade em todos os ilícitos penais e a orientação contemporânea do moderno Direito Penal Liberal (SANTOS, 2001, p. 153).

Após a breve análise conceitual do instituto, cumpre salientar que ainda perfazem alguns vícios a respeito da abrangência e definição no ordenamento constitucional.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 5º, inc. XLII, que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (BRASIL, 2014), todavia, não se delimitou sentido, definição ou conceito da expressão "prática de racismo", destarte, o dispositivo ficou sujeito a todo tipo de interpretação.

Contudo, em atenção a carência do artigo, sobreveio em 1989, a Lei n. 7.716 a fim de delimitar tais práticas, ainda, alterada pelas Leis ns. 8.081/90 e 9.459/97, que apesar de não tratarem da nomenclatura "racismo", estabeleceram, de modo geral, ser crime a discriminação, preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, deixando ainda a desejar no que se refere ao alcance da questão.

Além do que o sistema penal brasileiro ao atribuir o racismo como crime imprescritível, torna eterno o poder punitivo com relação a esse delito, do ponto de vista social, causando certa instabilidade, visto que ainda que perdurem décadas e o crime já tenha sido esquecido pela sociedade, o sujeito poderá ser condenado criminalmente, ignorando, desta forma, a existência de delitos de natureza tão ou mais graves do que o mencionado, que não se admitem tal instituto, conforme elencado:

Confrontadas as sanções em termos quantitativos e qualitativos, conclui-se que ilícitos raciais não se incluem entre os mais graves do sistema brasileiro. Foram abaladas a lógica e a credibilidade desse sistema quando se respondeu à prática de racismo com a perenização do *ius puniendi* e a outros delitos mais graves com a transitoriedade. Será assim, senso mediano, entre os brasileiros, considerar o racista menos perigoso do que o latrocida, de modo que o sistema constitucional, paradoxalmente, se afastou da autodefinição da nossa sociedade (TRIPPO, 2004, p. 82).

Por sua vez, como já exposto, a Magna Carta também define no art. 5º, inc. XLIV, que "constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático" (BRASIL, 2014), pariforme ao crime de racismo, foi previsto inerte quanto à descrição da delimitação e definições à que se refere.

Portanto, o dispositivo também carece de demarcações, já que a Lei 7.170/83 que — define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências — tampouco faz menção a imprescritibilidade e a inafiançabilidade previstas na Constituição. Nesse ínterim, o texto verbal supramencionado paira na inutilidade, sob esse raciocínio:

Contudo, antes mesmo da necessária e da esperada descrição das condutas típicas, um eventual esforço legislativo já contará com a decretação de imprescritibilidade dos delitos. Tendo em conta apenas esse aspecto, que demonstra uma clara despreocupação do legislador complementar, cristalina é a inutilidade da norma que determina a perseguição eterna pelo cometimento de delito que sequer tem descrição típica definida (EBERHARDT, 2008, p. 52).

Destarte, além disso, o dispositivo em tela pode ser considerado apenas de natureza emblemática, uma vez que é pouco provável que o autor desse tipo de delito, o qual delimita como primordial objetivo aniquilar o Estado, se importe com o caráter da imprescritível da pena. Neste sentido, "o malfadado Estado não teria autoridade moral para reprimir a violência da contestação política" (FRAGOSO apud TRIPPO, 2004, p. 87).

Pode-se concluir que, assim como no crime de racismo, a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, ambos previstos constitucionalmente, apesar de possuírem leis que os tipifiquem, restaram ausentes de delimitação e extensão específica principalmente no que se refere a atribuição da imprescritibilidade penal a tais delitos.

Observa-se, pois, a insuficiência das normas constitucionais, quedando-se de limitação, permanecendo vagas quanto a sua descrição na Constituição Federal, baseando-se, apenas, no direito de punir *ad eternum* como principal característica.

No mais, pode verificar-se então a morosidade dos dispositivos, aos quais é atribuída a natureza da imprescritibilidade, tendo em vista a ausência de definição do alcance e da própria natureza em ambos. Isto posto, passa-se a expor os crimes imprescritíveis previstos em legislação infraconstitucional.

O ordenamento jurídico brasileiro também estatui como crimes imprescritíveis, aqueles de competência da Corte Penal Internacional, os quais são: crime de genocídio, contra a humanidade, de guerra e, de agressão, previstos no

art. 5º c/c art. 29, ambos do Decreto-lei 4.388/02, o qual promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Apesar disso, a questão do caráter imprescritível do instituto ainda é alvo de discussão, levando-se em consideração que apesar do Brasil promulgar o Estatuto, atribuindo a imprescritibilidade de alguns delitos, não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968, deste modo, restando divergências acerca do acolhimento do diploma legal internacional no ordenamento jurídico brasileiro atualmente.

Além disso, o Estatuto de Roma ainda depende de implementação no ordenamento jurídico brasileiro, o que consiste em medidas a fim de satisfazer as regras previstas em tratado internacional. Neste sentido:

A implementação consiste em um processo de natureza jurídico-política que compreende a totalidade de medidas internas que devem ser tomadas para garantir que os Estados que se comprometeram com determinado organismo ou ator internacional, mediante a subscrição e subsequente ratificação de tratado internacional, estejam aptos a cumprir as regras nele estabelecidas e a cooperar com a consecução dos seus fins (SILVA, 2009, p. 381).

Assim, ainda que já tenha se dado início a implementação do Estatuto no Brasil, restam alguns passos até que entre em vigor, não podendo, desta forma, ser considerada integralmente a natureza da imprescritibilidade ora prevista.

Os trabalhos dirigidos à implementação começaram pouco tempo depois da ratificação do Estatuto pelo Brasil, em 2002. No ano de 2004 foi criado um grupo de trabalho (formado por representantes do governo e da sociedade civil) para elaborar e discutir o projeto de lei de implementação, bem como para resolver eventuais questões que estivessem em conflito com a Constituição Federal. Em 23 de setembro de 2008, o projeto foi submetido à Câmara dos Deputados e, após aprovação nesta casa, deverá, ainda, ser remetido ao Senado Federal (SILVA, 2009, p. 391).

O Projeto de Lei a que se refere o autor possui o n. 4038/2008 — Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências — foi devidamente apensado, em setembro de 2008, ao Projeto de Lei n. 301/2007 que trata da mesma questão, e,

atualmente encontra-se sujeito a apreciação do Plenário (BRASIL, 2014).¹ Desta feita, configura mais um impasse para a admissão da imprescritibilidade de tais delitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Por derradeiro, tanto em relação as normas constitucionais, quanto a norma infraconstitucional, vislumbrou-se que além da existência de obstáculos de caráter humanitário e garantista, ambas possuem objeções de cunho formal, seja pela falta de definição da tipificação legal, seja pela recepção no ordenamento normativo brasileiro.

Feito isto, cumpre agora examinar o instituto da imprescritibilidade sob a ótica das funções da pena e da punição em si, no âmbito do Estado de Direito.

2.3 TEORIAS JUSTIFICACIONISTAS DA PENA

As teorias justificacionistas da pena baseiam-se no sentido racionalizar as punições, sob a perspectiva de ideologias do *ius puniendi*. Deste modo, cada qual embasando-se em argumentos próprios, que consideram adequados para legitimar o direito de punir do Estado, apresentam suas pretensões punitivas, baseadas em concepções filosóficas.

2.3.1 Teoria Retributiva

A teoria retributiva, também chamada de absoluta, preza pela reintegração da ordem jurídica violada, compensando de maneira "justa", o mal injusto cometido pelo indivíduo, almejando alcançar a plenitude do direito.

Portanto, as teorias absolutas se fundam na sanção penal como ideal de justiça, pune-se o infrator por ter cometido o crime, pune por ter pecado (*punitur quia*

¹ Com base em consulta de tramitação do PL n. 4038/2008 da Câmara dos Deputados, assinado por Paulo Vannuchi, Tarso Genro, Celso Amorim e José Antonio Dias Toffoli, Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410747>> Acesso em: 24 set. 2014.

Com base também em consulta de tramitação do PL n. 301/2007, da Câmara dos Deputados, assinado por Dr. Rosinha, Deputado Federal, Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343615&ord=1>> Acesso em: 24 set. 2014.

peccatum est) (TASSE, 2004, p. 66), deste modo, “negam elas fins utilitários à pena, que se explica plenamente pela retribuição jurídica” (NORONHA, 2004, p. 225).

Neste sentido, a pena para essa corrente se baseia em uma ideologia de justiça divina que atribui ao Estado a qualidade de ser celestial supremo na terra, desta forma, contextualizada de maneira puramente filosófica, conforme segue transcrição:

O fundamento ideológico das teorias absolutas da pena baseia-se no reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e como conjunto de ideias morais, na fé, na capacidade do homem de se autodeterminar e na ideia da missão do Estado perante os cidadãos deve limitar-se à proteção da liberdade individual. Nas teorias absolutas coexistem, portanto, ideias liberais, individualistas e idealistas. Em verdade, nesta proposição retribucionista da pena está subentendido um fundo filosófico, sobretudo de ordem ética, que transcende as fronteiras terrenas pretendendo aproximar-se do divino (BITENCOURT, 2012, p. 132-133).

Essa teoria é sustentada prioritariamente pelas concepções filosóficas de Immanuel Kant e Friedrich Hegel. Admitindo que a pena encontre em si seus motivos ou justificações.

Kant admite a concepção de que a pena é um fim em si mesmo, não podendo utilizar-se como meio de concessões de benesses ao criminoso, uma vez que categoricamente, deriva da violação de uma norma jurídica, desta forma, admite que o indivíduo deverá ser punido com o mesmo mal que provocou, elencando que o igual deverá ser pago com o igual, por derradeiro, exemplifica com o crime de homicídio, expondo que não haverá pena condizente com o assassinato, crime mais grave previsto no ordenamento jurídico, pois não haverá substituto que satisfaça a justiça, tampouco similaridade entre a vida e a morte, portanto, o indivíduo que mata em sua concepção deverá morrer (KANT, 2008, p. 174-176).

Deste modo, o autor do delito deverá sofrer uma pena proporcional ao seu ato, ou seja, ao delinquente deve ser retribuído o mal que ele causou, assim estabelece Miguel Reale acerca do critério da retribuição: “[...] quem infringe a lei penal não deve sofrer pena desproporcional a gravidade de seu ato” (REALE, 2002, p. 124).

Já Hegel atribui que pena seria uma maneira de neutralizar o caos causado pelo delito, transformando a retribuição moral em jurídica, deste modo, reafirmando a pena e, encontrando razões que façam dela legítima (BRUNO, 1978,

p. 40-41). Assim sendo, o autor atribui a essência da pena como negação do direito, significando a aniquilação e a negação do crime pelo sofrimento da pena, que de certa forma restabelece o direito negado (ROXIN, 2004, p. 17).

Em contradição, a teoria retributiva, pela maior parte dos autores, é vista como algo que não vem ao encontro de uma solução do caso, mas tão somente, uma justiça vingativa que tem como principal característica a punição do indivíduo. "A teoria retributiva encontra sua correspondência nas autopunições inconscientes que encontramos nos neuróticos" (BARATA, 2011, p. 51).

Nesse sentido, a teoria ora discutida, pode ser vista como falha em diversos aspectos, sendo que o principal deles seria a imposição de limites, já que com a adoção da mesma, o Poder Punitivo do Estado seria motivo de calamidade pública. Nesse aspecto:

A teoria da retribuição, portanto, não explica em absoluto quando se tem de punir, mas apenas refere: "Se impuserdes — sejam quais forem os critérios — uma pena, com ela tereis de retribuir um crime". Fica por resolver a questão decisiva de saber sob que pressupostos a culpa humana autoriza o Estado a castigar. Deste modo, a teoria da retribuição fracassa perante a tarefa de estabelecer um limite, quanto ao conteúdo, ao poder punitivo do Estado. Ela não impede que se inclua no Código Penal qualquer conduta, e que, caso se verifiquem os critérios gerais de imputação, tal conduta seja efectivamente punida; concede, de certo modo, um cheque em branco ao legislador. Assim se explica também a sua utilização, que perdurou sem qualquer alteração constitucional desde o absolutismo até hoje, e que revela sob este ponto de vista não apenas uma debilidade teórica mas também um perigo prático (ROXIN, 2004, p. 17-18).

Ademais, acerca da teoria o questionamento a ser feito seria se esta garante direitos aos indivíduos em ambos os pólos ou, somente, anseia pela punição? Através do Estudo ora apresentado, é possível responder de pronto que essa esquece que todo ser humano está sujeito a erros e, mesmo aquele cidadão que comete falhas merece o respeito e a seguridade do Estado Democrático de Direito.

2.3.2 Teoria Preventiva

A teoria preventiva ou relativa, diferente da teoria retributiva, visa a segurança social, de modo geral, buscando justamente prevenir que futuros delitos ocorram. A justiça, neste caso, seria usada como meio regulador, possuindo como

finalidade a defesa da sociedade, a fim de resguardar os bens jurídicos considerados essenciais para se manter a convivência.

Deste modo, o crime, portanto, por ser um problema social, consiste em uma afronta a comunidade, através dela buscando a resolução, em prol de cada cidadão, como uma forma de protegê-los.

O crime não é um tumor nem uma epidemia, senão um doloroso "problema" interpessoal e comunitário. Uma realidade próxima, cotidiana, quase doméstica: um problema "da" sociedade, que nasce "na" comunidade e que deve ser resolvido "pela" comunidade. Um "problema social", em suma, com tudo que tal caracterização implica função de seu diagnóstico e tratamento (GARCIA-PLABOS DE MOLINA, 2002, p. 395).

Assim, descreve o professor Luiz Flávio Gomes sobre o assunto que o bem jurídico a ser tutelado por essa teoria nos tempos atuais seria a segurança, impossibilitando que os cidadãos ultrapassem seus limites e cometam crimes contra a própria comunidade.

O Direito tem que intervir antes, para prevenir lesões. A igualdade foi um dos bens jurídicos mais almejados no tempo da sociedade industrial. Hoje, na sociedade de riscos, é a segurança, é a atuação rápida para prevenir danos (GOMES, 2006, p. 37).

Acerca desta teoria Luigi Ferrajoli afirma que existem quatro tipos de doutrinas relativas, com quatro diferentes finalidades preventivas, conforme segue transcrição:

aa) doutrina da prevenção especial positiva ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; ab) doutrinas da prevenção especial negativa ou da incapacitação, que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu; ba) doutrinas da prevenção geral positiva ou da integração, que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída; bb) doutrinas da prevenção geral negativa ou da intimidação, que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo da ameaça que a mesma constitui (FERRAJOLI, 2002, p. 212-213).

No mais, em sentido restrito, alguns doutrinadores subdividem em duas correntes a prevenção geral pela intimidação social, de modo a abranger a coletividade e a especial (particular) que age diretamente no próprio criminoso.

Deste modo, cumpre salientar que "o destinatário da prevenção geral é o coletivo social, enquanto o destinatário da prevenção especial é aquele que delinuiu" (BITENCOURT, 2004, p. 140-141). Assim sendo, enquanto a primeira busca impedir que a sociedade pratique novos delitos, a segunda está focada na repressão ao indivíduo.

Contudo, a teoria da prevenção geral apresenta defeitos, assim como outras teorias justificacionistas, tendo em vista que vê o cidadão como um conhecedor do direito, o que raramente é o que acontece, ainda, partindo da premissa que a maior parte das pessoas não leva em consideração o direito na prática de seus atos.

O defeito fundamental da teoria da prevenção geral, como intimidação através da pena, é que vincula este defeito exclusivamente ao Direito penal. Essa Teoria — como também outras teorias jurídico-penais — vê a cominação penal e a execução da pena como fenômenos isolados que tem que assegurar o bom comportamento jurídico por sua própria competência e sua própria força. Já demonstrou que esta força não é suficiente e que é permanentemente impedida ou enfraquecida por fenômenos sociais ou individuais [...] esta só se pode fundamentar se se deixam de lado as explicações jurídicas, ou pelo menos se se adicionam outras explicações que são muito mais importantes e decisivas no desencadeamento do efeito preventivo (MUÑOZ CONDE; HASSEMER, 2008, p. 247).

Já a prevenção especial, apesar de ser mais bem aceita pelos doutrinadores, ainda é alvo de críticas, por apresentar, em sua forma negativa, premissa inconstitucional e pela impossibilidade de sua aplicação ampla e, em sua forma positiva por considerar programas de ressocialização no Brasil falhos.

2.3.3 Teoria Unificadora

Este grupo de teorias pode ser denominado como teoria mista, eclética ou unificadora da pena. Realizou-se a junção das teorias retributiva e preventivas, uma vez que não poderiam ser aceitas em sua integralidade, buscando, portanto, absolver os aspectos positivos de cada uma, superando seus entraves, para que assim, fosse possível unificá-las.

A teoria mista entende que as demais teorias (retributiva, preventiva geral e preventiva especial) são pontos distintos de um mesmo e dificultoso instituto, no caso a pena. Assim sendo, criticam as soluções monistas, ou seja, as teses que

sustentam as teorias absolutas e relativas, buscando, desta forma, a unidimensionalidade e a pluralidade funcional (BITENCOURT, 2012, p. 153).

A corroborar com o exposto, o autor Francisco Muñoz Conde, partilha da idéia de que a teoria seria um meio de conciliar ambos os aspectos, retributivo e preventivo, tornando-se as duas conexas entre si.

Tras estas, aparentemente irreconciliables, posiciones se defiende actualmente una postura intermedia que intenta conciliar ambos extremos, partiendo de la idea de retribución como base, pero añadiéndole también el cumplimiento de fines preventivos, tanto generales como especiales. (MUÑOZ CONDE, 2001, p.72).²

Por assim dizer, em um primeiro momento a pena deverá ter a função de proteger os bens jurídicos, usado como meio de coibir delitos, já em uma segunda linha a função será a determinação judicial, onde o juiz deverá individualizar a pena conforme as características do delito e do autor, ou seja, pretende-se as finalidades sociais preventivas, deste modo, busca-se o alcance de uma pena justa e proporcional (BIANCHI, 2012, p. 23).

Ocorre que, esta teoria, também apresenta imprecisões, já que acaba por banalizar conceitos como o da *ultima ratio* (última alternativa), inserido no principio da intervenção mínima do Estado, uma vez que, deste modo, estaria servindo como mecanismo de controle social.

Essa concepção unificadora quebraria a ideia de que o Direito Penal deve ser utilizado como *ultima ratio*. Argumenta-se ainda, contra a teoria unificadora, a impossibilidade de se misturar uma teoria que nega fins à pena (retributiva) com outras que atribuem fins a ela (preventivas) (SHECAIRA; CORRÊA JR, 2002, p. 134).

Entretanto, essa teoria ainda é a utilizada pelo conjunto normativo brasileiro desde a Reforma Penal de 1984, podendo ser exemplificada pelo art. 59 do Código Penal Brasileiro, que dispõe “[...] conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]” (ABDALA, 2012, p. 501).

Sob esse aspecto Rogério Greco assegura que o dispositivo "conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo, assim, com que, se

² Tradução livre: Seguindo essas posições aparentemente irreconciliáveis atualmente defende um meio termo que tenta conciliar os dois extremos, com base na ideia da retribuição como base, mas também a adição de conformidade com fins preventivos, gerais e especiais.

unifiquem as teorias absoluta e relativa, que se pautam, respectivamente pelos critérios da retribuição e da prevenção” (2014, p. 483).

No mais, apesar da teoria unificadora tentar absorver o que há de melhor nas teorias apresentadas, com objetivo de sanar seus defeitos, essa junção está fadada ao fracasso, uma vez que a simples adição acaba por destruir as lógicas das teorias retributiva e preventiva e aumentar seu âmbito de aplicação. Isso se deve ao fato de que as teorias não se suprimem em absoluto entre si, todavia, se multiplicam, o que gera um problema grave ao Estado de Direito (ROXIN, 2004, p. 26).

2.4 A EXPANSÃO DO SISTEMA PUNITIVO NO BRASIL E A TEORIA AGNÓSTICA DA PENA

Antes de adentrar ao assunto, imperioso trazer à baila o entendimento de Salo de Carvalho, o qual explica que de acordo com a teoria agnóstica, a pena não encontra alicerce no direito, arrisca dizer que oposto a isso simboliza negação jurídica. Compara, desta forma, a pena com a guerra, que distribui violência e imposição incontrolada de dor. Assim sendo, configura caráter incontrolável, desmesurado, desproporcional e desregulado nas sociedades democráticas. (2013, p. 267).

Isso, se deve ao fato do direito penal desconhecer todas as funções da pena, tomando ciência somente daquelas à ele inerentes por teorias positivas, acredita-se assim que tais teorias, deste modo, seriam falsas ou não-generalizáveis, concluindo-se que a própria conceituação de pena delimitaria o direito penal em um universo diverso de suas funções (SILVA, 2013, p. 18).

Assim sendo, pode-se vislumbrar que o sistema penal foi criado para criminalizar a população, independe de credo, cor, classe, que cometesse qualquer tipo ilícito penal, mas nos tempos atuais, insta observar uma certa arbitrariedade pelos órgãos executores, e, uma corrente neutralidade no que se refere as classes elitizadas, deixando de lado o dever de tratamento igualitário aos cidadãos, motivo pelo qual doutrinadores afirmam a crise do sistema penal, todavia, o que se observa na prática é uma evidente falha. Neste sentido:

Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse por diversas vezes criminalizado. [...] o sistema penal é um verdadeiro embuste: pretende dispor de um poder que não possui, ocultando o verdadeiro poder que exerce. Além do mais, se o sistema penal tivesse realmente o poder criminalizante programado, provocaria uma catástrofe social. [...] Os órgãos executivos têm "espaço legal" para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem (ZAFFARONI, 2001, p. 26-27).

Em consonância ao aludido, Juarez Cirino dos Santos, admite-se que a punição atualmente é administrada conforme a classe social do autor do crime, portanto, a elite torna-se imune a pena:

O processo de criminalização, nos componentes de produção e de aplicação de normas penais, protege seletivamente os interesses das classes dominantes, pré-seleciona os indivíduos estigmatizáveis distribuídos pelas classes e categorias sociais subalternas e, portanto administra a punição pela posição de classe do autor, a variável independente que determina a imunidade das elites de poder econômico e político e a repressão das massas miserabilizadas e sem poder das periferias urbanas, especialmente as camadas marginalizadas do mercado de trabalho, complementada pelas variáveis intervenientes da posição precária no mercado de trabalho e da subsocialização — fenômeno definido como administração diferencial da criminalidade (2008, p. 126).

Assim sendo, devido as falhas atualmente encontradas no sistema penal, seria preciso incorporar limites a pena, visto que possui caráter desproporcional e arcaico, uma vez que a pena não limita o cidadão ao cometimento de delitos, em contrapartida, acaba inserindo ele no universo do crime, já que a própria por vezes exclui o indivíduo do convívio social por tempo indeterminado, sendo que certamente constituirá óbice a suas relações pessoais e profissionais posteriormente.

A pena entendida como um fenômeno da política não encontrará qualquer fundamentação nem sustentação no direito, pois, esta simbolizara a própria negativa do direito. A pena se constituirá por meio da imposição desmedida de força, causando dores e sofrimento e da maximização da violência por parte do Estado. No âmbito de um Estado Democrático de Direito esse caráter desproporcional e imensurável requererá limites (CARVALHO, 2013, p. 267).

Desta forma, nada mais justo que a aplicação de uma teoria agnóstica/negativa da pena, a qual traduz a idéia de contestação à todas as teorias positivistas da pena criminal, já que admite o fracasso inerente essas teorias. Tendo

como um de seus principais precursores Eugenio Raúl Zaffaroni, o qual reconhece como mais adequada, neste sentido:

Não se transpõe este atoleiro com uma nova teoria punitiva, mas sim apelando para uma teoria negativa ou agnóstica da pena: deve-se ensaiar uma construção que surja do fracasso de todas as teorias positivas (por serem falsas ou não generalizáveis) em torno de funções manifestas. Adotando-se uma teoria negativa, é possível delimitar o horizonte do direito penal sem que seu recorte provoque a legitimação dos elementos do estado de polícia próprios do poder punitivo que lhe toca limitar. A questão é como obter um conceito de pena sem apelar para as suas funções manifestas. A este respeito não é tampouco viável a tentativa de fazê-lo através de suas funções latentes, porque estas são múltiplas e nós não as conhecemos em sua totalidade (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 98).

A teoria, ora destrinchada, tem como seus principais objetivos proporcionar uma maior segurança jurídica, mediante uma ampliação do Estado de Direito e, certamente diminuição do Estado de Polícia, segue ponto de vista:

Analisando a teoria negativa/agnóstica da pena do ponto de vista político-criminal, podemos dizer que esta tem como objetivo aumentar a segurança jurídica para um maior número de indivíduos na sociedade, mediante aumento do estado de direito e a conseqüente redução do estado de polícia (MATA, 2008, p. 44).

Fazendo-se mister enaltecer, por conseguinte, que "o verdadeiro inimigo do direito penal é o Estado de polícia que, por sua essência não pode deixar de buscar o absolutismo" (ZAFFARONI, 2007, p. 175), isso, pois a aplicação desse Estado se dá de maneira incontrolável, conseqüentemente impondo limites permeáveis ao direito, deste modo, necessário realizar um controle desse poder, a fim de reduzir os danos inerentes aos órgãos ligados a esse Estado.

A corroborar com a explanação, a teoria agnóstica da pena pode ser concebida como aquela possível de reduzir os danos causados pelas agências de punitividade sobre o viés de uma política estatal (CARVALHO, 2013, p. 235).

Desta forma, além do efeito ora exposto, o autor Salo de Carvalho elenca pontos em comum com a teoria garantista, mencionada nas primeiras reflexões, inclusive, observa-se uma unificação de ambas na prática, visto que possuem estratégias em comum, objetivam, portanto, de modo uniforme as mesmas finalidades, quais sejam:

(a) diminuição da dor e de sofrimento causados pela aplicação e execução da sanção penal; (b) reconhecimentos da pena na esfera política; e (c) tutela do pólo (processual) débil (réu/condenado) contra qualquer tipo de vingança emotiva e desproporcional (pública ou privada), constituem pautas de ações táticas de contração dos poderes das agências de punitividade (CARVALHO, 2013, p. 236).

A teoria, à vista disso, reprime também a aplicação desenfreada do *ius puniendi*, a qual se faz presente no Direito Penal Brasileiro pelo sistema misto, desde a Reforma do Código Penal em 1984, onde adotou-se que a pena deve retribuir o mal do crime e, ao mesmo tempo, figurar como mecanismo voltado para prevenção especial e geral (TRIPPO, 2004, p. 21).

Ainda, insta observar que a arbitrariedade supradita do sistema penal usada por seus órgãos executores não tem previsão legal, portanto, deve ser combatida, sendo que a melhor forma seria a utilização da teoria agnóstica da pena que possibilita a reformulação do sistema penal, possibilitando o conhecimento da pena em sua totalidade de funções, vigorando a neutralidade dos órgãos executores como uma garantia.

Destarte, a teoria agnóstica se baseia na negação da existência de fatores positivos para atribuição da pena, buscando desarmar o poder punitivo penal, levando em consideração os pontos fracassados das teorias absolutas e relativas. Assim, considerando a atual expansão punitiva, portanto, indubitável a inerência destas falhas, provenientes das teorias mencionadas, no conjunto normativo brasileiro, principalmente ao tratar da questão da imprescritibilidade penal, objeto de análise a seguir:

3 DESNUNDANDO A PRESCRIÇÃO PENAL SOB A ÉDIGE HISTÓRICA

O objetivo deste segundo capítulo será elucidar de modo extensivo as razões históricas dos institutos da prescrição e da imprescritibilidade, buscando conceber o motivo de somente determinados crimes serem considerados imprescritíveis perante o ordenamento jurídico brasileiro, expondo conceito, origem e justificativas apresentadas para sua aplicação.

3.1 BREVES ELUCIDAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO PENAL E O SURGIMENTO NA ATUAL LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No que concerne à origem da prescrição, em tempos outrora, pode-se afirmar que apesar do povo grego reconhecer prescrição, o povo romano mesmo em sua época republicana, não reconhecia o instituto, ou seja, para estes todos os crimes eram considerados imprescritíveis. No período antigo com a queda da República, bem como a evolução e civilização dos povos a prescrição foi despertada, primeiro sob o enfoque processual e após sob a perspectiva material. Neste sentido:

Em suma, nos primórdios, a imprescritibilidade vigorava solitária, porque o tempo era desconsiderado para a punição. Avançado no curso da História, durante a Antiguidade, conheceram da prescrição os povos mais evoluídos e civilizados, quando suas culturas atingiram o auge. Certo que se restringiram à prescrição da ação, vislumbrando-a, em princípio, sob o enfoque processual (melhor colheita da prova e evitar negligência dos acusados) e, após, sob a perspectiva material (presumida expiação do réu). Os crimes envolvendo estado da pessoa, os atozes e os bastante afrontosos à religião permaneceram imprescritíveis (TRIPPO, 2004, p. 34).

Assim, o Direito Romano, passou a atribuir a imprescritibilidade somente aos crimes de maior potencial ofensivo, tendo em vista que, na época, a prescrição era tida como perdão. Já em um contexto-histórico mundial o grande marco com relação a prescrição surgiu com a Revolução Francesa, deste modo, o Código Penal a Francês no ano de 1791, admitiu a prescrição da condenação, desta feita, outros países europeus também passaram a reconhecer o instituto, urge trazer à baila:

Origina-se do termo latino *praescriptio* derivada do verbo prescrever, significando um escrito posto antes. Já era conhecido no Direito Grego, mas só se tem notícia do instituto no Direito Romano, como mais antigo texto legal, a *Lex Julia de Adulteriis*, datada de 18 a.C. Para o Direito Romano os crimes de maior potencial ofensivo eram tidos por imprescritíveis, visto que a prescrição associava-se à idéia de perdão. Entretanto, a prescrição da condenação surgiu na França através do Código Penal de 1791, favorecido pela Revolução Francesa. Por volta dos séculos XVI e XVII a prescrição foi reconhecida pela Itália e pela Alemanha. Nos Códigos Penais modernos, a prescrição da ação é aceita quase sem exceção, inclusive pelo Direito Eclesiástico. A prescrição da condenação, porém, é ainda repelida por algumas legislações, como a da Inglaterra (TOURINHO; DANTAS, 1999, p. 1).

Conforme exposto, os primeiros resquícios do instituto da prescrição surgiu nos países europeus por volta de 1791, no que se refere a prescrição da condenação. Já no Brasil, a percepção da benesse em relação a pretensão punitiva, foi regulado quase um século após, com o advento do Código de Processo Criminal de 1832, segue transcrição:

O direito penal pátrio incorporou a prescrição da pretensão punitiva ("prescrição da ação") com a entrada em vigor do Código de Processo Criminal de 1832, e a prescrição da condenação pelo Decreto nº 774, de 20 de setembro de 1890, publicado menos de um mês antes do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, promulgado em 11 de outubro de 1890, por meio do Decreto nº 847 (o qual manteve o instituto nos arts. 71, §4º e 72, *caput*) (SANTOS, 2010, p. 35).

No momento presente não constitui surpresa assegurar que o ordenamento jurídico brasileiro admite tanto a Prescrição da Pretensão Punitiva, quanto a Prescrição da Pretensão Executória.

A sistemática legal do Código Penal distingue duas espécies de prescrição: a 1) prescrição da pretensão punitiva (PPP), também conhecida impropriamente como prescrição da ação penal, que ocorre antes do trânsito em julgado, devendo ter como efeito a cessação da persecução penal ou a declaração de impossibilidade de seu início; e a 2) prescrição da pretensão executória (PPE), impropriamente conhecida como prescrição da condenação ou prescrição da pena, que se dá após ao trânsito em julgado da condenação. Nesta última, o Estado perde o dever-poder de executar a sanção imposta na decisão definitiva (VIEIRA, 2010, p. 2).

No mais, explica Vanderson Roberto Vieira que a prescrição da pretensão punitiva se subdivide em três espécies expressamente previstas: 1) prescrição pela pena de prisão máxima em abstrato (art. 109, *caput*, do CP); 2) prescrição

superveniente ou intercorrente (art. 110, § 1º, do CP); e 3) prescrição retroativa (art. 110, § 2º, do CP), dispositivos alterados pela Lei 12.234/2010 (2010, p. 2).

Em regra, a prescritibilidade deveria ser adotada em todas as ações penais, com o atributo da Reforma Penal, passando a compor uma garantia dada ao indivíduo, mérito que será trabalhado subsequente. Faz-se breves ponderações:

A reforma penal, promovida pela Lei n. 7.209, de 11 de 1984, manteve as conquistas quanto à prescrição. Assegurou a prescritibilidade das ações penais quaisquer que fossem os crimes. Foi além. Ao reformular sistema das penas, eliminando as acessórias, extirpou, finalmente, a imprescritibilidade de toda e qualquer espécie de pena. As penas restritivas passaram a prescrever no mesmo prazo que as principais, que substituíam (art. 109, parágrafo único) (TRIPPO, 2004, p. 45-46).

Bastos Júnior (2006, p. 311) não vê a prescrição apenas como um instituto criado para beneficiar o réu, entretanto, além de não poder prejudicá-lo, considera a prescrição como uma matéria de ordem pública, que poderá ser decretada em qualquer fase do processo, inclusive, servindo como impedimento para propositura de ação penal ou inquérito e prosseguimento de ambos.

A prescrição, resumidamente, pode ser descrita como a perda do direito de punir do estado, explica-se sucintamente: "prescrição é, justamente, a perda da pretensão concreta de punir o criminoso ou de executar a punição, devido a inércia do Estado durante determinado período de tempo" (CAPEZ, 2011).

Diante do exposto, pode-se vislumbrar que a prescrição não constitui em impunidade ao indivíduo, condenado ou indiciado criminalmente, mas um limitador do poder do Estado, para que, desta forma, o réu não fique eternamente a mercê de uma punição, por conta da morosidade e letargia do Poder Público no âmbito penal.

Nesse contexto, a doutrina se subdivide quando trata de prescrição, em uma primeira corrente elenca-se como a "perda do direito de punir do Estado, pelo decurso do tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado" (BITENCOURT, 2012, p. 867).

Já uma segunda corrente adota a ideia de uma abdicação/renúncia ao direito de punir por parte do Estado, conforme elenca Perrone ao tratar do assunto, segue transcrição: "A questo proposito, è opportuno sottolineare la necessità che la rinuncia alla avvenuta prescrizione sia espessa, andando così ad escludere la

rilevanza di qualsiasi forma di rinuncia “tacita” o “per comportamenti concludenti” (PERRONE, 2008).³

A prescrição se dá pela vagueza do Estado, não necessariamente por um ato de vontade do próprio, portanto, para melhor elucidar José Frederico Marques, defensor também da primeira corrente, trata da seguinte forma:

Ilustres penalistas falam em renúncia ou abdicação do Estado, quando cessa seu poder punitivo pelo decurso do prazo prescricional. Essa renúncia, porém, só pode ser entendida se focalizada no momento prelegislativo da norma penal, e não no plano de sua aplicação após estar promulgada. A prescrição penal é perda do direito de punir pelo não uso da pretensão punitiva durante certo espaço de tempo. É a inércia do Estado que surge a prescrição. Atingido ou ameaçado um bem jurídico penalmente tutelado, é a prescrição uma decorrência da falta de reação contra ato lesivo ou perigoso ao delinquente. Desaparece o direito de punir porque o Estado, através de seus órgãos, não conseguiu, em tempo oportuno, exercer sua pretensão punitiva (MARQUES, 2002, p. 471-472).

Assim sendo, prescindindo o uso de qualquer das correntes, podendo-se concluir que a prescrição, independente da corrente admitida, constitui uma forma de Poder do Estado. Neste sentido, urge trazer à baila:

Para quaisquer das vertentes supra, é inquestionável que a prescrição é expressão da soberania estatal, pois o Estado, por sua própria vontade (expressa na lei), previamente aceita a possibilidade de não exercer direito do qual é titular: direito de punir (TRIPPO, 2004, p. 31).

Pois bem, conforme já visto, insta reforçar que no ordenamento jurídico brasileiro a prescrição é regra, atribuída pela Reforma Penal promovida pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, ocorre que é possível vislumbrar excepcionalidade ao instituto nos casos de crimes de racismo (art. 5º, XLII, da CF/88), ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, da CF/88) e, crimes contra a paz e a humanidade (Decreto-lei n. 4388/02). Desta feita, corrobora Christiano Jorge Santos:

Atualmente, a prescritibilidade é regra no Brasil, excepcionada apenas pelas previsões do art. 5º, XLII e XLIV, da Constituição Federal de 1988 e pelos tratados e convenções que mencionam, incorporados ao nosso

³ Tradução livre: A respeito disso, é oportuno enfatizar a necessidade de que a renúncia decorrente da prescrição seja expressa, portanto, caminhando de modo a excluir a relevância de qualquer forma de renúncia “tácita” ou por “comportamento conclusivo”.

ordenamento jurídico nos termos do art. 5º, § 3º, do Texto Magno (SANTOS, 2010, p. 35).

Assim sendo, são vastos os questionamentos a respeito da matéria, uma vez que sendo regra a prescrição, quais seriam os motivos para atribuir a imprescritibilidade somente a determinados tipos de crimes? Neste sentido, passa-se a examinar as hipóteses de imprescritibilidade nos tópicos a seguir:

3.2 CRIME DE RACISMO E A IMPRESCRITIBILIDADE: RAZÕES HISTÓRICAS PARA A APLICAÇÃO DO INSTITUTO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA BRASILEIRA DE 1988

O conceito de raça ainda se dá de maneira muito subjetiva, uma vez que sua definição não se restringe unicamente a cor de pele, mas também a estatura, a forma da cabeça e do rosto, a cor e a qualidade dos cabelos, a cor e a forma dos olhos, a forma do nariz e a estrutura do corpo, se dividindo em branca, amarela e negra. Assim, segue transcrição:

O conceito de raça é hoje unanimemente considerado pelos antropólogos como um expediente classificatório apto para subministrar o esquema zoológico dentro do qual podem ser situados os diferentes grupos do gênero humano. Portanto, a palavra deve ficar reservada somente aos grupos humanos assinalados por diferentes características físicas que poder se transmitidas por herança. Tais características são principalmente: a cor da pele, a estatura, a forma da cabeça e do rosto, a cor e a qualidade dos cabelos, a cor e a forma dos olhos, a forma do nariz e a estrutura do corpo. Tradicional e convencionalmente se distinguem três grandes raças, que são a branca, a amarela e a negra, ou seja, a caucasiana, a mongólica e a negróide. Portanto, os grupos nacionais, religiosos, geográficos, lingüísticos e culturais não podem ser denominados de 'raças' sob nenhum conceito e não constituem raça nem os italianos, nem os alemães, nem os ingleses, nem o foram os romanos ou o gregos, etc. Não existe nenhuma raça 'ariana' ou 'nórdica' (ABBAGNANO, 1998, p. 823).

Cumprido salientar que, a ideia de racismo, entendida por alguns autores, parte muito mais de um ponto de vista político social, do que de uma diferenciação de cor, conforme explica a Professora Geralda Magella de Faria Rossetto:

Assim, os parâmetros de cunho dito "racistas" instalados na sociedade tem dimensão de construções históricas, políticas e sociais, e servem de pretexto para separar os homens dentre os seus pares. A origem das desigualdades está muito mais no tratamento político e muito menos na

função de cidadania que cada um conserva. Ambas requerem um acontecer, sem o qual, dado em um ponto da história, não formulariam os espaços sociais e o reconhecimento da democracia e, portanto, dos sujeitos de direitos (2011, p. 302).

Explica a autora que no Brasil a concepção de racismo começou a tomar força no século XVI, junto com a exploração da cana-de-açúcar, já que devido a demanda de trabalho, a escravidão tornava-se algo comum, e, simbolicamente teve seu fim com a assinatura da Lei Áurea em 1888, conforme transcrição:

No Brasil, a escravatura representa um dos fenômenos mais ilustrativos da concepção e fundamentos do racismo. A escravidão teve início com a cana-de-açúcar, no século XVI, e, simbolicamente terminou com a assinatura da Lei Áurea em 1888, envolvendo, na sua maioria absoluta, os representantes da cultura africana que foram retirados à força de seu país de origem. De qualquer forma, tal movimento é singularmente representativo, mas não se podem deixar de contar com as demais fontes que compuseram a história desta Nação, notadamente os habitantes originários - os índios, os colonizadores e imigrantes (árabes, judeus, italianos e alemães, sem pretender esgotar os exemplos). Daqui decorre ser apontada a distinção que alguns fazem em torno de xenofobia e racismo (ROSSETTO, 2011, p. 303-304).

Em discussão acalorada no HC 82424, STF, acerca do conceito de raça e da abrangência do art. 5º, inc. XLII, da CF/88, tratou-se sobre os judeus serem ou não considerados uma raça, valendo-se da imprescritibilidade. Durante o julgamento foi levantada a hipótese de que tal admissão seria uma demonstração favorável ao nazismo de Hitler, que via os judeus como uma raça sub-humana e defendia a instituição de uma raça pura, ariana. Em contrapartida, alguns Ministros ressaltaram que a disposição estaria longe da consideração, limitando-se a aplicação efetiva ao concreto (BRASIL, 2014).

Assim sendo, por maioria de votos o Supremo denegou o Habeas Corpus, poderia dizer-se que, em um olhar aberto ao art. 5º, XLII da CF/88, os judeus foram considerados raça, todavia, o órgão máximo Judiciário não tomou como base esse fundamento, e, sim, levou em consideração o conceito do dispositivo legal estritamente, partindo da premissa de que o próprio impetrante caracterizou os judeus como raça menor. Assim, segue transcrição:

Por maioria, o STF denegou a ordem de habeas corpus ao paciente, considerando que escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e

imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). Sedimentou a compreensão de que, com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. Decidiu que a obra do paciente representa concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. Imprescindível que haja compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma (GEBARA, 2004, p. 53-54).

Pois bem, compreendida a questão da conceituação de raça, imperioso salientar, as razões da imprescritibilidade do art. 5º, XLII, da CF/88, que define "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (BRASIL, 2014).

Com efeito, tal dispositivo, fundamenta-se em todo o histórico de sofrimento do povo escravo, que após da assinatura da Lei Áurea continuava sofrendo repressão política, social e econômica. Conforme, justificativa, o constituinte, Carlos Alberto Caó, na emenda aditiva 2P00654-0, a qual deu origem a cláusula pétrea, prevista no artigo 5º, inc. XLII, CF/88, segue:

Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois impera no País diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime (BRASIL, 2014, p. 536).

Em conjunto ao dispositivo, a Constituição da Republica Federativa Brasileira, de 1988, menciona exaustivamente sua oposição ao racismo, assegurando que deverá ser garantido o bem a todos, sem distinção de raça, ainda, a repulsa ao racismo e imprescritibilidade e inafiançabilidade dos crimes de racismo, acrescenta transcrição:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

[...]

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. (BRASIL, 2014)

Desta feita, pode-se dizer que o Estado Brasileiro não admite formas de preconceito, assegurando o tratamento de forma igualitária, sem distinção de sexo, cor e raça, constituindo inclusive um dos princípios jurídicos constitucionais, denominado princípio da igualdade.

Ocorre que nem sempre se observa o cumprimento das disposições, assim o preconceito teve que se tornar crime em grau máximo de punição, para que em um país deveras miscigenado, se exija o respeito ao próximo. Segue transcrição:

Viu-se que a realidade é tal que a tendência é pela negativa do racismo, justamente de reconhecê-lo em sua concretude. Discrimina-se, sem admitir as atitudes inerentes ao agir preconceituoso da separação de raças. Nesta perspectiva, há uma construção ideológica, de neutralidade, de desconfiança e de desprezo para com o outro, tão disfarçada quanto concretos são a dissimulação, o preconceito, a discriminação e a não inclusão nas políticas públicas, por isto mesmo carecendo de amplo reconhecimento e promoção na esfera do estatuto jurídico, e, sobremaneira, de meios particulares e garantidores de proteção (ROSSETTO, 2011, p. 315-316).

Roger Raupp Rios expõe que para acabar com o preconceito e a discriminação racial, primeiramente seria necessário assumir e parar de encobrir as práticas raciais existentes no País:

Para identificar a discriminação racial, portanto, é preciso debruçar-se sobre os fatos e vê-los além da superfície aparente. Isto porque, em muitas circunstâncias, a diferenciação de tratamento é radicalmente mais grave e qualitativamente diversa da simples demonstração de falta de educação, desrespeito ou despreparo. Nas suas raízes podem ser encontradas motivações outras, tais como o inaceitável preconceito racial. Com efeito, é

necessário tirar o que encobre ("des-cobrir") a "normalidade" das práticas que, efetivamente, produzem e reproduzem o racismo, entre nós sob os véus dos chavões de que "no Brasil não há racismo" ou de que "somos a maior democracia racial do mundo". Para tanto, precisam ser afastadas concepções do senso comum que encobrem esta nitidez (RIOS, 2003, p. 69).

No Brasil, de acordo com Thomas Skidmore, mesmo após a abolição da escravatura, adotou-se mascaradamente a "teoria do branqueamento", sendo que, apesar de assinadas suas cartas de alforria, os afro-brasileiros continuavam segregados a determinados tipos de amizade, atividades, ambientes de convívio, assim sendo, diferenciando raças em "mais adiantadas" e "menos adiantadas", concluindo que, quanto mais branco melhor (SKIDMORE, 1976, p. 21).

No alvorecer do séc. XX, o Brasil exibia um complexo sistema de classificação racial de natureza pluralista ou multirracial, em contraste com o sistema rigidamente birracial da América do Norte. O meio milhão de escravos libertados em 1888 ingressou, assim, numa estrutura complexa, que já incluía homens livres de cor (de todas as tonalidades). A cor da pele, a textura do cabelo, e outros sinais físicos visíveis determinavam a categoria racial em que a pessoa era posta por aqueles que ficava conhecendo. A reação do observador podia ser também influenciada pela aparente riqueza ou provável *status* social da pessoa julgada, então, pelas suas roupas e pelos seus amigos. Onde o cínico adágio brasileiro: 'dinheiro branqueia' - se bem que isso, na prática, só se aplicasse a mulatos disfarçados. A soma total das características físicas (o fenótipo) era o fator determinante, embora sua aplicação pudesse variar de região para região, conforme a área e o observador. O Brasil não teve nunca, pelo menos desde o fim da Colônia, um sistema birracial rígido. Havia sempre uma categoria mediária (os chamados mulatos ou mestiços). A observância estrita da endogamia com base na cor, santificada por lei nos Estados Unidos na década de 90, jamais existiu no Brasil (SKIDMORE, 1976, p. 55-56).

Nesse sentido, a abolição da escravatura no Brasil não passou de um marco histórico, uma vez que os escravos detinham liberdade formal, sendo inúmeras as dificuldades das pessoas negras, em uma sociedade concebida como "branca", usando da premissa que em tempos outrora eram escravas e após tiveram que ser concebidas como trabalhadoras assalariadas, a partir dá-se o princípio a uma discriminação no sentido do tratamento desigual social.

A Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888, aboliu a escravidão; a partir da Lei Áurea o negro brasileiro é cidadão, titular de direitos e obrigações. Tal titularidade constitui mera formalidade, uma vez que, não será recebido como trabalhador livre no mercado de trabalho. Prefere-se o imigrante (PRUDENTE, 1988, p. 140/141).

O ordenamento jurídico brasileiro em 1951 teve tipificação da prática do racismo prevista na Lei n. 1.390, admitido, inicialmente, como contravenção penal. Alguns autores observam que a lei deixou a desejar, por pormenorizar tamanho ato, oriundo de um contexto histórico de tamanha plenitude.

A primeira lei brasileira contra a discriminação racial é a Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951 de autoria do então deputado federal por Minas Gerais, Dr. Afonso Arinos de Melo Franco. Tipifica a prática de racismo como mera contravenção penal, ora é visível a todos que a discriminação racial fere a integridade física e psíquica. É portanto crime e dos mais graves. O autor em suas memórias afirma: "O texto não sofreu nenhuma modificação, nem na Câmara nem no Senado, a não ser um a emenda que eu mesmo apresentei, quando do trânsito do projeto pela Comissão de Justiça, incluindo a figura de contravenção por negativa de trabalho em empresa pública ou privada, por preconceito de cor" (PRUDENTE, 1988, p. 142).

Em 1988 foi apresentado o Projeto de Lei n. 668 pelo Constituinte Carlos Alberto Caó, o qual deu origem a Lei 7.716/89, onde o racismo encontra-se tipificado como crime, conforme segue transcrição:

Ainda em 1988 foi apresentado o Projeto de Lei nº 668/88 (Câmara dos Deputados) de autoria do ilustre deputado Carlos Alberto Caó (PDT), antigo presidente da Associação Brasileira de Imprensa, tipificando como crime atos resultantes de preconceito de raça ou de cor. Após aprovação pela Câmara tomou o nº PLC nº 52/88, no Senado Federal, enviado para sanção, teve vetados os artigos 2º, 15, 17 e 18 pelo Presidente Sarney. Afinal em 5 de janeiro de 1989 veio à luz a Lei nº 7.716, Lei Caó, marco histórico na legislação brasileira, reivindicação antiga das lideranças afrobrasileira e de toda a sociedade civil, voltada para a proteção dos direitos humanos (PRUDENTE, 1988, p. 144).

Inclusive, o Constituinte justifica o Projeto de forma sublime, tornando-se essencial constar na íntegra neste trabalho:

O ano do centenário da Lei Áurea e da Assembléia Nacional Constituinte constitui um momento particularmente importante para uma reavaliação histórica. Pensar e repensar o Brasil é uma tarefa histórica que se impõe a todos nós de tal maneira que possamos captar as raízes da crise brasileira atual: o que somos' enquanto Nação e o papel da população negra, despossuída e excluída de qualquer representação no Estado que se formou ao longo desses cem anos de vida republicana. O negro deixou, sem dúvida, de ser escravo, mas não conquistou a cidadania. Ainda não tem acesso aos diferentes planos da vida econômica e política. É mais do que evidente que as desigualdades e discriminações raciais marcam a sociedade, o Estado e as relações econômicas em nosso País. Passados cem anos da Lei Áurea, esta é a situação real. Embora os valores culturais - em suma, a herança cultural africana - mantenham a capacidade de impregnar a vida do brasileiro, quaisquer que sejam os traços étnicos, o

negro está privado do direito à cidadania em uma prática odienda do racismo. Atualmente, a prática do racismo é punida como uma contravenção penal, o que enseja às pessoas que cometem atos discriminatórios, o benefício da primariedade, do pagamento de multas, sem que, de fato, sejam condenados se cumpram penas em estabelecimentos carcerários. Assim, encarada como contravenção penal, a prática do racismo tem sido estimulada de forma crescente, sem que o Estado, detentor de uma máquina policial-judiciária extremamente lenta e ineficiente venha a punir os culpados. A Lei n' 1.390, de 3 de julho de 1951, que caracteriza a prática do racismo como contravenção penal, cumpriu à sua época e tempo, o papel de acautelar e diminuir o cometimento odiendo do racismo. Torna-se imperiosa, porém, uma caracterização mais realista de combate ao racismo, configurando-o como crime assim definido em lei. Com a prática do racismo, tornando-se crime, e com penas que possam ser sentidas no seu cumprimento, será possível que o Brasil saia do bloco de países discriminadores (embora tenha vergonha de admitir a existência desse tipo de discriminação em seu território), porque é cometido nas caladas da noite ou, sorrateiramente, nos balcões de lojas, hotéis ou logradouros públicos (BRASIL, 2014, p. 4/5).

Após, com o intuito de conferir eficácia absoluta ao elencado no art. 5º, inc. XLII, sobrevieram também as Leis ns. 8.081/90 e 9.459/97, reforçando a Lei anterior n. 7.716/89, assim sendo:

Sobreveio a Lei n. 7.716 (5.1.1989), alterada pelas Leis ns. 8.081 (21.9.1990) e 9.459 (13.5.1997), com vista a conferir eficácia plena ao dispositivo constitucional. Entretanto, além de não remeteram à palavra racismo, inseriram outras bastante complexas: preconceito, discriminação e raça. Nenhum dos diplomas especificou quais condutas típicas seriam imprescritíveis e inafiançáveis. Ficou a cargo do intérprete definir o alcance da expressão prática de racismo (TRIPPO, 2004, p. 74/75).

No mais, o crime de racismo ainda pode ser encontrado como alvo de várias discussões entre juristas, nesse sentido, é possível citar duas importantes figuras que discutem o tema atualmente, conforme segue:

Para o Professor e Promotor de Justiça Christiano Jorge Santos a imprescritibilidade do crime de racismo entende-se como perfeitamente aceitável pelo ordenamento jurídico brasileiro, elucidando que não se deu de forma gratuita tal determinação, mas pelo contexto histórico da época da Constituição, ainda que admita não ter havido uma sistematização correta (2010, p. 94).

Em contrapartida, a Juíza de Direito Mara Regina Trippo, vê a imprescritibilidade no crime de racismo como de aspecto colonialista, partindo da premissa que a imprescritibilidade não modificará o preconceito racial, ainda, assegurando a necessidade de uma mudança cultural, no que a lei penal age de modo insuficiente (2004, p. 82).

De qualquer forma, o artigo supramencionado que admite o racismo como crime imprescritível e inafiançável constitui uma cláusula pétrea e de acordo com o art. 60, § 4º, inc. IV da CRFB/88 impassível de ser abolido da Constituição. Neste sentido:

Ademais, convém realçar o fato de que o Estado brasileiro não aceita a deliberação, via Emenda, tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Isto significa, nos termos do artigo 60, IV [sic] da CRFB/1988, que a nação brasileira impõe o respeito e o cumprimento do tratamento igualitário, quer na dimensão organizacional política, social, quer no estabelecimento de convívio individual. A não ser assim, estará caracterizada a violação do princípio constitucional da igualdade (ROSSETTO, 2011 p. 312).

Ainda que haja esse bloqueio constitucional, caracterizando o racismo como crime imprescritível e inafiançável, impossível de revisão constitucional, convém observar que a segregação racial no Brasil permanece mesmo de camuflada. Constatação disso se deu em pesquisa realizada pelo IBGE (2013, p. 31/32), a qual observou que 63,7% dos entrevistados em 2008 acreditam que a cor, raça tem influência na vida das pessoas, admitindo variantes conformes os Estados, atingindo o número alarmante de 77% no Distrito Federal, segue:

Tabela 1 - Distribuição das pessoas de 15 anos ou mais de idade, por influência da cor ou raça na vida das pessoas, segundo as Unidades da Federação pesquisadas - 2008

Unidades da Federação pesquisadas	Distribuição das pessoas de 15 anos ou mais de idade			
	Total	Influência da cor ou raça na vida das pessoas		
		Sim	Não	Não sabe
Total	100,0	63,7	33,5	2,8
Amazonas	100,0	54,8	38,6	6,6
Paraíba	100,0	63,0	30,7	6,3
São Paulo	100,0	65,4	32,2	2,5
Rio Grande do Sul	100,0	57,9	39,7	2,4
Mato Grosso	100,0	59,6	36,8	3,5
Distrito Federal	100,0	77,0	22,7	0,4

Fonte: IBGE, 2013, p. 32.

Neste sentido:

A expressão raça atualmente é de todo imprudente, apolítica e juridicamente desprezada. A ideia que prevalece é a de cultura, mas é

preciso estar atento porque, tratando-se de uma ideologia, ainda é forte o pensamento dito racista, na medida em que determinados grupos são emoldurados como diferentes e inferiores de forma fundamental e definitivamente preconceituosa (ROSSETTO, 2011, p. 304/305).

Por fim, o racismo, caracteriza como uma invenção do cérebro humano advinda do período colonial que, infelizmente, perpetua nos tempos atuais, a qual diferencia cor, cabelo, etnia, quando na verdade todos são iguais e, assim deveriam ser admitidos perante a lei e a sociedade. Nesse contexto, faz-se necessário citar o poema Igual-Desigual do brasileiríssimo Carlos Drummond de Andrade (2014):

Todas as guerras do mundo são iguais.
 Todas as fomes são iguais.
 Todos os amores, iguais iguais iguais.
 Iguais todos os rompimentos.
 A morte é igualíssima.
 Todas as criações da natureza são iguais.
 Todas as ações, cruéis, piedosas ou indiferentes, são iguais.
 Contudo, o homem não é igual a nenhum outro homem, bicho ou coisa.
 Não é igual a nada.
 Todo ser humano é um estranho ímpar.

3.2 A IMPRESCRITIBILIDADE E A AÇÃO DE GRUPOS ARMADOS CIVIS OU MILITARES CONTRA A ORDEM CONSTITUCIONAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: JUSTIFICATIVA PARA O ELENCO CONSTITUCIONAL

Antes de adentrar no assunto, imperioso trazer à baila o conceito de Estado democrático, o qual encontra-se enunciado no art. 1º da CRFB/88. A esse propósito, faz-se mister trazer à colação o entendimento de que assevera, *ipsis litteris*:

A Constituição brasileira, proclama, enfaticamente, o Estado Democrático. O Preâmbulo di-lo de modo expresso. Ao enunciar os "Princípios Fundamentais" no art. 1.º sintetiza a orientação e a ideologia consagradas: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I — a soberania; II — a cidadania; III — a dignidade da pessoa humana; IV — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V — o pluralismo político. Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos

ou diretamente, nos termos desta Constituição (CERNICCHIARO, 1995, p. 197).

Já com relação à ordem constitucional entende o autor: "A ordem constitucional é o complexo político jurídico consagrado pela Constituição vigente, fundado no Estado de Direito Democrático." (CERNICCHIARO, 1995, p. 198).

Desmembrando também o conceito de Estado de Direito, constituindo como um poder que emana do povo, impende destacar:

Estado de Direito indica a organização juridicamente estabelecida. Nesse sentido, todas as Nações formam Estados de Direito. O qualificativo "democrático", poder-se-á dizer, no caso é mais do que simples adjetivo. Atua como substantivo. Indica ordem jurídica em que o poder emana do povo. Além disso, exerce-o diretamente ou através de seus representantes. Aqui reside a diferença entre Estado democrático e Estado totalitário (CERNICCHIARO, 1995, p. 198).

Oportuno mencionar novamente o art. 5º da CRFB/88, o qual menciona em seu inc. XLIV, mais uma vez o instituto dos crimes que não prescrevem, "constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático" (BRASIL, 2014). Percebe-se, nesse viés, que o Constituinte assegurou a esse tipo de crime um tratamento diferenciado e certamente mais rígido, a corroborar com o exposto:

A indicação de tais diretrizes deixa clara a opção feita pelo legislador constitucional em dar a crimes que ameacem o estado de direito, a democracia e a sociedade em geral de forma grave, organizada e estabelecida, um tratamento diferenciado. Tal indicação faz com que o legislador infraconstitucional, ao regulamentar tais dispositivos e criar modalidades de ação, deva necessariamente optar por modelos eficazes, fortes e graves, porém necessariamente democráticos e constitucionais (MOTA, 2010, p. 88).

A respeito de tal instituto, atribuído pela Constituição de 1988, Elcias Ferreira da Costa critica o disposto, vislumbrando quase uma letra morta da lei, já que admite que nesse caso o direito seria aplicado favoravelmente ao lado que triunfasse:

Contrariamente à posição iluminista que consagrou na Constituição francesa de 1793 o direito de revolução, a Constituição atual qualificou de crime insuscetível de prescrição os movimentos insurrecionais, tais como os golpes de Estado e os motins de índole antidemocrática. Outra designação

etimologicamente adequada a tais movimentos é a subversão, no sentido de que fazem periclitare ou destroem mesmo, a ordem institucional. Faz-se mister observar que tais atos somente serão punidos, na forma como dispõe a Constituição, e somente serão considerados como crimes, se em seus institutos fracassarem ou se forem derrotados pelas forças armadas em defesa da legalidade (COSTA, 1989, p. 41-42).

O autor Luiz Vicente Cernicchiaro vai além e atribui ilicitude ao dispositivo, expõe que embora a conduta seja qualificada como crime a própria Constituição não o definiu, assim direcionando-se em contraponto com o princípio da legalidade. Ainda, menciona que a Magna Carta constitui lei maior, leis anteriores incompatíveis são revogadas e, leis posteriores sem afinidade são inconstitucionais (1995, p. 198).

Todavia, mesmo admitindo a visão do autor, como já visto, nada pode ser feito em relação a essa disposição, já que, assim como o crime de racismo, o crime de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, faz parte do rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, constituindo cláusula pétrea e, conforme art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88, não poderá ser abolido por emenda constitucional, tampouco objeto de deliberação uma possível proposta que tende abolir o dispositivo, somente com Nova Assembléia Nacional Constituinte (CARVALHO, 2012, p. 69).

Ainda acerca do dispositivo, possível vislumbrar que é ampla a extensão da corrente doutrinária que se posiciona de forma contrária, seja no aspecto material da norma, seja no aspecto formal, pois além de não constituir definição clara sobre quais crimes alcançariam o verbete e levariam a tarja de imprescritibilidade, não há também uma razão para aplicação de tal instituto. Neste passo:

Ademais, a vagueza das elementares do inc. XLIV do art. 5º da CF peca pela falta de técnica. O que se devem considerar ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático? A abrangência dessa norma pode alcançar situações fáticas de discutível criminalidade. Quais as armas que os componentes do grupo deverão portar para serem enquadrados como um grupo armado? Quais as ações que podem ser consideradas contrárias à ordem constitucional e o Estado Democrático? Uma ação que somente atente contra a ordem constitucional pode ser alcançada por esse dispositivo? Vemos, pois, que a norma em epígrafe exige uma lei que a complemente, apesar de o dispositivo não exigir. Não pode ter ela aplicação imediata, apesar do dispositivo no § 1º do art. 5º da Constituição Federal. (SCHMIDT, 1997, p. 19/20)

Imperioso salientar, que a Lei n. 7.170, de 1983 — define crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento

e dá outras providências — constitui um mecanismo de defesa do Estado, todavia em nenhum momento faz menção a imprescritibilidade. Ainda, não há sequer um artigo que remeta exclusivamente aos elementos inseridos na Constituição, os arts. 16 e 24 mencionam organização de grupamento armado, mas não elucidam à ação, limitando-se a idéia de associação, já os arts. 17 e 18 elencam uma noção de ação, mas não esclarecem acerca do grupamento (TRIPPO, 2004, p. 85).

Nesta linha, o Professor Christiano Jorge Santos, corroborando acerca também da Lei de Segurança Nacional, dita que: "estamos diante de mais uma alma constitucional à procura de um corpo legal" (2010, p. 94).

Sob esse enfoque, havia o Projeto de Lei n. 4783/90 — Introduce, no Código Penal, Título relativo aos crimes contra o Estado Democrático e a Humanidade, revoga a Lei de Segurança Nacional e dá outras providências — retirado de pauta em 05/04/2011, por meio do aviso 2188/2000, fazendo com que o PL n. 3054/00 passasse a tramitar isoladamente, até que tivesse a si apensado o PL n. 3.163/00, os quais objetivam especificamente a revogação da Lei de Segurança Nacional e demais disposições em contrário (BRASIL, 2001).

Ademais, cumpre salientar que o aspecto material da imprescritibilidade neste tipo de delito apresenta notória ineficácia, uma vez que o criminoso que comete tal tipo de crime não deixaria de praticá-lo levando em conta o aspecto de que não haveria tempo para sua condenação, sob essa égide:

Pouca força sobre o ânimo criminoso do grupo teria a presente imprescritibilidade. É pouco provável que seus membros, diante das ambiciosas pretensões (destruir o Estado), tenham futuro e eventual processo criminal ou punição. A criminosos dessa estirpe é inócuo o potencial intimidativo da pena abstrata (TRIPPO, 2004, p. 87).

Sob visão semelhante, Andrei Zenkner Schmidt, *in verbis*:

Será que algum delinquente deixará de praticar seu ato criminoso por este ser considerado imprescritível? A resposta negativa é evidente. Observa-se, dessarte, que seus fundamentos jurídicos, são ineficazes, não atingindo o fim a que se destinam. A imprescritibilidade é um instituto que vai de encontro à evolução do Direito Penal, pois a incerteza acerca de um crime é, por vezes, muito mais grave que a sua própria consumação (1997, p. 20).

Por derradeiro, há o aspecto da gravidade dos delitos, aludido por diversos autores, assegurando, como se sabe, a existência de crimes mais graves que não adotam tal instituto, segue:

Se o próprio homicídio, que é o mais grave dos crimes, prescreve, não vemos de como não possam prescrever a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático. A conduta é por demais grave, como também é o homicídio, passível de prescrição. Justifica-se apenas, em face da gravidade do crime, ampliar o lapso prescricional, de molde a que não possa ser praticamente atingido. Inaceitável estabelecer uma exceção a um princípio, universalmente aceito, de que todos os crimes, mesmo os mais graves ou hediondos são prescritíveis (COSTA JR., 1995, p. 256).

Pois bem, o aspecto da imprescritibilidade como uma afronta aos ditames do vernáculo constitucional será objeto de estudo no terceiro capítulo do trabalho em epígrafe, assim sendo, passe-se a expor o próximo assunto.

3.4 A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: RAZÕES HISTÓRICAS E RECEPÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os primeiros indícios de um Tribunal Penal Internacional se deram após a Primeira Guerra Mundial, onde as nações começaram a se empenhar na criação de uma Corte Internacional, visto que havia sido violada a neutralidade da Bélgica e Luxemburgo, bem como havia uma possível violação sexual de mulheres francesas, ainda, além do alto índice de mortes causado pelas tropas alemãs (SANTOS, 2010, p. 121).

Assim sendo, ocorreu a primeira tentativa de julgamento por responsabilidade penal internacional de membro do alto posto do Estado, ex-Kaiser alemão, Guilherme II Hohenzollern, a qual restou frustrada pelo fato de a Holanda negar sua extradição (TRIPPO, 2004, p. 97), devido ofensa contra a moral internacional e autoridade sagrada dos tratados.

Deste modo, a fim de julgar os crimes de guerra, logo após a Segunda Guerra Mundial implantou-se uma Corte Internacional, "[...] foi somente a partir da Segunda Guerra Mundial e dos julgamentos de Nuremberg e de Tóquio que o Direito

Penal Internacional efetivamente se consolidou como ciência unitária e autônoma em relação às suas origens históricas" (JAPIASSÚ, 2004, p. 16).

A implantação, portanto, se deu em meados do ano 1945 com o Acordo de Londres, em virtude da violação da condição humana, surgindo a necessidade de condenar os indivíduos que perpetraram atos atrozes, não somente em relação aos Estados claramente derrotados na guerra. Deste modo, o tratado decidiu pela criação de um Tribunal Militar Internacional, com a finalidade de julgar crimes de guerra, paz e contra humanidade cometidos por indivíduos que defenderam o regime nazista durante a guerra de modo político, econômico e militar, o qual ficou conhecido por Tribunal de Nuremberg, dada sua localização (SANTOS, 2013, p. 106-107).

Cabe salientar que no Estatuto do Tribunal de Nuremberg, tampouco no Estatuto do Tribunal de Tóquio ficou prevista a imprescritibilidade, tendo sido introduzida a regra pela Convenção dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968 (SANTOS, 2010, p. 124).

Insta observar, o preâmbulo da Convenção Supracitada, o qual constata e reconhece a imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade, mais de vinte anos após a implantação do Tribunal Internacional, pois bem:

Constatando que em nenhuma das declarações solenes, atas e convenções que visam a perseguição e repressão dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade se previu a limitação no tempo. Considerando que os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade se incluem entre os crimes de direito internacional mais graves. Convencidos de que a repressão efetiva dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade é um elemento importante da prevenção desses crimes da proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, que encorajará a confiança, estimulará a cooperação entre os povos e irá favorecer a paz e a segurança internacionais. Constatando que a aplicação aos crimes de guerra e aos crimes contra a humanidade das regras de direito interno relativas à prescrição dos crimes comuns inquieta profundamente a opinião pública mundial porque impede que os responsáveis por esses crimes sejam perseguidos e castigados. Reconhecendo que é necessário e oportuno afirmar em direito internacional, por meio da presente Convenção o princípio da imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade e assegurar sua aplicação universal (ONU, 2014).

No mais, buscando superar os entraves que os tribunais apresentaram foi criado o Estatuto de Roma, em 1998 e aprovado o Tribunal Penal Internacional, que entrou em vigor em 2002, ratificado pelo Brasil, através do Decreto-lei n. 4.388/02

que promulga o Estatuto de Roma, o qual dispõe os crimes de competência da Corte Internacional, em seu artigo 5º, taxativamente:

Artigo 5º - 1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a) O crime de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra;
- d) O crime de agressão (BRASIL, 2013).

Deste modo, o Estatuto em epígrafe delimita ainda esses crimes como imprescritíveis, sendo que compete ao TPI julgar estes tipos de crimes, assim, o art. 29, reforça que "os crimes da competência do Tribunal não prescrevem" (BRASIL, 2014).

Pode-se vislumbrar mais um entrave para aplicação de tal imprescritibilidade, uma vez que, a Convenção sobre a imprescritibilidade não foi ratificada pelo Brasil, enquanto o Estatuto de Roma seguiu os trâmites corretos para a implantação, nessa linha de raciocínio, perfilha:

Para a ordem jurídica brasileira, outra diferença. Enquanto a Convenção sobre a Imprescritibilidade não foi ratificada pelo Brasil, o Estatuto de Roma percorreu todo o tramite procedimental estabelecido na Constituição e está incorporado ao nosso ordenamento jurídico: assinado pelo Presidente da República, foi aprovado definitivamente pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 112, de 2002, e, mediante o Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002, o Presidente da República determinou sua execução e seu cumprimento (RAMELLA apud TRIPPO, 2004, p. 116).

Neste sentido, torna-se possível observar que a questão vem sendo alvo de discussão para vários autores, insta gizar:

Do exposto, verifica-se de imediato um nítido contraste entre imprescritibilidade enquanto regra abstrata, no plano do direito internacional, e imprescritibilidade enquanto exceção no campo do direito interno. Para Choukr, essa discrepância decorre do fato de o Direito Penal brasileiro ainda estar impregnado de heranças oriundas de períodos ditatoriais, não tendo incorporado a ideologia internacional protetiva dos direitos humanos (SCALON, 2013, p. 50-51).

Neste aspecto Mara Regina Trippo realiza uma análise crítica sobre o assunto, levando em conta que a não ratificação do tratado se dá pelo fato de o Brasil não ter sofrido diretamente as conseqüências da guerra, neste diapasão:

Diversamente dos Estados Europeus e dos Estados Unidos, o Brasil não percebeu, proximamente, os horrores da Segunda Guerra. Dessa maneira, parece-nos mais condizente com nossa história, que impinge os traços de nossos homens, a não ratificação da Convenção, que ainda traz, em suas raízes, o receio de repetição das atrocidades nazistas (2004, p. 115).

Sob esse ponto de vista, conclui-se que "apesar de apresentar apenas dois crimes que são imprescritíveis, a Constituição confere primazia aos direitos humanos" (GIRELLI, 2013, p. 57), desta feita, os próprios dispositivos que asseguram a imprescritibilidade penal violam diretamente a conduta humanitária trazida pelo Magno Texto Constitucional.

A própria Corte Interamericana a esse respeito preleciona que vigora no Brasil a Convenção, ainda que não ratificado, tendo em vista que independe de ato de ratificação, já que essa tem como característica reconhecer o ato, segue:

Por outro lado, 42 anos após a sua adoção no âmbito internacional, o Brasil permanece sem a devida ratificação da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, não obstante tê-la assinado. Essa omissão certamente foi fruto de pressão política daquele grupo de militares que praticou as atrocidades descritas neste processo. Entretanto, essa falta de ratificação é superada, pois, como já entendeu esta Corte, a sua observância obrigatória decorre do costume internacional e não do ato de ratificação. A imprescritibilidade desses crimes surge como categoria de norma de Direito Internacional geral, que não nasce com a dita Convenção, mas sim é nela reconhecido (Caso Almonacid, parágrafos 152 e 153) (ONU, 2014).

Ademais, em que pese a ratificação do Estatuto de Roma ter se dado de maneira perfeita e correta, insta observar uma aparente antinomia entre o Tratado e a Constituição Federal de 1988, já que a Magna Carta apenas prevê como crimes imprescritíveis, conforme em tópico anterior, os crimes de racismo (art. 5º, XLII, da CF/88) e associação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, XLIV, da CF/88), segue posição:

A matéria da imprescritibilidade dos crimes previsto do Estatuto de Roma poderia gerar uma incompatibilidade se comparado a Constituição Brasileira. A matéria é designada de inconstitucionalidade intrínseca dos tratados internacionais. Tal ato ocorre, quando, apesar de respeitados todos

os trâmites internos para a validação do tratado internacional, este não está totalmente compatível com a legislação interna, o que de forma alguma pode ser confundido com a inconstitucionalidade extrínseca ou ratificação imperfeita (ABDALA, 2012, p. 495).

Em posição contrária, mais aceitável no universo jurídico, alguns doutrinadores entendem que "[...] os tratados internacionais comuns, equiparam-se, dentro do sistema jurídico, a leis federais" (TRIPPO, 2004, p. 119).

Desta feita, apesar de admitida no País, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade se dá sob a ótica da destruição daquilo que é humano no homem, assim, contraria a própria essência do ser humano. Nesta linha de raciocínio Antoine Garapon assevera que:

O crime contra a Humanidade introduz-nos na categoria da vitimização absoluta. A ideia de vítima vem do vocabulário religioso do sacrifício, correspondendo a um ser — animal ou humano — morto ritualmente em homenagem aos deuses. Simboliza, portanto, a passividade total, a vitória definitiva sobre o corpo do outro, excluído do próprio combate. A figura do herói, tal como a do vencido, subsiste ligada ao combate, logo, à acção. A vítima absoluta encarna um novo ser no mundo ou, mais exactamente, um não-ser. O aparecimento da vítima é inseparável de uma experiência histórica radicalmente inédita, que é a negação de qualquer laço humano (GARAPON, 2002, p. 98).

A prescrição, bem como o direito ao esquecimento, são funções do direito penal que asseguram garantias aos indivíduos, concebida, assim imprescritibilidade no sentido de violação desses pressupostos ao acusado. Neste sentido expõe:

Todos os tipos de crime deveriam estar sujeitos à prescrição, sem qualquer consideração pela sua natureza ou pela sua gravidade. No entanto, este princípio não vem sendo sufragado por todas as ordens jurídico-penais, e, ainda recentemente, tem-se assistido, em vários movimentos internacionais, a um redobrado esforço em favor da imprescritibilidade – tanto no âmbito do direito penal como no de processo – quanto aos crimes atentórios à paz e à humanidade, muito especialmente ao genocídio, e a outros, puníveis com pena de morte e de prisão perpétua (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 654).

Por fim, a imprescritibilidade nesse instituto passa mais uma vez a ter um carácter disfuncional, tendo em vista que o instituto em nada influencia a prática de crimes de tão elevada barbárie, do que se observa:

Nos crimes contra a humanidade, a imprescritibilidade pode ser comparada a um analgésico, que ameniza os brados pela defesa dos direitos humanos, mas ofusca motivos verdadeiros da impunidade, e, assim, mascarados, têm seu vigor preservado. Não é remédio para a cura da doença (TRIPPO, 2004, p. 122).

Destarte, vislumbrou-se que o contexto-histórico dos delitos não é suficiente para atribuir a imprescritibilidade, ao passo que no caminho para integrar o instituto ao ordenamento jurídico brasileiro observou inúmeras falhas com relação aos tipos de crimes que ganharam esse caráter, tanto do ponto de vista formal, quanto do ponto de vista material.

Por conseguinte, todos os crimes, sem exceção, deveriam estar sujeitos à prescrição, já que a eliminação de tempo para punição mantém raízes de uma justiça arcaica que se baseia exclusivamente na vingança, de modo a castigar o infrator, exonerando-o de quaisquer garantias ou direitos fundamentais. O que será objeto de estudo no capítulo seguinte.

4 A IMPRESCRITIBILIDADE PENAL E A ELIMINAÇÃO DE TEMPO: ÂNSIA POR VINGANÇA

O terceiro e último capítulo terá como principal objetivo a análise da imprescritibilidade como resquício de uma justiça retributiva, sob a perspectiva de eliminação de tempo para punição.

Assim sendo, em um primeiro momento serão trabalhados os aspectos de um sistema que preconiza a punição exacerbada, bem como a eliminação de tempo e limite para a punição, vislumbrando os danos causados por este. Por derradeiro, far-se-á um estudo verificando se instituto da imprescritibilidade possui compatibilidade com o ordenamento jurídico adotado no Brasil.

Em última análise, será observado o instituto sobre a hipótese de negação da pena, considerando a concepção da teoria agnóstica. Por fim, o panorama será realizado através do direito à prescrição e ao esquecimento e sua aplicação a todo e qualquer tipo de crime.

4.1 A IMPRESCRITIBILIDADE E A RETRIBUIÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Conforme estudado no primeiro capítulo, a justiça retributiva se baseia no castigo, ou seja, pagar o mal com o mesmo mal que o indivíduo causou, facilmente observado no instituto da imprescritibilidade. Isto porque, ainda que o delito já tenha sido esquecido pela sociedade, como uma espécie de castigo deverá o acusado/indiciado ser penalizado.

O crime, deste modo, de caráter imprescritível, ainda que perdurem meses, anos ou até décadas deverá sempre se fazer presente, revivendo a memória de dor e sofrimento, como pugna uma justiça vingativa. Deste modo, faz-se mister trazer a colação:

A hipótese de pesquisa é a de que os castigos institucionalizados, através da ritualização operada pelos primitivos procedimentos do processo penal, mormente dos fornecidos pela matriz inquisitória, atuam na presentificação do delito e na manutenção da memória de vínculos obrigacionais fundados nas noções de 'culpa moral' e 'sentimento de dever'. A pena criminal, portanto, vivificaria o crime, mantendo acesa no corpo social a experiência

de dor do delito (fato pretérito não mais passível de experimentação física). Nesta rede de imposição de sofrimento (pena) para atualizar a dor do crime, os mecanismos processuais forneceriam recursos memnotécnicos (CARVALHO, 2006, p. 73).

Nesta linha de pensamento, o Professor Luiz Flávio Gomes assegura que em "pura vingança, retribuição, necessidade 'absoluta' de pena, no sentido 'kantiano', justificam a imprescritibilidade" (1997, p. 88).

Destarte, a imprescritibilidade nada mais é do que um instituto que vai ao encontro da punição *ad eternum*, bem como a crueldade compensada com a mesma medida, conforme entendimento: "a verdade é que seja no âmbito do direito interno, ou no âmbito do direito internacional a imprescritibilidade é um fato nos sistemas jurídicos, que mais parece encontrar sustentáculo na retribuição do mal causado e no sentimento de vingança" (RAMOS, 2006, p. 2).

Neste diapasão, cumpre ressaltar que o presente instituto não se galga nem tão puramente em um instituto que busca garantir a efetividade do direito, nem, tampouco, em um mero exercício de poder, todavia na "vingança" do sistema penal.

Para a corrente retributiva, a qual configura um dos mais antigos pensamentos a respeito da matéria, a justificação da pena deve basear-se no fato de que:

A memória social jamais apagaria crimes profundamente alarmantes, em face do perigo que criam ou da crueldade que revelam. Seria contínuo o reclamo da comunidade por retribuição ao grave mal do crime, mediante a intervenção do Direito Penal. Seria permanente a força da exemplaridade da pena e seu poder de reequilibrar a consciência e os sentimentos coletivos, abalados intensamente (TRIPPO, 2004, p. 61-62).

Corroborando com o fato de que a sociedade não apaga da lembrança crimes alarmantes, os quais, em tese, configurariam como os de natureza imprescritível, o autor José de Figueiredo Dias, afirma que a imprescritibilidade se alicerça justamente na retribuição, pois se funda em sentimentos de vingança, nesta linha de raciocínio:

Pode naturalmente persistir o sentimento geral de repugnância e de reprovação como ainda hoje sucede, v.g., quanto aos crimes da Inquisição, do nazifacismo ou estalismo. Só que uma tal persistência possui, a partir de certo momento o caráter da "memória histórica", incapaz de fundar preventivamente a necessidade de punição. Só, por isso, (ilegítimas) necessidades "absolutas" de punição baseadas em sentimento de vingança

e de retribuição, poderiam ser aponta/das no sentido de fundar a imprescritibilidade (FIGUEIREDO apud SANTOS, 2010, p. 83).

Assim sendo, o acusado em crimes imprescritíveis não possui uma garantia constitucional, já que não há limites de tempo para que sua conduta seja perseguida e, possivelmente punida. A necessidade de tal instituto compõe uma "justiça" segregadora de direitos, a outros acusados (em crimes prescritíveis) assegurados, tratando desigualmente indivíduos em igual situação.

Pode se constatar, então, que a imprescritibilidade à luz dos direitos humanos garantidos a todo e qualquer cidadão é um instituto que viola princípios, direitos e garantias fundamentais, uma vez que as punições para esses tipos de delitos são *ad eternum*, sem um limite de tempo para aplicabilidade da punição.

Ademais, cumpre salientar, que a imprescritibilidade possui um caráter de direito penal vingativo, uma vez que o sujeito encontra-se eternamente refém de seus atos, sobejando uma insegurança jurídica ao indivíduo, conforme corrobora entendimento do jurista Moreira Alves, no HC 82424, que trata acerca da imprescritibilidade do crime de racismo:

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, essa 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 (BRASIL, 2004).

Outra questão, colocada em pauta seria a existência de crimes mais graves previstos no ordenamento jurídico brasileiro que prescrevem, como é o caso do homicídio. Sob este viés de pensamento, não bastaria o contexto-histórico para definir os atuais delitos como imprescritíveis, já que essa característica não seria suficiente. Assim, se a intenção fosse pagar o mal com o mesmo mal, fundamentado em uma justiça retributiva, nenhum crime teria o direito de prescrever. Deste modo, faz-se a crítica a tal natureza:

De forma seca e impressiva e olhando só para a derradeira proposição: se os ordenamentos, se os sistemas jurídicos já não funcionam, com todos os mecanismos de depuração e de esvaziamento que se tentam encontrar e fazer funcionar, o que não seria se todos os crimes fossem imprescritíveis (COSTA, 2002, p. 125).

Pois bem, outro ponto a ser abordado é de que a retribuição não faz com que o delito se desfaça, retornando ao *status quo*, por assim dizer a própria pena já é falha a partir de sua concepção. No que se refere a figura do criminoso muito mais, já que o indivíduo fica fadado a uma acusação, que possivelmente não mais existe para a sociedade, onde a única função seria compensar o crime. A corroborar com o exposto:

Entre estes robóticos do mundo penal, aparece um suposto terceiro, que é o juiz. Este toma os fantoches penais como partes e ilude-se pensando ser o terceiro que faz justiça. Retribui o mal ao ofensor como uma necessidade absoluta, e crê que com isso restaura o direito, volta no tempo, elimina o morto, o lesionado, o ultrajado. Já não houve morte, lesão, ultraje por obra de sua retribuição. O terceiro é onipotente e ainda que atue em nome do Estado, o faz com se fosse emissário do divino. Pior ainda se decidir olhar adiante e ter alucinação de que sua missão é a do sistema imunológico da sociedade, pois, nesse caso, vislumbrará para si uma identidade leucocitária (ZAFFARONI, 2003, p. 14).

Por assim dizer, o tempo não pode contrapesar aquilo que já não existe mais, que tenha acontecido em um passado, assim sendo, a solução não está certamente na pena imposta, mas no sistema que deveria ter evitado que tal fato típico acontecesse. Assim sendo, é de todo oportuno trazer à baila:

[...] a pena assume como um todo único o conjunto dos fatos passados, presentes e futuros, preocupando-se em fazer que esse todo responda, na medida do possível, a um princípio universal de justiça, no qual aquilo que ainda não existe possa compensar aquilo que já não existe, aquilo que foi pese ainda como se fosse presente; e, por último, aquilo que deveria ter sido e não foi influa para determinar o equilíbrio (MATHIEU apud MESSUTI, 2003, p. 35).

Destarte, a prescrição nada mais é do que a não punição pelo próprio banimento do crime da memória da vítima ou da sociedade, não havendo motivos para se fazer uso do castigo/sanção ao autor do crime, conforme assevera:

É certo que o decurso do tempo apaga da memória individual ou coletiva fatos acontecidos na vida social. O mesmo acontece com o crime. Por mais grave que tenha sido o fato cometido, o passar do tempo vai colocando no esquecimento suas conseqüências nocivas e o clamor repressivo vai gradativamente arrefecendo. O decurso do tempo cicatriza chagas, enxuga lágrimas, alivia dores e sofrimentos, aplaca ódios, acalma revoltas e faz desaparecer sentimentos de vingança. *O próprio sentimento de justiça retributiva, fundado na premissa político-filosófica de que é justo castigar o autor de um mal rotulado de crime, vai aos poucos se apagando da*

memória social e acaba por dissipar completamente (LEAL, 1988, p. 471, grifo nosso).

Desta feita, visivelmente essa retribuição que pretende apagar o delito não é acertada, visto que assim o sistema tornaria-se um emaranhado de erros, medida comprovadamente ineficaz na prática. Conforme entendimento:

Por sua parte, o direito penal encaminha-se cada vez mais para a busca da segurança. Esta busca, como à mera retribuição que pretende “apagar” o delito, também privilegia o pensamento calculante, que lhe propiciará a precisão e a certeza da observação empírica, os dados, as estatísticas. Certamente as estatísticas podem revelar-nos muitas coisas. Por exemplo, o quão longe estamos das metas propostas. E ante esta constatação, talvez o mais acertado seja desfazer o caminho, voltar atrás, ir descontextualizando as estatísticas para chegar às unidades. E determos em cada unidade. E em cada unidade, refletir. Pois cada unidade é a totalidade (MESSUTI, 2003,124).

Ainda, a respeito da teoria retributiva incorporada no ordenamento jurídico brasileiro, admite-se que ela apenas poderá ser aceita em uma ideia de fé. Já que, utilizando-se da razão, não poderá o mal cometido ser pago através da pena com um segundo mal, uma vez que isto tomaria como base um impulso de vingança humana, o qual a própria teoria nega. Assim sendo, a teoria assume a retribuição com sentido diverso da represália humana, não podendo, portanto, admitir o caráter retributivo com o papel de retaliação por meio do povo, já que isto apenas seria concebido por um ato de fé e de acordo com a Constituição vigente, não poderia ser imposto a ninguém (ROXIN, 2004, p. 19).

Por assim dizer, a imprescritibilidade se configura como de natureza retributiva, sendo que nenhum crime, por mais grave que seja, seria merecedor de tal instituto, uma vez que esse seria um meio de lembrar os fatos ocorridos e provocar mais dor e sofrimento, já acalmados nas memórias das vítimas e da sociedade.

4.2 A IMPRESCRITIBILIDADE E SUA DESCONTEXTUALIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA BRASILEIRA DE 1988

A imprescritibilidade em si somente tem previsão legal na Constituição ao que se refere à prática do racismo e, a ação de grupos armados contra a ordem

constitucional e o Estado de Democrático. Ocorre que o Código Penal, o qual rege os ilícitos em âmbito nacional, não prevê nem a imprescritibilidade quanto à pretensão punitiva, tampouco quanto à pretensão executória.

Com relação ao crime de racismo, facilmente se observa que o legislador não quis atribuir o caráter de imprescritibilidade no que se refere à prática do racismo, pelo fato de a Lei n. 7716/89, a qual se faz uso na tentativa de delimitar a prática do racismo, ainda que posterior a CRFB/88, apenas mencionar a inafiançabilidade, permanecendo silente quanto à imprescritibilidade, sobre esse aspecto:

O termo racismo deve ser compreendido como toda e qualquer conduta caracterizadora de discriminação ou do preconceito de raça, cor, etnia ou religião. Tal conduta encontra-se incriminada, em suas diversas formas de manifestação, através dos vários tipos penais descritos na Lei nº 7.716/89. Essa, no entanto, não se refere à imprescritibilidade, mas à inafiançabilidade de tais crimes. Fica, portanto, a dúvida: basta o texto constitucional para tomá-los insustáveis a prescrição? Como a lei ordinária é bem posterior à Carta Magna, pode-se entender que o legislador não quis considerar imprescritíveis essas infrações penais, por questão de lógica política. Considerá-las imprescritíveis significaria discriminá-las em relação às demais infrações do sistema punitivo vigente (LEAL, 1998, p. 489).

No que diz respeito à ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, acontece o mesmo, sendo que a Lei n. 7.710/83, a qual define os crimes contra a segurança nacional, pariforme ao crime de racismo, não menciona a imprescritibilidade, tampouco define de forma clara o verbete constitucional, *ipsis litteris*:

Já a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, não se encontra descrita com esse nomen jûris em nenhum dispositivo legal. No entanto, o art. 8º ss. Da Lei nº 7.170/83, que define os crimes contra a segurança nacional, tipificam algumas condutas que podem ser consideradas como contrárias à ordem constitucional e o Estado Democrático. Nesse caso, tais crimes estarão marcados pela imprescritibilidade, como determina a referida norma constitucional? Entendemos que não, em decorrência do princípio da legalidade de natureza também constitucional, que exige não apenas a anterioridade da lei mas a precisão, a clareza e a certeza da norma repressiva (regra da taxatividade). Assim, parece-nos necessário que a lei ordinária tipifique, de forma clara e precisa, as condutas criminosas contra a ordem constitucional e contra o Estado Democrático, declarando que as mesmas são imprescritíveis (LEAL, 1988, p. 489).

No campo do direito internacional como já visto, a imprescritibilidade está prevista no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto-lei 4.388/02, que estatui os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional. Ocorre que vislumbra-se uma aparente antinomia entre o Estatuto de Roma e a Constituição da República Federativa Brasileira, no que se refere à imprescritibilidade, alegada inconstitucionalidade intrínseca, segue transcrição:

A matéria da imprescritibilidade dos crimes previstos do Estatuto de Roma poderia gerar uma incompatibilidade se comparado à Constituição Brasileira. A matéria é designada de inconstitucionalidade intrínseca dos tratados internacionais. Tal ato ocorre, quando, apesar de respeitados todos os tramites internos para a validação do tratado internacional, este não está totalmente compatível com a legislação interna, o que de forma alguma pode ser confundido com a inconstitucionalidade extrínseca ou ratificação imperfeita (ABDALA, 2012, p. 495).

No mais, ainda, insta observar que a CRFB/88 somente prevê como imprescritíveis os crimes supramencionados, em nada fazendo menção aos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional.

Pois bem, outra questão a ser colocada em pauta são as garantias constitucionais aos indiciados e acusados penalmente, quais seriam de tal forma desrespeitadas com a admissão do instituto da imprescritibilidade, sob este viés:

O Estado de direito deve combater o delito seguindo regras morais escrupulosas, sob pena de igualar-se aos delinqüentes e de perder toda a autoridade e credibilidade. E as garantias que a constituição assegura ao acusado não são simplesmente postas como tutela de seus direitos individuais, mas são, antes de mais nada garantias do justo processo, assegurando o interesse geral à regularidade do procedimento e à justiça das decisões (GRINOVER, 1985, p. 1).

A imprescritibilidade, portanto, torna o indivíduo refém eternamente de atos ou manifestações, gerando um ambiente jurídico de total insegurança e, deixando de garantir a ele direitos e garantias fundamentais, conflitando ainda com o princípio da intervenção mínima e da proporcionalidade, sob este aspecto:

O decurso do tempo possui efeitos relevantes em todas as áreas do Direito, e, no Penal, não poderia ser diferente. 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, essa 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 (BASTOS; MARTINS, 1999, p.127).

Assim sendo, a imprescritibilidade, por assim, nada mais é do que a voz da massa popular que reclama por penas maiores, pela prisão perpétua, pela pena de morte, motivados pela mídia, usando discursos políticos descompromissados, de forma irracional. Em nada se tratando de demandas racionais, espelhadas na Constituição Federal. Assim sendo, tal instituto nega a existência da Constituição e nega o regime democrático constitucional (TRIPPO, 2004, p. 94).

Nessa linha de pensamento, o descontexto constitucional se faz presente desde a Reforma Penal de 1984, quando o Código Penal Brasileiro decretou que todos os delitos seriam de natureza prescritível, sem mencionar quaisquer ressalvas. A corroborar com o exposto, imperioso trazer à baila o entendimento:

[...] a reforma penal de 1984 trouxe como princípio a prescritibilidade de todos os delitos — não fez sequer uma exceção. Contudo, em sentido oposto, a Constituição Federal de 1988 demarcou como possível a não influenciado tempo e “sentenciou” como crimes imprescritíveis o racismo (art. 5º, XLII), cuja configuração se apresenta na Lei n. 7.716/89, com as devidas alterações da Lei n. 9.459/97, e aqueles que se referem à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV) (EBERHARDT, 2008, p. 43).

Desta maneira, todos os casos admitidos como imprescritíveis, tanto em legislação infraconstitucional, quanto na Carta Magna, contrariam a orientação atualmente adotada de um Direito Penal moderno, o qual reforça a prescritibilidade de todos os delitos, *ad litteram*:

No entanto, contrariando a orientação contemporânea do moderno Direito Penal liberal, que prega a prescritibilidade de todos os ilícitos penais, a Constituição brasileira de 1988 declara que são imprescritíveis "a prática do racismo" e "a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático" (art. 5º, XLII e XLIV) (BITENCOURT, 2012, p. 867).

Outro ponto abordado a respeito de tal instituto são os crimes por ele abrangidos, deste modo, o autor Luiz Luisi assegura que além de existirem crimes de natureza deveras mais grave que o delito de racismo, conforme mencionado exaustivamente, *v. g.* o crime de homicídio, não há razões suficientes para a implantação da não prescrição, mas sim para sua supressão, análogo a isso,

portanto, deverá ser observado o delito de ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Neste passo:

Do ponto de vista político-criminal merece a norma contida no inciso XLII do artigo 5º da nossa Constituição alguns reparos. A imprescritibilidade dos crimes raciais não encontra nenhuma séria justificativa. Mesmo com os critérios de severidade adotados pela Lei n. 7716, os máximos de pena não ultrapassam a 5 (cinco) anos. E tal quantitativo de apenação revela, de per si, que esses ilícitos não se incluem entre os mais graves tipificados pela nossa legislação penal. De outro lado, o racismo no Brasil, embora inegavelmente existente, não assume proporções alarmantes, e não representa um perigoso entrave à convivência e à harmonia social. E isso impõe quando da próxima revisão constitucional que esta imprescritibilidade, como também a inafiançabilidade sejam suprimidas. E, aconselham esta supressão, ainda, razões de justiça material, posto que infrações mais rigorosamente punidas, — e, pois, ofensivas de valores mais relevantes, — não estão marcadas pela imprescritibilidade (LUIZI, 2003, p. 65-66).

Outra deficiência pode ser mencionada quanto à colisão com os princípios constitucionais penais da proporcionalidade e subsidiariedade, uma vez que, apesar atribuir a natureza imprescritível nos crimes de racismo e ação de grupos armados, em nada faz menção a crimes de natureza mais grave, sob este ponto de vista:

A imprescritibilidade constitucional não atingiu o crime de homicídio que, segundo escala de valores consagrada no art. 5º, caput, da Constituição, tutela o bem maior: a vida. Destarte, a imposição da rigorosa figura ao racismo agride os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade. A desproporção atinge a ação de grupos armados, eis que de nada adianta a defesa do Estado se não for preservada a vida (TRIPPO, 2004, p. 132).

Além de se mostrar completamente contraditório no que diz respeito ao princípio da intervenção mínima, já que está diretamente ligado a prescrição criminal, uma vez que através deste limita-se o direito de punir pela sua desnecessidade (TRIPPO, 2004, p. 21).

Por fim, vislumbra-se que a imprescritibilidade, exaustivamente não poderia ser admitida no ordenamento jurídico brasileiro pelo fato de no Brasil ser vedadas penas de caráter perpétuo, ou seja, não há como no país ser adotado um instituto que prevê a ameaça eterna no que condiz ao infrator. Sob este raciocínio:

A imprescritibilidade, tanto da pretensão punitiva como da pretensão executória, atenta contra o espírito da própria Constituição na medida em que proíbe a pena de caráter perpétuo (art. 5.º, XLVII, b), assim considerada não somente aquela que é cominada, aplicada ou executada, mas toda a

reação estatal contra o delito que configure uma ameaça eterna de sacrifício de bens jurídicos do infrator (DOTTI, 2013, p. 833).

Outrossim, o "direito, que se denomina pretensão punitiva, não pode eternizar-se como uma espada de Dámocles pairando sobre a cabeça do indivíduo" (BITENCOURT, 2012, p. 867).

Ademais, quanto ao instituto fica claro que não tem respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, sequer deveria estar previsto no Magno Texto Constitucional, tampouco em lei infraconstitucional. Isto porque os verbetes que admitem a imprescritibilidade colidem exaustivamente com as regras previstas no ordenamento brasileiro, tanto de maneira direta, quanto de modo indireto.

4.3 A IMPRESCRITIBILIDADE SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA AGNÓSTICA DA PENA

Como já visto no primeiro capítulo, o Brasil atualmente caminha para uma justiça muito mais punitiva, não se atendo única e exclusivamente nas funções da pena em si, mas no critério de retribuição, claramente visualizado quando se trata de imprescritibilidade no âmbito penal.

Ocorre que, a alternativa de uma justiça retributiva ainda é deveras arcaica, já contestada inclusive por Michael Foucault quando menciona a punição generalizada, já que o autor não vê motivos plausíveis para implantação de castigos como um meio de aplicação da justiça, pontuando o assunto através de vários questionamentos que faz a esse respeito, segue transcrição:

O problema, portanto é: como esse homem-limite serviu de objeção à prática tradicional de castigos? De que maneira ele se tornou a grande justificação moral do movimento de reforma? Por que esse horror tão unanime pelos suplícios e tal insistência lírica por castigos que fossem humanos? Ou, o que dá no mesmo, como se articulam um sobre o outro, numa única estratégia, esses dois elementos sempre presentes na reivindicação de uma penalidade suavizada: medida e humanidade? São esses elementos, tão necessários e no entanto tão incertos, tão confusos e ainda tão associados na mesma relação duvidosa, que encontramos hoje, sempre que abordamos o problema de uma economia de castigos (1997, p. 70).

Ademais, o autor reforça que a ideia de pena encontra-se dissimulada, representado, desta forma, algo que não pertence à realidade, faz com “que o castigo decorra de crime; que a lei pareça ser uma necessidade das coisas, e que o poder aja mascarando-se sob a força da suave natureza” (FOUCAULT, 1997, p. 95).

Assim sendo, um dos meios de se minorar os danos da pena seria através da adoção de uma teoria agnóstica, a qual preza pela admissão de novo sistema punitivo, que tem como base repensar a ideia de pena, uma vez que atualmente se baseia em características negativas tanto para o penalizado quanto para a sociedade.

O projeto de minimização do sofrimento imposto pela pena, agregado à negação das violências pública e privada ilegítimas, possibilita a negativa explícita de qualquer modelo justificacionista, recolocando o problema da sanção penal da esfera jurídica à política. Neste quadro, a estratégia de redução de danos capacita o direito no seu papel de limite à política, atuando como barreira de contenção da ação punitiva, judicial ou administrativa (CARVALHO, 2007, p. 23).

Sob esse aspecto, a teoria agnóstica se fundamenta na própria negação da pena e no fracasso das demais teorias, admite-se, portanto, que em nada mais se justifica a pena, senão na privação de direitos e a dor. Neste sentido, urge trazer à baila o entendimento:

Segundo a teoria agnóstica a pena não corresponde aos outros modelos de solução ou prevenção de conflitos, não integra a coerção estatal reparadora ou restitutiva nem a coerção estatal direta ou policial. A pena é uma coerção que implica em privação de direitos ou dor. Esse conceito de pena é negativo por dois motivos: primeiro porque não atribui à pena qualquer função positiva, segundo porque é obtido por exclusão, é uma coerção estatal que não é obtida nem pelo modelo reparador nem pelo administrativo direto. É agnóstico quanto à sua função, pois, ao contrário das teorias positivas, admite não conhecê-la (MARTINS, 2010, p. 13).

Sob essa égide de pensamento, a pena, na teoria ora apresentada é conceituada como negativa de direito, assim sendo, se nem a pena encontra sustentação no universo jurídico quiçá a imprescritibilidade, que torna a possibilidade de penalização como de caráter *ad eternum*. Neste aspecto:

Entendida como realidade política, a pena não encontra sustentação no direito, pelo contrário, simboliza a própria negação do jurídico. Pena e guerra se sustentam, portanto, pela distribuição de violência e imposição

incontrolável de dor. Não obstante, seu caráter incontrolável, desmesurado desproporcional e desregulado reivindica, no âmbito das sociedades democráticas, limite. (CARVALHO, 2007, p. 25)

Por si só, a imprescritibilidade causa um dano sem tamanho ao indivíduo, levando em consideração que ele para sempre será um refém do tempo, fazendo com que ressurgira uma dor que há muito tempo não era vivida nem pelo indivíduo, tampouco pela sociedade.

Sob este aspecto, o crime imprescritível de certo modo provoca danos de natureza incomensurável ao indivíduo, visto que faz um juízo de valor, aplicando uma pena sob algo que a sociedade sequer lembra, deste modo age a teoria agnóstica da pena, em sentido oposto muito mais benéfico tanto ao indivíduo quanto a sociedade, buscando uma política penal de negativa da pena e redução de danos, contrariando qualquer teoria justificacionista da pena.

Assim sendo, a teoria agnóstica da pena conceitua-se aludindo que não há função positiva da pena como elencam as demais teorias justificacionistas, portanto, preza por uma teoria negativa da pena. Ademais, assegura, ainda, que a pena não tem fim jurídico, porém possui fim político, destarte, por ela não pertencer ao universo do direito não há como restabelecer um direito violado (BARBOSA E SILVA, 2013, p. 18-19).

Apesar de que, em tempos atuais a concepção é contrária a essa, já que a pena é vista por boa parte dos juristas como um meio de mitigar o sofrimento que o indivíduo causou a vítima e a sociedade, esse conceito não passa de mera estética, arrisca-se dizer que ocorre o fenômeno inverso.

Desta feita, o autor Salo de Carvalho menciona que o Direito Penal atualmente precisa ser observado sob um ponto de vista mais realista, levando em consideração que atualmente se vive na era da esquizofrenia secular, admitindo que deva haver um diagnóstico menos equivocado no que diz respeito a sanção penal e também uma reelaboração de discursos no sentido de impedir o modo exacerbado que agem as estruturas de poder punitivo (CARVALHO, 2007, p. 25).

Pois bem, acerca do instituto, garante o mesmo autor que a pena como um meio de punição não tem origem. Sob esse enfoque: a origem dos fundamentos ou das práticas punitivas, portanto, não pode ser encontrada, pois inexistente (CARVALHO, 2006, p. 65).

Apesar disso, o sistema punitivo brasileiro apresenta enfoques diferentes no que se refere à Constituição de 1988 e a Reforma Penal de 1984, principalmente com relação aos princípios relativos à sanção penal (CARVALHO, 2007, p. 18).

No mais, o ordenamento jurídico brasileiro, ao invés de ater-se buscando justificativas para punição, ultrapasse esse limite e procura formas de punir, a corroborar com o assunto:

No ordenamento constitucional brasileiro, porém, os princípios relativos à punição referem exclusivamente formas de sanção e limites punitivos, ou seja, o constituinte, abdicando da resposta “por que punir?”, direciona os esforços para delimitar o “como punir?”. Reside nesse ponto a segunda relevante alteração em nosso cenário punitivo: a perspectiva absenteísta sobre os discursos de justificação impõe critérios limitativos à interpretação, aplicação e execução das penas (CARVALHO, 2007, p. 19).

Outrossim, nesse aspecto, Eugenio Raúl Zaffaroni assegura que a função do direito penal, a qual visa a concessão ampla do Estado de Direito, ou seja, de modo que a doutrina contribuindo para o exercício idôneo do poder judiciário, deverá se galgar na redução e limitação ao poder punitivo, criando barreiras para o uso da irracionalidade de modo extensivo (2007, p. 172).

Ademais, a pena e a imprescritibilidade, não somente em âmbito nacional como também em aspecto universal, confrontam diretamente com as garantias e os direitos humanos previstos vastamente através de tratados e convenções internacionais, a corroborar com o assunto:

À luz da realidade, a partir do cogente respeito do humano a partir internacionalização dos direitos humanos, conforme a assinatura de diversos tratados e convenções internacionais que asseveram a vedação às penas cruéis e desumanas, ou quaisquer outras formas ilegítimas de tratamento, constatou-se, a partir dos aportes criminológicos como contribuição à Política Criminal (Ciências Criminais integradas), que a teoria da pena, como consagrada doutrinariamente, é irrealizável e não cumpre com seus fins declarados, senão com os reais, não declarados, e isto o faz por excelência (BARBOSA E SILVA, 2013, p. 22).

Desta feita, a pena merece ser repensada, tendo em vista que uma sanção que impõe uma privação de direitos ou uma dor, não tem o poder de consertar, tampouco desfazer o mal causado, muito menos serve como impedimento para lesões em curso ou amortece os perigos iminentes (ZAFFARONI, 2003, p. 99).

Logo, a imprescritibilidade no âmbito penal merece tanta atenção quanto a pena, já que um instituto engloba o outro, ainda ressalvando, que o mesmo constitui-se tão injustamente quanto a sanção, levando em consideração a larga escala de dor e sofrimento, pelo fato de reviver algo que não mais era pensado pela sociedade.

Do mesmo modo, a resposta ao questionamento “Por que punir?” deve se galgar na “a aplicação e os efeitos da teoria da pena em face da realidade concreta do sistema penal, sob pena de restringir-se apenas sob a perspectiva normativa e ideal, incorrendo no âmbito do estritamente abstrato” (BARBOSA E SILVA, 2013, p. 5).

Diante disso, o instituto deveria igualmente se basear na pergunta do “Por que imprescritível?” Já que vislumbra-se que fundamentos para a admissão do instituto beiram o imaginário, somente configurando como justa sua admissão, baseada na ideia única e exclusivamente de desfazimento e reintegração do delito cometido, caracterizando mera utopia no âmbito penal.

Deste modo, a pena não tem a característica de dissipar o delito, neste sentido: “o castigo e a dor não podem desfazer o fato. Nada pode o ser humano diante do que já aconteceu. O que já não pertence ao homem porque pertence ao passado” (MESSUTI, 2003, 35).

Isto posto, pode se vislumbrar um sistema penal irreal e até mesmo utópico, baseados em idealizações de uma política punitiva inexistente, a esse propósito:

A quebra de racionalidade do discurso jurídico-penal arrasta consigo — como sombra inseparável — a pretendida legitimidade do exercício de poder dos órgãos de nossos sistemas penais. Atualmente, é incontestável que a racionalidade do discurso jurídico-penal tradicional e a conseqüente legitimidade do sistema penal tornaram-se “utópicas” e “atemporais”: não se realizarão em lugar algum e em tempo algum” (ZAFFARONI, 2001, p. 19).

Quanto ao supramencionado, “exatamente na quebra de racionalidade desse discurso é que se desponta a falta de legitimidade do próprio sistema penal, desarticulando-se qualquer tentativa de manter intactas as justificações para a punição” (EBERHARDT, 2008, p. 41).

Assim sendo, encerra o autor com questionamentos semelhantes aos já citados quanto a matéria, insta transcrever:

O que se espera desse ilegítimo sistema penal, que ao simples toque com a realidade se desmantela? Que fundamentos subsistem que, como sérios, apontem para a prescritibilidade das sanções penais? Ou, a partir da apontada falta de legitimidade do sistema penal e de seu discurso, haveria racionalidade a justificar a eliminação do tempo pela imprescritibilidade? Quais as razões do legislador para a imprescritibilidade? (EBERHARDT, 2008, p. 42).

No mais, pode se concluir que tanto a pena quanto a imprescritibilidade são carentes de fundamentos no âmbito penal, uma vez que cria-se idealizações como um meio de concretizar e justificar os institutos, em nada transparecendo a ideia de realidade. Deste modo, a medida mais condizente nesse aspecto, possivelmente, seria a adoção de uma teoria agnóstica da pena.

Em última análise, "o direito penal está preso ao círculo vicioso do sofrimento. Dele se origina e com ele pretende responder. Enquanto não medite sobre o sofrimento, não saberá se deseja evita-lo, sair finalmente do círculo" (MESSUTI, 2003, p. 124). Desta feita, faz se imperioso pensar o Direito Penal sob uma nova perspectiva.

4.4 DIREITO À PRESCRIÇÃO E AO ESQUECIMENTO

Ao acusado penalmente são assegurados direitos e garantias fundamentais. Desta forma, "O Estado tem a obrigação de não punir o agente senão nos moldes determinados pela *sanctio juris*, ao passo que o criminoso tem o direito de não ser punido além daqueles limites" (JESUS, 2005, p. 166).

Outrossim, conforme já exposto, o Estado perde o direito de punir depois de transcorrido determinado lapso temporal, segue transcrição: "O Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade" (GRECO, 2009, p. 731).

Nesta linha de pensamento, insta observar, que a doutrina majoritária prega a prescritibilidade de todos os ilícitos penais, entretanto, há uma dissonância no que se refere a alguns dispositivos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, já que abrem exceções e atribuem a imprescritibilidade para alguns delitos, o que

contraria a orientação contemporânea de Direito Penal Liberal (BITENCOURT, 2012, p. 867).

Logo, vislumbra-se uma “tendência em abolir a prescrição” (COSTA JR.; COSTA, 2010, p. 326), o que preocupa a corrente doutrinária, já que “não pode o legislador (nem mesmo através de emenda constitucional) criar outras hipóteses de imprescritibilidade porque a prescrição é uma garantia fundamental do cidadão contra o Estado” (CUNHA, 2012, p. 292).

Neste sentido, sob a análise da prescrição como garantia do cidadão, afirma Mara Regina Trippo que em combate à criminalidade, a prescrição quando muito poderá ser estendida em prazos maiores, de forma razoável, visto que o instituto não pode, de modo algum, ser negado. (2004, p. 34)

A corroborar com o assunto “é inaceitável a situação de alguém que, tendo cometido um delito, fique sujeito ao beneplácito eterno da vontade estatal punitiva” (SCHMIDT, 1997, p. 21), portanto, justifica-se que o Estado deverá arcar com sua inércia, já que “não há interesse social em deixar o criminoso indefinidamente sujeito a um processo ou pena” (SCHMIDT, 1997, p. 21).

Neste viés, não há motivo para a persecução penal se nem mais a sociedade tem interesse em punir o indivíduo, desta maneira, "o decurso do tempo havido desde a prática do delito sem a devida condenação e a respectiva execução desta, faz com que o crime seja esquecido pela sociedade, inexistindo interesse a ser protegido" (MACHADO, 2000, p. 89).

Partindo desse ponto de vista, faz-se mister expor que a prescrição penal, portanto, baseia-se em três fundamentos: o decurso de tempo (teoria do esquecimento do fato), a correção do condenado, a negligência da autoridade (JESUS, 1999, p. 18-19).

Assim sendo, Andrei Zenkner Schmidt enumera razões para a prescrição dos crimes e demonstra errônea no que se refere a imprescritibilidade atribuindo que o decurso de tempo leva ao esquecimento e a recuperação do criminoso, bem como que o Estado deve arcar com a sua inércia e, por último, que o decurso de tempo enfraquece o suporte probatório (1997, p. 20-22).

Conforme o entendimento, portanto, possível vislumbrar que com a prescrição, atribuída através do lapso temporal, faz-se cessar os motivos para a aplicação de punição, já que o delito fora apagado da memória social, de modo que a aplicação do *ius puniendi* não faz mais sentido, uma vez que sequer o indivíduo

tenha praticado outro delito. Desta feita, se quando o Estado tinha o dever de punir não o fez, não há motivos para depois de passado tempo e diluídas as provas aplicar a penalidade.

Deste modo, claramente compreende-se a teoria do esquecimento como algo diretamente ligada ao instituto da prescrição, uma vez que “a prescrição está no fato do tempo apagar a lembrança do delito e suas consequências morais no seio da sociedade” (ZAFFARONI; PIRANGELI, 2007, p. 645).

Em outros termos, não somente a prescrição é uma garantia penal, como também o esquecimento, levando em consideração que ambos se correlacionam. Assim sendo, torna-se injustificável que um fato esporádico na vida do cidadão, o torne eterno refém da punição, nesse contexto, acerca da teoria do esquecimento, segue transcrição:

Baseia-se no fato de que após o decurso de determinado tempo, que sofre variações de acordo com a gravidade do delito, o crime é esquecido pela sociedade não restando, portanto, motivos que justifiquem a punição. Em outros termos, mudando-se o enquadramento histórico e temporal, a pena seria imposta e enquadrada sobre os olhos de uma geração para a qual o drama do delito nada mais é que um fato histórico (ABDALA, 2012, p. 488).

Desta feita, observa-se que o esquecimento não pode ser concebido apenas como mera teoria, entretanto, como um Direito, em sentido amplo, já que passado determinado lapso temporal a pessoa pode e deve invocar a benesse, sob este prisma:

Fica, então entendido que, devido ao decurso de um certo tempo, a sociedade não tem mais interesse em perseguir a infração. [...] É que o tempo terá corroído as provas e embotado as lembranças e que, de qualquer modo, o escândalo social causado pela infração terá se extinguido nesse intervalo de tempo. [...] o direito toma nota do escoamento do tempo e da usura da memória, tanto nas testemunhas quanto da indignação pública: depois de um certo prazo, a pessoa visada poderá invocar em seu benefício o direito ao esquecimento (OST, 2005, p. 168).

Ademais, decorrido o transcurso de tempo contundente não haverá mais interesse em punir nem por parte da sociedade, tampouco por parte do Estado, uma vez que o indivíduo pode ser concebido como diferente da época do delito, mudando, provavelmente, sua forma de pensar e agir. Neste diapasão é mister

salientar que transcorrido tempo suficiente, não há mais que se valer da punição. Sobre a teoria objeto de análise:

Baseia-se no fato de que, após certo decurso de tempo, que varia conforme a gravidade do delito, a lembrança do crime apaga-se da mente da sociedade, não mais existindo o temor causado pela sua prática, deixando de haver, por isso, motivo para a sua punição (NUCCI, 2010, p. 607).

Nessa mesma linha, acerca da teoria a sociedade esquece os delitos, depois do transcurso do tempo. Deste modo, a reação penal passado esse lapso, não teria mais finalidade (JESUS, 1999, p. 19), inexistindo, portanto, justificativas para a aplicação da pena.

A corroborar com o assunto, sob o mesmo ponto de vista de que a persecução penal perde o sentido após transcorrido o lapso temporal, entende o autor Rene Dotti que “a sociedade, com a passagem do tempo, esquece o crime de maneira que a reação penal perde um de seus objetivos que consiste na intimidação coletiva” (2010, p. 771).

Aliás, com o passar do tempo, não haveria mais motivos para reviver o crime já que “a passagem do tempo apaga a lembrança dos fatos fazendo com que o crime caia no esquecimento de maneira a cessar o alarma e o desequilíbrio social por ele causado” (DOTTI, 2010, p. 771).

Assim sendo, a teoria do esquecimento, bem como a aplicação da prescrição visam uma limitação no *ius puniendi*, para que esse não ultrapasse os limites do necessário. Já que com o decurso do tempo torna-se inútil, relembrar o crime perante o Estado e a sociedade, uma vez que tal atitude muito provavelmente ocasionaria alarde jurídico-social. Neste contexto:

Tal apuração visa à não-aplicação de punição desnecessária e inútil, com consequências muitas vezes mais prejudiciais do que a própria prática do delito. Segundo os adeptos dessa teoria, o Estado, após muitos anos, já não exige mais a punição, porquanto tranquilidade a comunidade. Esquece-se da antiga perpetuação delituosa, não se justificando a imposição de punição desnecessária, pois constitui insegurança para a sociedade já apaziguada, recordando momentos esquecidos e corrigidos por seus autores” (FERRARI, 1998, p. 26).

No mesmo viés, entende a teoria que passado tempo o sentimento de retribuição se dissolve do seio social, de modo que as expectativas da comunidade

são naturalmente satisfeitas ou até mesmo frustradas, perdendo o sentido a imposição de uma sanção criminal, desta feita:

A teoria do esquecimento prega que, com o decurso do tempo, a memória coletiva apaga a recordação das circunstâncias do crime até que outras impressões tomem lugar. A indignação pública, o sentimento coletivo de insegurança e os reclamos pela retribuição do mal do crime esvaem-se. As expectativas comunitárias são natural e paulatinamente satisfeitas ou frustram-se em definitivo, devolvendo a estabilidade do grupo. A reprimenda perde o poder de exemplaridade, o que lhe retira a conotação intimidativa aos maus e tranquilizadora aos bons. (TRIPPO, 2004, 46-47)

Assim sendo, motiva-se também a perda da eficácia na aplicação de pena, não se fundando nem a prevenção geral, tampouco na específica, mas única e exclusivamente na retribuição, desta maneira, torna-se coerente assinalar:

Pelo transcurso do tempo, considera-se a inexistência do interesse estatal em apurar um fato ocorrido há muitos anos, ou de ser punido seu autor. A prevenção genérica e específica advindas da resposta penal, pelo passar dos anos perdem a sua eficácia (JESUS, 1999, p. 19).

Deste modo, de maneira clara a imprescritibilidade se posiciona contra primeiramente em “regra geral, as infrações penais são prescritíveis” (PRADO, 2005, p. 271), assim também deixando de garantir o direito ao esquecimento e, em um segundo momento agride diretamente a esfera de direitos e garantias fundamentais de todo e qualquer cidadão, previsto em sede de Carta Magna.

Questiona-se, portanto, se a imprescritibilidade não seria uma manifestação clara de violação aos direitos humanos, tendo em vista que o tempo é garantidor da liberdade do passado, baseado no fato de que o instituto se constitui por um clamor social, fundamentado em argumento cego de preservar a ordem pública (EBERHARDT, MORETTO, 2014, p. 17).

Nesse aspecto, entende-se por inadmissível a adoção da imprescritibilidade, pois “a sociedade não vive petrificada. Caminha e transforma-se com o tempo. Dessa forma, não fogem a realidade ou as consciências sociais” (TRIPPO, 2004, p. 55), tal qual tudo passa um dia, nada é irreduzível, deste modo, a pretensão punitiva não deve fugir a regra e, também merece ser esquecida.

Conquanto, não há crime ou sequer justificativa que fundamente a adoção de tal instituto, uma vez que o Direito está sujeito a modificações, não se subordinando a uma ordem cronológica ou exatidão de tempo, portanto, de natureza

provisória desde sua concepção, não havendo motivos pra que se resguarde a permanência de um crime e se crie óbice para o seu esquecimento. Sob esse aspecto, segue transcrição:

Ninguém é fechado em si mesmo, isolado, que possa ser considerado uma mônada, mas, ao contrário, vive no tempo. Por isso que à idéia de Justiça não corresponde à da imprescritibilidade. Na Justiça, insere-se a alteridade; nesta, a temporalidade, diversamente do tempo objetivo e do tempo do direito. A temporalidade não estaria reduzida à cronologia (alteridade lógica, objetivada) (EBERHARDT, 2008, p. 84).

Neste aspecto, imperioso afirmar que “o tempo é a condição de existência para o homem, tendo este o direito de esquecer o passado, apagando da memória o cometimento do delito através da prescrição” (EBERHARDT; MORETTO, 2014, p. 18).

Desta feita, torna-se inadmissível que alguém fique eternamente sob a ameaça de sofrer uma ação penal e seus efeitos. Visto que além de vexaminosa a situação de suspeita interminável contra o possível infrator, lhe trazendo prejuízos e males, o pronunciamento tardio passa longe de corresponder a verdade de fato, quem dirá a um ideal de justiça (NORONHA, 2004, p. 361).

Posto isto, o esquecimento, vem sendo admitido vastamente no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive em entendimentos jurisprudenciais, conforme REsp 1334097/RJ do STJ, Relator Min. Luis Felipe Salomão, onde faz-se a leitura do esquecimento para além de um direito humanitário, conforme transcrição:

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como o direito à esperança, em absoluta sintonia com a prevenção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana (BRASIL, 2014).

Por fim, de suma importância observar que o esquecimento, passa não tão somente a ser percebido como uma teoria, mas precipuamente como um direito, uma vez que engloba o instituto da prescrição penal, o qual entende a doutrina como

um direito de todo e qualquer cidadão. Isto posto, ninguém é merecedor de uma persecução penal *ad eternum*, tampouco de tornar-se refém do Estado e do tempo ilimitadamente, conforme se observa na imprescritibilidade penal.

No mais, durante o presente capítulo, assim como todo o transcurso do trabalho, fez-se a leitura para além do indivíduo e passou a questionar a ânsia da sociedade por vingança, a qual observa a punição como o único meio de sancionar o sujeito, bem como o exercício da autoridade estatal que intensifica o poder de punir, sem ao menos perguntar “por que punir?”.

Portanto, necessária faz-se uma repaginação não apenas no ordenamento jurídico brasileiro, que ao atribuir crimes de caráter imprescritível deixa de garantir o direito à prescrição e ao esquecimento, revivendo para sempre o crime na memória da população, mas também em todo o sistema penal que admite a punição por vezes de modo injustificado, baseando-se em um conceito utópico.

5 CONCLUSÃO

Deste trabalho monográfico conclui-se que o sistema penal brasileiro pode ser concebido como falacioso, de modo que utiliza-se de um discurso punitivo afastado da realidade prática. Assim, até mesmo pelo fato da realidade encontrar-se em constante mutação, embora o sistema julgue os conflitos, não os põe fim. Neste viés de pensamento encontra-se a pena, método sancionatório arcaico, que não desfaz, tampouco restitui o delito, portanto, não possui justificativa contundente, quiçá eficácia real.

Em vista disso, apesar do Brasil adotar a teoria unificadora da pena, a qual mescla as correntes de prevenção e de retribuição, observa-se que cada vez mais, na aplicação do Direito Penal, se caminha para uma justiça retributiva. Facilmente notável quando se trata de imprescritibilidade penal, medida que eterniza o crime e abdica os direitos e garantias fundamentais do ser humano.

O objetivo deste trabalho monográfico foi cumprido e os resultados alcançados apontam no sentido de não haver motivos de ordem jurídica ou de política criminal plausíveis para a atribuição da imprescritibilidade penal aos crimes de racismo, de ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o estado democrático e aos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, uma vez que tal instituto apenas caracteriza-se como a vingança do próprio sistema penal, ou seja, embasam-se em uma justiça retributiva, que vai de encontro aos direitos e garantias do sujeito e são geradores de alarde social.

No primeiro capítulo estudou-se o conceito filosófico em que estão inseridos os crimes imprescritíveis, assim pode-se concluir que o instituto viola diretamente os direitos e as garantias fundamentais de tutela da pessoa acusada e de limites do poder punitivo. Além do que constatou-se que a ideia de pena encontra distorcida, o que acaba por provocar uma expansão punitiva, necessitando, portanto, ser repensada, principalmente no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, o alvo do estudo foi a prescrição e a imprescritibilidade penal em um contexto histórico, elucidando cada tipo de crime em que essa natureza é atribuída, concluindo-se que, em que pese a seriedade dos

crimes que a imprescritibilidade é atribuída, não há motivos para tornar o cidadão refém do Estado por tempo indeterminado de um ato que tenha praticado.

Já no último capítulo, a imprescritibilidade penal foi apresentada como um instituto que anseia vingança, ressaltando que além de seu aparente descontexto com a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, o instituto se galga única e exclusivamente na retribuição, ignorando o direito à prescrição e ao esquecimento, tornando-se imprescindível pensar o sistema penal sob um novo ponto de vista, qual seja, a teoria agnóstica da pena. Sob a ótica de uma Constituição garantista, o poder punitivo carece de limites e não de pontos de ampliação ilimitada, como permeia a imprescritibilidade.

Destarte, concluiu-se ao tratar de prescrição e imprescritibilidade penal, o abandono da pessoa, detentora de plenos direitos, em troca de um poder estatal que ostenta castigo, escorado em uma política criminal repressiva e no grito da massa, gerando um aumento da popularidade e, no discurso punitivo da lei, visto como "cumpridor" de seu papel legal perante a sociedade. Assim sendo, notável a falha com relação a imprescritibilidade, a qual além de condenar o sujeito refém para sempre de um crime, abdica de seus direitos e garantias e, nega o direito a prescrição inerente a todos os tipos de delitos.

Contudo, tornou visível que em suma não tão somente o instituto teria de ser repensado, porém, todo o sistema penal, a princípio, a ideia de pena, a qual ainda encontra-se carente de fundamentos e pontos positivos, já que paga o mal sofrido com a imposição de um novo mal. Desta feita, a teoria agnóstica da pena, questiona tais características, embasando na negação desta, por não ver motivos para tal, mencionada exaustivamente no presente.

Além do que pensa-se que se a ideia fosse mesmo a da retribuição, todos os crimes deveriam ser taxados como imprescritíveis, o que não ocorre, a taxatividade se dá apenas em alguns crimes, que passam longe de ser os mais graves previstos no conjunto normativo brasileiro. Assim, todo e qualquer delito, independente de sua gravidade, merece ser esquecido não apenas da memória social, mas do alcance punitivo do Poder Estatal.

A partir desta conclusão abrem-se espaços para que sejam efetuadas novas pesquisas acerca das políticas criminais no campo das penas, principalmente no que se refere a prescrição e a imprescritibilidade penal, estabelecendo uma linha clara entre o poder de punir e as garantias fundamentais e buscando novas

alternativas que possam substituir a concepção de pena, bem como que sejam eficazes nas resoluções de conflitos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/4776000/Dicionario-de-Filosofia-Nicola-Abbagnano>> Acesso em: 25 ago. 2014.

ABDALA, Vinícius. Imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 20, n. 97, p. 485-508, ago. 2012.

ANDRADE, Carlos Drummond. **Igual-Desigual**. Memória Viva. Disponível em: <<http://drummond.memoriaviva.com.br/alguma-poesia/igual-desigual>> Acesso em: 02 set. 2014.

BARBOSA E SILVA, Adrian. Teoria Agnóstica e a Crise das Funções da Pena na Era do Punitivismo. In: **Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias**. São Paulo: PROCRIM, v. 3, n. 2, jun-ago 2013. Disponível em: <http://www.academia.edu/4373985/Teoria_Agnostica_e_a_Crise_das_Funcoes_da_Pena_na_Era_do_Punitivismo> Acesso: 11 out. 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS JÚNIOR, Edmundo José. **Código Penal em Exemplos Práticos**. 5 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 301, de 6 de março de 2007. Define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/fichadetramitacao?idproposicao=343615&ord=1>> Acesso em: 24 de set. de 2014.

_____. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 668, de 1988. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2c0fc53df1bc3717b6572c35e810ac69.node1?codteor=1154198&filename=avulso+-pl+668/1988> Acesso em: 10 set. 2014.

_____. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 3054 de 2000 (Apenso o PL nº 3.163 de 2000) do parecer no tocante a revogação da Lei nº 7.170, de 14 de

dezembro de 1983, Lei de Segurança Nacional. Voto (Vista). Deputado Federal: Alberto Fraga. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/10570.pdf>> Acesso em: 20 set. 2014.

_____. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 4038, de 23 de setembro de 2008. Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/fichadetramitacao?idproposicao=410747>> Acesso em: 24 set. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 22 jul. de 2014.

_____. **Decreto-lei nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em: 22 jul. 2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. REsp 1334097/RJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ 10 set. 2013. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31006510&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 17 out. 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus. HC 82424/RS, Rel. Min. Moreira Alves. DJ 19 mar. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BIANCHI, Luciano Passos. **A inefetividade da função ressocializadora da pena de prisão no sistema carcerário brasileiro**. 2012. TCC (Graduação em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54465/000855624.pdf?sequence=1>> Acesso em: 28 set. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 4 ed., v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 15 ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Márvio Portela Nunes. **A inconstitucionalidade da parte final do § 1º do artigo 110 do Código penal**. Caxias do Sul: Plenum, v. 8, n. 48, p. 63–74, nov. 2012.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Aplicação da Pena no Estado Democrático de Direito: Postulados Garantistas. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Memória e Esquecimento nas práticas punitivas. In: **Estudos Ibero-Americanos**. Porto Alegre: PUCRS, ed. especial, n. 2, p. 61-85, 2006. Disponível em:
<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamericana/article/viewFile/1350/1055>> Acesso: 09 out. 2014

_____. Teoria Agnóstica da Pena: Entre os Supérfluos Fins e a Limitação do Poder Punitivo In: CARVALHO, Salo de (Org.) *et al.* **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2 ed., p. 3-28, 2007.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na Constituição**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA, Elcias Ferreira da, **Comentários breves à Constituição Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

COSTA, Elisson Ferreira da. **A Execução Penal Brasileira e a Aplicação da Teoria Agnóstica da Pena**. 2013. TCC (Graduação Curso de Direito). Universidade Católica de Brasília. Brasília/DF, 2013. Disponível em:
<<http://twingo.ucb.br:8080/jspui/bitstream/10869/2537/1/Elisson%20Ferreira%20da%20Costa.pdf>> Acesso em: 30 set 2014.

COSTA, José de Faria. O Direito Penal e o Tempo (algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição). In: **Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela**. Santiago de Compostela/ES, v. 11, n.1, p. 109-132, 2002. Disponível em: <http://dspace.usc.es/bitstream/10347/7752/1/pg_110-133_dereito11-1.pdf> Acesso: 3 out. 2014.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Curso de direito penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

EBERHARDT, Marcos Eduardo Faes. **(Im)prescritibilidade Penal: Uma Leitura Ética Para Além Do Esquecimento**. 2008. TCC (Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1586> Acesso: 27 out. 2013.

EBERHARDT, Marcos Eduardo Faes; MORETTO, Rodrigo. **Analisando a prescrição criminal na mudança do tempo do deslocamento para o tempo midiático**. (s.d.) Disponível em: <<http://msmidia.profissional.ws/moretto/artigos/analisandoprescpenal.pdf>> Acesso em: 15 out. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da ação penal: suas causas suspensivas e interruptivas**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 15 ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar para uma Justiça Internacional**. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA Antônio. Introdução aos fundamentos teóricos da Criminologia. In: GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GEBARA, Gassen Zaki. Visão atual do Supremo Tribunal Federal Sobre o Crime de Racismo. In: **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados: UNIGRAN, v. 6, n. 11, p. 29-56, jan-jul. 2004. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/11/artigos/03.pdf> Acesso em: 25 ago. 2014.

GIRELLI, Giancarlo Ferreira. **Os Reflexos Da Não Ratificação Da “Convenção Sobre A Imprescritibilidade Dos Crimes De Guerra E Crimes Contra A Humanidade” No Ordenamento Jurídico Brasileiro À Luz Do Direito Internacional**. TCC. Universidade Do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Criciúma, 2013. Mensagem recebida por: <direito@unesc.net> em 22 set. 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 16 ed., v. 1. Niterói/RJ: Impetus, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo constitucional em marcha**: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo: Max Limonad, 1985.

GOMES, Luiz Flavio. Direito à prescritibilidade, a questão da retroatividade e as primeiras tendências jurisprudenciais. In: **Revista Jurídica do UNIARAXÁ**. Araxá/MG: UNIARAXÁ, v. 1, n. 1, p. 87-98, 1997. Disponível em: <<http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/89/80>> Acesso em: 09 out. 2014

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: parte geral (teoria constitucionalista do delito). 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Estudos e Análises: Informação Demográfica e Socioeconômica. **Características Étnico-raciais da População: Classificação e Identidades**. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas_raciais/pcerp_classificacoes_e_identidades.pdf> Acesso em: 10 set. 2014.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional**: a internacionalização do Direito Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. 28 ed., v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Prescrição penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LEAL, João José. **Direito penal geral: propedêutica penal, teoria da norma penal, teoria do crime, teoria da pena, questões jurídico-penais complementares**. São Paulo: Atlas, 1998.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed. Porto Alegre: SAFE, 2003.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. A doutrina do Direito e a doutrina da virtude. Trad. de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição penal – Prescrição Funcionalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 38 ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINS, Maria Clara de Almeida Mendes de Souza. **Em busca de penas alternativas para o Direito Penal Econômico**. 2010. TCC (Graduação em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16237/16237.PDF>> Acesso: 14 out. 2014.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 3 ed., v. 3. Campinas: Millennium, 2002.

MATA, Silvio Pereira da. **Doutrinas, Ideologias e Teorias da Pena: A Busca por um Direito Penal Mínimo**. 2008. Obtenção de grau de Especialista no Ministério Público. Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR. Curitiba, 2009. Disponível em: <http://www.fempapr.org.br/monografias/upload_monografias/silvio%20pereira%20da%20mata.pdf> Acesso: 30 set. 2014.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOTA, Rafael Gonçalves. **Democracia e Crimes Contra o Estado: Do Enfrentamento Constitucional e Democrático da Macrocriminalidade**. 2010. Dissertação de Pós-graduação em Direito Constitucional. Universidade de Fortaleza

– UNIFOR. Fortaleza, 2010. Disponível em:
<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp139468.pdf>> Acesso em:
10 set. 2014.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; FRÓES, Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça. Princípios penais constitucionais. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 21, n. 84, p. 223-253, set. 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MUÑOZ CONDE. Francisco. **Introducción al derecho penal**. Montevideo – Buenos Aires: B de F, 2001. Disponível em:
<http://www.derechopenalenlared.com/docs/introduccion_derecho_penal_conde.pdf>
> Acesso em: 02 out. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru/SP: EDUSC, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 5 ed., v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RAMOS, Marcel Figueiredo. Da Imprescritibilidade dos Crimes do Tribunal Penal Internacional - Reflexos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: **Jus Podivm**. Salvador/BA: LFG, 2006. Disponível em:
<<http://www.juspodivm.com.br/jp2/artigos.asp?notId=455>> Acesso: 10 out. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade**. 26 nov. 1968. São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos – USP. Disponível em: <<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-contr-a-humanidade.html>> Acesso em: 23 set 2014.

_____. **Corte Interamericana De Direitos Humanos**. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Voto Fundamentado Do Juiz Ad Hoc Roberto De Figueiredo Caldas. Set. 2010. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível

em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 23 set. 2014.

PERRONE, Daria. Prescrizione del reato: nuovi termini e disposizioni della ex-Cirielli. In: **Overlex**. 23 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.overlex.com/leggiarticolo.asp?id=1620>>. Acesso em: 21 ago. 2014.

PILONI, Caroline de Paula Oliveira. Imprescritibilidade da pena acessória de exclusão das Forças Armadas. Revogação por não-recepção do artigo 130 do Código Penal Militar em face da Constituição da República de 1988. In: **Jus Navigandi**. Teresina, ano 18, n. 3753, 10 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25468>> Acesso em: 25 out. 2013.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. **O negro na Ordem Jurídica Brasileira**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 83, p. 135-149, jan-dez 1988. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67119/69729>> Acesso em: 09 set. 2014.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIOS, Roger Raupp. Relações Raciais no Brasil: desafios ideológicos à efetividade do princípio jurídico da igualdade e ao reconhecimento da realidade social discriminatória entre negros e brancos. In **Revista da AJURIS** - Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 30, n. 92, p. 66-80, dez. 2003. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1f525/1f587/1f797?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>> Acesso em: 09 set. 2014.

ROSSETTO, Geralda Magella de Faria. Relações raciais e os desafios ao princípio da igualdade In: CUSTÓDIO, André Viana; VIEIRA, Reginaldo de Souza (Org.) *et al.* **Estado, política e direito: políticas públicas e direitos sociais**. v. 3. Criciúma: UNESC, 2011.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Vega, 2004.

SANTOS, Celso Araújo. Análise prática do Tribunal Penal Internacional (TPI): origem histórica, competência, procedimento, natureza das decisões e os delitos internacionais. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 21, n. 84, p. 105-133, set. 2013.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de Preconceito e de Discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. **Prescrição Penal e Imprescritibilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SCALON, Raquel Lima. Tribunal Penal Internacional: dos impasses entre tradições aos conflitos com a constituição brasileira. In: **Revista de Estudos Criminais**. Sapucaia do Sul: ITEC, v. 11, n. 51, p. 83-108, dez. 2013.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da prescrição penal**: doutrina, prática, jurisprudência de acordo com as leis n^os 9.268/96 e 9.271/96. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Adrian Barbosa e Silva. Teoria Agnóstica da Pena e a Crise das Funções na era do Punitivismo. In: **Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias**. São Paulo: PROCRIM, v. 3, n. 02, jun-ago 2013. Disponível em: <http://www.procrim.org/revista/index.php/copen/article/view/216/348> Acesso: 06 set. 2014.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. A implementação do Estatuto de Roma no âmbito interno brasileiro ante as recentes movimentações no Tribunal Penal Internacional. In: **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**. Brasília: Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), v. 6, n. 2, p. 379-398, 2009. Disponível em: <http://publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/841/848> Acesso: 22 out. 2013.

SKIDMORE, Thomas. **Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro**. Trad. Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

TASSE, Adel El. **Teoria da pena**: pena privativa de liberdade e medidas complementares: um estudo crítico à luz do estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2004.

TRIPPO, Mara Regina. **Imprescritibilidade Penal**. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

TOURINHO, Andréa Martins; DANTAS, Cristiane Müller. Do instituto da prescrição penal. In: **Jus Navigandi**. Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/965>> Acesso em: 17 ago. 2014.

VIEIRA, Vanderson Roberto. Prescrição Retroativa - Abrangência diminuída pela Lei 12.234/2010 e reflexo na prescrição antecipada. In: **Revista Areópago Jurídico**. Mirassol: UniFAIMI, 10 ed. p. 3-16, 2010. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero10/prescricao.pdf>> Acesso em: 24 ago. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 3 ed., v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 8 ed., v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prefácio da Edição Argentina. In: MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 13-14, 2003.