



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

ANDRESSA TRINDADE DE LIMA

**A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA IMPRESCRITIBILIDADE
PARA OS CRIMES HEDIONDOS**

BRASÍLIA

2015

ANDRESSA TRINDADE DE LIMA

**A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA IMPRESCRITIBILIDADE
PARA OS CRIMES HEDIONDOS**

Monografia de graduação do bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Professor Humberto
Fernandes de Moura.

Brasília

2015

ANDRESSA TRINDADE DE LIMA

**A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA IMPRESCRITIBILIDADE
PARA OS CRIMES HEDIONDOS**

Monografia de graduação do bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Professor Humberto
Fernandes de Moura.

Brasília, 24 de setembro de 2015.

Banca examinadora

Professor Orientador: Humberto Fernandes de Moura

Professor Examinador: Marcus Vinícius Reis Bastos

Professor Examinador: José Carlos Veloso Filho

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por acreditar que nossa existência pressupõe outra infinitamente superior.

Aos meus pais, Rosemeri e Rudimar, pelo amor incondicional, incentivo e dedicação, pois não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.

Ao Paulo, pelo carinho, compreensão e por sempre estar ao meu lado.

Às minhas queridas amigas Heloisa e Sabrina, pela sincera amizade e por me ajudarem nos momentos mais difíceis ao longo desses cinco anos.

Ao meu professor orientador, Humberto Fernandes de Moura, pela contribuição, suporte e atenção dedicados.

Muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso visa analisar a possibilidade de extensão da imprescritibilidade para os crimes hediondos. Primeiramente, o seu enfoque será sobre o histórico da prescrição penal no Brasil e os fundamentos que embasam esse instituto. Do mesmo modo, é essencial a explanação sobre a imprescritibilidade penal e seus fundamentos, bem como as hipóteses de crimes imprescritíveis presentes na Constituição Federal de 1988. Logo após, é de suma importância o estudo de temas controvertidos acerca da imprescritibilidade, como a adesão do Brasil ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, e a explanação sobre a suspensão do prazo prescricional conforme o artigo 366 do Código de Processo Penal. Será ainda abordado um precedente paradigma do Supremo Tribunal Federal que discorre sobre a possibilidade de ampliação do rol de crimes imprescritíveis. Por fim, ultrapassadas essas delimitações, será possível analisar os crimes hediondos, o que os define e se existe a possibilidade de extensão da imprescritibilidade para esses crimes.

Palavras-chave: Constituição Federal de 1988. Direito Penal. Direito Processual Penal. Prescrição Penal. Imprescritibilidade. Crimes Hediondos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. PRESCRIÇÃO E IMPRESCRITIBILIDADE	9
1.1 HISTÓRICO DA PRESCRIÇÃO PENAL NO BRASIL.....	9
1.2 PRESCRIÇÃO PENAL E SEUS FUNDAMENTOS.....	12
1.3 IMPRESCRITIBILIDADE PENAL E AS HIPÓTESES PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	16
1.3.1 IMPRESCRITIBILIDADE DO CRIME DA PRÁTICA DE RACISMO.....	19
1.3.2 IMPRESCRITIBILIDADE DO CRIME DE AÇÃO DE GRUPOS ARMADOS, CIVIS OU MILITARES CONTRA A ORDEM CONSTITUCIONAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO.....	22
2. TEMAS CONTROVERTIDOS ACERCA DA IMPRESCRITIBILIDADE PENAL	26
2.1 DA ADESÃO DO BRASIL AO ESTATUTO DE ROMA E AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	26
2.2 O ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL	30
2.3 ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 460.971/RS. DA AUSÊNCIA DE PRAZO MÁXIMO DA SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO.....	34
2.3.1 METODOLOGIA.....	35
2.3.2 DA ANÁLISE DA 1ª INSTÂNCIA	35
2.3.3 DA ANÁLISE DA 2ª INSTÂNCIA	35
2.3.4 DA ANÁLISE DA 3ª INSTÂNCIA	36
3. A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES HEDIONDOS	39
3.1 DOS CRIMES HEDIONDOS.....	39
3.2 DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES HEDIONDOS.....	42
3.2.1 POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO ROL DE CRIMES IMPRESCRITÍVEIS.....	42

<i>3.2.2 DE QUE FORMA SE DARIA A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES HEDIONDOS?</i>	45
<i>3.2.2.1 A EMENDA À CONSTITUIÇÃO COMO FORMA DE TORNAR OS CRIMES HEDIONDOS IMPRESCRITÍVEIS</i>	45
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo verificar a possibilidade de extensão da imprescritibilidade para os crimes hediondos, ampliando, assim, o rol de crimes imprescritíveis previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Os crimes hediondos são os crimes previstos na lei 8.072/90, a Lei de Crimes Hediondos e possuem tratamento diferenciado, conferido pelo legislador constituinte originário, através de mandado de criminalização, devido à alta reprovabilidade que causam na sociedade ou pelo modo cruel e degradante com que são efetuados.

A relevância da discussão da imprescritibilidade dos crimes hediondos, seria a garantia de que os direitos fundamentais dos cidadãos estão sendo assegurados. O tema possui também uma grande relevância acadêmica, por debater um assunto pouco discutido e ainda controvertido no mundo jurídico. Além do mais, a inclusão dos crimes hediondos como imprescritíveis levaria a grandes mudanças relacionadas à abordagem da prescrição da pretensão punitiva e da prescrição da pretensão executória pelo Estado.

Assim sendo, esta monografia será dividida em três capítulos. No primeiro capítulo, será feita a abordagem do desenvolvimento histórico da prescrição penal no Direito Brasileiro, do conceito de prescrição e dos fundamentos que embasam esse instituto. Também será analisado o conceito de imprescritibilidade e as hipóteses de crimes imprescritíveis presentes na Constituição Federal de 1988, quais sejam a prática de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Será ainda indicado como as hipóteses de crimes imprescritíveis, presentes na Constituição Federal, se verificam, de forma prática, no ordenamento jurídico brasileiro.

Após isso, no segundo capítulo, o estudo versará sobre temas controvertidos acerca do assunto da imprescritibilidade penal. Haverá uma explanação sobre a adesão do Brasil ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, o qual prevê a imprescritibilidade dos seus crimes, analisando-o sob a perspectiva de como são recepcionados os tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico.

Além disso, será analisado, ainda no segundo capítulo, se a previsão de suspensão da prescrição conforme o artigo 366 do Código de Processo Penal configura caso atípico de imprescritibilidade, estabelecido por lei infraconstitucional. Será ainda feita a análise sobre a decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal, proferida no Recurso Extraordinário 460.971/RS, segundo a qual a Suprema Corte brasileira afirma não existir óbices à novas hipóteses de imprescritibilidade penal no ordenamento jurídico brasileiro.

No terceiro capítulo, será tratada a possibilidade da extensão da imprescritibilidade para os crimes hediondos, havendo uma explanação sobre esses crimes e o que os diferencia. Desse modo, é necessária a explanação sobre a possibilidade de ampliação do rol de crimes imprescritíveis presentes na Constituição Federal de 1988, acrescentando-se os crimes hediondos. Por fim, ocorrerá o debate de como a expansão da imprescritibilidade para os crimes hediondos se realizaria dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

1. PRESCRIÇÃO E IMPRESCRITIBILIDADE

A presente monografia tem por tema a possibilidade de extensão da imprescritibilidade para os crimes hediondos. Então, neste primeiro momento faz-se necessário analisar o desenvolvimento histórico do instituto da prescrição penal no Brasil, e conseqüentemente o desenvolvimento histórico do instituto da imprescritibilidade, bem como explicar sobre o conceito de prescrição e suas teorias de fundamentação. Além disso, é de fundamental importância conceituar imprescritibilidade e discorrer sobre as duas hipóteses de imprescritibilidade presentes na Constituição Federal de 1988.

1.1 HISTÓRICO DA PRESCRIÇÃO PENAL NO BRASIL

Para que possa haver uma compreensão da finalidade e aplicação da prescrição penal e da imprescritibilidade é necessária uma análise do desenvolvimento histórico desses institutos no Brasil.

A prescrição penal é causa extintiva de punibilidade e consiste na perda do direito de punir do Estado em decorrência do decurso do tempo. Já a imprescritibilidade é a inexistência da prescrição penal¹, portanto o Estado tem o direito de punir a qualquer tempo. Dessa forma, o criminoso não pode ter sua punibilidade extinta.

Presente no atual Código Penal, o instituto da prescrição passou por modificações até chegar ao atual modelo de aplicação. No período do Brasil Colônia, que se iniciou em 1500, havia a imprescritibilidade das ações criminais e das penas. Somente com as Ordenações Filipinas, de 1603, surgiram causas extintivas de punibilidade, como o perdão do ofendido e o casamento, porém não havia referência alguma à prescrição penal².

No período do Brasil Império, que se iniciou com a Proclamação da Independência em 1822, o Código Criminal, de 1830 não tratava da prescrição penal,

¹ SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 83.

² TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 37.

todos os crimes eram imprescritíveis. A prescrição penal foi pela primeira vez abordada no Código de Processo Criminal de 1832.

A prescrição tratada no Código de Processo Penal de 1832 era a prescrição da ação. Os prazos prescricionais eram maiores ou menores³ conforme a presença ou ausência do acusado em lugar conhecido⁴. Além disso, os prazos prescricionais eram maiores para os crimes inafiançáveis⁵ e menores para os crimes afiançáveis⁶ quando o réu estivesse presente em lugar sabido⁷.

Contudo, como lembra Maria Regina Trippo, “em crimes afiançáveis para réu ausente e em lugar não sabido ou no estrangeiro e, ainda, crimes inafiançáveis caso o réu estivesse ausente em qualquer situação”⁸ não ocorria a prescrição. Dessa forma, constata-se que nem todos os crimes eram submetidos à prescrição. A prescrição, então, era submetida à apreciação de certos critérios, como a ausência ou presença do réu e a afiançabilidade ou inafiançabilidade do crime.

Em 1841, a Lei 261 conferiu maior rigor à prescrição penal. Aumentou o prazo de prescrição dos crimes, em relação ao Código de Processo Criminal de 1832 e acrescentou mais crimes ao rol de crimes inafiançáveis. O prazo máximo da prescrição passou a ser de vinte anos, independentemente de o crime ser afiançável ou inafiançável. Ainda continuam os critérios de presença ou ausência do acusado, e foram mantidas as hipóteses de crimes imprescritíveis⁹.

³ Código de Processo Criminal de 1832, art. 54. “Os delictos, e contravenções, que os Juizes do Paz decidem definitivamente, prescrevem por um anno, estando o delinquente presente sem interrupção no Districto, e por tres annos, estando ausente em lugar sabido.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm. Acesso em: 14 maio 2015.

⁴ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 39

⁵ Código de Processo Criminal de 1832, art. 56. “Os delictos, que não admittem fiança, só prescrevem por dez annos, estando o delinquente presente sem interrupção no Termo.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm. Acesso em: 14 maio 2015.

⁶ Código de Processo Criminal de 1832, Art. 55. “Os delictos, em que tem lugar a fiança, prescrevem por seis annos, estando o delinquente presente sem interrupção no Termo, e por dez annos, estando ausente em lugar sabido, com tanto que seja dentro do Imperio.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm. Acesso em: 14 maio 2015.

⁷ ANDRADE, Cristiano José de. *Da prescrição em matéria penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 5.

⁸ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 40.

⁹ CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao código penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 4. p. 231.

O Regulamento 120, de 1842, não alterou os prazos prescricionais, apenas reafirmou as regras do Código de Processo Criminal de 1832 e da Lei 261, de 1841¹⁰.

No período republicano, que começou em 1889, foi inserida a prescrição das penas pelo Decreto 774 de 1890. Anteriormente só havia a prescrição da ação. Além disso, continua o critério de presença ou ausência do acusado, e foi adicionado o critério de correlação do tempo da pena com o prazo prescricional.

Em 1890 foi adotado o Código Criminal Brasileiro, que abordava tanto a prescrição da ação quanto a prescrição da pena, ou seja, antes e depois da condenação. Os prazos prescricionais eram os mesmos para as duas espécies, sendo o máximo de vinte anos. Não havia mais o critério de presença ou ausência do acusado e o critério adotado era a proporção do prazo prescricional com o tempo da pena empregado ao crime¹¹.

Com a Lei 515 de 1898, retornou o critério de presença ou ausência do acusado em território nacional. Além disso, o crime de moeda falsa se tornava imprescritível quando o acusado estivesse ausente do país. Em 1924, o Decreto 4.780 acrescentou a imprescritibilidade aos crimes políticos¹².

O Decreto 22.494 de 1933 diminuiu pela metade o prazo da prescrição da ação e da prescrição da pena para os acusados que estivessem com idade entre 18 e 21 na data do crime¹³.

Em 1940 surgiu o novo Código Penal, que continua vigente até hoje, porém com algumas alterações. O novo código estabeleceu no Título VIII – Da extinção da punibilidade, em seu artigo 107, IV, a extinção da punibilidade pela prescrição. Foi acolhida a prescrição antes de transitar em julgado a sentença, artigo 109, e depois de transitar em julgado a sentença final condenatória, artigo 110.

¹⁰ ANDRADE, Cristiano José de. *Da prescrição em matéria penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 6.

¹¹ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 41.

¹² ANDRADE, Cristiano José de. *Da prescrição em matéria penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 7.

¹³ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 43.

Todos os crimes previstos no Código Penal de 1940 foram submetidos à prescrição e foram restabelecidos os prazos prescricionais utilizados no Código Criminal de 1890¹⁴.

A imprescritibilidade penal foi adotada na Constituição Federal de 1988, instituindo duas hipóteses que não estariam submetidas a prescrição, então, não há extinção da punibilidade em razão do decurso do tempo. As duas hipóteses de imprescritibilidade presentes na Constituição Federal de 1988 são a “prática de racismo” e a “ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” e serão abordadas de forma mais específica neste trabalho.

Diante da análise do desenvolvimento histórico da prescrição penal e da imprescritibilidade infere-se uma extensa e significativa evolução dos dois institutos. Tanto na perspectiva de mudanças de critérios utilizados pelo Estado para impor a punição em determinado lapso temporal, quanto na necessidade de aumento ou diminuição do prazo prescricional, bem como a presença da imprescritibilidade.

1.2 PRESCRIÇÃO PENAL E SEUS FUNDAMENTOS

Prescrição em sentido jurídico significa a perda de um direito em razão de seu não exercício dentro de determinado prazo. A prescrição penal, como ensina Damásio de Jesus, “é a extinção do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo”¹⁵.

No mesmo sentido Cezar Roberto Bitencourt define prescrição como “a perda do direito de punir do Estado, pelo decurso de tempo, em razão de seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado”¹⁶.

Há, diferentemente, uma parcela de doutrinadores que entendem a prescrição como a “renúncia ou abdicação, promovida pelo Estado, ao seu próprio

¹⁴ ANDRADE, Cristiano José de. *Da prescrição em matéria penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 8.

¹⁵ JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. p. 765.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 887.

direito de punir em face do decurso do tempo”¹⁷. Nesse mesmo sentido, Christiano Jorge Santos¹⁸.

O entendimento de que a prescrição seria uma renúncia do Estado, é demasiado fraco perante as características inerentes da ação penal. Sendo a ação penal pública de propositura obrigatória pelo Estado, não há o que se falar em renúncia¹⁹.

Rogério Greco lembra que o Estado pode renunciar o seu direito de punir, ao conceder, por exemplo, a anistia, o indulto e a graça. Nessas hipóteses, mesmo podendo exercer seu direito de punir, o Estado não o faz. Ao contrário da prescrição, que mesmo querendo, o Estado não poderá exercer seu direito de punir, em virtude do decurso do tempo²⁰.

Então, entende-se mais adequado adotar o entendimento majoritário, conceituando, portanto, a prescrição penal como a perda do direito de punir pelo Estado, em razão do decurso do tempo.

Como bem elucida José Frederico Marques:

“A prescrição penal é a perda do direito de punir pelo não uso da pretensão punitiva durante certo espaço de tempo. É da 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 o ato lesivo ou perigoso do delinquente. Desaparece o direito de punir porque o Estado, através de seus órgãos, não conseguiu, em tempo oportuno, exercer sua pretensão punitiva.”²¹

Sendo assim, com o acontecimento do fato delituoso surge para o Estado o poder de punir o criminoso. Em razão disso, o próprio Estado estabelece critérios que limitam o exercício do direito de punir que possui, e, considerando a gravidade da conduta criminosa e a sanção que corresponde a essa conduta, fixa determinado período de tempo dentro do qual poderá aplicar a sanção penal

¹⁷ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 30.

¹⁸ SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 30.

¹⁹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 687.

²⁰ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 687.

²¹ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Millenium, 2002. p. 470.

adequada. Passado o prazo estabelecido pela própria lei, fica prescrito o direito estatal de punir o infrator²².

De forma mais específica, como lembra Damásio de Jesus, a prescrição penal é “a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo”²³.

Portanto, a prescrição penal ocorre em dois momentos distintos na persecução penal. Quando ocorre antes de transitar em julgado a sentença condenatória, prescreve a pretensão de aplicar a sanção ainda em abstrato, sendo chamada de prescrição da pretensão punitiva. Quando ocorre depois de transitar em julgado a sentença condenatória, prescreve o direito de aplicar a pena imposta na sentença, e é chamada de prescrição da pretensão executória.

Inúmeros fundamentos²⁴ são utilizados para tentar justificar a existência da prescrição penal, por diversos autores²⁵. Porém, muitas dessas teorias fundamentadoras se mostram enfraquecidas, por falta de embasamento suficiente para justificar tal instituto e por falta de consenso entre os autores para o estabelecimento de tais fundamentos.

Então, em concordância com Damásio de Jesus, sustenta-se apenas o tríplice fundamento da prescrição penal, com os três fundamentos básicos, tratados de forma consensual pela imensa maioria dos autores. Esses fundamentos são: o decurso do tempo, a correção do condenado e a negligência da autoridade²⁶.

A teoria do decurso do tempo, ou teoria do esquecimento do fato, consiste no esquecimento da sociedade acerca do fato delituoso, em consequência do decurso do tempo. Dessa forma, deixaria de existir o interesse social em punir o criminoso, sendo desnecessária a punição após certo período de tempo, pois perderia seu objetivo²⁷.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 887.

²³ JESUS, Damásio de. *Prescrição penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33.

²⁴ Como as teorias da expiação moral, interesse diminuído, da prova, da extinção dos efeitos jurídicos, psicológica, da emenda, da piedade, etc.

²⁵ Como José Júlio Lozano Jr., Eduardo Reale Ferrari, Antonio Rodrigues Porto, Maria Regina Trippo, Christiano Jorge Santos, etc.

²⁶ JESUS, Damásio de. *Prescrição penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34.

²⁷ SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 38.

A teoria da correção do condenado afirma que após longo período de tempo sem que o criminoso tenha se tornado reincidente, significa que alcançou a readaptação social. O tempo por si só foi capaz de regenerá-lo²⁸. Há a presunção da correção do delinquente²⁹.

A teoria da negligência da autoridade sustenta que o Estado deve responsabilizar-se por sua inércia. Assim, o crime deixa de ser punido por negligência estatal, por excesso de serviço, por dificuldades na persecução criminal etc. Dessa forma, devem ser cumpridos os prazos processuais previstos, possuindo o Estado o ônus da não observância.

A consciência coletiva e a realidade criminal fornecem material para se apurar o modo mais acertado de tratar juridicamente a criminalidade. Nessa perspectiva, manifestam-se os elementos quanto a necessidade e conveniência da punição em razão do decurso do tempo, assim surgem o alcance e os fundamentos da prescrição³⁰.

Desse modo, percebe-se que nenhuma teoria fundamenta de forma adequada a prescrição penal, sendo necessário conjugar mais de uma teoria para justificar o instituto da prescrição. A divergência existente afirma a fragilidade dos institutos que tentam embasar a prescrição³¹.

Além disso, cabe ressaltar que a prescritibilidade dos crimes não configura direito fundamental, não há previsão alguma na Constituição Federal. E de fato, a regra geral ser a prescritibilidade dos crimes não se deduz que isso seja um direito³².

Portanto, entende-se que a prescrição penal possui variabilidade que evidencia que é uma causa política de extinção de punibilidade, e está sujeita a mudanças de critérios de acordo com o que é conveniente e oportuno em cada época

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 889.

²⁹ LOZANO JÚNIOR, José Júlio. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 22.

³⁰ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 56.

³¹ SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 56.

³² SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 97.

e situação³³. Podendo ser analisada a necessidade da aplicação da prescrição em razão da gravidade do crime e do contexto histórico e social de cada comunidade.

Então, na ocorrência de crimes graves e que necessitam de uma resposta mais enérgica do Estado, a prescrição pode se tornar causa de impunidade ao permitir que com o passar do tempo, o criminoso tenha sua punibilidade extinta. Por mais que as teorias fundamentadoras tentem explicar a existência do instituto, elas são ineficazes em seu objetivo, analisando a prescrição somente pelo lado do indivíduo que pratica o crime, justificando-a somente em parte.

No próximo tópico será elucidada a contraposição da prescrição, a imprescritibilidade, e suas hipóteses, que estão previstas na Constituição Federal de 1988.

1.3 IMPRESCRITIBILIDADE PENAL E AS HIPÓTESES PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A imprescritibilidade é a inexistência de prescrição penal, ou seja, nos crimes imprescritíveis, mesmo com o transcurso do tempo, é mantida a necessidade punitiva do Estado³⁴.

A imprescritibilidade penal pode ser conceituada, nas palavras de José Cretella Júnior:

“A imprescritibilidade penal pode ser conceituada como a idoneidade ou ineficácia do decurso do tempo sobre o *jus puniendi*, de que é detentor o Estado e, assim, crime imprescritível é aquele cuja sanção é perene, podendo o Estado punir a qualquer tempo.”³⁵

Portanto, a imprescritibilidade penal é a ineficácia do decurso do tempo sobre o *jus puniendi*, de que o Estado é detentor³⁶. Em decorrência disso, no crime

³³ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 55.

³⁴ FAYET JÚNIOR, Ney; COSTA FERREIRA, Martha da. Da imprescritibilidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney (Coord.). *Prescrição penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 3. p. 48.

³⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. v. 1. p. 483.

³⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. v. 1. p. 482.

imprescritível a sanção é perene, havendo, então, a permanente possibilidade de punição, podendo a perseguição do criminoso pelo Estado se perpetuar no tempo³⁷.

Segundo Maria Regina Trippo, os fundamentos da imprescritibilidade dividem-se em materiais e processuais. Os fundamentos processuais baseiam-se somente na não sujeição a limites temporais. Os fundamentos materiais sustentam a manutenção da necessidade de punição³⁸.

O primeiro fundamento processual é o obstáculo aos órgãos acusatórios, segundo o qual as causas que são adequadas à imprescritibilidade são aquelas que atrapalham a atividade do Ministério Público e que são alheias a esta instituição³⁹.

O outro fundamento processual é a dispensa de atos executórios das penas, em que a imprescritibilidade deriva da desnecessidade de atos materiais para a concretização da pena, pois sendo a sanção aplicada admitiria eficácia direta⁴⁰.

Partindo para os fundamentos materiais, tem-se o dogma da punição dos delitos, segundo o qual a todo delito existe uma pena correspondente, como expressão de justiça absoluta e verdade. Assim, violar esse preceito implica conflito no ordenamento jurídico e à ordem social. De acordo com esse fundamento a prescrição é antijurídica, devendo ser adotada a imprescritibilidade⁴¹.

No fundamento da autoridade estatal, a imprescritibilidade é considerada como irrefutável medida para o reconhecimento da justiça estatal, preservando a consciência moral da sociedade⁴².

Pode-se dizer ainda que a imprescritibilidade se encontra fundamentada na perpétua memória do fato e na permanente periculosidade social, em razão da gravidade do crime praticado, bem como na tentativa de repressão à criminalidade. Dessa forma, práticas delituosas alarmantes, que causam grande choque na sociedade, em razão da crueldade que revelam, tornariam contínua a necessidade de

³⁷ FAYET JÚNIOR, Ney; COSTA FERREIRA, Martha da. Da imprescritibilidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney (coord.). *Prescrição penal: temas atuais e controvertidos*: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. v. 3. p. 48.

³⁸ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 57.

³⁹ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 58.

⁴⁰ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 59.

⁴¹ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 59.

⁴² TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 60.

punição do criminoso⁴³, para que haja retribuição ao mal causado e não se torne exemplo de impunidade.

Assim, ainda que tardia, a punição evitaria a sensação da permanente periculosidade social causada pela impunidade do criminoso, e da conseqüente insatisfação das vítimas⁴⁴. Então aplicada em um contexto de crimes extremamente graves, a imprescritibilidade penal pode ser vista como uma importante forma de enfrentamento à grandes violações dos direitos humanos.

Entretanto, críticas à imprescritibilidade penal sustentam que com a passagem do tempo a pena se tornaria desnecessária, pois o delito acabaria sendo esquecido pela sociedade, possuindo apenas um caráter histórico⁴⁵. Além disso, independente da gravidade do crime, a imprescritibilidade seria contrária à intervenção mínima do Direito Penal, não sendo razoável a eterna persecução de um criminoso pelo Estado⁴⁶.

Porém, os efeitos do crime para a vítima e grande parcela da sociedade não são facilmente esquecidos com a passagem do tempo, muito pelo contrário. E além disso, uma vez cometido o crime, principalmente os mais graves, dever haver uma resposta estatal aplicando a devida punição, para que dessa forma o Estado não seja um potencializador da impunidade.

No sistema jurídico brasileiro, a regra geral de prescricibilidade de todas as infrações penais não é absoluta. Como exceção existem hipóteses de crimes que não estão sujeitos à prescrição. Essas hipóteses estão presentes na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, e são o crime da prática de racismo, inciso XLII, e o crime de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, inciso XLIV, que serão abordados nos próximos tópicos deste trabalho.

⁴³ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 62.

⁴⁴ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 65.

⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo apud SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 83.

⁴⁶ MACHADO, Fábio Guedes de Paula apud FAYET JÚNIOR, Ney; COSTA FERREIRA, Martha da. Da imprescritibilidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney (coord.). *Prescrição penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 3. p. 52.

1.3.1 IMPRESCRITIBILIDADE DO CRIME DA PRÁTICA DE RACISMO

Presente no Capítulo I, que versa sobre os direitos e deveres fundamentais, do Título II, que alude aos direitos e garantias fundamentais, o artigo 5º, inciso XLII, prevê:

XLII – “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.”⁴⁷

O racismo configura conceito histórico-cultural e afronta direitos fundamentais de igualdade, cidadania e dignidade humana, presentes na Constituição Federal. E, como forma de segregação e exclusão social fere os direitos humanos que sempre devem ser prevalentes.

Pertencente ao artigo, 5º, inciso XLII, da Constituição Federal de 1988, a imprescritibilidade do crime de racismo é cláusula pétrea, portanto não pode ser abolida. O alcance da imprescritibilidade do crime da prática de racismo é máximo, abrange tanto a pretensão punitiva quanto a executória, sempre buscando a máxima efetividade da norma constitucional⁴⁸.

Como lembra Christiano Jorge Santos, não foi gratuita a previsão da imprescritibilidade da prática do racismo pelo constituinte originário, que além de tipificar a prática do racismo como crime, julgou oportuno o rigor da imprescritibilidade. Afirmando assim, expressamente, o repúdio à prática desse crime, demonstrando a influência direta do contexto social, histórico e cultural do que foi e ainda é vivido por aqueles que sofrem preconceitos raciais no Brasil⁴⁹.

Segundo Maria Regina Trippo, o constituinte não definiu o que quis dizer com “prática de racismo”, e fez isso com propósito de que há uma variação de sentido da palavra conforme as mudanças da sociedade. O significado é a nível infraconstitucional justamente para conferir uma eficácia plena ao dispositivo. E poderá caber ao intérprete o alcance do significado da expressão⁵⁰. Prova disso são

⁴⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2015.

⁴⁸ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 81.

⁴⁹ SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 94.

⁵⁰ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 75.

as modificações que recebeu a lei que define a prática de racismo com o passar dos anos.

Segundo o artigo 1º da lei 7716 de 1989, o racismo é o preconceito ou a discriminação contra alguém por pertencer a uma raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, a conceituação da prática de racismo foi ampla e abrangente. Esse conceito foi alterado pela lei 9.459 de 1997, que na redação original apenas abrangia os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Os tipos penais que caracterizam a prática do racismo estão previstos na lei 7.716 de 1989, que “define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”, alterada pela lei 8.081 de 1990, que “estabelece os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza”, e pela lei 9.459 de 1997, que altera os artigos 1º e 20, e lei 12.288 de 2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial.

A amplitude do termo do racismo, ainda é bastante discutida no âmbito jurídico, causando divergência doutrinária. Christiano Jorge Santos entende de forma restritiva e reitera que o racismo é o preconceito ou a discriminação contra alguém por pertencer a uma raça, cor ou etnia, e não se incluem no conceito condutas relativas à religião e à nacionalidade⁵¹.

Já outros autores, como Maria Regina Trippo, entendem que a interpretação, entre os possíveis significados da expressão “prática de racismo”, deve ser ampla, para haver uma maior tutela do direito de igualdade, e assim máxima efetividade da norma. Nesse entendimento a prática de racismo compreende discriminação de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional⁵². A teoria ampliativa é adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, entende-se correto adotar a forma ampliativa do termo racismo, em concordância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Abordar de forma extensiva e flexível, não restringindo o conceito de racismo apenas para a discriminação racial ou por cor, concede maior garantia da tutela da igualdade e

⁵¹ SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 92.

⁵² TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 78.

diversidade, estendendo a proteção a um maior número de pessoas, na tentativa de abolir qualquer segregação, rejeição e injustiça social.

Sob o ponto de vista da aplicabilidade, a prática de racismo é a mais expressiva hipótese de imprescritibilidade. Aliás, já foi confirmada reiteradas vezes pelo Supremo Tribunal Federal, como no seguinte voto do Ministro Moreira Alves no notório caso Ellwanger. Esse voto elucida todos os pontos pertinentes ao entendimento da motivação do crime de racismo ser considerado grave e por essa razão necessitar de um tratamento diferenciado, ao não estar sujeito à prescrição.

No caso Ellwanger, o Supremo Tribunal Federal, após decisão, considerou que a publicação de livros com ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica configura crime de racismo, sujeito, então, à imprescritibilidade. Afirmou que a divisão por raça é resultante de um contexto político-social, nesse caso, surgindo em razão de discriminação dirigida especificamente aos judeus, o que configura, considerando de forma ampliada, ato ilícito de prática de racismo. Portanto, com esse entendimento foi ampliada a incidência da imprescritibilidade da prática do crime de racismo.

Conforme elucidou o Ministro Moreira Alves, em seu voto:

“(...) 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. (...) 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. (...) 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os

atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.”⁵³

Após o exposto, faz-se igualmente necessária a explanação acerca da outra hipótese de imprescritibilidade presente na Constituição Federal, a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

1.3.2 IMPRESCRITIBILIDADE DO CRIME DE AÇÃO DE GRUPOS ARMADOS, CIVIS OU MILITARES CONTRA A ORDEM CONSTITUCIONAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO

Nessa parte, será analisada a segunda hipótese de crime que não está sujeito à prescrição, conforme o artigo 5º, inciso XLIV, da Constituição Federal:

XLIV – “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”⁵⁴

O Brasil é um Estado de Direito, o que significa dizer que está sob a égide de um sistema organizado cujos elementos fundamentais são a supremacia da lei, a divisão de Poderes, separados de forma independente e harmônica e o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais⁵⁵.

Ao termo “Estado de Direito” foi acrescentado a concepção de “Democrático”, em razão de que não bastam leis, é necessário que elas tenham conteúdo democrático, fundado na soberania popular, com a igualdade de direitos, e

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 82.424/RS. Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator (a): Min. Moreira Alves, Relator (a) p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82424%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/az3e35m>. Acesso em: 27 maio 2015.

⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2015.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 115.

não só com o reconhecimento, mas principalmente com a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana⁵⁶. Com a presença dos princípios da constitucionalidade, da justiça social, da igualdade, da legalidade, da segurança jurídica, entre outros⁵⁷.

De acordo com José Cretella Júnior, é dever do Estado manter a ordem interna, protegendo-a contra ação de grupos armados que possam agir contra o próprio Estado e a ordem constitucional, pretendendo alterar a forma de governo, buscando instituir nova ordem⁵⁸.

Assim, o Estado necessita separar as opiniões políticas, das condutas pautadas em violência e ilegalidade, reprimindo essas condutas ilícitas.⁵⁹ Como ensina José Afonso da Silva, existem duas restrições expressas relacionadas à liberdade de associação, é vedada a associação com finalidade ilícita ou de caráter paramilitar⁶⁰.

Então, conforme elucida Christiano Jorge Santos, o dispositivo em análise trata de ação típica do que se chama de “golpe de estado”, porém especializado por alguns elementos: ação criminosa; de grupos armados; civis ou militares. Para ele, essa é uma forma que o legislador constituinte originário encontrou de inibir uma próxima ameaça de reversão da “abertura política”, após a ditadura militar⁶¹.

Desse modo, objetivo do dispositivo é tornar crime a ação subversiva de grupos armados, civis ou militares que tentem inviabilizar a manutenção do Estado Democrático e da estabilidade da ordem constitucional, evitando assim a ruptura da democracia.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 119.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 124.

⁵⁸ CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. v. 1. p. 494.

⁵⁹ LOEWENSTEIN apud TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 84.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 270.

⁶¹ SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 94.

Há divergência da doutrina a respeito da inserção do dispositivo no artigo 5º, que versa sobre os direitos e deveres individuais e coletivos. Para Celso Bastos, foi indevida a inserção do inciso no artigo 5º, pois versa sobre a defesa do Estado, e de imediato atinge a instituição estatal⁶².

As críticas da localização do dispositivo se justificam na ideia de que a matéria, deveria constar no Título V, que prevê a defesa do Estado e das instituições democráticas. Também sustenta esse pensamento o autor Alexandre Moraes⁶³.

Já Maria Regina Trippo elucida que atentar contra a estabilidade da ordem constitucional e a manutenção da democracia ataca, embora de modo indireto, os direitos fundamentais, posto que a garantia desses direitos fundamentais presume uma sociedade justa, igualitária livre e segura⁶⁴. Adepto desse pensamento ampliativo é Christiano Jorge Santos, que defende que o dispositivo é um mandado de criminalização que assegura os direitos fundamentais⁶⁵.

Por certo que os termos utilizados no inciso sugerem várias interpretações, tanto ampliativas quanto restritivas. Porém, entende-se mais adequada a interpretação ampliativa, pois inviabilizar o Estado Democrático, atinge a tutela e garantia dos direitos fundamentais, que pressupõem uma sociedade justa, igualitária livre e segura. Não é viável falar apenas em defesa do Estado, como instituição política, mas sim de toda a sociedade.

Maria Regina Trippo lembra que atualmente, a defesa do Estado está prevista na lei 7.170 de 1983. Porém, seus dispositivos não aludem à imprescritibilidade, não existe, também, artigo nessa lei relacionado aos elementos presentes no inciso LXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal. Além disso, não há correspondência à ação de grupos, os dispositivos limitam-se à ideia de associação⁶⁶.

A plena eficácia do dispositivo, assim como na prática do racismo, é dependente de edição de lei infraconstitucional que tipifique os crimes que se

⁶² BASTOS apud TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 85

⁶³ MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 63.

⁶⁴ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 85.

⁶⁵ SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 98.

⁶⁶ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 85

enquadrem como ação contra a ordem constitucional e o Estado Democrático⁶⁷. Porém, não existe no ordenamento jurídico brasileiro norma que dê efetividade à essa hipótese, carecendo de figura típica que garanta a sua eficaz aplicação. Desse modo, permanece inócuo o alcance da norma constitucional, não atingindo a finalidade a que foi proposta.

Após a compreensão das hipóteses de imprescritibilidade penal previstas na Constituição Federal e como resulta a concretização dessas hipóteses no ordenamento jurídico brasileiro, será abordado no próximo capítulo temas controvertidos acerca da prescrição e da imprescritibilidade, causadores de divergência na doutrina, na jurisprudência, e até nos tribunais superiores.

⁶⁷ FAYET JÚNIOR, Ney; COSTA FERREIRA, Martha da. Da imprescritibilidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney (coord.). *Prescrição penal: temas atuais e controvertidos*: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 3. p. 58.

2. TEMAS CONTROVERTIDOS ACERCA DA IMPRESCRITIBILIDADE PENAL

Nessa parte do trabalho será abordada a possibilidade de haver novas hipóteses de crimes imprescritíveis, além da prática de racismo e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra o Estado democrático e a ordem constitucional. Assim, faz-se necessária a explanação de questões ainda controvertidas na doutrina e jurisprudência. Será abordada a adesão do Brasil ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, submetendo-se à sua jurisdição, e a consequente concordância do Brasil acerca da imprescritibilidade dos crimes de competência desse Tribunal. Bem como, haverá a elucidação sobre o artigo 366 do Código de Processo Penal, analisando se a previsão de suspensão da prescrição desse artigo configura caso atípico de imprescritibilidade, estabelecido por lei infraconstitucional. Além disso, serão tecidas considerações acerca da decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal, proferida no Recurso Extraordinário 460.971/RS, a qual admite a possibilidade de novas situações de imprescritibilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 DA ADESÃO DO BRASIL AO ESTATUTO DE ROMA E AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Será feita uma breve explanação sobre o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e o modo como o Brasil absorveu o respectivo tratado, posto que determina a imprescritibilidade para os crimes de sua competência.

A recente trajetória de evolução do Direito Internacional Penal demonstra uma maior motivação da comunidade internacional na persecução e punição de crimes que violam os direitos fundamentais do ser humano⁶⁸.

Aprovado em 1998, em Roma, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional teve por objetivo “constituir um tribunal internacional com jurisdição criminal permanente, dotado de personalidade jurídica própria”⁶⁹.

⁶⁸ FAYET JÚNIOR, Ney; COSTA FERREIRA, Martha da. Da imprescritibilidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney (coord.). *Prescrição penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. v. 3. p. 63.

⁶⁹ MAZZUOLI, Valério de Almeida. *O tribunal penal internacional e o direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 42.

Assim, em 2002 entrou em vigor o Tribunal Penal Internacional, com pelo menos 114 Estados expressando sua concordância para com o tribunal. O Brasil ratificou sua participação através do Decreto 4388 de 25 de setembro desse mesmo ano, momento em que se tornou parte do respectivo tratado.

Segundo Maria Regina Trippo, a criação do tratado deu-se em razão da busca em superar os erros cometidos pelos tribunais anteriores, como o Tribunal de Tóquio e o Tribunal de Nuremberg. Segundo a autora, nesses tribunais foram desrespeitados a garantia do juiz natural, a imparcialidade, além dos princípios da anterioridade da lei penal e da estrita legalidade⁷⁰.

Então, fez-se necessária a criação de um tribunal pleno, de natureza objetiva e imparcial, com o intuito de evitar e punir o acontecimento de crimes que violem a dignidade humana, a liberdade, a paz e segurança internacional, valores já consagrados e veementemente tutelados. Acarretando, então, o reconhecimento de infrações internacionais que devido a sua gravidade, são capazes de afetar a comunidade global. O fundamental seria proteger e efetivar os direitos humanos de forma categórica e eficaz⁷¹.

O Tribunal Penal Internacional tem competência para julgar, com caráter permanente e independente, os crimes de maior gravidade, que afetam a totalidade da comunidade internacional⁷². Não devendo esses crimes ficarem impunes em razão da assegurada efetividade da repressão, através de medidas de coibição e da cooperação internacional.

Os crimes da competência do Tribunal Penal Internacional são o crime de genocídio, crime de agressão, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Segundo o artigo 29 do Estatuto de Roma, “os crimes da competência do Tribunal não prescrevem”.

Havia dúvida a respeito da constitucionalidade, e, em razão disso, foi editada a Emenda Constitucional 45, de 2004, foi acrescentado o § 4º ao artigo 5º da

⁷⁰ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 97.

⁷¹ LIMA, Renata Mantovani de; COSTA, Mariana Martins da. *O tribunal penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 103.

⁷² MAZZUOLI, Valério de Almeida. *O tribunal penal internacional e o direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 42.

Constituição Federal, conforme o qual “o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Então, segundo Ney Fayet Júnior uma vez que o Estatuto de Roma foi ratificado pelo Brasil e se tornou vigente, existe o compromisso internacional do Brasil de adaptação da matéria prescricional na legislação brasileira. Não aplicar em âmbito interno a imprescritibilidade aos crimes do Estatuto de Roma, é retirar a eficácia do artigo 29 do referido estatuto⁷³. Desse modo, o Brasil concorda que os crimes de competência do Tribunal Penal Interacional não prescrevem e ao ratificar a adesão ao Estatuto é adepto à essa possibilidade.

Há divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da posição hierárquico-normativa do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional no ordenamento jurídico brasileiro, em decorrência de ser um tratado internacional de direitos humanos.

A promulgação do Estatuto de Roma, é anterior à Emenda Constitucional nº 45, de 2004, segundo a qual, através da inclusão do § 3º, do artigo 5º da Constituição Federal:

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

O §3º, do artigo 5º da Constituição Federal não fez ressalvas quanto a situações pretéritas, relacionadas a tratados de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45, concluídos mediante aprovação simples⁷⁴. Dessa forma, existem três correntes doutrinárias majoritárias acerca da hierarquia dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, que não forma aprovados conforme o § 3º, do artigo 5º da Constituição Federal.

A primeira sustenta a hierarquia constitucional, a segunda sustenta a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e a terceira sustenta a posição hierárquica de norma infraconstitucional.

⁷³ FAYET JÚNIOR, Ney; COSTA FERREIRA, Martha da. Da imprescritibilidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney (coord.). *Prescrição penal: temas atuais e controvertidos*: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 3. p. 83.

⁷⁴ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 140.

Parte da doutrina entende que Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional integra o ordenamento jurídico brasileiro com status de norma infraconstitucional, ou seja, de lei ordinária. Possui esse entendimento Renata Mantovani⁷⁵.

Outra parte da doutrina entende que a integração do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional se dá por meio de Emenda Constitucional. Para Flavia Piovesan os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos que estejam em vigor, ratificados pelo Brasil, devem possuir status de norma constitucional, pois possuem caráter especial e diferenciam-se de tratados internacionais comuns⁷⁶. É adepto desse entendimento o internacionalista Valério de Oliveira Mazzuoli⁷⁷.

Entretanto, já é pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, não aprovados conforme a Emenda Constitucional nº 45, possuem status normativo supralegal. Dessa forma, situam-se em grau inferior à Constituição, sendo infraconstitucionais, porém em grau superior a leis ordinárias.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes:

“O caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante.”⁷⁸

Sendo assim, entende-se mais acertado o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados conforme a Emenda Constitucional nº 45, posição hierárquico-normativa supralegal, pois é certo que a modificação trazida por esta Emenda Constitucional,

⁷⁵ LIMA, Renata Mantovani de; COSTA, Mariana Martins da. *O tribunal penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 177.

⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 65.

⁷⁷ MAZZUOLI, Valério de Almeida. *O tribunal penal internacional e o direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 46.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Re 349.703/RS. Tribunal Pleno. Recorrente: ITAÚ UNIBANCO S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Supremo Tribunal Federal. Relator (a): Min. Ayres Britto, Relator (a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2035659>. Acesso em: 05 jun. 2015.

envolvendo aspectos dos tratados de direitos humanos, não é retroativa, não abrangendo situações anteriores à emenda.

Posto isso, percebe-se que a ratificação do Brasil ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, com status de norma supralegal, expressa a concordância com os termos previstos no Estatuto, e a consequente concordância com a imprescritibilidade dos crimes de sua competência. Tornando-se assim, o Brasil, adepto à existência de mais hipóteses de crimes imprescritíveis além das previstas no artigo 5º, incisos XLII e XLIV da Constituição Federal.

2.2 O ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL

Dispõe o artigo 366 do Código de Processo Penal:

Art. 366. “Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.⁷⁹⁸⁰

Pelo disposto no referido artigo, constatada a revelia do acusado, desde que citado por edital e não tendo constituído defensor, haverá suspensão do processo e da prescrição⁸¹.

A suspensão do processo prevista no referido artigo é uma adequação ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Desse modo, o Estado fica impedido de exercer seu poder jurisdicional diante dessas garantias, conferidas pela Constituição Federal⁸².

⁷⁹ Código de Processo Penal Art. 312: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

⁸⁰ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 05 jun. 2015.

⁸¹ LOZANO JÚNIOR, José Júlio. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 148.

⁸² MAYA, André Machado. As causas impeditivas do prazo prescricional e sua aplicabilidade à prescrição da pretensão punitiva. In: FAYET JÚNIOR, Ney (coord.). *Prescrição penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 3. p. 177.

Em equilíbrio ao benefício da suspensão do processo, há a suspensão da prescrição com o objetivo de não fomentar a impunidade. Esse equilíbrio é inevitável, pois não teria coerência a lei obstar o exercício da ação penal através da suspensão do processo e ao mesmo tempo deixar de suspender o curso da prescrição dessa ação⁸³.

Há também o propósito de diminuir o número de processos parados sem produzir o efeito pretendido, pois, com o acusado ausente, tornam-se inviáveis, em razão da ocorrência da prescrição. Assim, para evitar a movimentação desnecessária do aparato judiciário, foi determinada a suspensão do processo e em contrapartida a suspensão da prescrição⁸⁴.

O artigo 366 do Código de Processo Penal definiu que a prescrição deve permanecer suspensa durante a suspensão do processo, sem, entretanto, indicar o termo final dessa suspensão da prescrição. Ou seja, o legislador não limitou o prazo da suspensão da prescrição, apenas determinou a suspensão desse prazo⁸⁵.

A divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do referido artigo está justamente relacionada ao limite do prazo de suspensão da prescrição, visto que, como citado anteriormente, o dispositivo prevê apenas o início da suspensão da prescrição, não se pronunciando sobre o seu termo final. Em razão disso, questiona-se qual seria o limite de tempo que o prazo prescricional deve permanecer suspenso, caso não haja o comparecimento do acusado nem seja constituído defensor, e se esse seria um novo caso de imprescritibilidade.

Parte da doutrina e jurisprudência indica a necessidade de se estabelecer prazo máximo para o limite da suspensão da prescrição. Assim, adeptos desse posicionamento orientam-se no sentido de que a suspensão da prescrição deve ser por tempo determinado, mesmo o acusado não comparecendo em juízo. Pois, do contrário, haveria nova hipótese de imprescritibilidade, além daquelas previstas na Constituição Federal.

⁸³ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 88.

⁸⁴ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004. p. 88.

⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral 1, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 918.

Sendo assim, há entendimento que sustenta a aplicação do prazo prescricional de acordo com o previsto no artigo 109 do Código Penal⁸⁶, levando em consideração o máximo da pena abstrata⁸⁷. É adepto desse entendimento Damásio de Jesus⁸⁸.

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 415, segundo a qual: “O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada”. Assim, a Súmula afirma que o limite de tempo da suspensão da prescrição corresponde ao máximo da pena imposta à infração penal atribuída ao acusado.

Há ainda quem afirme que deve-se levar em conta o mínimo abstrato da pena cominada ao crime, considerando os prazos do artigo 109 do Código Penal, como por exemplo Sídio Rosa de Mesquita Júnior⁸⁹.

Por outro lado, em entendimento divergente, há o sentido de que, diante da inexistência de previsão legal, a suspensão do prazo da prescrição não poderia estar associada aos prazos previsto no artigo 109 do Código Penal⁹⁰.

Alberto Silva Franco elucida que o prazo prescricional deixa de transcorrer a partir da suspensão do processo, não havendo fixação de limite temporal para essa causa impeditiva, ou seja, a causa suspensiva prevista no mencionado dispositivo preserva seus efeitos sem limitação de tempo. Apenas com o

⁸⁶ Código Penal, Art. 109. “A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze; II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze; III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito; IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro; V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois; VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.”

⁸⁷ MAYA, André Machado. As causas impeditivas do prazo prescricional e sua aplicabilidade à prescrição da pretensão punitiva. In: FAYET JÚNIOR, Ney (coord.). *Prescrição penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 3. p. 177.

⁸⁸ JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. p. 89.

⁸⁹ MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. O STF, em decisão isolada, interpretou o art. 366 do CP de forma a admitir a imprescritibilidade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1394, abr. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9795>. Acesso em: 6 jun. 2015.

⁹⁰ RIBEIRO, Marcelo Roberto. Revistando alguns temas da prescrição. In: FAYET JÚNIOR, Ney (Coord.). *Prescrição penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. v. 2. p. 82.

comparecimento do acusado em juízo, sua citação pessoal ou nomeação de advogado constituído é que o prazo da prescrição volta a correr⁹¹.

Como bem afirma José Lozano Júnior, esse é o único entendimento que pode ser obtido a partir do artigo 366 do Código de Processo Penal, que não dispõe prazo para o fim da suspensão. Então, o término da suspensão fica condicionado à citação pessoal do réu, ao seu comparecimento ou ingresso no processo de advogado constituído⁹².

Assim, o prazo prescricional deve continuar suspenso até o comparecimento do réu em juízo, ou constituição de procurador, pois diante da ausência do acusado, o Estado está impossibilitado de exercitar seu *jus puniendi*.

Embora, de fato, a tendência seja fixar, inclusive legalmente, limite para o fim da suspensão da prescrição em caso de réu revel, de forma acertada explica José Lozano Júnior que enquanto vigorar o atual texto do artigo 366 do Código de Processo Penal, que não estabelece término para o prazo da suspensão da prescrição, não se pode dar outra interpretação à matéria⁹³.

Para José Lozano Júnior, não é caso de imprescritibilidade, não se podendo, portanto, falar em inconstitucionalidade do artigo 366 do Código de Processo Penal. Vale lembrar que o principal aspecto da imprescritibilidade é a ausência de termos iniciais e finais de prescrição. E essa característica não está presente no dispositivo do artigo 366 do Código de Processo Penal, que determina esses limites de forma precisa⁹⁴.

De acordo com o referido autor existem termos definidos para o fim da suspensão, são eles “a citação pessoal do réu, seu comparecimento espontâneo ou eleição de defensor pelo acusado”. Assim, havendo termos finais expressamente previstos, não há o que se falar em imprescritibilidade⁹⁵.

Esse também é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. A contagem do prazo prescricional pode permanecer suspensa por prazo

⁹¹ FRANCO, Alberto Silva apud LOZANO JÚNIOR, José Júlio. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 149.

⁹² LOZANO JÚNIOR, José Júlio. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 149.

⁹³ LOZANO JÚNIOR, José Júlio. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 150.

⁹⁴ LOZANO JÚNIOR, José Júlio. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 151.

⁹⁵ LOZANO JÚNIOR, José Júlio. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 151.

indeterminado, ou seja, a suspensão da prescrição pode durar enquanto durar a suspensão do processo. Para a Suprema Corte esse entendimento não torna imprescritível crimes não elencados na Constituição Federal, porém nada impediria se o fosse.

Então, concorda-se com o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que o caso do artigo 366 não configura caso de imprescritibilidade penal, a suspensão da prescrição prevista neste artigo, pois ao contrário do que acontece na imprescritibilidade, possui termo final futuro e incerto que é o comparecimento do réu ou constituição de advogado por esse. Ademais, a Constituição Federal não proíbe expressamente a suspensão da prescrição sem limitação de tempo.

Portanto, o que pretende demonstrar com essa análise acerca do artigo 366 do Código de Processo Penal é que não há nada que impeça a existência de nova hipótese de imprescritibilidade penal no ordenamento jurídico brasileiro, além daquelas elencadas na Constituição Federal. Porém essa hipótese deve estar expressamente prevista em nossa legislação, não sendo apresentada apenas sob forma de interpretação baseada em omissões e possíveis lacunas da lei, para que não acarrete em eternas discussões sobre a possibilidade ou não de haver a imprescritibilidade.

O objetivo dessa explanação é tentar aclarar a existência do debate doutrinário e jurisprudencial acerca da prescrição e imprescritibilidade, é de suma importância ressaltar que a imprescritibilidade deve parar de ser vista como um instituto insustentável, que viola a dignidade humana e a segurança jurídica. Se aplicada de forma correta e proporcional, pode ser vista como um instrumento de combate à impunidade.

2.3 ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 460.971/RS. DA AUSÊNCIA DE PRAZO MÁXIMO DA SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO

Neste tópico será feita uma explanação sobre o Recurso Extraordinário 460.971/RS julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que serve de paradigma na doutrina e jurisprudência, em que, ao tratar do artigo 366 do Código de Processo Penal admitiu a possibilidade de haver novos crimes imprescritíveis no Direito Penal.

2.3.1 METODOLOGIA

Será realizada a análise do Recurso Extraordinário 460.971/RS, em suas instâncias e por fim o julgamento do Supremo Tribunal Federal. Não foi possível ter acesso ao inteiro teor da sentença proferida pelo juiz de 1º grau, pois não existem documentos disponibilizados para consulta desse processo no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Assim, foi possível ter acesso ao acórdão proferido pela Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de 2ª instância. Através do site do Supremo Tribunal Federal foi possível ter acesso ao acórdão proferido pela 1ª Turma da Suprema Corte.

2.3.2 DA ANÁLISE DA 1ª INSTÂNCIA

Na 1ª instância, o réu Valdemar Brito da Silva foi denunciado pela prática do crime de porte de arma. Ao constatar a revelia do réu, o Juiz da 3ª Vara Criminal de Canoas – RS suspendeu o processo e o prazo da prescrição, limitando esta última de acordo com os prazos do artigo 109 do Código Penal. Afirmou que a suspensão do prazo prescricional não pode ser indefinida, pois isso criaria a imprescritibilidade para todos os crimes. Diante disso, a Promotoria de Justiça interpôs recurso em sentido estrito contra a decisão de 1º grau, endereçada ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, alegando que o artigo 366 do Código de Processo Penal define a suspensão do processo e da prescrição, não podendo a suspensão ser aplicada somente em parte.

2.3.3 DA ANÁLISE DA 2ª INSTÂNCIA

O Procurador de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso interposto pela Promotoria de Justiça. Em 8 de outubro de 2003, a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento ao recurso, considerando correta a decisão proferida pelo juiz de 1º grau, afirmando que o período máximo de suspensão do prazo prescricional, de acordo com o artigo 366

do Código de Processo Penal, adequa-se ao que está estabelecido no artigo 109 do Código Penal, observada a pena máxima cominada ao delito⁹⁶.

2.3.4 DA ANÁLISE DA 3ª INSTÂNCIA

Será feita uma explanação sobre o Recurso Extraordinário e sobre a análise do voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence.

De acordo com o mencionado julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a suspensão da prescrição deve ser limitada conforme os prazos do artigo 109 do Código Penal. Dessa forma, para o colegiado, esse seria caso de imprescritibilidade além dos incisos XLII e XLIV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, que são respectivamente a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra o Estado democrático e a ordem constitucional.

No mérito, sustenta o acórdão recorrido que há violação do artigo 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição Federal, que são respectivamente a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra o Estado democrático e a ordem constitucional. Assim, com base nesses dispositivos, o artigo 366 do Código de Processo Penal não poderia criar nova hipótese de suspensão da prescrição sem que houvesse limitação de tempo.

Nesse ponto, sustenta o Ministério Público, que os incisos XLII e XLIV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, não obstam a suspensão da prescrição

⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação. REVELIA. ARTIGO 366. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. OBRIGATORIEDADE. LIMITE. Se de um lado a suspensão do procedimento, estabelecida no artigo 366 do Código de Processo Penal, deve ser aplicada em conjunto com a suspensão do prazo prescricional, de outro, ela (suspensão) não pode ser indefinida. Isto criaria a imprescritibilidade para todos os crimes, contrariando a Constituição Federal (artigo 5º, incisos XLII e XLIV). Concedida as medidas (suspensão e prescrição) no procedimento do réu revel que não compareceu, deve-se limitar a última aos prazos do artigo 109 do Código Penal. Foi o que fez o julgador de primeiro grau. Recurso ministerial não provido. Unânime. Oitava Turma Criminal. Apelante: Ministério Público. Apelado: Valdemar Brito da Silva. Relator: Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, 08 de outubro de 2003.

Disponível em:

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70006418610%26num_processo%3D70006418610%26codEmenta%3D745827+REVELIA.++ARTIGO++366.++SUSPENS%C3%83O++DO++PRAZO++PRESCRICIONAL.++OBRIGATORIEDADE.++LIMITE.+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70006418610&comarca=COMARCA%20DE%20CANOAS&dtJulg=08/10/2003&relator=Sylvio%20Baptista%20Neto&aba=juris. Acesso em: 6 jun. 2015.

até o comparecimento do réu ao processo, o que, além disso, não pode ser confundido com imprescritibilidade do crime.

Em parecer do Ministério Público Federal, o Subprocurador-Geral Haroldo Ferraz, entende que deve ser adotado o posicionamento, já mencionado neste trabalho, de Alberto Silva Franco, segundo o qual não há fixação de limite para o termo final do prazo de suspensão da prescrição, de modo que deve ocorrer quando o réu comparecer em juízo, independentemente do tempo transcorrido.

Para o Subprocurador-Geral, a suspensão da prescrição prevista no artigo 366 do Código de Processo Penal está apenas sujeita à condição resolutive de comparecimento do réu, e por isso não poderia estar submetida à um prazo, não previsto em lei, e que isso causaria privilegio da não interrupção da prescrição, por quaisquer de suas causas. Sendo para ele errônea a interpretação do acórdão recorrido que criou prescrição que não estaria prevista na lei.

Em seu voto, o Relator Ministro Sepúlveda Pertence foi contrário ao acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O Ministro Relator afirma que o Ministério Público tem razão ao alegar violação do artigo 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição Federal. Para o Ministro, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul equivocou-se em sua decisão. Pois, ao contrário do que aduz o tribunal *a quo*, é evidente a utilização dos dois incisos da Constituição para dar interpretação do artigo 366 do Código de Processo Penal, conforme a qual a suspensão da prescrição não poderia se dar por prazo indeterminado.

Conforme lembra o Ministro, já foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que a Constituição Federal proíbe a suspensão prescricional, por tempo indeterminado, no caso do artigo 366 do Código de Processo Penal.

Assim, não há fundamento para se falar que a suspensão da prescrição não poderia ser por tempo indeterminado, sob a justificativa de que a Constituição Federal apenas permite a imprescritibilidade nos crimes de racismo, e de ação de grupos armados civis e militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Desse modo, a falta de limitação do prazo da suspensão prescricional não constitui hipótese de imprescritibilidade. A referida suspensão não obsta a retomada da prescrição, apenas a ajusta a um evento futuro e incerto, que é o comparecimento do acusado. Constituindo assim, situação distinta da imprescritibilidade.

Além disso, a Constituição Federal, nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º, indica os crimes em que não há incidência das regras da prescrição, sem proibir que a legislação ordinária criasse outras hipóteses.

E, além do mais, lembra o Excelentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence que apesar do entendimento contrário de parte da doutrina e jurisprudência, não há o que se falar em sujeição do período de suspensão da prescrição do artigo 366 do Código de Processo Penal ao período da prescrição em abstrato.

Por fim, foi dado pelo Ministro Relator provimento ao Recurso Extraordinário, para eliminar o limite de tempo instituído à suspensão da prescrição. O voto do Ministro Relator foi acompanhado de forma unânime pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal.

O julgamento do Recurso Extraordinário 460.971/RS⁹⁷ serviu de paradigma tanto para doutrina quanto para a jurisprudência. O próprio Supremo Tribunal Federal, já reafirmou em julgamentos mais recentes esse entendimento, inclusive citando o voto e o posicionamento do Ministro Sepúlveda Pertence acerca de novas possibilidades de crimes imprescritíveis.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. 1. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1042, 19.12.06, Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C.Pr.Penal. 2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade. 3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses. 4. Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C.Pr.Penal ao tempo da prescrição em abstrato, pois, "do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão." 5. RE provido, para excluir o limite temporal imposto à suspensão do curso da prescrição. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Valdemar Brito da Silva. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+460971.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+460971.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/be4yupm>. Acesso em: 08 jun. 2015.

3. A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES HEDIONDOS

Neste último capítulo será abordado o tema concernente à imprescritibilidade dos crimes hediondos, fazendo-se uma explanação sobre os crimes hediondos, se existe a possibilidade do aumento do rol dos crimes imprescritíveis presentes na Constituição Federal de 1988. Havendo a perspectiva de os crimes hediondos tornarem-se imprescritíveis de que forma essa mudança se daria.

3.1 DOS CRIMES HEDIONDOS

As normas constitucionais expressas de criminalização são normas que criam, de forma direta, a obrigação, para o legislador infraconstitucional, de incriminar condutas lesivas a determinados bens jurídicos. A importância outorgada a esses bens gera a necessidade do recurso à pena, como sendo o instrumento capaz de assegurar uma tutela eficaz. Assim, o legislador constituinte originário substituiu-se ao legislador infraconstitucional na função incriminadora, e utilizou o critério do merecimento do bem jurídico a ser protegido.⁹⁸ Então, ao estabelecer os mandados de criminalização a Constituição Federal assegura que certas condutas serão punidas, como forma de proteção aos indivíduos.

Os motivos utilizados pelo legislador constituinte para adotar tal procedimento implicam no conhecimento dos fatores sociais, históricos, e os valores políticos-criminais presentes à época da elaboração da Constituição Federal de 1988.

Os incisos XLII, XLIII e XLIV⁹⁹, normas constitucionais expressas de criminalização presentes no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, demonstram a atenção em fazer referências a destinatários de preceitos penais, a determinados tipos de pena, a causas de exclusão de culpabilidade etc. A intenção é intensificar o

⁹⁸ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 133.

⁹⁹ A prática de racismo, inciso XLII, e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, inciso XLIV, já amplamente abordados neste trabalho, são, assim como os crimes hediondos, inciso XLIII, mandados de criminalização presentes no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

controle em relação a fatos lesivos que não poderiam perdurar na estrutura social de um Estado Democrático¹⁰⁰.

Essas normas constitucionais de criminalização indicam os bens jurídicos a serem protegidos e impõem expressas limitações, de natureza penal e processual penal¹⁰¹.

Assim, a Constituição Federal de 1988 determinou a imputação de fatos criminosos definidos hediondos, conforme o artigo 5º, inciso XLIII:

“XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”¹⁰².

No que tange aos crimes hediondos, a Constituição Federal, além de criminalizar os fatos aos quais se denominou hediondos, equiparou a esses delitos os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, de drogas e afins e o crime de terrorismo¹⁰³.

Assim, quando o legislador constitucional indica expressamente a necessidade de intervenção penal para a tutela de determinados bens jurídicos, o legislador ordinário tem a obrigação de seguir esse comando e criminalizar os comportamentos apontados sob pena de inconstitucionalidade por omissão¹⁰⁴.

Então, houve a necessidade de se dar no plano legislativo uma resposta penal severa, com o objetivo de reduzir as condutas delituosas, protegendo bens jurídicos considerados de extrema importância. Para regulamentação do disposto no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, foi promulgada a Lei 8.072 de 1990, a Lei de Crimes Hediondos. Essa lei modificou a forma com que o Estado pune os

¹⁰⁰ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 133.

¹⁰¹ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 134.

¹⁰² BRASIL. Constituição Federal de 1988. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 ago. 2015.

¹⁰³ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 135.

¹⁰⁴ Como já explanado neste trabalho, exemplo de inconstitucionalidade por omissão é o inciso XLIV do artigo 5º, da Constituição Federal que trata da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, que até hoje não possui regulação infraconstitucional.

crimes considerados graves, os quais passaram a ser tratados com muito mais severidade¹⁰⁵.

Nas palavras de Marisya Souza e Silva:

“Pode-se então chamar de hediondas todas as condutas delituosas de excepcional gravidade, seja quanto à sua execução, seja quanto à natureza dos bem jurídico ofendido, bem como, à especial condição da vítima, que causam reprovação e repulsão”¹⁰⁶.

Segundo a Lei 8.072 de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal:

“Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994):

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII); (Redação dada pela Lei nº 13.142, de 2015)

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

VII-A – (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

¹⁰⁵ TOVIL, José. *A (nova) lei dos crimes hediondos comentada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3.

¹⁰⁶ SILVA, Marisya Souza e. *Crimes hediondos & progressão de regime prisional*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 130.

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º). (Incluído pela Lei nº 12.978, de 2014)
Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1o, 2o e 3o da Lei no 2.889, de 1o de outubro de 1956, tentado ou consumado.” (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 1994) ¹⁰⁷

Assim, o critério adotado pelo legislador infraconstitucional para determinar a hediondez dos delitos foi o critério legal, ou seja, crimes hediondos são apenas aqueles descritos no artigo 1º da Lei de Crimes Hediondos.

3.2 DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES HEDIONDOS

Nessa parte será finalmente avaliada se há a possibilidade do aumento do rol dos crimes imprescritíveis presentes na Constituição Federal de 1988, sendo posteriormente analisada a possível imprescritibilidade dos crimes hediondos.

3.2.1 POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO ROL DE CRIMES IMPRESCRITÍVEIS

Para se obter a resposta sobre a imprescritibilidade dos crimes hediondos, primeiramente objetiva-se saber se há possibilidade de haver no ordenamento jurídico brasileiro novas hipóteses de crimes imprescritíveis além das já previstas na Constituição Federal.

Por certo, como já explicitado no primeiro capítulo deste trabalho, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, ao considerar a prática de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático, elencou os dois crimes penalmente imprescritíveis no ordenamento jurídico brasileiro.

Para Cezar Roberto Bitencourt a prescritebilidade da grande maioria das infrações penais é direito fundamental do cidadão. Da mesma forma, Fernando Capez afirma que a prescritebilidade geral dos crimes é direito individual garantido pela

¹⁰⁷ BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em: 20 ago. 15

Constituição Federal assim, as hipóteses de imprescritibilidade não poderiam ser ampliadas, por se tratar de cláusula pétrea¹⁰⁸.

Christiano Jorge Santos afirma que o legislador constituinte ao prever a imprescritibilidade da prática de racismo e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático quis deixar de forma explícita o direito da vítima que sofre ataque a direito fundamental, impossibilitando a exclusão de tal direito, ou seja, a proteção conferida pelo artigo 5º foi destinada à vítima e não ao autor¹⁰⁹.

Concordando com o pensamento de Christiano Jorge Santos, a prescritibilidade dos crimes não constitui direito fundamental, pois inexistente o direito individual da prescrição do crime cometido. Não está presente na Constituição Federal dispositivo que preveja a prescritibilidade como direito individual ou fundamental. E, conforme explicitado no início deste terceiro capítulo, a imprescritibilidade penal presente na Constituição Federal é um mandado expresso de criminalização.

Então, essas normas são regras de imprescritibilidade destinadas a dar maior proteção às vítimas que tiveram seus direitos fundamentais violados, não são destinadas aos autores dos fatos criminosos.

Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como uma forma de estimular a prática de atividades ilícitas nem como justificativa para afastamento ou diminuição da responsabilidade pela prática de atos criminosos. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal possuem limites, limites esses encontrados nos demais direitos igualmente consagrados pela Constituição Federal¹¹⁰.

Não significa que estando elencadas no artigo 5º da Constituição Federal com as características de cláusulas pétreas, outros crimes não poderiam se tornar imprescritíveis. As cláusulas pétreas, previstas no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988, têm por objetivo proteger os princípios basilares presentes nos

¹⁰⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. p. 626.

¹⁰⁹ SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 98.

¹¹⁰ MORAES, Alexandre de apud SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 99.

dispositivos constitucionais. Dessa forma, a mera alteração da redação de uma norma com característica de cláusula pétrea não gera inconstitucionalidade, desde que não afete a essência do princípio tutelado e o sentido da norma. Então, preservando-se o “núcleo essencial dos bens constitucionais protegidos”, permanecendo incólume a essência do princípio, elementos circunstanciais ao bem que possui a característica de cláusula pétrea poderiam ser suprimidos ou modificados, porém não poderiam ser tendentes a abolir, ou seja, suprimir a eficácia e o significado da norma¹¹¹.

Posto isso, entende-se que a imprescritibilidade dos crimes hediondos não afetaria a essência das duas hipóteses de imprescritibilidade presentes no artigo 5º da Constituição Federal. Elas são, assim como o artigo que prevê os crimes hediondos, mandados expressos de criminalização, com objetivo de tutelar bens jurídicos que o legislador constituinte originário valorou como de extrema importância.

A partir do momento que o Brasil aderiu, em 2002, ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, inserindo-o em seu ordenamento jurídico, com status de norma supralegal, reconhece então, a extensão da imprescritibilidade dos crimes de competência desse tribunal. Assim, submete-se a imprescritibilidade dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, aceitando novas possibilidades de crimes imprescritíveis no ordenamento jurídico brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 460.971/RS se mostrou adepto ao entendimento de que não há nada que proíba a ampliação de crimes imprescritíveis, e que essa ampliação poderia ocorrer de forma legítima.

Além do mais, o entendimento da Suprema Corte, ao considerar a forma ampliativa de direitos no julgamento do Caso Ellwanger, já citado neste trabalho, admitindo como uma raça o povo judeu, para que, sobretudo, mais pessoas possam ser tuteladas pelos direitos fundamentais de igualdade e diversidade, ampliou, de certa forma, a abrangência da imprescritibilidade do crime de racismo.

Partindo então desse entendimento ampliativo de direitos, para que os direitos fundamentais das vítimas e sociedade sejam amplamente assegurados, pode ser considerada possível a ampliação do rol de crimes imprescritíveis.

¹¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito Constitucional*. 9. Ed. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 124.

3.2.2 DE QUE FORMA SE DARIA A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES HEDIONDOS?

Os prazos prescricionais dos crimes hediondos estão regulados pelos artigos 109 e 110 do Código Penal. O que se pretende, é que, em razão da gravidade ensejada aos crimes hediondos, sobre eles não incida a prescrição, prevista como causa extintiva de punibilidade.

Não se deve permitir que a prescrição obste o poder do Estado de punir a ocorrência dos delitos considerados de máxima potencialidade lesiva. O fato de que há em determinados procedimentos longa demora, muito mais pela complexidade do crime do que pela morosidade do Poder Judiciário, não pode justificar a extinção da punibilidade para o autor de crime hediondo, que são considerados os crimes de extrema gravidade.

Sabe-se que o Estado deve possuir limitadores de seus poderes para que não haja uma interferência, principalmente, na garantia dos direitos fundamentais. Porém, como também é sabido, o Estado movimenta todo um aparato para exercer sua jurisdição e solucionar os problemas, não somente pela existência da morosidade, mas existem casos que necessitam de um maior tempo investigatório e persecutório para dar-se a solução da lide. Então, não parece ser razoável que a prescrição, como limitadora, seja uma fomentadora da impunidade, principalmente nos crimes hediondos, que já possuem tratamento diferenciado, justamente por sua gravidade e dificuldade de investigação.

Compreendendo que não existem óbices para a ampliação do rol de crimes imprescritíveis presentes na Constituição Federal de 1988, deve se passar para a discussão de como essa ampliação se daria.

3.2.2.1 A EMENDA À CONSTITUIÇÃO COMO FORMA DE TORNAR OS CRIMES HEDIONDOS IMPRESCRITÍVEIS

A discussão acerca da imprescritibilidade não é nova, todavia deve-se analisar primeiramente porque não cabe a lei ordinária como forma de tornar os crimes hediondos imprescritíveis.

O procedimento para a aprovação de lei ordinária é muito mais simples do que a aprovação de emenda à Constituição, a emenda depende de três quintos dos votos em dois turnos de votação em cada uma das casas do Congresso Nacional, já a lei ordinária precisa apenas da maioria simples dos votos em cada casa para ser aprovada. O crivo de aprovação da emenda é mais elaborado, o que acarreta em maior segurança jurídica.

A previsão dos crimes hediondos é constitucional, eles são mandados de criminalização expressos, devido tamanha particularidade dada a esses crimes, assim como a prática de racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Então, não seria proporcional se uma lei ordinária tornasse os crimes hediondos imprescritíveis, aumentando o rol presente na Constituição Federal. Além disso não haveria segurança jurídica se uma lei ordinária tratasse do assunto, seria uma simplificação sem critério.

Recentemente, houve o Projeto de Lei 3622/2008 que pretendia tornar imprescritível a pretensão punitiva relativa a crimes hediondos. Alterando o Decreto-Lei nº 2.848, de 1940, para estabelecer a imprescritibilidade dos crimes hediondos.

É um projeto de lei, proposto pelo deputado Vital do Rego Filho, que visa, por meio de lei ordinária, alterando o Código Penal, tornar os crimes hediondos imprescritíveis. A justificação é que, pela gravidade dos crimes hediondos, seria necessário um tratamento mais severo, não incidindo a prescrição.

Esse projeto de lei cita o RE 460.971/RS, já abordado neste trabalho em que o Supremo Tribunal Federal afirma que não há proibição de aumentar o rol de crimes imprescritíveis, e isso se daria por meio de lei ordinária. Porém, o assunto não foi discutido, nem ao menos foi elucidado o motivo de a lei ordinária ser considerada a melhor opção para a Suprema Corte. O projeto de lei foi arquivado em 2012, pela Mesa da Câmara do Deputados.

Atualmente, está em trâmite no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição 229/2012 que acresce novo inciso ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, para tornar os crimes hediondos imprescritíveis e inafiançáveis.

É um projeto de emenda constitucional que visa tornar os crimes hediondos imprescritíveis. Isso se daria acrescentando mais um inciso ao artigo 5º da

Constituição Federal. A justificação está na razão de os crimes hediondos serem considerados os mais graves da sociedade, e em consequência disso precisam de um tratamento diferenciado, não havendo prescrição.

No parecer de admissibilidade do Projeto de Emenda, o relator, em seu voto, afirma que não existem limitações ao poder de reforma constitucional, e que a proposta não fere as cláusulas pétreas presentes no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, pois não é tendente a abolir direitos e garantias individuais, atendendo, portanto, aos pressupostos para a admissibilidade da reforma constituinte¹¹².

Proposta pela Deputada Keiko Ota, em maio de 2015 a PEC foi admitida pela Comissão de Conciliação e Justiça e de Cidadania. Em 09 de julho a proposta foi encaminhada para a sujeição de Plenário em regime de tramitação especial, juntamente com a PEC 84/2015 que trata da imprescritibilidade do homicídio doloso.

A imprescritibilidade é uma regra destinada a dar maior proteção à vítima que tem direitos fundamentais violados, conferindo tratamento severo às pessoas que praticam esses crimes. Sendo considerado o entendimento ampliativo de direitos adotado pelo Supremo Tribunal Federal, ao declarar que a prática de racismo abrange a discriminação segregacionista contra os judeus.

Assim, as hipóteses de imprescritibilidade podem ser ampliadas contanto que não sejam tendentes a abolir direitos fundamentais. Vale lembrar que a prescritibilidade é uma regra, não há o que se falar em direito fundamental de prescritibilidade dos crimes.

Dito isto, depreende-se que a lei ordinária não é a melhor forma de ampliação dos crimes hediondos, pois, como já exposto, não é adequado uma lei infraconstitucional regular a imprescritibilidade de mandado de criminalização previsto expressamente na Constituição Federal, dada a relevância e importância do tema conferida pelo próprio legislador constituinte originário.

Portanto, entende-se acertada a Emenda à constituição a melhor forma de estender a imprescritibilidade aos crimes hediondos. A previsão da

112

Disponível

em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=E09D271B7449968DDD7DF20B27C2B58B.proposicoesWeb1?codteor=1329980&filename=Tramitacao-PEC+229/2012.

Acesso em: 29 ago. 2015

imprescritibilidade dos crimes hediondos deve estar presente na Constituição Federal, onde já estão consagradas expressamente as duas hipóteses do instituto da imprescritibilidade, de forma a enfatizar a segurança jurídica e o devido processo legal, restringindo de maneira coesa a imprescritibilidade dos crimes no ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

Ao término desta monografia, depois da análise da prescrição e da imprescritibilidade, dos pontos controvertidos acerca da imprescritibilidade e da imprescritibilidade dos crimes hediondos, percebe-se a grande importância do debate sobre a possibilidade de extensão da imprescritibilidade para crimes hediondos, pois o assunto ainda é controvertido no mundo jurídico e precisa ser amplamente discutido.

Verificou-se que, diante da análise do desenvolvimento histórico da prescrição penal e da imprescritibilidade infere-se uma extensa e significativa evolução dos dois institutos. Tanto na perspectiva de mudanças de critérios utilizados pelo Estado para impor a punição em determinado lapso temporal, quanto na necessidade de aumento ou diminuição do prazo prescricional, bem como a presença da imprescritibilidade.

Assim, na ocorrência de crimes graves e que necessitam de uma resposta mais enérgica do Estado, a prescrição pode se tornar causa de impunidade ao permitir que com o passar do tempo, o criminoso tenha sua punibilidade extinta. Por mais que as teorias fundamentadoras tentem explicar a existência do instituto, elas analisam a prescrição somente pelo lado do indivíduo que pratica o crime, justificando-a somente em parte.

Ainda em relação à prescrição, entende-se que o instituto prejudica, em determinados casos, a pretensão punitiva e a pretensão executória estatal. Sabe-se que o Estado movimenta todo um aparato para exercer sua jurisdição e solucionar os problemas, não somente pela existência da morosidade, mas existem casos que necessitam de um maior tempo investigatório e persecutório para dar-se a solução da lide.

No sistema jurídico brasileiro, a regra geral de prescritibilidade de todas as infrações penais não é absoluta. Como exceções à regra, existem hipóteses de crimes que não estão sujeitos à prescrição. Essas hipóteses estão presentes na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, e são o crime da prática de racismo, inciso XLII, e o crime de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, inciso XLIV.

Ao analisar o crime da prática de racismo, presente no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, entende-se correto adotar a forma ampliativa do termo racismo, em concordância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Abordar de forma extensiva e flexível, não restringindo o conceito de racismo apenas para a discriminação racial ou por cor, concede maior garantia da tutela da igualdade e diversidade, estendendo a proteção a um maior número de pessoas, na tentativa de abolir qualquer segregação, rejeição e injustiça social. Sob o ponto de vista da aplicabilidade, essa é a mais expressiva hipótese de imprescritibilidade.

Em relação ao crime de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, a plena eficácia do dispositivo, assim como na prática do racismo, é dependente de edição de lei infraconstitucional que tipifique os crimes que se enquadrem como ação contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Entretanto, não existe no ordenamento jurídico brasileiro norma que dê efetividade à essa hipótese, carecendo de figura típica que garanta a sua eficaz aplicação. Sendo assim, permanece inócuo o alcance da norma constitucional, não atingindo a finalidade a que foi proposta.

No que diz respeito à ratificação do Brasil ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, com status de norma supralegal, pois é anterior a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, percebe-se a expressa concordância com os termos previstos no Estatuto, e a conseqüente concordância com a imprescritibilidade dos crimes de sua competência. Tornando-se assim, adepto à existência de mais hipóteses de crimes imprescritíveis além das previstas no artigo 5º, incisos XLII e XLIV da Constituição Federal.

Acerca do artigo 366 do Código de Processo Penal, o que se pretendeu demonstrar é que não há nada que impeça a existência de nova hipótese de imprescritibilidade penal no ordenamento jurídico brasileiro, além daquelas elencadas na Constituição Federal. Porém essa hipótese deve estar expressamente prevista em nosso ordenamento jurídico, não sendo apresentada apenas sob forma de interpretação baseada em omissões e possíveis lacunas da lei, para que não acarrete em discricionariedade do legislador e em eternas discussões sobre a possibilidade ou não de haver a imprescritibilidade.

A discussão acerca do artigo 366 do Código de Processo Penal ensejou no julgamento do Recurso Extraordinário 460.971/RS no Supremo Tribunal Federal, que serviu de paradigma tanto para doutrina quanto para a jurisprudência no que diz respeito a novas hipóteses de crimes imprescritíveis. O próprio Supremo Tribunal Federal, já reafirmou em julgamentos mais recentes esse entendimento, inclusive citando o voto e o posicionamento do Ministro Sepúlveda Pertence acerca de novas possibilidades de crimes imprescritíveis.

No que tange aos crimes hediondos, o critério adotado pelo legislador infraconstitucional para determinar a hediondez dos delitos foi o critério legal, ou seja, crimes hediondos são apenas aqueles descritos no artigo 1º da Lei de Crimes Hediondos.

Assim, aplicada aos crimes hediondos, um contexto de crimes considerados graves, a imprescritibilidade penal pode ser vista como uma importante forma de enfrentamento a violações dos direitos humanos. Assim, ainda que tardia, a punição evitaria a sensação da permanente periculosidade social causada pela impunidade do criminoso, e da conseqüente insatisfação das vítimas.

Compreende-se então, que não existem óbices para a ampliação do rol de crimes imprescritíveis presentes na Constituição Federal de 1988. E, partindo então do entendimento ampliativo de direitos, para que os direitos fundamentais das vítimas e sociedade sejam amplamente assegurados, pode ser considerada possível a ampliação do rol de crimes imprescritíveis.

A previsão dos crimes hediondos é constitucional, assim como a prática de racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Então, não seria razoável se uma lei ordinária tornasse os crimes hediondos imprescritíveis, aumentando o rol presente na Constituição Federal.

Então, é certo que a previsão da imprescritibilidade dos crimes hediondos deve se dar por Emenda à Constituição Federal, onde já estão consagradas expressamente as duas hipóteses de crimes imprescritíveis do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Cristiano José de. *Da prescrição em matéria penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2015.

BRASIL. *Lei de 29 de novembro de 1832*. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm. Acesso em: 14 maio 2015.

BRASIL. Código de Processo Penal. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm. Acesso em 05 jun. 2015.

BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em: 20 ago. 15.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 82.424/RS. Tribunal Pleno. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator (a): Min. Moreira Alves, Relator (a) p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82424%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/az3e35m>>. Acesso em: 27 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 349.703/RS. Tribunal Pleno. Recorrente: ITAÚ UNIBANCO S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Supremo Tribunal Federal. Relator (a): Min. Ayres Britto, Relator (a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2035659>. Acesso em: 05 jun. 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. 1. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1042, 19.12.06. Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C.Pr.Penal. 2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto,

situação substancialmente diversa da imprescritibilidade. 3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses. 4. Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C.Pr.Penal ao tempo da prescrição em abstrato, pois, "do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão." 5. RE provido, para excluir o limite temporal imposto à suspensão do curso da prescrição. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Valdemar Brito da Silva. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+460971.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+460971.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/be4yupm>. Acesso em: 08 jun. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação. REVELIA. ARTIGO 366. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. OBRIGATORIEDADE. LIMITE. Se de um lado a suspensão do procedimento, estabelecida no artigo 366 do Código de Processo Penal, deve ser aplicada em conjunto com a suspensão do prazo prescricional, de outro, ela (suspensão) não pode ser indefinida. Isto criaria a imprescritibilidade para todos os crimes, contrariando a Constituição Federal (artigo 5º, incisos XLII e XLIV). Concedida as medidas (suspensão e prescrição) no procedimento do réu revel que não compareceu, deve-se limitar a última aos prazos do artigo 109 do Código Penal. Foi o que fez o julgador de primeiro grau. Recurso ministerial não provido. Unânime. Oitava Turma Criminal. Apelante: Ministério Público. Apelado: Valdemar Brito da Silva. Relator: Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, 08 de outubro de 2003. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70006418610%26num_processo%3D70006418610%26codEmenta%3D745827+REVELIA.++ARTIGO++366.++SUSPENS%C3%83O++DO++PRAZO++PRESCRICIONAL.++OBRIGATORIEDADE.++LIMITE.++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70006418610&comarca=COMARCA%20DE%20CANOAS&dtJulg=08/10/2003&relator=Sylvio%20Baptista%20Neto&aba=juris. Acesso em: 6 jun. 2015

CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao código penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 4.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. v. 1.

DEZEN JÚNIOR, Gabriel. *Constituição Federal Interpretada*. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

FAYET JÚNIOR, Ney; COSTA FERREIRA, Martha da. Da imprescritibilidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney (Coord.). *Prescrição penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 3.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

JESUS, Damásio de. *Prescrição penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renata Mantovani de; COSTA, Mariana Martins da. *O tribunal penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LOZANO JÚNIOR, José Júlio. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Millenium, 2002.

MAYA, André Machado. As causas impeditivas do prazo prescricional e sua aplicabilidade à prescrição da pretensão punitiva. In: FAYET JÚNIOR, Ney (Coord.). *Prescrição penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 3.

MAZZUOLI, Valério de Almeida. *O tribunal penal internacional e o direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito Constitucional*. 9. Ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. O STF, em decisão isolada, interpretou o art. 366 do CP de forma a admitir a imprescritibilidade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1394, abr. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9795>. Acesso em: 6 jun. 2015.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Marcelo Roberto. Revistando alguns temas da prescrição. In: FAYET JÚNIOR, Ney (Coord.). *Prescrição penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. v. 2.

SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Marisya Souza e. *Crimes hediondos & progressão de regime prisional*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2009.

TOVIL, José. *A (nova) lei dos crimes hediondos comentada*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. Oliveira, 2004.