

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
FACULDADE DE DIREITO

MARCOS EDUARDO FAES EBERHARDT

**(IM)PRESCRITIBILIDADE PENAL:
UMA LEITURA ÉTICA PARA ALÉM DO ESQUECIMENTO**

PROF. DR. RICARDO TIMM DE SOUZA
ORIENTADOR

Porto Alegre

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
FACULDADE DE DIREITO

**(IM)PRESCRITIBILIDADE PENAL:
UMA LEITURA ÉTICA PARA ALÉM DO ESQUECIMENTO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais.

Marcos Eduardo Faes Eberhardt

Orientador:

PROF. DR. RICARDO TIMM DE SOUZA

Porto Alegre
2008

Dissertação defendida em ____/____/____ perante a Banca Examinadora
constituída pelos professores:

Prof. Dr. Ricardo Timm de Souza
Orientador

Prof. Dr. Ney Fayet Júnior

Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

AGRADECIMENTOS

Agradeço toda a atenção e o carinho da Prof^a. Dra. Ruth Maria Chittó Gauer. Desde o início, ela incentivou a ir mais além, me pegou pela mão e aqui estou.

Ao amigo e Prof. Dr. Salo de Carvalho, caro advogado, que, mesmo sem saber, me orientou todo o tempo na pesquisa.

Ao Prof. Ms. Andrei Zenkner Schmidt, o agradecimento por ter instigado a pesquisa de tema tão complexo como é a prescrição penal.

Ao Prof. Dr. Ney Fayet Júnior, que, na condição de avaliador do projeto de pesquisa e pela referência que é em relação ao tema, me possibilitou o despertar de questionamentos que ainda pretendo responder.

Ao Prof. Ms. Alexandre Lima Wunderlich, advogado e irmão, o meu agradecimento especial, porque não há palavras que possam indicar a sua importância na caminhada como referencial seguro que é.

Ao Prof. Ms. Augusto Jobim do Amaral, grande docente e irmão, o meu agradecimento especial, porque, desde o início, foi perturbador das idéias que estavam formadas, com pretensão de acabadas. A partir daí se deu um recomeçar — a sua caminhada conjunta com a sua orientação culminou com esta dissertação.

Ao Prof. Dr. Ricardo Timm de Souza, pelo que representou no curso de Especialização e no de Mestrado em Ciências Criminais. Vai aqui o agradecimento mais que especial, pelo despertar de um olhar endereçado a algo que está muito aquém ou muito além do que o Direito Penal pode nos dar. A orientação precisa de pai e de professor fez com que o tema possibilitasse o encontro que busquei há bastante tempo.

Meus agradecimentos mais sinceros a todos os professores do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUCRS, aos funcionários, todos amigos que permitiram a minha caminhada.

Aos colegas de escritório Magnus Eberhardt, Andréia Santos e Altemar Constante pelo incentivo. Ao colega Túlio Marcantônio, pela amizade, pelo carinho e pela divisão da angústia que é o buscar o fim, sabendo-se que tudo isso é só início.

À Prof^a. Ms. Adriana Selau Gonzaga, o agradecimento pela sempre precisa revisão de texto, pelo carinho, pela dedicação de profissional competente e pela amiga que é.

À Ju Lucas Correa que, mesmo na minha ausência, sempre se fez presente. A ti, dedico os meus dias.

A todos os colegas, aos familiares e aos amigos.

RESUMO

O tema, objeto da presente dissertação, é um convite a pensar para além do Direito Penal, para além das razões jurídicas mecanicamente engendradas acerca da imprescritibilidade penal. Nossa leitura perpassa e ultrapassa toda essa análise, partindo para uma perspectiva filosófica que paira acerca de uma racionalidade que tenha a ética como própria forma de pensar o humano. Por isso, apesar de serem apontadas razões históricas e jurídicas a reforçar esse mecanismo que nega a eliminação do tempo pela prescrição, nosso estudo indicou que não há racionalidade que possa sustentá-la a não ser pela trilha de categorias como “culpa” e “castigo”. Os delitos, então, em primeira análise, deveriam sempre prescrever. A partir disso o que se apresenta no derradeiro capítulo é que, na boa intenção de manter viva a ânsia de reparação, a imprescritibilidade assume a feição de uma condenação eterna por postergar um tempo de encontro. Qualquer medida de imprescritibilidade está, pois, como danação eterna, sustentando a presença de uma ordem teológica no Direito Penal, manifestada em crimes que não se pode esquecer e nem perdoar e, por isso, sentenciados como imprescritíveis. A imprescritibilidade não permite o tempo e por isso posterga o encontro com o Outro. Há, porém, um momento traumático na pesquisa em que ela não se encerra, contudo inaugura-se: miramos na imprescritibilidade e acabamos por acertar na prescrição. É irrenunciável o questionamento: no momento em que se dá a prescrição e extingue-se, pois, a punibilidade, é possível falar-se no encontro com o Outro? Em outras palavras, fazendo prescrever, o Direito Penal resolve o conflito, permite a reconciliação?

Palavras-Chave: prescrição – imprescritibilidade – racionalidade ética – encontro

ABSTRACT

The theme, object of this dissertation, is an invitation for reasoning beyond the criminal law, beyond the mechanically engendered juridical reasons about criminal imprescriptibility. Our lecture exceeds and surpasses the whole analysis moving on to a philosophical perspective lying upon a rationality based on ethics as the proper form of thinking the human. Hence, notwithstanding pointed historical and juridical reasons to corroborate this mechanism which denies time elimination through injunction, our study has indicated that there is no rationality capable of sustain it unless through the trail of categories such as “guilt” and “punishment”. Delicts should then, in first analysis, always prescribe. From this on, what is presented in the last chapter is that, seeking to keep alive the urge for repair, imprescriptibility assumes an eternal condemnation role for postponing a time for encounter. Any imprescriptibility measure is, therefore, an eternal damnation, sustaining the presence of a theological order in criminal law, reported in unforgettable and unforgivable crimes, judged as imprescriptible for that reason. Imprescriptibility can’t afford time, so it defers the encounter with the Other. There is, however, a traumatic moment in the research when it doesn’t reach an end, but launches itself: we look after imprescriptibility and end up targeting injunction. Questioning is unrenounceable: at the moment when injunction takes place and obliterates, therefore, punishability, is considering the encounter with the Other possible? In other words, does the criminal law resolve the conflict or does it allow reconciliation through injunction?

Keywords: injunction - imprescriptibility - rationality ethics - encounter

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DESVELANDO OS FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO PENAL	13
1.1 Conceito, evolução e possível origem jurídico-histórica da prescrição	13
1.2 Evolução jurídico-histórica no Brasil	18
1.3 Apontamentos acerca da legitimação da prescrição	24
1.4 Além dos fundamentos da prescrição: as "penas perdidas"	38
2 CRIMES IMPRESCRITÍVEIS: RAZÕES PARA A IMPRESCRITIBILIDADE	43
2.1 Crimes imprescritíveis: o elenco constitucional	43
2.2 Crimes de competência do Tribunal Penal Internacional	53
2.3 Razões para a imprescritibilidade	60
3 IMPRESCRITIBILIDADE COMO NEGAÇÃO DO TEMPO DE ENCONTRO	67
3.1 O legislador e o reforço à culpa: ânsia de reparação ou a Humanidade inumana	67
3.2 Crimes imprescritíveis e negação do tempo de encontro	83
CONCLUSÃO	93
BIBLIOGRAFIA	96

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é uma proposta de diálogo entre o Direito Penal e a Filosofia, visto que se estuda aqui a imprescritibilidade, suas razões e fundamentos, a partir de uma racionalidade ética, abrangendo categorias como *temporalidade* e *alteridade*. É, portanto, uma proposta para se pensar a condição humana do Outro. O entrelaçamento, como diálogo, ocorre no momento em que a Filosofia é chamada, como instância primeira, a indicar um novo itinerário — agora ético —, uma nova leitura para além do Direito Penal, em relação à problematização que será proposta. Antes desse choque, é preciso apresentar a imprescritibilidade, suas razões e fundamentos, o que faremos a partir de uma primeira leitura que tenta, antes de tudo, legitimar a prescrição, negando a imprescritibilidade. Essa abordagem será corrente nos dois capítulos iniciais do trabalho e dar-se-á, em boa parte dos momentos, em termos estritamente jurídicos.

A abordagem será feita primeiramente, portanto, em relação ao conceito e à origem histórica da prescrição, situando-a a partir daí no Direito Penal brasileiro. Explica-se a passagem pelo conceito e pelo apanhado histórico a partir da necessidade de se atestar o fortalecimento do instituto ao longo do tempo, com a sua contemporânea aceitação na maioria dos ordenamentos jurídicos, para após se identificar o elenco de fundamentos que a legitimam. Tais fundamentos são indicados, dentre outros, pelas teorias da prova, da readaptação social, da expiação moral, da analogia civilística, psicológica e do esquecimento. Para além dos fundamentos indicados para a prescritibilidade dos delitos, objetivando o fechamento do primeiro capítulo, indicaremos a relação complexa que há entre as teorias da pena e o instituto da prescrição. Tal atitude se faz necessária apenas para que se possa provocar no leitor a seguinte reflexão em forma de questionamento: admitindo-se a falta de legitimidade do discurso penal — e de suas teorias, portanto —, haveria racionalidade a justificar a eliminação do tempo pela imprescritibilidade? Ou, dito de outra forma, que fundamentos sérios subsistem que apontem para a imprescritibilidade diante da falta de legitimidade do próprio discurso penal? A reflexão aqui proposta não está diretamente envolvida ao tema, no entanto

configura-se coloca como mais um degrau de legitimação da prescrição para além dos seus próprios fundamentos.

Em um segundo momento é enfocada a análise dos crimes imprescritíveis e as razões para a imprescritibilidade. Nesse ponto indicaremos o elenco constitucional de crimes que não são alcançados pela prescrição bem como aqueles de competência do Tribunal Penal Internacional. É essa delimitação que pretendemos alcançar ao texto na medida das peculiaridades que apresentam essas disposições para o nosso estudo. Destaca-se que, muito embora a reforma do Código Penal pela Lei n. 7.209/84 nada tenha disposto acerca da imprescritibilidade, a Constituição Federal de 1988 demarcou como crimes imprescritíveis o racismo (art. 5º, XLII), cuja configuração se apresenta na Lei n. 7.716, de 15 de janeiro de 1989 — com as devidas alterações da Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997 — e os crimes que se referem à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV), em relação aos quais não houve ainda esforço legislativo em indicar as condutas que estariam abarcadas no referido tipo legal. Assim também imprescritíveis são os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional (TPI), indicados no Estatuto de Roma — ratificado pelo Brasil em 20 de junho de 2002 — que, em seu art. 5º, os denomina como crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.

Ao final deste segundo capítulo, após essa breve análise dos tipos penais alcançados pelo manto da imprescritibilidade, insere-se a discussão acerca da existência de razões sérias para se demarcar a imprescritibilidade, ao se considerar que tais delitos e seus autores poderiam ser eternamente perseguidos pelo Direito Penal. A reflexão que aqui se propõe é identificar quais as peculiaridades que cada um desses crimes possui que possam autorizar a perseguição estatal eterna. Tem-se, aqui, um questionamento: o que pode ser tão forte que esteja por negar a própria ação do tempo? Na busca dessas explicações, já se inicia uma leitura de norte filosófico, visto que não são apenas razões jurídicas que desnaturam a imprescritibilidade.

Como revisão do que já foi apresentado, apenas lembramos que até aqui estudamos e insistimos na legitimação da prescrição e de seus fundamentos para só

então partir rumo à já desnaturada imprescritibilidade e às suas razões de existência. Daí porque a premissa base para se iniciar o terceiro capítulo é de que não há racionalidade que possa sustentar a imprescritibilidade. De fato, se não há fortes razões jurídicas a sustentar a imprescritibilidade, existem outras razões ocultas a emprestar-lhe roupagem. A partir desse ponto se coloca em discussão o fundamento maior para a imprescritibilidade encontrado nos capítulos anteriores: os crimes batizados como imprescritíveis são aqueles que não se pode esquecer — entre estes crimes, não se opera o esquecimento. Essa impossibilidade atua como aposta na reparação, reforço da culpa e ao mesmo tempo como uma reafirmação da vingança e da punição pela punição — é o que se pretende, pois, confirmar com a pesquisa.

Considerando todas as perspectivas sobre as quais nos lançamos no estudo da imprescritibilidade, mirando sempre a legitimação da prescrição, porque essa está de certo modo sempre implicada, propomos dois derradeiros questionamentos que serão perseguidos em boa parte do terceiro e último capítulo: se a imprescritibilidade pode assumir a feição de uma condenação eterna estará, então, em termos estritamente filosóficos, desprezando uma condição de existência do homem que é a temporalidade? Ainda sob uma perspectiva filosófica, é possível a conciliação do “encontro” — como expressão de alteridade — com a imprescritibilidade?

Explicam-se os questionamentos pela importância que esses têm no desenvolvimento da dissertação e na apresentação do tema. Com efeito, qualquer medida de imprescritibilidade estaria jogando o conflito e a sua resolução no fluxo temporal, deixando-o fora do tempo a aguardar dissipação. Fora do tempo não se abre a possibilidade de reconciliação, expressão de alteridade, que, em Levinas, não é uma categoria lógico-racional como outra qualquer, mas aquela em que o acontecer ético toma sentido. O desprezo pelo acontecer no tempo desnuda a imprescritibilidade e a deixa divorciada de qualquer racionalidade que a possa dar sentido. Esse tempo de que falamos é, como expressão de temporalidade, não o tempo das fórmulas lógicas e matemáticas, mas sim o tempo ético, próprio da

condição humana — é o tempo de uma *racionalidade ser racional* e de o *mundo ser real*¹.

Não há pretensão de, no fim disso tudo, se indicar uma solução (como nova totalidade), mas apenas apresentar algo que problematize uma outra forma de pensar a imprescritibilidade, de escavar os seus ocultos fundamentos, de se apontar uma “nova” leitura que não seja aquela que se encontra nua, evadida de toda a temporalidade. Levinas representa, aqui, o itinerário teórico escolhido para essa caminhada. O que se tem, deste modo, é um desafio ético, uma outra trajetória para o próprio Direito Penal, perdido que está em suas bem guardadas promessas.

A proposição disso surgiu visto que a prescrição penal é uma manifestação da relação entre o Direito e o Tempo, traduzindo-se na limitação temporal ao poder punitivo do Estado em relação a quem cometeu um determinado fato delituoso. Toda a manifestação em relação ao instituto da prescrição é também, portanto, uma análise da ação do tempo, tendo efeitos jurídicos tão devastadores no âmbito penal e processual penal a comparar-se a uma sentença absolutória. Demarca-se aqui a importância do tema em comento, uma vez que a imprescritibilidade, objeto central do estudo, impede qualquer ação extintiva penal do tempo sobre o delito supostamente cometido, o que invade e chama categorias filosóficas ao debate.

¹ SOUZA, Ricardo Timm de. *Sentido e alteridade*: dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Levinas. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000c. p. 237-238.

1 DESVELANDO OS FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO PENAL

Antes que se possam examinar os apontados fundamentos que legitimam a prescrição penal, a abordagem indicará a conceituação e a possível evolução histórica do instituto.

1.1 Conceito, evolução e possível origem jurídico-histórica da prescrição

Ainda que, a partir da doutrina, não seja possível indicar um conceito único de prescrição², pode-se afirmar que essa é apresentada, de um modo geral, como uma manifestação da relação entre o Direito e o decurso do tempo, traduzindo-se na limitação temporal ao exercício de determinado direito por seu titular.

Nessa linha de raciocínio, não sendo um instituto de origem penal, é a partir do Direito Civil que a prescrição se identifica como a exceção que alguém tem contra aquele que não exerceu, durante certo tempo, a sua pretensão ou ação³.

Entre nós, no Direito Penal, a prescrição como manifestação da relação entre o Direito e o decurso do tempo⁴, como afirma Ney Fayet Júnior, apresenta o “poder de eliminar a punição de um determinado comportamento dotado de criminalidade”⁵.

² Como esclarece Cristiano José de Andrade, “a palavra ‘prescrição’ vem do latim *praescriptio*, que significa um escrito posto antes (*prae-scriptio*); era um meio de defesa, colocado na fórmula expedida pelo pretor, antes da *demonstratio*; por ela era advertido o magistrado a não examinar o mérito da lide”. Ver: ANDRADE, Cristiano José de. *Da prescrição em matéria penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p.1.

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. t. 6. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. p.100.

⁴ José de Faria Costa adverte que “é dentro da problemática da prescrição, seja do procedimento criminal, seja da prescrição da pena que, em verdadeiro rigor, de forma mais intensa se agudizam e aprofundam os problemas decorrentes dessa relação complexa e difícil entre o Tempo e o Direito, muito particularmente o Direito Penal”. Ver: COSTA, José de Faria. O Direito Penal e o Tempo: algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Volume comemorativo do 75º tomo do Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, p.1151-1152, 2003.

⁵ FAYET JR., Ney. A prescrição penal e a ancianidade: o real alcance do fator de redução dos prazos prescricionais previstos no art. 115, in fine, do Código Penal. In: FAYET JR., Ney; WEDY, Miguel

Para Aníbal Bruno, “a prescrição no Direito Penal é esta ação extintiva da punibilidade que exerce o decurso do tempo, quando inerte o poder público na repressão do crime”⁶.

A prescrição não se originou ao acaso. Muito embora se diga que o instituto não era novidade entre os gregos, tem a sua origem, tal como demarcada por Pontes de Miranda, no Direito Romano, que, como regra, indicava que nenhuma pretensão devesse prescrever, instituindo-se, pois, a temporalidade⁷. Para que pudesse se operar a prescrição, deveria haver regra específica nesse sentido⁸, imperando a imprescritibilidade.

Foi com a *lex Julia de Adulteriis*, em 18 a.C., que se admitiu a prescrição da ação pelos crimes que estavam nela previstos⁹, quais sejam o estupro, o adultério e o lenocínio, sendo demarcado o prazo de 5 (cinco) anos para o exercício da pretensão. Diz-se ser esse o diploma mais antigo que trata acerca da prescrição penal: não se trata no Direito Romano de prescrição da condenação mas apenas da ação penal, tendo o instituto o caráter extintivo, liberatório. Após esse período, a prescrição estendeu-se à generalidade dos crimes, com exceção do parricídio, da apostasia e do parto suposto, sendo estes, pois, imprescritíveis¹⁰.

Tedesco (orgs.). *Estudos críticos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.191.

⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1967-1978, p. 209. José Frederico Marques situa a prescrição entre a renúncia e a perda do direito de punir do Estado. Para o autor, “essa renúncia, porém, só pode ser entendida se focalizada no momento prelegislativo da norma penal, e não no plano de sua aplicação após estar promulgada. A prescrição penal é perda do direito de punir pelo não-uso da pretensão punitiva durante certo espaço de tempo. É 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 delinqüente. Desaparece o direito de punir porque o Estado, através de seus órgãos, não conseguiu, em tempo oportuno, exercer sua pretensão punitiva.” MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. v. 3. Campinas: Millennium, 2000. p. 497-498.

⁷ Como esclarece Theodolindo Castiglione, “A prescrição penal, no seu berço, emanou da cultura grega, quando esta se achava no seu auge, e da cultura romana, quando o Direito se encaminhava para o seu amadurecimento. Assim, no mundo greco-romano, como prenúncio do que iria acontecer nas legislações modernas, a prescrição penal não foi o fruto de imaturidade jurídica, mas atestado de adiantamento”. CASTIGLIONE, Theodolindo. Os crimes contra a Humanidade e o problema da prescrição em face de um código penal internacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 46, v. 385, p. 23, nov. 1967.

⁸ PONTES DE MIRANDA, 1970, op. cit., p. 275.

⁹ SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacyntho, 1932. p. 733.

Mesmo com a queda do Império Romano, a influência de suas disposições jurídicas alcançou a Idade Média, do que são clássicos exemplos Itália e França. Na Itália o prazo prescricional foi mantido e estendeu-se a quase todos os delitos. Ampliou-se, no entanto, o número de delitos imprescritíveis, ficando entre tais os crimes de heresia, de lesa-majestade, o parto suposto, o homicídio, a concussão, o aborto e a falsa moeda. Houve inclusive disposições acerca da redução de pena associada ao bom comportamento do delinqüente. Ainda que tais avanços ocorressem, na Itália, foi somente com o Código de 1930 que se admitiu a prescrição da execução da pretensão executória¹¹.

Muito antes, na França, com o Código Penal de 1791, surgiu a prescrição da condenação, tendo influenciado a maioria dos Códigos Penais modernos. Certamente, por inspiração das idéias liberais que se demarcou, como já foi dito, a prescrição da condenação, que, inclusive, foi reconhecida para todas as espécies de delitos pelo Código do 3º Brumário de 1791, o que foi mantido pelo Código de Instrução Criminal de 1808¹². A Revolução Francesa teria contribuído para tanto¹³.

Já o Direito alemão da Idade Média não conheceu a prescrição, o que veio a acontecer somente nos séculos XVI e XVII¹⁴. Na Inglaterra, a imprescritibilidade

¹⁰ PORTO, Antônio Rodrigues. *Da prescrição penal*. 2. ed. atual. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977. p. 35.

¹¹ TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2004. p. 35.

¹² *Ibid.*, p. 36.

¹³ Segundo Galdino Siqueira, “Só com a Revolução Franceza, e pela lei 25 de setembro – 6 de outubro de 1791 é que foi reconhecida a prescrição da condenação, exemplo seguido pelas demais legislações, excepção de algumas que a repelliram expressamente, como a inglesa, os códigos prussiano, art. 49, toscano, art. 95 e o nosso de 1830, art. 65, e outros que a não admitem para certas penas, como a de morte, as perpetuas”. Ver: SIQUEIRA, 1932, op. cit., p. 733.

¹⁴ “La prescripción era desconocida en el Derecho Penal alemán de la Edad Media. Tampoco habló de ella la Carolina. El Derecho Romano sólo conoció la prescripción criminal (abstracción hecha de los delitos privados) desde la lex Julia de adulteris (736 o 737 a.u.), que fijó un plazo de cinco años para la prescripción de los delitos en ella sancionados. Más tarde, encontramos expresa y generalmente reconocido el plazo de veinte años para la prescripción de todos los crimina publica (abstracción hecha de los delitos carnales). Todavía en el Derecho Romano de la última época eran imprescriptibles el parricidium, la suppositio partus e la apostasia. Em el transcurso de los siglos XVI y XVII tuvo entrada la prescripción em los Estados alemanes (...)”. Ver: LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de Luis Jimenez de Asua. Madrid: Editorial Réus, 1999. p. 404-405.

ainda é a regra, de que existem poucas exceções¹⁵. Aloysio de Carvalho Filho esclarece a severa resistência inglesa ao referir que:

“A máxima dominante de que *nullum tempus occurrit regi*, corolário do princípio de que as acusações criminais são intentadas em nome do rei, *para quem não corre o tempo*, permitiu processos muitos anos depois de cometido o crime, sem qualquer limitação de tempo”¹⁶. (grifo do autor)

Em um dado momento na Idade Média, de um modo geral, ocorreu uma exagerada redução nos prazos prescricionais, o que provocou imediata e acirrada crítica ao instituto da prescrição do procedimento criminal, ao colocar em causa o seu desaparecimento, resolvendo-se, em seguida, aumentá-los novamente¹⁷.

Entretanto, como já foi dito, no final do século XVIII, por influência da Revolução Francesa, o Código Penal de 1791 demarcou a prescrição da pretensão executória e a partir daí influenciou os demais Códigos Penais modernos no mesmo sentido. Houve até aqui, como se pode concluir desde a incursão anteriormente indicada, um fortalecimento do instituto da prescrição ao longo do tempo. No entanto, o século XX foi palco de crimes atrozes contra a Humanidade, tendo tal cenário repercutido nos horizontes do Direito Penal e, portanto, da prescrição.

Nesse sentido, analisando-se as repercussões de tais acontecimentos históricos, Jacques-Bernard Herzog, para quem o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg estabeleceu os princípios de um novo Direito Internacional Penal, esclarece que:

“Quando se aproximava o dia em que a prescrição alcançaria os crimes hitlerianos, e os encobriria com seu véu protetor, a consciência social reagiu e, em todos os países atingidos pela dominação hitleriana, a lembrança do

¹⁵ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 2. ed. t. 2. v. 1. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1954. p. 697. De acordo com Theodolindo Castiglione, “Em geral, quando o Direito Romano se encaminhou para a Idade Média, e pôde implantar-se ou exercer influência em legislações, a prescrição, com uma outra intermitência, esteve presente. Parece que, em linhas gerais, a prescrição só não se implantou em dois casos: quando o Direito Romano foi rejeitado, como na Inglaterra, e quando o atraso de povos impedia a adaptação, ou a compreensão, ou o conhecimento do instituto”. Ver: CASTIGLIONE, 1967, op. cit., p. 24.

¹⁶ CARVALHO FILHO, Aloysio de; ROMEIRO, Jorge Alberto. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 228.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 10. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 874.

velho adágio germânico — ‘cem anos de usurpação não fazem um ano de direito’ - impôs-se à memória dos povos e dos governantes.

Doze leis, pelos menos, foram promulgadas para o efeito de, por meio de processos diversos, tornar os crimes contra a humanidade imprescritíveis quanto ao Direito interno. Essas leis foram principalmente as seguintes: lei israelense 5710, de 1950; lei polonesa, de 22 de abril de 1964; lei da República Democrática Alemã, de 1º de setembro de 1964; lei tchecoslovaca, de 24 de setembro de 1964; decreto húngaro, n. 27, de 1964; lei belga, de 3 de dezembro de 1964; lei francesa, de 26 de dezembro de 1964; decreto do presidium do Supremo Soviet da U.R.S.S., de 4 de março de 1965; decreto-lei búlgaro, de 22 de março de 1965; lei federal austríaca, de 31 de março de 1965; lei iugoslava de 4 de abril de 1965; lei da República Federal Alemã, de 13 de abril de 1965”¹⁸.

Inclusive, como se observa, em relação à própria Alemanha, houve um aumento dos prazos de prescrição dos crimes de guerra e contra a Humanidade praticados pelos nazistas, ao tempo da Segunda Guerra Mundial¹⁹. Nelson Hungria esclarece essa tomada de posição em relação a tais alterações legislativas, ao comentar que:

“Na Alemanha de HITLER, a prescrição está sofrendo profundas alterações. O *Memorial Prussiano* permite que os prazos prescricionais possam ser dilatados pelo juiz, mediante requisição da *Staatesanwaltschaft*, e dadas circunstâncias especiais que assim o exijam. (...) No tocante aos crimes máximos, haverá sempre obrigação de proceder; somente quanto à criminalidade média e mínima pode ocorrer a proibição de processo. Quanto à pena já imposta, também não se admite a prescrição, se se trata de crimes gravíssimos (somente pelo exercício do direito de graça pode ser relevada a execução da pena); quanto aos demais casos, deve admitir-se a prescrição, se o condenado, no decurso de certo tempo, teve boa conduta”²⁰. (grifo do autor)

Fica latente a influência que os movimentos pós-guerra alcançaram em relação ao Direito Penal, capaz de gerar uma avalanche legislativa na tentativa de redimensionar o âmbito de proteção criminal. Essa marca da não-prescrição e de suas possíveis motivações também foi anunciada por Aloysio de Carvalho Filho em seus comentários ao Código Penal de 1940:

“Também motivações políticas, servindo a objetivos opostos, porquanto de governos totalitários e de governos democráticos, renovam nos nossos dias, para uma viva notoriedade, o tema da não-prescrição em determinados crimes. Tudo, a bem dizer, começou quando as nações européias vítimas

¹⁸ HERZOG, Jacques-Bernard. A Justiça Penal Internacional, vinte anos após Nuremberg. Trad. de Armida Bergamini Miotto. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, ano IV, n. 14, p. 46-47, jul. / set. 1966.

¹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 514.

²⁰ HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1945. p. 114.

do hitlerismo na última grande guerra pressentiram que, pelas suas leis nacionais, numerosos delitos nazistas acabariam impunidos, graças ao efeito miraculoso da prescrição.

Partiu da República de Israel o rebate, através de lei, em 1950, decretando a imprescritibilidade, especialmente, dos crimes contra a humanidade, dos crimes de guerra e dos crimes contra os judeus, todos configurados no primeiro artigo da mesma lei²¹.

Ao que se constata, foi o receio de impunidade em relação aos crimes graves ocorridos no século XX que determinou o claro recrudescimento dos prazos prescricionais, determinando-se, a partir daí, a proibição de eliminação do tempo pela prescrição.

Mesmo diante de tais influências, que reflexos tiveram e que serão abordados no próximo item, atualmente, a prescrição (pela pretensão punitiva como pela pretensão executória) é reconhecida e legitimada na maioria dos ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil, considerada “el más importante obstáculo de perseguibilidad penal”²².

1.2 Evolução jurídico-histórica no Brasil

Em nossas terras, ainda que sem influência em nosso Direito Penal²³, quando se deu o descobrimento, o Direito Indígena era encontrado na consciência dos índios, forjado nos costumes e nas tradições²⁴, porque, em verdade, esse momento não autoriza falar em uma organização jurídico-social como a ocidental²⁵. Não havia qualquer uniformidade das relações penais e o desconhecimento do instituto da prescrição é apontado como uma importante particularidade no Direito Costumeyro dos nossos índios²⁶.

²¹ CARVALHO FILHO; ROMEIRO, 1979, op. cit., p. 236.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Manual de Derecho Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007. p. 691.

²³ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 44.

²⁴ Ibid., p. 42.

²⁵ BITENCOURT, 2006, op. cit., p. 48-49.

²⁶ PIERANGELI, 2001, op. cit., p. 43.

Já a ordem jurídica no Brasil Colonial — a partir, portanto, do descobrimento — foi espelho das severas leis de Portugal, tendo o próprio costume exercido bastante influência nesta época²⁷. As Ordenações Afonsinas (1446) e as Ordenações Manuelinas (1521) não chegaram a ser eficazes em nossas terras²⁸. Nesse ínterim, as Ordenações Filipinas²⁹ vigoravam desde 1603 e reproduziam o espírito então dominante, de inspiração medieval, e por mais de dois séculos tiveram vigência, no âmbito criminal, apenas se encerrando com o Código Criminal do Império em 1830.

Muito embora em tais disposições houvesse referência a institutos que hoje são reconhecidos como causas de extinção da punibilidade — como é o caso da decadência —, nada se falou acerca da prescrição penal, com o que se conclui que “sob o manto das Ordenações, as ações criminais e as penas eram imprescritíveis”³⁰.

Em 1808 a família real portuguesa vem para o Brasil e é proclamada a Independência. Por Carta de Lei de 25 de março de 1824, o Imperador D. Pedro I outorgou a Constituição, que, nas disposições gerais do art. 179, deixava latente, no inciso XVIII, a necessidade de se organizar o quanto antes um Código Criminal; ainda, traçava regras que alteravam todo o sistema penal, antecipando o espírito do Código Criminal do Império³¹, que deveria fundar-se nas sólidas bases da Justiça e da Eqüidade.

Assim, nascido o Código Criminal de 1830, como apontado por Roberto Lyra, várias inovações foram trazidas para o mundo jurídico, dentre elas a

²⁷ ZANON, Artemio. *Introdução à Ciência do Direito Penal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997. p. 151.

²⁸ BITENCOURT, 2006, op. cit., p. 56-57.

²⁹ Como referiu Francisco de Assis Toledo, “a verdadeira História do Direito Penal brasileiro começa, pois, no período colonial, com as Ordenações Afonsinas, vigentes em Portugal à época do descobrimento, seguidas pelas Manuelinas e, por último, pelas Filipinas. Mas, na verdade, em relação ao Brasil, as Afonsinas não chegaram a ter aplicação, por ausência de uma organização estatal adequada; as Manuelinas, publicadas em 1521, tiveram, por sua vez, aplicação escassa, até que foram substituídas pelas Filipinas, publicadas em janeiro de 1603 e revalidadas por D. João IV em 1643”. Ver: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 56.

³⁰ TRIPPO, 2004, op. cit., p. 38.

³¹ “Era, pois, sob a ótica das idéias iluministas que provinham de outras plagas, e que aqui se encontravam presentes, inclusive no espírito do Imperador, que as introduziu na Carta que outorgou,

imprescritibilidade da condenação³². O Código do Império acabou por demarcar tal regra, referindo em seu art. 65 que “as penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum”, inspirado no Código Bávaro de 1813³³, nada dispondo acerca da prescrição da pretensão punitiva. No mesmo sentido, para Aníbal Bruno³⁴, o Código Criminal de 1830 teve inspiração nas idéias de Bentham e de Beccaria, pois pregou o agravamento da pena em caso de reincidência, influenciando também as disposições acerca da prescrição. Já o Código de Processo Criminal de 1832 continha os primeiros dispositivos acerca da prescrição da ação penal no Direito brasileiro, uma vez que o Código Criminal de 1830 havia silenciado nesse aspecto.

Mais tarde, em 1841, apesar de tratar dos prazos de prescrição de forma diversa e, portanto, ao ratificar o instituto, a Lei n. 261, de 03 de dezembro, que reformou o Código de Processo Criminal, acabou sendo menos rigorosa quanto ao elenco de situações em que o prazo prescricional não fluía. Mesmo assim, nada advertiu acerca da imprescritibilidade dos crimes, a não ser em relação à ação penal que tivesse por objeto crime inafiançável em que o réu estivesse ausente, em lugar não-sabido ou fora do Império (art. 33)³⁵.

Com a urgente necessidade de rever o regime de repressão então vigente, iniciou-se a partir daí a organização de um novo Código, interrompendo-se isso com a Proclamação da República Federativa do Brasil em 15 de novembro de 1889, que acabou por instalar uma nova ordem jurídico-política³⁶.

Reiniciados os trabalhos de reforma, em 1890, com o Decreto n. 774, de 20 de setembro, apesar de adotar a pena máxima do crime para cálculo dos prazos prescricionais (critério utilizado na legislação atual), cogitou-se, pela primeira vez no Brasil, acerca da prescrição da condenação³⁷. Para Aloysio de Carvalho Filho, “a

que deveria se alicerçar a primeira codificação penal brasileira, a qual deveria ser fundada ‘nas sólidas bases da Justiça e da Equidade’ (item XVIII)”. Ver: PIERANGELI, 2001, op. cit., p. 66.

³² LYRA, Roberto. *Introdução ao estudo do Direito Criminal*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1946. p. 89.

³³ FRAGOSO, 2003, op. cit., p. 72.

³⁴ BRUNO, 1967-1978, op. cit., p. 179.

³⁵ TRIPPO, 2004, op. cit., p. 40.

³⁶ PIERANGELI, 2001, op. cit., p. 74.

³⁷ PIERANGELI, loc. cit.

prescrição das penas, desconhecida, até então, no nosso Direito, é uma das mostras do seu sentido liberal”³⁸.

Por sua vez, o Código Penal de 1890 (Código Penal dos Estados Unidos do Brasil), instituído pelo Decreto n. 874, de 11 de outubro daquele mesmo ano, ratificou a extinção da punibilidade pela prescrição da ação penal (art. 78) e pela prescrição da condenação (art. 80). Indicou nos artigos 78 a 85 todas as disposições acerca dos prazos, da duração, da contagem, não fazendo qualquer referência à imprescritibilidade. Houve, portanto, a partir dos Decretos n. 774 e n. 874, em 1890, uma ampliação da abrangência da prescrição no Direito brasileiro.

Mesmo com a ampliação apontada, em 03 de novembro de 1898, a Lei n. 515 demarcou que “o crime de moeda falsa não prescreve em tempo algum em favor do réu domiciliado ou homiziado em paiz estrangeiro”, podendo se falar, para alguns, em imprescritibilidade ou, pelo menos, em contagem diferenciada dos prazos prescricionais em determinados crimes. Em 1924, ainda mantida essa disposição da Lei n. 515, o Decreto n. 4.861, de 29 de setembro, trazia disposição semelhante em relação a outros delitos elencados nos capítulos “dos crimes contra a existência política da República e dos crimes contra a segurança interna da República”.

Como se observa, o primeiro Código Penal da República foi seguido de uma inflação penal legislativa; a partir disso, ao visar à melhor aplicação da lei, houve, por parte do Desembargador Vicente Piragibe, uma Consolidação de Leis Penais pelo Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932, publicada sob o título de “Código Penal Brasileiro, completado com as leis modificadoras em vigor”³⁹. Logo após à consolidação, o Decreto n. 22.494, de 24 de fevereiro de 1933, determinou a redução pela metade dos prazos de prescrição para os menores de 21 anos na data do cometimento do fato delituoso, disposição que acompanha o atual Código Penal.

Em 1937, a nova Constituição acabou por romper com as idéias liberais de 1824, 1891 e 1934. A partir daí, na lição de José Henrique Pierangeli, “o melhor

³⁸ CARVALHO FILHO; ROMEIRO, 1979, op. cit., p. 229.

³⁹ TOLEDO, 1991, op. cit., p. 60.

instrumento para valer a nova ordem é indubitavelmente o Direito Penal que se normativiza ao talante do opressor”⁴⁰.

Nesse ambiente, durante o Estado Novo, é que nasce o Código Penal de 1940, que, depois de passar por uma comissão revisora presidida pelo Ministro Francisco Campos, foi sancionado pelo Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro, por projeto de Alcântara Machado, em vigor desde 1942. Trata, pois, da prescrição da pretensão da ação e também da pretensão executória, nada tendo apontado acerca da imprescritibilidade dos crimes, mas somente das penas acessórias⁴¹. Mais tarde, em 1961, na tentativa de corrigir os defeitos do Código Penal de 1940, Jânio Quadros confiou ao penalista Nelson Hungria a elaboração de um anteprojeto de Código Penal que deu origem ao Código Penal de 1969. Contudo, a vigência deste Código sofreu seguidos aditamentos a fim de que se esperasse a conclusão do Anteprojeto do Código de Processo Penal. Em 1978 foi ab-rogado o Código Penal de 1969, não tendo, pois, efetiva vigência entre nós.

De qualquer forma, o anteprojeto de Nelson Hungria, ao apostar em ideais liberais, demarcava, no §1º do art. 110, a prescrição da condenação. Entretanto, o Código Penal de 1969 — ainda que não tenha vigorado e apesar de ter admitido a prescrição da ação penal (art. 110) e da pretensão executória (art. 111) — impediu, pelo menos na sua redação original, a prescrição pela pena em concreto⁴².

⁴⁰ PIERANGELI, 2001, op. cit., p. 78-79.

⁴¹ Como informa Cristiano José de Andrade, “o Código Penal de 1940 acolheu, também, as duas modalidades de prescrição (da ação e da condenação), restabeleceu os mesmos prazos do Código de 1890, mas alterando o limite mínimo de um para dois anos (art. 109). Foram reduzidos de metade os prazos da prescrição quando o criminoso fosse, ao tempo do crime, menor de vinte e um ou maior de setenta anos (art. 115). A prescrição ocorre em dois anos quando a pena de multa foi a única imposta ou é a que ainda não foi cumprida (art. 114). Houve absorção das penas mais leves, que passaram a prescrever com as penas mais graves, ressalvada a regra da imprescritibilidade da pena acessória imposta na sentença ou resultante da condenação (art. 118, parágrafo único), o que tem plena justificação, visto que a pena principal e a de multa podem ser frustradas pela fuga do condenado, enquanto as acessórias independem de sua presença”. ANDRADE, 1979, op. cit., p. 8. Aníbal Bruno também esclarece que “a pena acessória, antes da condenação, é absorvida pela prescrição da principal. Depois da condenação, porém, a prescrição não a alcança. Em relação a esse gênero de penas, que se cumprem esteja ou não presente o réu, não é possível a este furtar-se às restrições em que elas importam, fazendo correr quanto às mesmas a prescrição”. BRUNO, 1967-1978, op. cit., p. 211-212.

⁴² A redação original do §1º do art. 110 dispunha que “A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também, daí por diante, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos”. A alteração pela Lei n. 6.016/73 foi nos seguintes termos: “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos”. Todavia, o Projeto de Lei n. 1.457, de 1973, acabou demarcando um retrocesso quando alterava o art. 111, § 1 com o seguinte conteúdo: “A prescrição,

Tal impedimento explica-se pela intenção já anunciada na Exposição de Motivos daquele Código. O item 37 referia, desta forma, que “termina-se, assim, com a teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto, que é tecnicamente insustentável e que compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão”.

Mais tarde, a Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, alterou o Código Penal de 1940, ainda vigente, para dispor acerca da prescrição pela pena *in concreto* e da prescrição retroativa⁴³.

Em 1984 houve a reforma do Código Penal pela Lei n. 7.209, de 11 de julho, que manteve as disposições acerca da prescrição anteriormente conquistadas, orientação que segue vigente aos dias de hoje; inclusive, modificou o sistema de penas para excluir as penas acessórias e com isso a respectiva imprescritibilidade⁴⁴. Deste modo, segundo o atual Código Penal, a prescrição pode dar-se em relação à pretensão punitiva mas também em relação à pretensão executória.

Ao que se observa, a Reforma Penal de 1984 não trouxe nenhuma disposição acerca da imprescritibilidade, tendo, pois, como banida do ordenamento jurídico penal brasileiro essa medida de eliminação do tempo.

Em contrapartida, a Constituição Federal de 1988 demarcou como crimes imprescritíveis o racismo (art. 5º, XLII), cuja configuração se apresenta na Lei n. 7.716, de 15 de janeiro de 1989, com as devidas alterações da Lei n. 9.459, de 13

depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos”.

⁴³ A nova redação dada pela Lei n. 6.416/77 se deu na seguinte ordem: “Art. 110 - A prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena imposta e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. § 1.º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena aplicada e verifica-se nos mesmos prazos. § 2.º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia”.

⁴⁴ René Ariel Dotti esclarece que, em relação ao Código Penal de 1940, “havia uma exceção ditada pelo parágraf. ún. do art. 118: ‘É imprescritível a pena acessória imposta na sentença ou resultante da condenação’. Tal regra não foi recepcionada pela Reforma de 1984 em face da extinção das penas acessórias”. DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 682.

de maio de 1997, e os crimes que se referem à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV).

1.3 Apontamentos acerca da legitimação da prescrição

Remontando a algumas escolas do pensamento jurídico na tentativa de indicar as justificativas para o instituto, chega-se às correntes iluministas e humanitárias, em relação às quais não teve força a prescrição.

Um dos pensadores mais expressivos da ilustração, Cesar Bonessa, o Marquês de Beccaria, publicou em 1764 a conhecida obra *Dei delitti e delle pene*, marcando o início do Direito Penal moderno⁴⁵, ao representar a humanização das penas. Cesare Beccaria, ao tratar do contrato social, apresenta uma visão claramente utilitarista da pena; neste sentido, pregava que o seu fim “é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo”⁴⁶. A pena, aqui, deveria ser a menos penosa ao réu.

Apesar de ser apresentado como um dos adversários da prescritibilidade⁴⁷, ao lado de Jeremias Bentham⁴⁸, em verdade, Cesare Beccaria defendia a necessidade de se estabelecer distintos prazos de prescrição aos delitos, que, ao seu modo de ver, poderiam ser divididos em duas classes distintas de acordo com a natureza do crime: aos delitos atrozes (como o homicídio, que violavam o direito natural à vida), por ocorrerem em menor escala, e sendo maior o dano decorrente da impunidade, o prazo de prescrição deveria ser maior; aos delitos menores, sendo menores os danos da impunidade menores também seriam os prazos de prescrição⁴⁹.

⁴⁵ BITENCOURT, 2006, op. cit., p. 48-49.

⁴⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 62.

⁴⁷ PORTO, 1977, op. cit., p. 17.

⁴⁸ “A muchos autores (cuyo abanderado fue Bentham, convertido de repente em moralista) les parece mal que um código les prometa, para después de cierto número de años, impunidad a los culpables reconocidos como tales por condena judicial, que es como prometerles prêmios a la desobediencia, a la rebeldía astuta, o a los fugados de la cárcel”. Ver: CARRARA, Francesco. *Programa del curso de Derecho Criminal: parte general*. v. 2. Trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Bogotá: TEMIS, 1956. p. 174.

⁴⁹ BECCARIA, 2005, op. cit., p. 106-108.

Conjugando-se tais princípios, Cesare Beccaria conclui a forma de indicar os prazos de prescrição.

Para o referido autor, o tempo que o réu teria para justificar-se a partir do cometimento do crime deveria ser breve, de modo a não prejudicar a prontidão da pena, o que para ele era um dos principais freios aos delitos⁵⁰.

No mesmo sentido, Anselm von Feuerbach, mesmo reconhecendo que a prescrição enfraquecia o poder intimidativo da cominação legal, admitiu-a em seu Código da Baviera⁵¹. Como adverte Cezar Roberto Bitencourt, “os autores clássicos limitavam o Direito Penal entre os extremos da imputabilidade e da pena retributiva, cujo fundamento básico era a culpa.”⁵²

Já a Escola Positiva tinha a prescrição como exceção; ao admiti-la, fazia ressalvas à sua utilização. Tal linha de pensamento, como esclarece Cezar Roberto Bitencourt, surgiu no contexto de um acelerado desenvolvimento das Ciências Sociais; a partir disso, houve uma nova orientação, não mais de cunho individualista como a Escola Clássica mas mais voltada a defender o corpo social contra a ação criminosa, ao priorizar os interesses sociais. Eis o motivo por que a ressocialização do delinqüente passa a um segundo plano, visto que a Escola Positiva admitiu o delito e o delinqüente como patologias sociais⁵³.

De sua parte, Rafael Garofalo, apesar de não pretender sustentar a admissibilidade da prescrição em qualquer caso, demarcava-a como possível apenas quando o réu provasse por sua conduta não ser um elemento anti-social e

⁵⁰ BECCARIA, 2005, op. cit., p.106.

⁵¹ Para Anselm von Feuerbach, “El transcurso de un tiempo determinado no es por sí solo ninguna razón jurídica para cancelar el crimen ni su pena. Sin embargo, si el autor permaneciese desconocido para el tribunal o la investigación o resolución resultante es omitida por culpa del juez, y si desde el momento de la comisión de la infracción hubiesen transcurrido los términos establecidos en el siguiente art. 140 y, además, el infractor hubiese demostrado durante su transcurso una buena conducta ininterrumpida, deberá, entonces, ser declarado libre de pena, quedando a salvo los derechos del afectado a la satisfacción privada”. Ver: FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción al castellano de la 14ª edición alemana (Giessen, 1847) por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 415.

⁵² BITENCOURT, 2006, op. cit., p. 69.

⁵³ Ibid., p. 68-69.

quando a mudança das suas condições sociais não permitisse a reincidência⁵⁴. A posição defendida por esse autor em relação à prescrição fica clara diante das formulações que pretendeu na Escola Positiva, como a periculosidade como fundamento da responsabilidade do criminoso, a prevenção especial como fim da pena e o direito de punir mais voltado à Defesa Social⁵⁵.

Enrico Ferri — ao contrário de Lombroso e de Garofalo —, ao acreditar que boa parte dos criminosos era readaptável, admitia que:

“(...) para obtener un equilibrio más justo entre los derechos de los individuos y los de la sociedade, la institución de la prescripción penal, que hoy llega a ser para todos los delincuentes una inmunidad; mientras que en términos de buena justicia no debería ser admisible más que para los delincuentes ocasionales y pasionales y para las formas de la delincuencia evolutiva, sobre todo por lo que se refiere a la prescripción de la condena”⁵⁶.

Esse era o propósito explícito dos positivistas no que se refere à prescrição⁵⁷.

Ao seu passo, Eugenio Florian, ao reconhecer a prescrição como um prêmio ao criminoso; também, ao rechaçá-la, referia:

“Anzitutto la prescrizione rappresenta un premio dato all'abilità, alla furberia, alla ricchezza; doti e condizioni queste che facilitano la fuga. Inoltre la prescrizione si basa tutta su di una presunzione, la presunzione che col decorso del tempo sia cessato l'interesse a punire e sieno disperse e guaste le prove del reato. Ora è evidente che questa presunzione può non corrispondere alla realtà. Inoltre è pur chiaro, che per virtù della prescrizione il reato vien meno non per ragione intrinseca, ma per ragione affatto estrinseca ed estranea. La colpevolezza, nel senso morale e giuridico, rimane intera”⁵⁸.

Nos dias de hoje, a prescrição está presente em grande parte dos ordenamentos jurídicos, apontando-se os fundamentos que levam o Estado a

⁵⁴ GAROFALO, Rafael. *Criminologia*: estudo sobre o delicto e a repressão penal. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1908. p. 463-466.

⁵⁵ BITENCOURT, 2006, op. cit., p. 71.

⁵⁶ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*. t. 2. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1907. p. 199.

⁵⁷ “Os positivistas não admitem que a periculosidade social possa desaparecer com o decurso do tempo, pois que, como afirmava Cesare Lombroso, o criminoso é um ser atávico, ou seja, é ele uma regressão ao homem primitivo ou selvagem; ele já nasce delinqüente e, como tal, continuará agindo até morrer. No entanto, essa concepção positivista não se justifica, uma vez que a prescrição resolve os anseios individuais e coletivos de repressão, seja pelo aspecto preventivo, seja pelo retributivo”. BITENCOURT, 2006, op. cit., p. 875-876.

⁵⁸ FLORIAN, Eugenio. Dei reati e delle pene in generale. In: FLORIAN, Eugenio; POZZOLINI, Alfredo; ZERBOGLIO, Adolfo; VIAZZI, Pio. *Trattato di Diritto Penale*. v. 1. Milano: Vallardi, 1910. p. 428.

desinteressar-se pelo cumprimento do *jus puniendi*. De acordo com René Ariel Dotti e Cezar Roberto Bitencourt, aqueles seriam indicados, dentre outros, pelas teorias da prova, da readaptação social, da expiação moral, da analogia civilística, psicológica e ainda do esquecimento⁵⁹.

Para a teoria da prova, também conhecida como da dispersão probatória, com o passar do tempo, perde-se a substância da prova e a partir daí desaparece a possibilidade de uma sentença justa⁶⁰. Conforme Antônio Rodrigues Porto, o principal formulador dessa teoria foi Thomasiaus na obra *De bigamiae praescriptionis*, § 4.º, de 1685⁶¹.

O que pretende tal formulação é atestar que, com o tempo, o fato cometido acaba perdendo-se no passado, apagam-se os seus sinais físicos e as suas circunstâncias; além disso, fica cada vez mais difícil coligir provas na apuração do fato delituoso que possam determinar uma justa apreciação do delito cometido⁶² — há, aqui, claro viés processual nesse fundamento prescricional⁶³.

Eugenio Cuello Calón, ao justificar essa teoria, comenta:

“A la buena administración de justicia interesa que las pruebas en los juicios criminales sean frescas y fehacientes pues las que, a causa del tiempo transcurrido desde la comisión de la, han perdido su vigor probatorio pueden originar sensibles errores judiciales”⁶⁴.

Sem dúvida, as provas acabam se apagando; com elas, a tentativa de alçar vôos na reconstrução do fato delituoso também se distancia. Afasta-se, pois, uma sentença alicerçada em meios de provas corroborados entre si na mesma proporção em que a própria prova se perdeu no tempo.

⁵⁹ DOTTI, 2004, op. cit., p. 680.

⁶⁰ DOTTI, loc. cit.

⁶¹ PORTO, 1977, op. cit., p. 22.

⁶² BRUNO, 1967-1978, op. cit., p. 210-211.

⁶³ Para Edgard Magalhães Noronha, “não se pode admitir que alguém fique eternamente sob ameaça da ação penal, ou sujeito indefinidamente aos seus efeitos, antes de ser proferida sentença, ou reconhecida sua culpa (em sentido amplo). Seria o vexame sem fim, a situação interminável de suspeita contra o imputado, acarretando-lhe males e prejuízos, quando, entretanto, a justiça ainda não se pronunciou em definitivo, acrescentando-se, como já se falou, que o pronunciamento tardio longe estará, em regra, de corresponder à verdade do fato e ao ideal de justiça”. Ver: NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 24. ed. atual. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 361.

No entanto, a teoria merece críticas. Tal pensamento só estaria endereçado a atingir a prescrição da pretensão punitiva, porém jamais a prescrição executória. Quando da execução da pena, imposta na sentença, a instrução criminal já teria se esgotado, não havendo, pois, qualquer relação da ausência de provas com a execução penal.

Ainda, ao que se constata, a prescrição, como medida de extinção da punibilidade, não poderia estar vinculada à existência ou à inexistência de elementos suficientes à prolação de uma sentença penal. Se as circunstâncias do crime se apagam ou não, e não há um tempo objetivo para que tal ocorra, a prescrição deve ser de forma idêntica decretada, pois há um elemento constante que é o decurso do tempo. O que se justifica pelo passar do tempo e, deste modo, a partir dele, o eventual enfraquecimento ou perecimento da prova, é uma sentença absolutória e não a decretação de extinção da punibilidade — tem-se, aqui, mais uma falha nessa teoria.

Sob outra ótica, mesmo que a teoria da dispersão das provas seja bem atraente ao Processo Penal, aquela não seria capaz de justificar prazos distintos de prescrição, como dispõe o nosso Código Penal. De fato, a prova se enfraquece em qualquer processo, não importando a modalidade delituosa e muito menos o tempo de duração da pena privativa de liberdade. O procedimento judicial acaba por oferecer meios análogos de busca e de enfrentamento da prova; portanto, se tal teoria estivesse em aplicação, não haveria razão para prazos de prescrição mais dilatados — os prazos deveriam, pois, ser todos idênticos⁶⁵.

A partir disso, ainda que seja relevante a teoria da dispersão das provas, como justificativa processual, aquela não teria o condão de fundamentar por si só o complexo instituto da prescrição penal.

Já para a teoria da readaptação social, também conhecida como emenda do criminoso, esse, por não ter cometido nenhum crime durante um longo tempo,

⁶⁴ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal conforme al "Código Penal, texto refundido de 1944"*. parte geral. t. 1. Barcelona: Bosch, 1948. p. 642-643.

⁶⁵ GUARAGNI, Fábio André. *Prescrição penal e impunidade*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 28.

presume-se que o infrator está readaptado ao convívio social, devendo, por isso, operar-se a prescrição⁶⁶. Para essa teoria, não há mais necessidade da punição, porquanto, decorrido algum tempo, presume-se que o suposto criminoso se corrigiu⁶⁷.

Ou, de forma mais clara, se antes de iniciar o cumprimento da sua pena ou até mesmo de ser condenado, o réu não cometeu nenhum fato delituoso, presume-se a sua emenda, não necessitando de punição, já que passou tanto tempo desde o cometimento do crime.

Adverte-se quanto à fragilidade de tal teoria a fundamentar o instituto da prescrição, porque a sua órbita de aplicação envolve a categoria da readaptação social pelo simples decurso do tempo. Sabe-se que não há na legislação penal qualquer indicativo de que o simples decurso do tempo, sem imposição de alguma espécie de pena ou de medida coercitiva, possa significar a emenda do criminoso.

Não há razoabilidade em admitir tal teoria embora existam opiniões no sentido de que se presume a emenda do criminoso com sua readaptação à vida social⁶⁸. Entre nós, Galdino Siqueira⁶⁹ deixou cristalina a sua filiação a essa teoria quando, apresentando os fundamentos justificadores da prescrição, reconhece que:

“A prescrição só se póde justificar, não com presumpções, mas com a realidade, quando se demonstrar que o individuo, por seus precedentes, por sua conducta, pelo genero do crime commettido, não se tornou temivel, e assim, em face de quem peccou, mas soube redimir-se, é que cessa para a sociedade o interesse de punir”.

Para a Escola Positiva, por exemplo, era possível falar-se em prescrição somente quando fosse recomendável pela emenda do criminoso. Como já foi referido, Rafael Garofalo aceita a prescrição, mas essa só teria aplicação em cada caso concreto, quando se demonstrasse que o delinqüente se corrigiu⁷⁰.

⁶⁶ DOTTI, 2004, op. cit., p. 680.

⁶⁷ PORTO, 1977, op. cit., p. 24.

⁶⁸ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 199.

⁶⁹ SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro*: parte geral. Rio de Janeiro: Jacyntho, 1932. p. 683.

⁷⁰ “Portanto, em materia de prescripção a escola positiva não pode acceitar as normas absolutas dos codigos e das theorias feitas á similhaça d’estes. Ella quer que as providencias sejam as reclamadas em cada caso pelas necessidades da tutela social. Exclue a pena por inútil quando pode adquirir-se a prova da completa emenda do réu; pelo contrario, exclue da prescripção todos os delinquentes que

Nessa mesma linha de raciocínio, Eugenio Florian declara:

“Noi crediamo, pertanto, che non si possa attribuire *a priori* alla prescrizione un valore assoluto e generale: noi, in relazione ai criteri ed al metodo della scuola criminale positiva, vorrem no che nell’ applicarla si avesse riguardo alla persona del reo, alla categoria cui egli appartiene, alle condizioni sue individuali, alla sua condotta, ai suoi precedenti, al genere del reato commesso, e che la prescrizione si potesse applicare solo quando l’individuo apparisse effettivamente non temibile. In altre parole, vorremmo, che la cessazione dell’interesse a punire fosse non *una presunzione* ma *una realtà*”⁷¹.

Com a mesma intenção, por necessidade da defesa social, Enrico Ferri, embora admitindo a prescrição e fundamentando-a na cessação da recordação do crime e na dificuldade de coleta das provas, assevera que a periculosidade do criminoso poderá desaparecer, desde que esse se abstenha de cometer outros delitos⁷².

Apesar de frágil, há resquícios em nosso Código Penal da teoria da emenda, uma vez que a reincidência atua como causa interruptiva da prescrição⁷³. De fato, parece ser essa causa de interrupção um sinal evidente de que a reincidência, como resultado da ausência de emenda, estaria a prejudicar o curso da prescrição.

Seguindo com a apresentação das demais teorias que apontam os fundamentos do instituto da prescrição, temos a psicológica, teoria para a qual, com o passar do tempo, há uma mudança psíquica do suposto criminoso. Em verdade, o fundamento de tal proposição muito se aproxima da teoria da readaptação social ou da emenda. Atestando essa proximidade, Cezar Roberto Bitencourt aponta que “para ambas as teorias, houve a recuperação do criminoso em virtude do fluir temporal”⁷⁴.

Há marcas da teoria psicológica em nosso Código Penal, como se pode reconhecer pela redução dos prazos prescricionais em caso de criminosos menores

pela sua conducta ulterior hajam confirmado o diagnostico de incorrigibilidade”. Ver: GAROFALO, 1908, op. cit., p. 466.

⁷¹FLORIAN, 1910, op. cit., p. 428-429.

⁷²FERRI, Henrique. *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*. Trad. de Luiz de Lemos D’Oliveira. São Paulo: Saraiva: 1931. p.147.

⁷³ “Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: (...) VI – pela reincidência”.

⁷⁴ BITENCOURT, 2006, op. cit., p. 876.

de 21 anos. Como a personalidade não está totalmente formada, imagina-se que a reinserção social seja mais tranqüila em relação a estes jovens.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt:

“(...) o tempo muda a *constituição psíquica* do culpado, pois eliminou-se o nexó psicológico entre o fato e o agente; na verdade, com longo decurso de tempo, será “outro indivíduo” quem irá sofrer a pena, e não aquele que, em outras circunstâncias, praticou o crime no passado”⁷⁵. (grifo do autor)

Se bem que exista uma importante filiação doutrinária a essa teoria, como acima se verificou, deve-se esclarecer que o Código Penal não a adotou como fundamento da prescrição — como se quer fazer crer —, mas sim com o caráter de uma medida estimuladora da prescrição. Evidentemente que isso ocorre não porque o delinqüente é “outro” mas sim porque ainda há tempo, ao menor de 21 anos, para tentar recuperar o que perdeu com o cometimento do fato delituoso. Como já foi dito, não estando totalmente formada a personalidade do menor de 21 anos, imagina-se que a sua reinserção social ocorra mais facilmente, porém isso não significa dizer que o indivíduo é outro com o passar do tempo.

Também é importante referir aqui a teoria da expiação moral. A partir desse prisma, o remorso e todas as atribuições sofridas pelo suposto delinqüente, durante a prescrição, equivaleriam a um substituto de pena⁷⁶. A opressão que sentiu, enquanto não se operava a prescrição, foi um mal talvez maior que o da própria pena criminal.

Não se pode ter dúvida de que o processo propriamente dito implica mais uma pena ao suposto criminoso; no entanto, ao estar preso ou não, não há como articular as atribuições que sofreu cada delinqüente e nem mesmo se presumir o seu remorso. Se o sentimento de culpa pudesse justificar algum instituto, ficaria ao passo do perdão judicial e não da prescrição, que tem fundamento distinto.

Com efeito, o viés que caracteriza o perdão judicial é eminentemente teológico, moral, ainda que seja um instituto apresentado como jurídico. Há aqui uma

⁷⁵ BITENCOURT, 2006, op. cit., p. 876.

⁷⁶ DOTTI, 2004, op. cit., p. 680.

forte elucidação dos poderes divinos do juiz, o que não é — ou não pode ser — característica do prescritível. Nesse sentido, tem-se a compatibilidade da teoria da expiação da culpa com o perdão judicial.

Sobre o assunto, J. J. Haus afirma que, caso efetivamente o arrependimento pelos remorsos sofridos acompanhasse o criminoso, tal fato serviria de fundamento ao direito de graça, mas não à prescrição⁷⁷.

Assim, se tal teoria fosse baseada em mera presunção de expiação da culpa, o tempo demarcado para o delito prescrever seria, por si só, encarado como uma pena autônoma, o que não encontra nenhuma séria justificativa. Mesmo assim, de acordo com Basileu Garcia, “o protraimento, sempre arriscado e intranquilo, do seu ajuste de contas com o poder punitivo do Estado, equivale a uma indireta expiação da sua culpa”⁷⁸.

Se o acerto de contas equivale à expiação da culpa, categoria moral por excelência, infere-se claramente o desvirtuamento do instituto da prescrição que pretende tal teoria, equiparando-o ao perdão, como já foi referido. É o que conclui Adolphe Prins⁷⁹ para quem:

“É certo acontecer que um delinqüente, que pode subtraír-se a todas as delijências da justiça, ao fim de um certo número de anos se haja transformado em um homem honesto. Mas o que então há a fazer é conceder-lhe o perdão e a reabilitação, nunca a prescrição”.

Além disso, não se pode admitir que todas as pessoas se arrependam do cometimento de fatos delituosos, mesmo que todos os delitos gerem pelo seu cometimento a expiação do suposto culpado. Exatamente neste mesmo sentido, Aloysio de Carvalho Filho adverte que:

⁷⁷ “Mais ce motif qui suppose, d'une part, la perpétration d'un grand crime, et, de l'autre, la preuve que l'expiation s'est réellement accomplie, ne pourrait être invoqué que dans des circonstances exceptionnelles, et alors il servirait de fondement à l'exercice du droit de grâce, plutôt qu'à la prescription pénale”. Ver: HAUS, J. J.. *Principes généraux du Droit Penal belge*. t. 2. Paris: Ernest Thorin Éditeur, 1889. p. 523.

⁷⁸ GARCIA, 1954, op. cit., p. 695.

⁷⁹ PRINS, Adolphe. *Ciência Penal e Direito Positivo*. Trad. de Henrique de Carvalho. Lisboa: Teixeira, 1915. p. 535.

“Se o fundamento da prescrição fosse o suplício do acusado, compensando a falta da pena, substituído o castigo, que esta é, pela tortura moral, que a condição de foragido implica, seria indispensável, para decretar-se a medida, a prova da contrição no culpado. Sem isso, impossível afirmar-se a existência do remorso. Dispensar a verificação, seria assentar a prescrição num simples presumir de remorso, quando o mais comumente observado é a ausência de arrependimento, como característica, até, dos mais perigosos delinqüentes”⁸⁰.

Encontra-se, desse modo, a fragilidade dessa teoria, principalmente por inserir na prescrição uma medida de perdão, desvirtuando o instituto.

Em outro viés, a teoria da analogia civilística indica que o infrator estaria adquirindo, pela inação do Estado, um direito à impunidade⁸¹, em analogia à prescrição aquisitiva do Direito Civil. Presume-se, pois, uma falta de interesse do Estado em punir e por isso está autorizada a prescrição, porquanto o suposto criminoso herdou pela inércia do titular o direito a ficar impune.

Embora ocorra a aceitação dessa teoria por parte da doutrina, é importante lembrar que o Direito Romano já havia indicado que no Direito Civil a prescrição poderia ser aquisitiva (usucapião) e liberatória (extintiva); em contrapartida, no Direito Penal, evidentemente, o instituto teria caráter apenas extintivo.

Como bem explica Giuseppe Bettiol

“(...) no campo do Direito Civil, é sempre o interesse individual que há ser primeiramente considerado, dado que a prescrição deve ser excepcionada no processo pelo interessado, enquanto no campo do processo penal (é o juiz) que deve aplicá-la de ofício, em qualquer grau ou Estado da causa. No setor penal, é do ângulo do interesse estatal que nos devemos antes de tudo situar para a compreensão do funcionamento desta causa de extinção do crime”⁸².

Por isso, em Direito Penal, não é possível admitir-se que, pela inércia do Estado, se adquira um direito, quanto mais o direito à impunidade. Com efeito, não há sequer um instituto em Direito Penal pelo qual se adquiram direitos de impunidade, mas somente direitos que liberam o suposto delinqüente da punibilidade, como é a prescrição.

⁸⁰ CARVALHO FILHO; ROMEIRO, 1979, op. cit., p. 218.

⁸¹ DOTTI, 2004, op. cit., p. 680.

⁸² BETTIOL, 1976, op. cit., p. 199.

Aceitando-se tal teoria, fundada na aquisição de um direito, estar-se-ia, pois, da mesma forma, dando razoabilidade às opiniões que demarcam o instituto da prescrição como instrumento a serviço da impunidade⁸³.

Francesco Carrara aponta a falha dessa teoria, ao referir que:

“Este podrá ser un buen criterio al tratarse de prescripción de la *acción privada*, ya que el particular tiene *derecho* a obrar o a no obrar, y este derecho es en él facultativo. Pero el ministerio público, más que el derecho tiene el *deber* de ejercer la acción y hacer cumplir las condenas; y si a veces cree que no debe ejercer una acción, no se abstiene de ella por creer que esto entra en sus *facultades*, sino porque, siendo juez de sus propios *deberes*, juzga que en ese caso no le incumbe el *deber de obrar*. Por lo tanto, es un error gravísimo, un verdadero absurdo, hablar de *presunto abandono* (o sea de *renuncia*) por parte del ministerio público, pues así se le coloca por encima de la ley, que es soberana de él, como de cualquier outro ciudadano”⁸⁴.

Levando em conta outro tipo de argumento, Enrico Ferri denuncia que a prescrição civilista, apesar de dar precisão às relações jurídicas, não possui a missão da defesa social — por isso, tem sido mal copiada do Direito Civil⁸⁵.

Como se constata, a partir da mera indicação das teorias que apontam os fundamentos da prescrição, sem caráter de esgotamento do tema, não há uma só entre elas que possa dar legitimidade ao instituto da prescrição, porque essa não estaria atrelada a um critério único aceito por toda a doutrina, mas sim a um somatório de convergências, como causa política criminal de extinção da punibilidade que é — essa é a advertência de Ney Fayet Júnior sobre o assunto⁸⁶.

Por fim, dentre outras teorias, destaca-se a do esquecimento, apontada por grande parte dos textos como a mais lúcida a fim de fundamentar a prescrição.

⁸³ Conquanto entenda como defensável a prescrição da ação penal, ainda que a demarque como um inconveniente da inércia do responsável pela perseguição do criminoso, Adolphe Prins não imaginava idéia semelhante em relação à prescrição da pretensão executória. Para o professor da Universidade de Bruxelas, “a prescrição é a impunidade pura e simples, e a impunidade é um mau exemplo para as massas, que não se entregam às considerações teóricas dos defensores da prescrição”. Ver: PRINS, 1915, op. cit., p. 535.

⁸⁴ CARRARA, 1956, op. cit., p. 176.

⁸⁵ FERRI, 1931, op. cit., p. 147.

⁸⁶ FAYET JR., Ney; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. *Prescrição penal: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 42-43.

Para essa teoria, com a passagem do tempo, a sociedade esquece o crime; por esse motivo, a reação penal perde o seu objetivo de intimidação coletiva⁸⁷. Tal fundamento é identificado por alguns como o único e verdadeiro argumento sólido capaz de justificar o instituto da prescrição⁸⁸.

Aloysio de Carvalho Filho já se manifestava pela lucidez do fundamento, explicando-o:

“(...) a presunção de desnecessidade da defesa social é, ao seu ver, o único fundamento sério da prescrição penal. Essa desnecessidade se acentua por força do longo tempo de inação do Estado, e justo como a consequência dessa inação. Ainda que pareça, não há, a rigor, uma criação artificial, para um fim determinado de extinção da punibilidade, a que servisse de pretexto o decurso do tempo, sem o exercício da função punitiva. O que há é uma presunção natural de que numa condenação decretada anos depois do fato punível, numa pena executada anos depois da condenação, já é morta a lembrança do crime, por efeito do largo período de omissão ou descaso da sociedade em agir contra ele, e seria inútil, sobre desumano, reviver o fato, perdido (...)”⁸⁹.

Nessa mesma linha de raciocínio, Ney Fayet Júnior refere que a razão de ordem político-criminal mais significativa a justificar a prescrição penal é a perda de interesse estatal em se punir determinada conduta delituosa⁹⁰. Deste modo, desaparece o interesse do Estado em punir, alteram-se os fatos e as relações jurídicas que dele emanam, a indignação pública e o sentimento de insegurança gerados pelo crime amortecem, da mesma forma como se atenua a revolta e a

⁸⁷ DOTTI, 2004, op. cit., p. 680.

⁸⁸ Para Carrara, “El argumento sólido sobre el cual puede descansar la prescripción de la pena, es unicamente el de que, transcurrido um lapso de años después de la condena, su ejecución carece de ejemplaridad”. Ver: CARRARA, 1956, op. cit., p. 95. De acordo com Garraud, “O verdadeiro motivo da prescrição penal tem a sua base no direito de punir. Com efeito, tornando-se inútil o castigo muito distanciado do delito ou da condenação, porque a lembrança do fato culposo está apagada e porque a necessidade do exemplo desapareceu, o próprio direito de punir deixa de existir para a sociedade. É, pois, o esquecimento presumido da infração não-julgada, que liberta o culpado das consequências da infração: é o esquecimento presumido da condenação pronunciada que o liberta das consequências da condenação. A cessação da razão de punir motivada pelo fato de a pena não produzir qualquer efeito, relativamente ao autor do delito como relativamente a terceiros, e quando uma perseguição estiver fora de toda a proporção com as dificuldades e incertezas que ofereça a constatação do delito como com a perturbação causada a uma situação adquirida, eis pois o que explica e legitima tanto a prescrição da ação pública como a prescrição da pena. A presunção de esquecimento que resulta do tempo decorrido é fundada, como todas as presunções, na observação dos fatos habituais: é ao mesmo tempo uma presunção invencível porque a lei a estabeleceu num fim elevado de utilidade social”. Ver: GARRAUD, René. *Compêndio de Direito Criminal*. v. 2. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003. p. 105.

⁸⁹ CARVALHO FILHO; ROMEIRO, 1979, op. cit., p. 214-215.

⁹⁰ FAYET JR.; FAYET; BRACK, 2007, op. cit., p. 30.

exigência de justiça dos ofendidos. A partir daí a pena perde o seu fundamento e os seus fins, e assim se esgotam os motivos que teria o Estado para a punição⁹¹.

Ao que se observa, com o tempo, a punição torna-se despicienda, não havendo carência de punir, pois as finalidades pretendidas por via da pena não mais se concretizam⁹² — a pena deixa, pois, de ser exemplar. E isso ocorre porque a intervenção demasiadamente tardia do Direito Penal “não seria um ato de justiça profícua, mas um simples capricho de vingança”⁹³.

Miguel Reale Júnior, ao reconhecer a prescrição como medida de política criminal e, pois, como sucedâneo da teoria do esquecimento, assegura que:

“Segundo esta visão de política-criminal, se a sociedade requer após o fato delituoso uma reafirmação do ordenamento, um fortalecimento da validade do valor atingido pelo crime, esta mesma sociedade, todavia, percebe a inanidade desta reafirmação passados tantos anos, sendo aconselhável a não-punição quando esta se faz longínqua do fato no tempo”⁹⁴.

Nesse sentido e pelas disposições do nosso Código Penal, fica clara a adoção da teoria do esquecimento a justificar prazos mais dilatados de prescrição conforme a gravidade do delito. Ao que se reconhece, quanto mais grave é o crime mais tardará a sociedade a esquecê-lo e mais exemplar será a punição, daí dificultar-se a ocorrência da prescrição.

De outro lado, há ainda quem aponte a presença da teoria do esquecimento quando o nosso Código Penal enumera determinadas causas de interrupção dos lapsos prescricionais, como o recebimento da denúncia e a decisão condenatória⁹⁵,

⁹¹ BRUNO, 1967-1978, op. cit., p. 210-211.

⁹² REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 195.

⁹³ HUNGRIA, 1945, op. cit., p. 112.

⁹⁴ REALE JR., 2003, op. cit., p. 99.

⁹⁵ “OAB rejeita projeto do Senado que altera prescrição penal Brasília, 05/12/2004 - O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em sua última sessão deste ano, presidida por Roberto Busato, aprovou por unanimidade parecer opinando pela rejeição do projeto de lei em tramitação no Senado, que dá nova redação ao parágrafo 2º do artigo 110 do Código Penal (decreto-lei n. 2.848/40). O parecer teve como relator o conselheiro federal da OAB pelo Rio Grande do Sul, Cezar Roberto Bitencourt. De autoria do senador Pedro Simon (PMDB-RS), o projeto quer impedir que a prescrição possa ter como termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou queixa. ‘A prosperar a pretensão do digno e culto Senador Pedro Simon, estará oficializado o engavetamento de inquéritos policiais, CPIs e todo e qualquer procedimento criminal, para serem ajuizados quando melhor aprouver a determinadas autoridades’, sustenta o parecer aprovado pelo Conselho Federal. ‘Assim, pairaria sobre eventual investigado, que ainda é presumidamente inocente, a Espada de

já que é possível qualificar tais atos judiciais como momentos que reacendem a memória do crime. De qualquer forma, conforme o que já foi aqui mencionado, não são poucos os aspectos sobre os quais repousa a teoria do esquecimento.

Por outro viés, e a partir dessa mesma teoria, é possível admitir que o instituto da prescrição não se harmoniza com o simples carácter de retribuição, ou seja, do mal pelo mal. Se assim fosse, nenhum ordenamento jurídico moderno iria adoptá-lo como modalidade de extinção da punibilidade, visto que, com a sua ocorrência, não se dá a retribuição pelo mal causado⁹⁶. Se, ao contrário, a intenção fosse simplesmente garantir a retribuição do mal que trouxe o delito, os ordenamentos jurídicos, em regra, demarcariam a imprescritibilidade.

Como se observa, a base da teoria configura-se ao redor dos conceitos de retribuição — desnecessidade do mal pelo mal — e da prevenção geral negativa — a punição não serve mais de exemplo passado tanto tempo depois do fato delituoso. Desta maneira, Jorge de Figueiredo Dias justifica o instituto da prescrição em face dos fundamentos da pena:

“Por um lado, a censura comunitária traduzida no juízo de *culpa* esbate-se, se não chega mesmo a desaparecer. Por outro lado, e com maior importância, as exigências da *prevenção especial*, porventura muito fortes logo a seguir ao cometimento do facto, tornam-se progressivamente sem sentido e podem mesmo falhar completamente os seus objectivos: quem fosse sentenciado por um facto há muito tempo cometido e mesmo porventura esquecido, ou quem sofresse a execução de uma reacção criminal há muito tempo já ditada, correria o sério risco de ser sujeito a uma sanção que não cumpriria já quaisquer finalidades de socialização ou de segurança. Finalmente, e, sobretudo, o instituto da prescrição justifica-se do ponto de vista da *prevenção geral positiva*: o decurso de um largo período sobre a prática de um crime ou sobre o decretamento de uma sanção não executada faz com que não possa falar-se de uma estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias, já apaziguadas ou definitivamente frustradas⁹⁷. (grifo do autor)

A partir dessa análise, a punição longínqua estaria a desarmar as teorias da prevenção especial: a sanção não cumpriria funções de socialização e de

Dâmocles a que nos referimos ao longo deste trabalho, com a ameaça *ad perpetuam*, do poder repressivo estatal’, acrescenta Cezar Bitencourt em seu voto, apoiado unanimemente pelos conselheiros”. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=3347>>. Disponível em 11 fev. 2008.

⁹⁶ PORTO, 1977, op. cit., p. 20.

⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal português: parte geral*. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 699.

segurança. Em outras palavras, a própria prevenção geral não teria cumprido os seus objetivos, porquanto a demorada punição seria posterior à estabilização social.

Reconhece-se, após a indicação dos apontados fundamentos da prescrição, a relação complexa que se coloca entre tal instituto e as teorias de prevenção geral e especial da pena⁹⁸.

1.4 Além dos fundamentos da prescrição: as “penas perdidas”

Mesmo diante da relação apontada que há entre a prescritibilidade e os modelos que tentam justificar a punição, a intenção não é identificar o instituto com essa ou aquela corrente que tenta legitimar a pena, mas sim discorrer brevemente acerca de cada uma dessas (boas) intenções de racionalizar a punição a fim de mais tarde admiti-las ou não como pano de fundo a justificar a manutenção do instituto da prescrição.

No esforço teórico de justificação da imposição da pena⁹⁹, pode-se destacar as teorias retributivistas, as teorias preventivas e ainda as teorias mistas. Há, claramente, uma multiplicidade de teorias, o que demonstra a complexidade do tema, no entanto não é a intenção deste trabalho debruçar-se sobre todos os modelos de discussão da punição.

Evidentemente que, para as teorias retributivistas em que a pena possui um fim em si mesma, não tendo, pois, um objetivo determinado que não o de retribuir o

⁹⁸ “La necesidad de pena disminuye paulatinamente con el paso del tiempo, hasta desaparecer por completo, y ello tanto desde la perspectiva de la retribución y de la prevención general como desde la óptica de la finalidad resocializadora de la pena”. Ver: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. 4. ed. Trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 822.

⁹⁹ Como adverte Salo de Carvalho, “a avaliação garantista (pessimista) do *ius puniendi*, centrada na realidade mesma do sistema penal, passa inevitavelmente pela discussão sobre as justificações da pena, entendida esta como instrumento jurídico-político de manifestação do poder no controle social. Trata-se necessariamente de um repensar sobre o que se convencionou chamar ‘teorias da pena’, ou seja, sobre a indagação considerada como uma das mais importantes não só do Direito Penal mas também da teoria política: ‘por que punir?’”. CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003a. p.119.

mal pelo mal, a prescrição, como medida de extinção da punibilidade, não teria razão para existir.

Desde os modelos penais da Antigüidade se considerava a pena como retribuição, com inspiração no modelo indenizatório, vinculado ao inadimplemento contratual; já na Modernidade que tem como característica o surgimento do tempo, a pena surgirá como ‘a’ sanção penal¹⁰⁰.

Em Kant, o *telos* da penalidade era a imposição de um mal decorrente da violação de um dever jurídico, remontando, pois, aos modelos primitivos de vingança privada. Já em Hegel, com o retributivismo, a pena deveria servir para recompor o direito violado com uma violência na mesma proporção daquela perpetrada, o que equivaleria a uma tentativa de neutralização do delito¹⁰¹.

Acerca das teorias sobre a pena, as modernas¹⁰² acabam demarcando um fim determinado para a pena, qual seja, o de impedir que o mesmo criminoso volte a delinquir (prevenção especial) ou a intimidar a sociedade como um todo para que sirva como exemplo aquela punição (prevenção geral)¹⁰³.

A finalidade da pena, como intimidação, estaria por utilizar o homem como meio para dissuadir os demais indivíduos do corpo social a não cometerem atos

¹⁰⁰ CARVALHO, 2003a, op. cit., p.121.

¹⁰¹ Ibid., p.122. Como alerta Salo de Carvalho, “Ferrajoli critica as teorias retributivistas, pois entende que a idéia da pena como restauração ou reafirmação de ordem violada demonstra um equívoco derivado da confusão entre direito e natureza. Tanto a purificação do delito através do castigo como a negação do direito por parte do ilícito e sua simétrica reparação seriam insustentáveis, dado ao fato de serem erroneamente haver relação de causalidade necessária entre culpa e castigo”. Ver: *ibid.*, p. 123.

¹⁰² Para Beccaria, a pena devia ter um fim intimidatório uma vez que “resulta evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido. É concebível que um corpo político, que, bem longe de agir por paixão, é o moderador tranqüilo das paixões particulares, possa abrigar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou do fracos tiranos? Poderiam os gritos de um infeliz trazer de volta do tempo sem retorno as ações já consumadas? O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo. É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do réu”. BECCARIA, 2005, op. cit., p. 62.

¹⁰³ “O mérito de Feuerbach na construção do modelo de coação psicológica foi evitar a tendência anti-ilustrada de fusão dos planos da moral e do direito. Assim, das teorias clássicas sobre os fundamentos do direito de punir, a única idônea a ingressar na Modernidade, dado o respeito ao pressuposto da secularização, seria a teoria da prevenção geral negativa”. Ver: CARVALHO, 2003a, op. cit., p. 128.

considerados pífidos, tratando-se de um modelo que aponta ao panjudicialismo e ao maximalismo inquisitorial¹⁰⁴.

Já o modelo de prevenção especial está voltado diretamente ao indivíduo, visto que esse é o novo objeto de investigação; além disso, representa o instrumento de resposta ao desvio, operando-se nele mesmo. Assim, categorias como periculosidade, reeducação, personalidade do agente, prevenção da reincidência e medidas de segurança extrapenais compõem este universo projetivo de prevenção especial, devido ao deslocamento sutil e eficaz da teoria defensivista¹⁰⁵.

A partir daí o que se tem, na contemporaneidade, é o resultado de tudo o que buscou através de uma tentativa de racionalização da pena e da punição. E o resultado é que, a partir dessas experiências, não há nenhum sinal de que a pena esteja adequada à nossa realidade.

Isso é o que Eugenio Raúl Zaffaroni denuncia:

“A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão *perdidas* que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas: achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade”¹⁰⁶. (grifo do autor)

É possível indagar o que sobrou do discurso jurídico-penal. Restou a sua própria falsidade, que ele revela, a sua desconexão com a realidade. Essa negação latente de sua própria coerência transborda quando os argumentos para mantê-lo são da margem do “faz porque o legislador quer”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ CARVALHO, 2003a, op. cit., p. 128-129.

¹⁰⁵ Ibid., p. 131-139.

¹⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. de Vânia Romana Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 12.

¹⁰⁷ “O discurso jurídico-penal revela-se inegavelmente como falso, mas atribuir sua permanência à má-fé ou à formação autoritária seria um simplismo que apenas agregaria uma falsidade à outra. Estas explicações personalizadas e conjunturais esquecem que aqueles que se colocam em posições ‘progressistas’ e que se dão conta da gravidade do fenômeno também reproduzem o discurso jurídico-penal falso – uma vez que não dispõem de outra alternativa que não seja esse discurso em sua versão de ‘direito penal de garantia’ (ou ‘liberal’, se preferem) – para tentarem a defesa dos que caem nas engrenagens do sistema penal como processados, criminalizados ou vitimizados”. Ibid., p.13-14.

Ainda de acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni, estas expressões são freqüentemente usadas e “implicam a confissão aberta do fracasso de qualquer tentativa de construção racional e, por conseguinte, legitimadora do exercício do poder do sistema penal”¹⁰⁸. A respeito disso, Salo de Carvalho¹⁰⁹ adverte que:

“Na tradição jurídico-dogmática, porém, o importante elemento temporal é invariavelmente relegado, transformando-se a análise histórica dos textos legais e seus fundamentos jurídicos, políticos e filosóficos em reconstrução de sistemas com pretensões universalistas e atemporais, configurando aquilo que poderia ser denominado como ‘vontade de sistema’”.

Como se observa, o Direito Penal está amarrado: embora decida conflitos, não os resolve. Apenas os coloca no fluxo temporal, porque não apresenta mecanismos a fim de resolver conflitos adequados à realidade que muda diariamente. Há aqui certamente a quebra de toda a racionalidade apontada pelo sistema penal até então, traduzida na perda de legitimidade. É o que esclarece, a seguir, Eugenio Raúl Zaffaroni:

“(...) a quebra de racionalidade do discurso jurídico-penal arrasta consigo — como sombra inseparável — a pretendida legitimidade do exercício de poder dos órgãos de nossos sistemas penais. Atualmente, é incontestável que a racionalidade do discurso jurídico-penal tradicional e a conseqüente legitimidade do sistema penal tornaram-se “utópicas” e “atemporais”: não se realizarão em lugar algum e em tempo algum”¹¹⁰.

Exatamente na quebra de racionalidade desse discurso é que se desponta a falta de legitimidade do próprio sistema penal, desarticulando-se qualquer tentativa de manter intactas as justificações para a punição.

Entretanto, o Direito, mais propriamente o Direito Penal, é o caminho indicado para a solução de todos os problemas da sociedade violenta. Quando o Direito encarna a tarefa de garantir a proteção dos principais interesses da Humanidade,

“(...) a potência da fala tende a cegar o prolator, impedindo-o de perceber suas limitações e sua real capacidade de ação. O sonho narcísico de resolução das grandes questões da civilização, tutelando a Humanidade de sua própria extinção, ao mesmo tempo em que entorpece o pensamento

¹⁰⁸ ZAFFARONI, 1991, op. cit., p.17.

¹⁰⁹ CARVALHO, Salo de. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. *Estudos Ibero-Americanos*, Porto Alegre, p. 63, 2006a.

¹¹⁰ ZAFFARONI, 1991, op. cit., p.19.

jurídico-penal, ofusca a realidade, fornecendo elementos irreais para anamnese e, conseqüentemente, prognose”¹¹¹.

A partir dessa análise, mesmo que rápida, a pretensão era indicar a relação que há entre as teorias de justificação da pena e o esquecimento como teoria fundante da prescrição penal. Fica a questão: para além dos fundamentos da prescrição, como posso acreditá-los se o próprio sistema penal perdeu a sua legitimidade?

Com a intenção de fechamento deste primeiro capítulo, gostaríamos de continuar com Salo de Carvalho¹¹², que, ao tratar dos — supérfluos — fundamentos das punições, adverte:

“(...) nenhuma finalidade universalista e totalizante sobreviveria à crítica; nenhuma função restaria imune à constatação da produção de violência unilateral quando da imposição de estereótipos normalizadores em pessoas concretas, de ‘carne e osso’, caracterizadas pela alteridade. O meio, portanto, por representar incidência de violência institucional no sujeito punibilizado, deverá sempre ter mais importância que o fim ideal(izado) da pena”.

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

¹¹¹ CARVALHO, Salo de. A ferida narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis) funções do controle penal da sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 200.

¹¹² Id., 2006a, op. cit., p. 71.

2 CRIMES IMPRESCRITÍVEIS: RAZÕES PARA A IMPRESCRITIBILIDADE

Como já foi dito, sabendo-se que a Constituição Federal de 1988 demarcou como crimes imprescritíveis o racismo (art. 5º, XLII) e aqueles que se referem à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV), e que, na mesma linha, o Estatuto de Roma, ratificado pelo Brasil em 20 de junho de 2002, demarcou como fora do alcance da prescrição os delitos indicados no seu art. 5º como crime de genocídio, crimes contra a Humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão, faz-se necessário indicar, neste momento, os fundamentos apontados para tais escolhas legislativas.

2.1 Crimes imprescritíveis: o elenco constitucional

Como se constata, a reforma penal de 1984 trouxe como princípio a prescritibilidade de todos os delitos — não fez sequer uma exceção. Contudo, em sentido oposto, a Constituição Federal de 1988 demarcou como possível a não-influência do tempo e “sentenciou” como crimes imprescritíveis o racismo (art. 5º, XLII), cuja configuração se apresenta na Lei n. 7.716/89, com as devidas alterações da Lei n. 9.459/97, e aqueles que se referem à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV)¹¹³.

¹¹³ Aparentemente em linha oposta, a Constituição Federal recebeu a Emenda n. 45, publicada em dezembro de 2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º, ao dispor que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A partir daí, traçando-se um paralelo entre os institutos da imprescritibilidade e da razoável duração do processo, é que se pode sugerir a aparente contradição. Em verdade há um momento em que a prescrição acaba por forçar o prazo razoável do processo, pois, se inexistentes ou dilatados demais os prazos prescricionais, o Estado acabaria por ser ainda mais inerte. Porque o tempo é o fator determinante, a morosidade estaria implantada como regra. No entanto, é sabida a diferença entre “prazo razoável” e “prazo prescricional” — é o que aponta Adriano Sérgio Nunes Bretas com precisão. Ver: BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. *O excesso de prazo no Processo Penal*. Curitiba: JM, 2006. p. 60-62. É importante referir que, além dessa aparente incoerência interna, poderia se demarcar uma dissonância da Constituição Federal, na boa intenção de instituir como missão a razoável duração do processo, e a manutenção, pelo Código Penal, dos momentos interruptivos da prescrição de caráter processual. Isso é o que destaca Eugenio Raúl Zaffaroni quando se refere aos marcos processuais interruptivos da prescrição no sistema penal argentino: “Conforme a la redacción vigente, en un hurto simple, la acción penal puede extenderse

Demarcando a disposição como retrocesso da Constituição ‘cidadã’, Cezar Roberto Bitencourt elucida que a orientação contemporânea que prega a prescritibilidade de todos os ilícitos penais foi contrariada¹¹⁴.

A partir dessa conclusão, objetiva-se, pela apresentação breve das peculiaridades dos tipos delituosos tidos por imprescritíveis, desvelar as razões para tanto e com isso apontar a incoerência de tal mecanismo de negação do tempo. Cabe referir que o primeiro dos crimes que a Constituição Federal “sentencia” como imprescritível é o racismo.

Primeiramente é importante que se diga que, em âmbito internacional, a discriminação racial é objeto da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, tendo entrado em vigor no País em 04 de janeiro de 1969, bem como também pela Convenção Internacional sobre a Eliminação e a Punição do Crime de Apartheid de 1973.

Internamente, a Constituição Federal de 1988 teve por bem tratar o racismo de forma diferenciada, demarcando-o como crime inafiançável, imprescritível e sujeito à pena de reclusão, ainda que não tenha definido a abrangência da expressão *prática do racismo*.

Nestes termos, o racismo apresenta descrição típica e pena vinculadas. Como já foi dito, em seu art. 5º, XLII, a Constituição Federal determinou que qualquer lei que diga respeito ao racismo deve tratá-lo como crime punível com

hasta diez años, en un robo simple hasta treinta años y en una tentativa de homicidio hasta sesenta años, pues basta que entre un acto procesal y otro no haya pasado un tiempo mayor que el máximo de la pena. En la práctica significa que para el CP no se prescribe ningún delito, o sea, que el CP renuncia a poner en marco general al ‘plazo razonable’ de duración de los procesos, que queda librado por entero a los códigos procesales. La lesión al derecho de defensa por una ley que posibilita que un proceso pueda prolongarse sesenta años, es incalificable. Seguramente el legislador ha pensado en un juicio oral curioso, en el que en lugar de oír a testigos, se proceda a la lectura de sus memorias y a que sus nietos cuenten lo que de niños les relataba el abuelo. Actualizando la sentencia de Carrara, en la República nadie podrá estar seguro de no ser perseguido, mientras a su perseguidor le quede un cartucho en su impresora”. Ver: ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2007, op. cit., p. 696.

¹¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 355.

reclusão. Não poderá, pois, o legislador criar figuras típicas caracterizadoras de contravenções penais, tampouco apená-las com detenção.

É sugestivo comentar agora que a providência legislativa não tardou para tanto. Em 1989, a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro, regulamentou o disposto no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal e, em sua redação original, tutelou somente o preconceito de raça e cor, sendo ampliada, posteriormente pela Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997, que abarca a discriminação e o preconceito de raça, de cor, de etnia, de religião e de procedência nacional.

Também se deve ressaltar que a objetividade jurídica é a mesma em todos os tipos penais da Lei n. 7.716/89, a saber, a igualdade assegurada constitucionalmente (art. 5º, CRFB). Ficaram fora do alcance da lei 7.716/89 o preconceito em razão de sexo ou estado civil.

Pela simples leitura, verifica-se que, em todos os tipos penais descritos na Lei n. 7.716/89, o elemento subjetivo é o mesmo, isto é, o dolo, consubstanciado na vontade de praticar as condutas típicas; além disso, o artigo 20 também exige o dolo específico de “divulgação do nazismo”.

Ainda, a ação de “impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos” em razão de “discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” caracteriza o crime do artigo 3º da Lei n. 7.716/89.

O crime acima possui pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, não se tratando de infração de menor potencial ofensivo. Além disso, como a pena mínima ultrapassa a 01 (um) ano, não se aplica qualquer medida despenalizadora da Lei n. 9.099/95. Todavia, se a pena imposta na sentença não ultrapassar 4 (quatro) anos, o que é bem possível, dependendo das circunstâncias em que foi cometido o crime,

poderá ser substituída por restritiva de direitos, nos moldes dos artigos 43 e 44 do Código Penal.

Sobre o assunto, a ação de “negar ou obstar emprego em empresa privada” em razão de “discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” está tipificada no artigo 4º da Lei n. 7.716/89. Este delito também tem pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Não se tratando de infração de menor potencial ofensivo e tendo pena mínima que ultrapassa a 1 (um) ano, não se aplica qualquer medida despenalizadora da Lei n. 9.099/95, assim como já foi mencionado em relação ao crime descrito no art. 3º da referida Lei acima. Entretanto, se a pena não ultrapassar a 4 (quatro) anos, poderá ser substituída por restritiva de direitos, nos moldes dos artigos 43 e 44 do Código Penal.

Ainda, o crime descrito no art. 5º (“recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador”) pode ser cometido por qualquer pessoa vinculada ao estabelecimento comercial (comércio regular ou irregular) que, podendo servir, atender ou receber o cliente ou o comprador, não o faz por discriminação ou preconceito. A consumação se dá com a efetiva recusa ou com o impedimento de acesso do cliente ou do comprador ao estabelecimento comercial.

Embora não se trate de infração de menor potencial ofensivo, a pena mínima igual a um ano autoriza o benefício da suspensão condicional do processo, desde que presentes os demais requisitos do art. 89 da Lei n. 9.099/95. Como a pena máxima não ultrapassa 4 (quatro) anos, o juiz pode substituí-la por restritiva de direitos, nos moldes dos artigos 43 e 44 do Código Penal, bem como conceder o *sursis* penal, do art. 77 do Código Penal. Não sendo viável qualquer dos benefícios anteriormente citados, o regime inicial poderá ser o aberto.

Por sua vez, o delito tipificado no art. 6º, caput, como “recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou

privado de qualquer grau”, apresenta penas que variam de 3 (três) a 5 (cinco) anos, pelo que as observações anteriores aqui se aproveitam.

No mesmo sentido, o crime do art. 7º da referida Lei prevê: “impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar”.

Já os tipos delituosos trazidos pelos arts. 8º (impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias ou locais semelhantes abertos ao público), 9º (impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público), 10 (impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimento com as mesmas finalidades), 11 (impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos) e 12 (impedir o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios, barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido) possuem penas de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos; embora não sejam infrações de menor potencial ofensivo, a pena mínima igual a 1 (um) ano autoriza o benefício da suspensão condicional do processo, desde que presentes os demais requisitos do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Por sua vez, o delito tipificado no art. 13 (impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas) tem algumas especificidades. As hipóteses abarcadas pelo tipo abrangem tanto o serviço militar obrigatório (estabelecido pela Lei n. 4.375/64, regulamentado pelo Decreto n. 57.564/66), como o temporário em tempo de paz ou o alternativo por imperativo de consciência decorrente de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política (art. 143, § 1º, CRFB, regulamentado pela Lei n. 8.239/91 e pela Portaria n. 2.681/COSEMI/1992).

Como a pena para o crime é de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, o juiz pode substituí-la por restritiva de direitos, nos moldes dos artigos 43 e 44 do Código Penal, bem como conceder o *sursis* penal do art. 77 do referido diploma legal.

Isso ocorre igualmente em relação ao delito descrito no art. 14 (impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social), que apresenta, pois, pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Por fim, o art. 20, com redação dada pela Lei n. 9.459/97, tipifica como crime a conduta de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, sendo apenado com reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

A referida Lei ainda inseriu no § 1º a ação de fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo, com pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa. Cabe referir que, nos termos do § 2º, se qualquer dos crimes previstos no *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou de publicação de qualquer natureza, a pena do delito é *de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa*.

Acerca da abrangência do crime de racismo, em julgamento histórico, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2003, julgou *habeas corpus* que objetivava o não-reconhecimento do crime em determinada situação fática com o fito maior de afastar a imprescritibilidade. Nesse sentido, o voto do Min. Maurício Corrêa elucidou a tendência dos tribunais superiores:

“(...) limitar o racismo à simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos. Condicionar a discriminação como crime imprescritível apenas aos negros e não aos judeus é aceitar como desiguais aqueles que na essência são iguais perante tal garantia”¹¹⁵.

Na interpretação da abrangência da disposição *prática do racismo*, é importante ter como base a opção das convenções em âmbito internacional, especialmente aquelas acerca das quais o Brasil é signatário. Deste modo, o art. 1º

da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial adverte que

“a expressão ‘discriminação racial’ significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública”¹¹⁶.

Nessa linha de raciocínio, a interpretação que tem predominância é no sentido de que a gama de condutas presentes na Lei n. 7.716/89 está abrangida pela expressão *prática do racismo* e por isso tais crimes são imprescritíveis.

Nesse sentido, no próprio voto, o Min. Maurício Corrêa discorreu acerca da imprescritibilidade, justificando a tomada de posição do legislador constituinte em relação ao crime de racismo:

“15. ‘Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa 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”¹¹⁷.

Esse rigor penal em relação à prática do racismo, constitucionalmente estabelecido, quer demonstrar, como já foi dito, a importância que o constituinte atribuiu à sua repressão, inclusive como um dos princípios que regem as relações internacionais do Brasil, conforme previsão do art. 4º, inciso VIII, da Constituição Federal — é essa idéia de Celso Lafer¹¹⁸ sobre o assunto.

¹¹⁵ HC 82424/RS, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Relator para o Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento: 17/09/2003, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação, DJ 19-03-2004.

¹¹⁶ CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/pd-eliminacao-discrimina-racial.html>>. Acesso em 13 jun 2008.

¹¹⁷ HC 82424/RS, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Relator para o Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento: 17/09/2003, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação, DJ 19-03-2004.

¹¹⁸ LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005. p. 39.

Ocorre que, muito embora o traço deixado pelo já esboçado julgamento histórico reafirme o atendimento ao comando constitucional do art. 5º, inciso XLII, é inegável a ausência total de racionalidade a demonstrar a necessidade de que tais práticas criminosas possam ser perseguidas pela eternidade.

Como se verifica, não há sequer um dispositivo legal, da Lei n. 7.716/89, que se equipare, pela medida da pena, aos crimes chamados hediondos, qualificados como os mais repugnantes do ordenamento jurídico. Ao contrário, a leitura atenta dos tipos legais os enquadra em grande parte nas medidas despenalizadoras da Lei n. 9.099/95. Outras tipificações merecem ao menos a substituição da pena privativa de liberdade.

Não é outro o pensamento de Luiz Luisi:

“Do ponto de vista político-criminal merece a norma contida no inciso XLII do artigo 5º da nossa Constituição alguns reparos. A imprescritibilidade dos crimes raciais não encontra nenhuma séria justificativa. Mesmo com os critérios de severidade adotados pela Lei n. 7716, os máximos de pena não ultrapassam a 5 (cinco) anos. E tal quantitativo de apenação revela, de per si, que esses ilícitos não se incluem entre os mais graves tipificados pela nossa legislação penal.

De outro lado, o racismo no Brasil, embora inegavelmente existente, não assume proporções alarmantes, e não representa um perigoso entrave à convivência e à harmonia social. E isso impõe quando da próxima revisão constitucional que esta imprescritibilidade, como também a inafiançabilidade sejam suprimidas. E, aconselham esta supressão, ainda, razões de justiça material, posto que infrações mais rigorosamente punidas, — e, pois, ofensivas de valores mais relevantes, — não estão marcadas pela imprescritibilidade”¹¹⁹.

Deve-se referir, por oportuno, que, embora o julgamento do *habeas corpus* n. 84.424/RS pelo Supremo Tribunal Federal tenha sido por reconhecer a conduta delituosa perpetrada pelo paciente como racismo e a partir disso reconhecer literalmente a imprescritibilidade do referido crime, o Min. Marco Aurélio naquele mesmo julgamento ousou apontar as dissonâncias da imprescritibilidade, considerada uma figura excepcional para os penalistas do mundo inteiro:

“O decurso do tempo possui efeitos relevantes em todas as áreas do Direito, e, no Penal, não poderia ser diferente. O instituto da imprescritibilidade de

¹¹⁹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 48.

crime conflita com a corrente das garantias fundamentais do cidadão, pois o torna refém, eternamente, de atos ou manifestações — como se não fosse possível e desejável a evolução, a mudança de opiniões e de atitudes, alijando-se a esperança, essa força motriz da humanidade —, gerando um ambiente de total insegurança jurídica, porquanto permite ao Estado condená-lo décadas e décadas após a prática do ato¹²⁰.

Como se constata, portanto, existe aqui um claro descompasso entre as razões aparentes da imprescritibilidade, invocadas pelo próprio constituinte, e o que representa como reprimenda penal um dos delitos acobertados pelo manto da insegurança jurídica eterna como é o racismo.

A partir daí é forçoso reconhecer que, sem dúvida alguma, a prática do racismo merece criminalização justamente em vista dos princípios abarcados em nossa Constituição Federal. Todavia, a imprescritibilidade de tal prática criminosa é um desmedido e desnecessário ir além. Não há plausibilidade em tal reconhecimento diante de outros delitos muito mais graves que não foram alcançados pela eliminação do tempo. Não é diverso o caso da conduta tipificada como a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, em relação a qual faremos também breves considerações, tendo em vista o objetivo já apontado anteriormente.

No que se refere à tomada de decisão do legislador constituinte, há dúvida acerca do acerto de tal inserção no art. 5º, XLIV, da Constituição Federal; sobre isso, Celso Ribeiro Bastos comenta existir uma desconformidade, visto que tal proteção seria competência do próprio Estado como ente político¹²¹.

Além desse aparente descompasso, ainda que o dispositivo constitucional defina a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático como crime, aquele não descreveu as condutas típicas que a este se referem. Tem-se, pois, uma necessidade de descrição típica específica por exigência da própria Constituição Federal.

¹²⁰ HC 82424/RS, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Relator p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento: 17/09/2003, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação, DJ 19-03-2004.

¹²¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 227.

Apesar de tais proposições, de acordo com Luiz Vicente Cernicchiaro, está em vigor a Lei n. 7.170/83, que define crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, em face do fenômeno da recepção jurídica¹²². Ocorre que o legislador constituinte exigiu uma descrição típica que ainda não está legalmente esclarecida.

De qualquer forma, as condutas enunciadas pela Constituição Federal não encontram correspondente direto na Lei n. 7.710/83. É também o que reconhece Andrei Zenkner Schmidt:

“(...) a vagueza das elementares do inc. XLIV do art. 5º da CF peca pela falta de técnica. O que se devem considerar *ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático*? A abrangência dessa norma pode alcançar situações fáticas de discutível criminalidade. Quais as armas que os componentes do grupo deverão portar para serem enquadrados como um *grupo armado*? Quais as ações que podem ser consideradas contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático? Uma ação que somente atente contra a ordem constitucional pode ser alcançada por esse dispositivo? Vemos, pois, que a norma em epígrafe exige uma lei que a complemente, apesar de o dispositivo não a exigir. Não pode ter ela aplicação imediata, apesar do disposto no §1º do art. 5º da Constituição Federal¹²³. (grifo do autor)

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

Além disso, críticas semelhantes que se fizeram no que diz respeito à eleição constitucional (para considerar a prática de racismo como crime imprescritível) são feitas agora também com referência à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e contra o Estado Democrático.

¹²² CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 199.

¹²³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Da prescrição penal* – doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 20.

Além de outro aspecto, para quem advoga pela aplicação da Lei n. 7.170/83 em nome da recepção jurídica, é importante lembrar que tal diploma legal nada dispõe acerca da prescrição. Aplicam-se, pois, àqueles crimes lá dispostos as regras de prescrição estatuídas no Código Penal — sem sombra de dúvida, essa é mais uma incoerência do legislador constitucional.

2.2 Crimes de competência do Tribunal Penal Internacional

A perda de legitimidade do sistema jurídico-penal anteriormente apontada reflete a crise do próprio Estado soberano, que buscará, diante disso, novos mecanismos de solução dos conflitos¹²⁴. Surge, então, a idéia de se resolver conflitos em âmbito internacional.

A idéia de rejeição aos *horrores da guerra*¹²⁵ já se configurava efetivamente, segundo atesta Carlos Eduardo Adriano Japiassú, em textos como a Declaração de São Petersburgo e as Convenções de Haia de 1899 e 1907. Já o surgimento do Direito Internacional Humanitário tem como marco histórico a batalha de Solferino, em 24 de junho de 1859¹²⁶.

Quanto ao nascimento do Direito Penal Internacional, apesar de manifestações históricas desde os povos antigos,

“(...) foi somente a partir da Segunda Guerra Mundial e dos julgamentos de Nuremberg e de Tóquio que o Direito Penal Internacional efetivamente se consolidou como ciência unitária e autônoma em relação às suas origens históricas”¹²⁷.

Assim, após a Segunda Guerra Mundial, palco do cometimento de uma série

¹²⁴ Cf. CARVALHO, Salo de. Os fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua incorporação no Direito Interno brasileiro. *Revista Jurídica*, n. 337, p. 77-107, nov. 2005.

¹²⁵ Cf. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

¹²⁶ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 9.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 16.

de bárbaros crimes em massa¹²⁸, os Estados reconheceram a necessidade de criação de um órgão supranacional capaz de proteger o que “sobrou” dos direitos humanos fundamentais.

Neste caminho surgiu, dentre outras, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade. No preâmbulo, o Conselho das Nações Unidas constata que “em nenhuma das declarações solenes, atas e convenções que visam à perseguição e repressão dos crimes de guerra e dos crimes contra a Humanidade se previu a limitação no tempo”¹²⁹. A partir desse parâmetro, a Convenção legitima a eliminação do tempo, pregando a imprescritibilidade; sobre isso, faz as seguintes considerações:

“Considerando que os crimes de guerra e os crimes contra a Humanidade se incluem entre os crimes de Direito Internacional mais graves.

Convencidos de que a repressão efetiva dos crimes de guerra e dos crimes contra a Humanidade é um elemento importante da prevenção desses crimes da proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, que encorajará a confiança, estimulará a cooperação entre os povos e irá favorecer a paz e a segurança internacionais.

Constatando que a aplicação aos crimes de guerra e aos crimes contra a Humanidade das regras de direito interno relativas à prescrição dos crimes comuns inquieta profundamente a opinião pública mundial porque impede que os responsáveis por esses crimes sejam perseguidos e castigados.

Reconhecendo que é necessário e oportuno afirmar em Direito Internacional, por meio da presente Convenção o princípio da imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a Humanidade

¹²⁸ “As atrocidades nazistas, durante o II Grande Conflito Mundial, fazem nascer concretamente o crime de genocídio, tendo os aliados aprovado, em Londres, aos 08.08.1945, os estatutos do que viria ser o Tribunal Militar Internacional, que funcionou em Nuremberg, com a participação dos EUA, França, Inglaterra e URSS, para julgar os crimes contra a paz (o planejamento, a preparação, a iniciação ou a execução de guerra de agressão ou que violasse acordos, tratados internacionais, seguranças ou a participação em plano comum ou a conspiração para executar quaisquer de tais atos); contra a Humanidade (assassinatos, extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições por motivos políticos, raciais, religiosos, em execução ou em conexão com qualquer crime da jurisdição do tribunal, constituíssem ou não violação da legislação interna do país onde os fatos se tivessem realizado); e, finalmente, os crimes de guerra (violação das leis ou dos costumes da guerra, como os assassinatos, maus-tratos, deportação para trabalhos forçados ou para qualquer outro fim, de populações civis dos territórios ocupados ou que neles se encontrassem, assassinatos ou maus-tratos de prisioneiros de guerra ou de pessoas nos mares, execução de reféns, despojamento da propriedade pública ou privada, injustificável destruição de cidades, povos, aldeias e devastação não justificadas por necessidades militares)”. Ver: SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Crimes de racismo, crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. *Revista dos Tribunais*, ano 86, v. 743, p. 461, set. 1997.

¹²⁹ Ao que se constata do conteúdo da Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio, de 1948, não houve menção expressa ao elemento temporal, não se demarcaram prazos de prescrição ou em relação à imprescritibilidade.

e assegurar sua aplicação universal”¹³⁰.

A partir, portanto, da gravidade que alcançam os crimes contra a Humanidade e os crimes de guerra, da necessidade de repressão para levar à prevenção e ao favorecimento da paz e da segurança internacionais, da opinião pública, que é contrária à aplicação das normas de prescrição dos delitos comuns aos delitos internacionais por conta de que tal normativa impediria a perseguição e castigo dos culpados, a Convenção reconheceu a necessidade de afirmar o princípio da imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a Humanidade.

A imprescritibilidade demarcou-se, pois, conforme o art. 1º da respectiva Convenção, *“independentemente da data em que tenham sido cometidos os crimes”* (grifo nosso). O art. 4º expressa claramente a necessidade de abolição de qualquer norma acerca da prescrição em relação aos Estados-Membros:

“Os Estados-Membros na presente Convenção obrigam-se a adotar, em conformidade com os seus processos constitucionais, as medidas legislativas ou de outra índole que sejam necessárias para assegurar a imprescritibilidade dos crimes referidos nos “artigos 1º e 2º” da presente Convenção, tanto no que diz respeito ao procedimento penal como à pena; abolir-se-á a prescrição quando vigorar por força da lei ou por outro modo, nesta matéria”.

Do mesmo modo, em 25 de janeiro de 1974, o Conselho da Europa lançou mão da Convenção Européia sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a Humanidade e dos crimes de guerra. Considerações semelhantes da Convenção das Nações Unidas de 1968 foram tecidas na Convenção Européia de 1974¹³¹. Evidenciou-se a necessidade de se salvaguardar a dignidade humana diante de crimes tão graves como os crimes contra a Humanidade através da repressão desses delitos, garantindo-se a punição; desta maneira, a prescrição deve atuar, tanto da ação penal como da execução da pena, como um limite, um entrave legal.

Dentre estas convenções, outras se inseriram em um processo bastante

¹³⁰ CONVENÇÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/guerra/imprescritibilidade.htm>. Acesso em 13 jun 2008.

¹³¹ CONVENÇÃO EUROPÉIA SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE. Disponível em: <<http://www.gri.mj.pt/sections/AC/Assuntos%20Europeus%20Extra-Comunitarios/conselho-da-europa/CRN/nao-assinadas/convencoes-do-conselho/>>. Acesso em 13 jun 2008.

demorado, pós-Guerra Fria, na busca pelo desenvolvimento do Direito Internacional; assim, em 1998, foi aprovado o Estatuto de Roma¹³² e criado o Tribunal Penal Internacional. O Estatuto foi assinado e, posteriormente, ratificado pelo Brasil em 12 de junho de 2002. O Tribunal Penal Internacional é competente para julgar os crimes contra a Humanidade, os crimes de guerra, os crimes de agressão e o crime de genocídio, acerca dos quais por disposição expressa não se opera a prescrição.

A partir dessa abordagem introdutória acerca da Justiça Internacional, passa-se à análise, breve, dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, elencados no Estatuto de Roma.

Segundo a enunciação do art. 6º do Estatuto de Roma, que reproduziu os exatos termos da Convenção da ONU de 1948, entende-se por genocídio qualquer ato praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso; além disso, o referido artigo parte para uma enumeração extensa de condutas, a saber:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo”.

A configuração do genocídio, termo cunhado pelo jurista polonês Raphael Lemkin em 1944 para se referir à política (técnica) de extermínio executada pelo Estado nazista alemão, consiste na destruição de uma nação ou de um grupo étnico, por motivos étnicos, raciais, ideológicos, religiosos e outros. Mais do que um massacre ou uma chacina total ou parcial de um grupo, trata-se de continuadas e persistentes ações de extermínio em massa, praticadas, no mais das vezes, por um governo.

No Brasil, o crime de genocídio possui previsão expressa nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956. O genocídio é o único crime considerado

¹³² ESTATUTO DE ROMA. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/tpi-estatuto-roma.html>>. Acesso em 13 jun 2008.

hediondo que não se encontra tipificado no Código Penal, mas sim em lei extravagante, ou seja, a Lei n. 2.889/56.

A referida Lei prevê, em seu art. 1º, cinco modalidades de genocídio. Em todas essas, exige-se o especial fim de agir, isto é, o de exterminar o grupo no todo ou em parte. Por sua vez, os arts. 2º e 3º prevêem também punição para os casos de associação e de incitação ao genocídio. Além disso, o legislador ordinário não criou um preceito sancionatório único, preferindo, em relação a cada uma das condutas descritas, fazer remissão aos comandos punitivos constantes do Código Penal.

Ainda, a referida Lei repete, em grande parte, o teor da Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Genocídio, de 1948, a qual teve o mérito de definir que genocídio é um crime internacional, que pode ser praticado em tempo de guerra ou de paz, e que consiste em espécie de crime contra a Humanidade.

Ainda que no ordenamento jurídico brasileiro o genocídio não carregue o manto da imprescritibilidade, há incoerências em relação ao tratamento penal se comparado a outros delitos menos graves. Assim, ao contrário dos demais crimes elencados como hediondos, o genocídio não sofreu acréscimo de pena com a sua inclusão na Lei n. 8.072/90. Em razão disso, o autor de um latrocínio terá pena maior que um genocida que tenha cometido centenas de assassinatos, visando à destruição de determinado grupo étnico ou religioso¹³³.

Em âmbito internacional, o genocídio teve previsão já no Tribunal Penal da antiga Iugoslávia e também de Ruanda. O conceito de crime de genocídio, porém, foi sempre preservado, inclusive no âmbito do Estatuto de Roma. Para que se configure a figura delituosa, “basta que o ato seja praticado contra um indivíduo, desde que membro de grupo e haja o elemento subjetivo por parte do sujeito ativo”¹³⁴, qual seja, a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

¹³³ LEAL, João José. *Crimes hediondos: aspectos políticos-jurídicos da Lei n. 8.072/90*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 179-180.

¹³⁴ JAPIASSÚ, 2004, op. cit., p. 232.

Com efeito, a criminalização do genocídio pelo Tribunal Penal Internacional tem sido indicada como acertada, porque ataca um pilar da condição humana que é a diversidade¹³⁵.

Em relação aos crimes contra a Humanidade, o Estatuto de Roma, em seu art. 7º, indica que “entende-se por ‘crime contra a Humanidade’, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque.” E a partir daí as condutas a que se refere são as seguintes:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de Direito Internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no Direito Internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de apartheid;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

É importante comentar agora que a definição dos crimes contra a Humanidade gerou inúmeras discussões, pois, ao contrário do genocídio, aqueles crimes não tiveram uma uniformidade em sua definição no curso da História dos Estatutos Internacionais¹³⁶.

¹³⁵ JAPIASSÚ, 2004, op. cit., p. 234.

¹³⁶ JAPIASSÚ, loc. cit.

Já quanto aos crimes de guerra, conforme o art. 8º do Estatuto de Roma, consideram-se aquelas violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção que forem pertinentes:

- i) Homicídio doloso;
- ii) Tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas;
- iii) O ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde;
- iv) Destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária;
- v) O ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas Forças Armadas de uma potência inimiga;
- vi) Privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial;
- vii) Deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade;
- viii) Tomada de reféns;

Quanto às condutas que representariam crimes de agressão, o art. 5º do Estatuto de Roma, quando trata da competência do Tribunal Penal Internacional, deixa explícito no item que não há uma definição determinada daquele crime:

“O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas”.

Deve-se ressaltar que a decisão de deixar a conceituação do crime de agressão para futura deliberação decorreu de três fatores, como indica Carlos Eduardo Adriano Japiassú:

“(...) a ausência de consenso quanto ao conceito de agressão; a razoabilidade da responsabilização individual da agressão em detrimento da idéia de guerra de agressão e, por conseqüência, responsabilização do Estado; ser a agressão, segundo a Carta das Nações Unidas, de competência do Conselho de Segurança, o que seria contraditório com a inclusão deste tipo no Estatuto”¹³⁷.

¹³⁷ JAPIASSÚ, 2004, op. cit., p. 220.

2.3 Razões para a imprescritibilidade

Apresentados os crimes de racismo, a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e contra o Estado Democrático, e os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, admite-se, a partir dos respectivos estatutos legais, que o Estado possa, sem hiatos, perseguir os seus eventuais culpados eternamente, considerando tais delitos imprescritíveis, por se tratar dos crimes mais rumorosos.

É que, muito embora os ordenamentos jurídicos, na linha do moderno Direito Penal, apontem para a prescritibilidade de todos os crimes, há fenômenos que, na metade do século XX, colocaram em suspensão tal postura. Nessa linha de raciocínio, José Luiz Guzmán Dalbora assevera que:

“De um lado, primeiro sob a égide de regimes totalitários e, depois, em várias nações democráticas, começou-se a considerar imprescritíveis alguns malefícios comuns de elevado conteúdo antijurídico e castigados com penas de morte ou perpétuas. Mas o processo alcança sua expressão mais conhecida e universal a propósito dos crimes contra o direito dos povos, quando, em 1968, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas dispôs a derrogação, com retroatividade absoluta, dos prazos de prescrição dos crimes de guerra e dos crimes contra a Humanidade, ou seja, e, segundo o exposto teor da Convenção respectiva, os declarou “imprescritíveis, qualquer que seja a data de sua perpetração” (art. I). A ressonância desta norma — determinada pelos intimidadores fatos delituosos de meados do século passado — em vários Códigos penais europeus, que a acolheram tendo por alvo o genocídio, se inscreve em uma tendência cujo predomínio no Direito Internacional penal parece hoje coisa assegurada. É a “má consciência” da Justiça Penal perante a possível impunidade de crimes que enegrecem o passado de certos povos o fator decisivo de uma evolução, em meu entender de duvidosas qualidades, que bem se poderia qualificar de involução”¹³⁸.

Assim, como já foi aqui referido, os movimentos posteriores à Segunda Guerra Mundial são endereçados à proteção do homem, aos imprescritíveis direitos humanos fundamentais. A isso soma-se o receio de impunidade que sempre esteve na órbita do Direito Penal, transformando a caminhada pelo restabelecimento de direitos humanos em uma busca desenfreada pela punição e pelo castigo.

¹³⁸ DALBORA, José Luis Guzmán. Crimes internacionais e prescrição. In: AMBOS, Kai (org.). *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 191-192.

Como salienta Salo de Carvalho, nascem, assim, na consolidação do Estado de defesa social, as contemporâneas noções de segurança e de prevenção, que irão balizar as formas jurídicas do século XX:

“Com a alteração na estrutura do Estado liberal e sua gradual transmutação em Estado Social, a perspectiva repressiva absenteísta é substituída pela intervencionista. Para instrumentalizar e garantir as promessas de segurança social do Estado Providência, novos ramos do Direito são criados (autonomizados) — v.g. direito do trabalho, sanitário, econômico —, em decorrência da imposição de tutela aos bens jurídicos coletivos que estruturariam de forma diversa dos direitos individuais previstos na matriz ilustrada”¹³⁹.

A partir de então, houve uma desmedida intensificação legislativa; nessa circunstância, muitas promessas foram feitas por este Estado Social. Como já foi mencionado, a possível impunidade de crimes — como aqueles contra a Humanidade — determina um rumo ao julgamento, apontando-se como evolução a imprescritibilidade no alcance dessa meta. Neste espaço de expansão legalista, “entre 1814 e 1984, teriam sido firmados 312 tratados internacionais que tratavam, de alguma maneira, com 22 diferentes áreas relacionadas com o Direito Penal Internacional”¹⁴⁰.

Mais do que nunca, a sensação social de insegurança e a angústia, como aponta Jesús- María Silva Sánchez

“(...) podem também guardar relação com a intensa experiência do *mal* como elemento de nossa existência, que de modo significativo tem sido possível experimentar ao largo da interminável sucessão de guerras e destruição que caracterizou o recém-concluído século XX. Ainda não silenciaram os ecos das duas guerras mundiais e da sucessão ininterrupta de conflitos locais propiciados pela guerra fria e o processo de descolonização”¹⁴¹. (grifo do autor)

Conjugando-se a apontada evolução do sistema penal, pregada pelos defensores da inflação penal legislativa e da correlata criação de mecanismos legais de protraimento da impunidade, e tendo em conta os delitos alcançados a partir de

¹³⁹ CARVALHO, 2004, op. cit., p. 183.

¹⁴⁰ JAPIASSÚ, 2004, op. cit., p. 30.

¹⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 36.

então pela mancha da imprescritibilidade, há algumas peculiaridades que merecem esclarecimentos.

Mais do que transbordar ressentimento, a expressão *crime contra a Humanidade* freqüentemente aparece definida como a destruição daquilo que há de humano no homem. Por essa razão, acabam se inserindo nesta definição crimes outros como o genocídio¹⁴². A nota destes crimes ou de delitos a estes equiparados é ação contra a própria essência do homem, assim como se dá no crime de racismo que, no Brasil, é considerado imprescritível.

Antoine Garapon ressalta que:

“O crime contra a Humanidade introduz-nos na categoria da *vitimização absoluta*. A ideia de vítima vem do vocabulário religioso do sacrifício, correspondendo a um ser — animal ou humano — morto ritualmente em homenagem aos deuses. Simboliza, portanto, a passividade total, a vitória definitiva sobre o corpo do outro, excluído do próprio combate. A figura do herói, tal como a do vencido, subsiste ligada ao combate, logo, à ação. A vítima absoluta encarna um novo ser no mundo ou, mais exactamente, um não-ser. O aparecimento da vítima é inseparável de uma experiência histórica radicalmente inédita, que é a negação de qualquer laço humano”¹⁴³. (grifo do autor)

A partir dessa idéia parece flagrante a intenção de um estatuto legal que seja interno ou internacional, no sentido de repugnar a prescrição em relação aos crimes que indiquem a *vitimização absoluta*. Não há, aqui, dúvida no que se refere ao caráter moralista de vingança presente nessa perspectiva, que atua em uma reação cega na tentativa de apaziguar os males da vítima.

Em âmbito internacional, fica mais clara essa intenção, traduzida em convenções que têm por objeto precípua a prevenção e a retribuição aos crimes contra Humanidade.

Nesse sentido, Frédéric Gros assinala:

¹⁴² GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar para uma Justiça Internacional*. Trad. de Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 98.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 108.

“Em todas estas filosofias da pena, de Kant a Platão, de Hegel a Hobbes ou Beccaria, de Durkheim a Locke ou Tocqueville, de Santo Agostinho a Bentham ou Saleilles, a justificação filosófica do castigo constituiu-se então *fora* da queixa da vítima. Por trás da vítima do crime, para lá dos seus sofrimentos e das suas lágrimas, o que se construiu para fundamentar o sentido da pena foi a lei transgredida, a sociedade ameaçada, o indivíduo corrigível. Para punir, era necessário começar por esquecer a vítima e, antes do seu sofrimento, satisfazer as exigências da lei impondo uma retribuição de princípio, da sociedade exigindo que se defendam os seus interesses, do indivíduo implorando que seja transformado em cidadão honesto. Discurso jurídico-sagrado, discurso sociopolítico, discurso psicológico: a voz da vítima nunca é aí articulada. O que no crime é punível nunca é a relação criminosa para com um outro, mas a relação criminosa para com a lei, a sociedade ou consigo próprio”¹⁴⁴.

Embora se afirme que o discurso jurídico-sagrado não queira contemplar a voz ou o olhar da vítima, é possível dizer que tal fato só impulsionou a contemporânea proteção desmedida que — pelo menos se imagina — para as vítimas dos crimes contra a Humanidade.

Especificamente em relação a tais crimes, a imprescritibilidade não apresenta razões apenas jurídicas mas também ontológicas — esses crimes não são, pois, solvíveis¹⁴⁵.

A partir do que até então se discutiu, não são poucas, deste modo, as razões que tentam legitimar a eliminação do tempo. A Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, do Conselho das Nações Unidas, deixou evidente, como já foi apontado, que o que estava sendo considerado era a gravidade dos crimes contra a Humanidade e dos crimes de guerra, a necessidade de repressão, a opinião pública desfavorável à prescrição por constituir um entrave à perseguição e ao castigo dos culpados.

Apesar de variadas razões, a crença na impunidade gerada pelas normas legais de prescrição, a partir da opinião pública ou não, está a indicar de forma contundente que medidas de imprescritibilidade ajudarão na solução dos conflitos penais em âmbito internacional, não se desprezando essa mesma intenção em âmbito interno, no caso específico, o Brasil. Isso significa que a prescrição geralmente vem associada à impunidade. Sabe-se que o homem democrático

¹⁴⁴ GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia e a Justiça será*. Trad. de Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 110.

hesita, oscila e finalmente se esquia entre considerar a punição ou a impunidade o maior escândalo atual¹⁴⁶. Nesse balanço, acusado e vítima operam, cada um a sua vez, como protegidos ou odiados.

Como denuncia Frédéric Gros:

“Nasce uma democracia nova: a dos sujeitos sensíveis. Estão unanimemente de acordo numa coisa: não suportam o sofrimento. Ela torna-se, por isso mesmo, um poderoso comutador social e mesmo um jogo político. Ao punir, não se pretende antes de mais cuidar do criminoso mas antes apaziguar a vítima: o processo permite, digamos, à vítima fazer o seu luto”¹⁴⁷.

Houve, portanto, contemporaneamente, uma mudança radical, uma reconsideração da voz da vítima. É importante recordar que o horror dos crimes ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial cegaram de tal forma o legislador que, empurrado, imaginou o Direito Penal com potencial para mais uma vez fazer valer pretensões.

A partir disso, fica explícito que razões não faltam na tentativa de legitimar a eliminação do tempo em Direito Penal como mais uma medida de combate efetivo aos crimes, desta maneira, de desviar o caminho da — sempre certa — impunidade. Muito além de outras considerações, referenda-se mais uma vez a ausência de legitimidade desse Estado que tudo promete e transforma-se em um gigante que não consegue cumprir as suas promessas.

Desta forma, inseridos em uma atemporalidade, os crimes contra a Humanidade, como todos aqueles de competência do Tribunal Penal Internacional, e o crime de racismo, como todos que a nossa Constituição Federal aponta ou apontará como imprescritíveis, poderão ficar para sempre perdidos no fluxo temporal a fim de esperar a promessa de punição.

Instaura-se aqui a violência pela atemporalidade a partir da previamente conhecida incapacidade deste falido Estado-Perseguidor — o maior investidor na

¹⁴⁵ GARAPON, 2002, op. cit., p. 148.

¹⁴⁶ GARAPON; GROS; PECH, 2001, op. cit., p. 111.

¹⁴⁷ GARAPON; GROS; PECH, loc. cit.

repressão e nos discursos sem solução prática. Com efeito, a imprescritibilidade legitima-se à proporção que é apresentada como mais uma medida para conter a impunidade; contudo é uma ação política na tentativa de aprisionamento do delinqüente, que volta a ter o status de objeto dos procedimentos criminais — aqui reside, pois, o “diferente”.

Andrei Zenkner Schmidt esclarece o tema, apresentando os fundamentos jurídicos da imprescritibilidade:

“São dois os fundamentos jurídicos da imprescritibilidade: a gravidade do ilícito praticado e a repressão à criminalidade. Ora, a gravidade de um delito não pode ser capaz de torná-lo imprescritível. Todos nós temos conhecimento de que existem crimes hediondos muito mais graves que a prática do racismo e a ação de grupos armados. Ou se consideram imprescritíveis todos os crimes de alta gravidade — o que é impossível, pois a gravidade só pode ser averiguada no caso concreto —, ou, então, não se excepcione à regra da *prescritibilidade*. De outra banda, será que algum delinqüente deixará de praticar seu ato criminoso por ser este considerado imprescritível? A resposta negativa é evidente. Observa-se, dessarte, que seus fundamentos jurídicos são ineficazes, não atingindo o fim a que se destinam. A imprescritibilidade é instituto que vai de encontro à evolução do Direito Penal, pois a incerteza acerca de um crime é, por vezes, muito mais grave que a sua própria consumação”¹⁴⁸. (grifo do autor)

A partir disso, com a confirmação dos fundamentos pelos quais o legislador penal ainda acredita na imprescritibilidade como medida capaz de frear a impunidade, é preciso dizer que o discurso jurídico-penal precisa de ânimo capaz de mantê-lo em pé.

A falência¹⁴⁹ do sistema penal, mais propriamente do discurso penal, motivou uma necessidade de revisão, de reescrita da condição humana frente ao Direito

¹⁴⁸ SCHMIDT, 1997, op. cit., p. 19-20.

¹⁴⁹ Como assinala Heleno Cláudio Fragoso, “o Direito Penal de nosso tempo apresenta-se em situação de crise, pelas discrepâncias entre a ciência e a experiência. Elaboramos um belo sistema de Direito Penal e, afinal, ele serve para quê? Como funciona efetivamente? A análise crítica do próprio sistema e as incongruências entre a elaboração teórica e a prática vieram levar os juristas a uma visão mais humilde de sua atividade e a graves dúvidas sobre as virtualidades do magistério punitivo do Estado.” Ver: FRAGOSO, 2003, op. cit., p. 552. A partir disso, infere o citado autor que “orienta-se o Direito Penal de nosso tempo no sentido de uma nova humanização, resultado de uma larga experiência negativa.” Ibid., p. 553. E conclui: “reclama-se, assim, menos Direito Penal. Todavia, a essa recomendação de parcimônia, reage o legislador com perplexidade, ante o fenômeno assustador do aumento da criminalidade, praticamente em todo o mundo ocidental, principalmente os crimes violentos contra o patrimônio. Diante do aumento da criminalidade, o legislador hesita em aceitar a recomendação dos que pedem menos Direito Penal. E isso porque o legislador está habituado a trabalhar com o instrumental punitivo, supondo, ingenuamente, que, aumentando a severidade das penas, resolverá o problema da violência”. FRAGOSO, loc. cit.

Penal neste século XXI. Esse novo olhar sobre a retribuição, essa problematização, passa necessariamente por categorias como *alteridade* e *temporalidade*.

3 IMPRESCRITIBILIDADE COMO NEGAÇÃO DO TEMPO DE ENCONTRO

3.1 O legislador e o reforço à culpa: ânsia de reparação ou a Humanidade inumana

Na boa intenção de manter viva a possibilidade de reparação, e, pois, de alimentar a perseguição eterna aos eventuais autores de crimes batizados de mais rumorosos, tanto em âmbito interno como internacional¹⁵⁰, o legislador atuou em forte retrocesso, desnaturando conquistas jurídicas e a própria condição do homem. A seguir, tentaremos justificar essa nossa asserção.

Se apenas os crimes mais graves, já elencados em capítulo anterior, não se apagam da recordação das gerações que os viu cometer, não se extinguindo mediante a prescrição, injustificável em si mesma a exceção de imprescritibilidade¹⁵¹ quando crimes como o latrocínio, o homicídio, o estupro, os delitos gravíssimos, não são alcançados pela eliminação do tempo¹⁵². Em primeiro lugar, a rotulação *crimes mais graves (mais rumorosos)* não poderia determinar por si só a imprescritibilidade dos delitos que a tornem rol. O rótulo acaba por desprezar as próprias circunstâncias do crime, pois, sabe-se que é grave e, por isso, tarifado de imprescritível. Em segundo lugar, o rol indicado para conter os crimes imprescritíveis não absorve efetivamente todos os crimes mais graves.

¹⁵⁰ Importante destacar que umas premissas que baseia a continuidade do texto é aquela que, sob signo 'mais rumorosos', liga crimes tão diferentes como os crimes contra a humanidade e o crime de racismo. A partir disso não se pode dizer que é só o rumor que faz com que tais delitos se qualifiquem como mais rumorosos. Há muitas diferenças entre tais delitos que não serão expostas neste momento, já que envolvem outros fatores muito mais específicos do a pretensão do trabalho. Assim, há outras razões para que os crimes contra a humanidade e o crime racismo sejam indicados como imprescritíveis, mas que não trataremos neste momento.

¹⁵¹ "Ao prever a imprescritibilidade para estes tipos de delitos, o legislador constituinte arranhou o princípio da proporcionalidade, uma vez que para crimes tão ou mais graves continuarão sendo aplicadas as regras do instituto da prescrição. Verifica-se que este dispositivo constitucional está em descompasso com o espírito da Carta Magna e representa um retrocesso para o Direito Penal pátrio, devendo ser repudiado por todos os que zelam pela preservação de um Estado Social que se empenhe em proteger os cidadãos e que, portanto, não poderá persegui-los por tempo indefinido". SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. *O papel do Direito Penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 59.

¹⁵² QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 399.

No Brasil, o diploma constitucional de 1988 operou uma clara involução sobre isso. Em verdade, a imprescritibilidade atenta contra o espírito da própria Constituição, visto que esta proíbe a pena de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, *b*), assim considerada não somente aquela que é cominada, aplicada ou executada mas toda a reação estatal contra o delito que configure uma *ameaça eterna* de sacrifício de bens jurídicos do infrator¹⁵³.

Nesse sentido, a “Constituição Federal de 1988 (a) recepcionou anseios punitivos no que tange à tutela de direitos sociais e transindividuais — v.g. a minimização de garantias processuais em relação aos delitos de discriminação racial”¹⁵⁴. Assim, tem-se, como denomina Salo de Carvalho¹⁵⁵ uma “Constituição Penal”, idealizadora de um Estado Penal, com projetos que dificilmente terão capacidade resolutive e, pois, com indicada ineficácia.

Nesse ponto, retrocesso também alcançou o Estatuto de Roma. Se a razão legitimadora da imprescritibilidade, na competência do Tribunal Penal Internacional, parte da necessidade de, diante de crimes bárbaros contra a Humanidade, demarcar a persecução como eterna para fins de reafirmar a segurança da própria Humanidade, há uma aparente incoerência lógica dentro do próprio sistema normativo internacional¹⁵⁶. Esquecer as exigências da humanidade perante o mais odiado dos criminosos em nome da própria Humanidade significa reconhecer que as garantias não valem para todos por igual. O norte hipócrita oferecido pelo Direito Penal é, de fato, o de que “todos são iguais, porém cada um no seu lugar”¹⁵⁷. Não há plenas garantias para quem comete determinados delitos, rotulados como mais

¹⁵³ DOTTI, 2004, op. cit., p. 682.

¹⁵⁴ CARVALHO, 2004, op. cit., p.195.

¹⁵⁵ CARVALHO, loc. cit.

¹⁵⁶ Com a Emenda Constitucional n. 45/04, os tratados internacionais que tratam acerca dos direitos fundamentais apresentam a mesma hierarquia de uma emenda à Constituição Federal (§3º do art.5º, da Constituição Federal). Como o Brasil ratificou o Estatuto de Roma em 20 de junho de 2002 e já pela Emenda Constitucional n. 45, no ano de 2004, o Brasil expressamente se submeteu à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (§4º do art.5º, da Constituição Federal), fica a problematização: considerando-se a natureza plena e a aplicabilidade imediata deste artigo (§3º do art.5º, da Constituição Federal), o nosso ordenamento jurídico deve aumentar o rol de crimes imprescritíveis como sendo aqueles enumerados de competência do Tribunal Penal Internacional?

¹⁵⁷ BATISTA, Nilo. A política criminal d’A Utopia e a maldição de Hedionduras. *Discursos Sediciosos: crime, Direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, p. 87-96, 1º sem. 1997.

rumorosos — eis um traço de debilidade do Direito que abriga o manto da imprescritibilidade. Essa é também a denúncia de José Luiz Guzmán Dalbora¹⁵⁸.

Ainda sobre o assunto, Cezar Roberto Bitencourt, ao apontar a função humanizadora e pacificadora do Tribunal Penal Internacional como mais um sonho, informa que:

“No entanto, por ora, não passa de um sonho a acalantar, uma visão romântica da justiça universal, posto que, nos termos em que se encontra, exigiria a reforma de dezenas de constituições de países democráticos, caracterizando retrocessos que negariam todas as conquistas iluministas. Assim, será mais fácil revisar o Estatuto de Roma do que pretender a revisão de tantas constituições espalhadas pelo mundo, permitindo, por exemplo, a adesão ao Tribunal Internacional, com ressalvas”¹⁵⁹.

Ao largo do sonho humanizador, da busca pela reafirmação dos direitos da vítima (de sua fala), encontra-se o Direito Penal mais uma vez apontado como primeira saída, como mecanismo de controle social eficaz, como instrumento de segurança que acaba com a ação do tempo para resolver todos os problemas de uma Justiça morosa e autoconfiante.

Não há, pois, fundamentação razoável para imprescritibilidade, porque do mesmo modo não há racionalidade que se coadune com a idéia de perseguição eterna, nem que seja pelo mais odiado dos crimes¹⁶⁰. A partir daí quer parecer que sentimentos de vingança e de retribuição poderiam fundamentar uma listagem de crimes imprescritíveis. Reside, aqui, por isso, a importância da análise anteriormente

¹⁵⁸ DALBORA, 2005, op. cit., p. 194.

¹⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tribunal Penal Internacional. Prisão Perpétua: inconstitucionalidade. *Discursos Seditiosos: crime, Direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 9-10, p. 93, 2000.

¹⁶⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, de outro lado, sustenta que “No puede sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo, en crímenes de esta naturaleza, en razón de una intolerable irracionalidad em caso contrario. No hay una irracionalidad intolerable en el ejercicio de una acción penal contra un criminal de lesa humanidad por mucho que hayan pasado los años; sólo existe la irracionalidad propia de todo poder punitivo, que es extremadamente selectivo y productor del mismo hecho sobre cuyo autor recae. El derecho penal no está legitimado para exigir la prescripción de las acciones emergentes de estos delitos; si lo hiciese, sufriría un grave desmedro ético.” Mais tarde lembra o autor que “en los crímenes de lesa humanidad remotos, tampoco puede el derecho penal invocar la prescripción, porque ésta estaría consagrada como una norma fundante de autoimpunidad (legitimarían las consecuencias de un crimen los propios autores, para ellos mismos y para sus descendientes).” Ver: ZAFFARONI. Notas sobre el fundamento de la imprescritibilidad de los crímenes de lesa humanidad. In: En torno de la cuestión penal. Buenos Aires, BdeF, 2005, p. 265-266.

realizada, para além dos fundamentos da prescrição, de não dissociá-la das teorias da pena¹⁶¹.

Com efeito, é ilegítima tal necessidade absoluta de punição, da qual a imprescritibilidade é um dos exemplos recentes, demonstrando clara incompatibilidade com o próprio Estado de Direito¹⁶². Ora, passado determinado prazo, atendendo-se a um critério de política criminal, fundamentos são apontados para que o Estado deixe de punir porque a punição tornou-se desnecessária. Não houvesse a prescrição, a solução do conflito seria jogada no fluxo temporal a aguardar dissipação.

José de Faria Costa, nesse sentido, atesta que:

“De forma seca e impressiva e olhando só para a derradeira proposição: se os ordenamentos, se os sistemas jurídicos já não funcionam, com todos os mecanismos de depuração e de esvaziamento que se tentam encontrar e fazer funcionar, o que não seria se todos os crimes fossem imprescritíveis”¹⁶³.

Enquanto for mantida a ilusão de que o Direito Penal realmente está aí para resolver conflitos, contaremos com mecanismos de eternização da culpa¹⁶⁴, como é a imprescritibilidade, confiando no seu eficaz funcionamento como medida de combate à impunidade.

¹⁶¹ QUEIROZ, 2005, op. cit., p. 400.

¹⁶² ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, op. cit., p. 645.

¹⁶³ COSTA, 2003, op. cit., p. 1156-1158.

¹⁶⁴ Salo de Carvalho, em uma perspectiva nietzscheana, analisa memória e esquecimento nas práticas punitivas. A partir daí indica que “a hipótese de pesquisa é a de que os castigos institucionalizados, através da ritualização operada pelos primitivos procedimentos do processo penal, mormente dos fornecidos pela matriz inquisitória, atuam na presentificação do delito e na manutenção da memória de vínculos obrigacionais fundados nas noções de “culpa moral” e “sentimento de dever”. A pena criminal, portanto, vivificaria o crime, mantendo acesa no corpo social a experiência de dor do delito (fato pretérito não mais passível de experimentação física). Nesta rede de imposição de sofrimento (pena) para atualizar a dor do crime, os mecanismos processuais forneceriam recursos mnemotécnicos”. Esclarece o autor que “na concepção de Nietzsche, o esquecimento é uma força inibidora positiva e ativa, não correspondendo a uma força inerte, cuja qualidade seria a de impedir que determinadas experiências penetrassem na consciência humana. O esquecimento atuaria como o “guardião da porta da consciência”, o “zelador da ordem psíquica”. A força viva produzida pelo esquecimento possibilitaria à Humanidade condições de felicidade, pois bloquearia os efeitos da presentificação do passado”. Ver: CARVALHO, 2006a, op. cit., p. 73.

A partir dessas observações, não se pode mais prosseguir considerando como séria a boa intenção de eliminação de tempo pela imprescritibilidade. Certamente, o manto que então alcança determinados delitos não pode ter outro significado que não um desvio, um ato de deixar de resolver o conflito.

E, por isso, cabe a indagação: estarão os fundamentos apontados pelo legislador realmente aptos a legitimar qualquer medida de imprescritibilidade, ou, mais além, há outros fundamentos ocultos que possam determinar uma releitura do instituto?

Ao passo que se insere nos crimes contra a Humanidade a categoria da *vitimização absoluta*¹⁶⁵ e que se demarca a partir daí, como já foi dito, o caráter moralista de busca de vingança, é possível inferir-se as suas razões ontológicas. A maneira como é posta a razão ontológica pode deixar sem limites a busca pela finalidade maior de expurgar do passado as injustiças. Abdica-se tragicamente do humano, retira-se a dignidade do réu, pois a busca pela reparação é de tal forma cega e desenfreada que aposta em mecanismos de eliminação do tempo.

Nessa busca cega, mesmo em face da perda de legitimidade do discurso penal e do próprio sistema, insere-se mais uma preocupação em apaziguar o luto da vítima, visto que se trata de crimes contra o mais humano do homem, do que uma preocupação propriamente com o acusado.

A intenção primeira deste capítulo é considerar, a partir do que foi referido, que a imprescritibilidade necessita de um exame mais profundo de seus fundamentos, uma vez que se está desprezando uma condição de existência do humano que é a temporalidade — essa é, pois, a problematização. A partir disso, iniciamos uma análise de índole filosófica em relação à imprescritibilidade na tentativa de demonstrar que, ao negar a ação do tempo, ao demarcar um desprezo pela condição humana, esse instituto não permite o *encontro com o diferente*.

¹⁶⁵ GARAPON, 2002, op. cit., p. 108.

Nesse caminho, primeiramente, parece necessário romper com a denunciada totalização ontológica, legitimando a proposição da categoria racionalidade ética. Isso sucede porque o vínculo com outrem não se reduz à sua representação, mas sim à sua invocação. O encontro se dá apesar da ontologia:

“A relação com outrem, portanto, não é ontologia. Este vínculo com outrem que não se reduz à representação de outrem, mas à sua invocação, e onde invocação não é precedida de compreensão, chamo-a *religião*. A essência do discurso é oração. O que distingue o pensamento que visa a um objeto de um vínculo com uma pessoa é que neste se articula um vocativo: o que é nomeado é, ao mesmo tempo, aquele que é chamado”¹⁶⁶. (grifo do autor)

O chamado como invocação se dá além da mera representação do Outro, além do aprisionamento do ser. A prescrição penal apresenta o esquecimento como categoria fundante de uma política criminal contemporânea, contudo acaba por olvidar do fundamento primeiro do existir anterior ao pensar, da própria temporalidade. Que faz a imprescritibilidade se não reduzir, tornar o diferente, escravo do Deus juiz, pela eternidade?

Essa angústia pela dominação do Outro, que para o Direito Penal é representado pelo diferente, já foi anteriormente indicada na expansão legalista que visa a tudo proteger. Esquece-se o legislador que o encontro não permite escolhas — com efeito, na escolha, não se dá o encontro. É o que ocorre com a decretação de imprescritibilidade de determinados crimes escolhidos como mais rumorosos.

Em contrapartida, na perspectiva filosófica de Emmanuel Levinas, a relação com a alteridade do Outro se dá em um face a face, em uma relação em que, por mais que eu tente dominá-lo, não o possuo. É como reitera Marcelo Luiz Pelizzoli: “não consigo, de fato, possuir outrem; ele oferece uma resistência ética, mina o poder e a violência da domesticação”¹⁶⁷. Essas proposições indicam um fundamento anterior, que — oculto para o Direito Penal — é latente para a perspectiva filosófica levinasiana: a necessária relação com a alteridade do Outro que se dá na

¹⁶⁶ LEVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Trad. de Pergentino Stefano Pivatto (coord). Petrópolis: Vozes, 2005. p. 29

¹⁶⁷ PELIZZOLI, Marcelo Luiz. *A relação ao outro em Husserl e Levinas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1994. p. 87.

temporalidade. Já se esboça aqui a necessidade de um rompimento com essa totalidade.

Como esclarece José Carlos Moreira da Silva Filho, em estudo sobre as bases da filosofia da libertação de Enrique Dussel:

“LEVINAS procura indicar claramente o plano da alteridade, em que a consciência não funciona como representação, como iluminação do horizonte ontológico, mas sim diz respeito a um plano que essa representação não alcança. Remonta-se a toda a tradição filosófica desde os gregos e percebe-se que o ser é tido como ‘o visto’. LEVINAS argumenta que compreender o outro como ‘o visto’ é não percebê-lo em sua alteridade, é vislumbrá-lo com base no “Mesmo”. Portanto, faz-se necessário que o outro também seja ‘ouvido’.
Não se pode abarcar o Outro dentro da totalidade. Pode-se apenas estar em contato com ele pela experiência do *face-a-face*: ele só é compreendido na medida em que se expressa”¹⁶⁸. (grifo do autor)

O paradoxal no século XX é que esse aprisionamento do Outro, do diferente, agora é retomado não por uma técnica ou por uma política de extermínio em massa, mas por uma técnica ou por uma política criminal de eliminação do tempo (que fundamento procura na proteção da vítima). Justamente nesse momento se faz necessário um chamamento, a criação de um itinerário ao Direito Penal para que esse desperte do sonho e se abra às fronteiras da alteridade, como categoria fundante do que há de humano no homem.

Tendo em conta tal proposição, ainda que inicial em relação ao pensamento do autor lituano, destaca-se que o Tribunal Penal Internacional, em uma outra lógica, como uma nova esperança para os direitos do homem, parece significar mais um estatuto da vítima do que efetivamente um tribunal de julgamentos¹⁶⁹. Está a

¹⁶⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Filosofia jurídica da alteridade*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 90.

¹⁶⁹ Hannah Arendt, em *Eichmann em Jerusalém*, acabou confrontando esses dois extremos, entre o julgamento do fato e o julgamento pelo sofrimento da vítima, quando referiu que: “A justiça insiste na importância de Adolf Eichmann, filho de Karl Adolf Eichmann, aquele homem dentro da cabine de vidro construída para sua proteção: altura mediana, magro, meia-idade, quase calvo, dentes tortos e olhos míopes, que ao longo de todo o julgamento fica esticando o pescoço para olhar o banco de testemunhas (sem olhar nem uma vez para a platéia), que tenta desesperadamente, e quase sempre consegue, manter o autocontrole, apesar do tique nervoso que lhe retorce a boca provavelmente desde muito antes do começo deste julgamento. Em juízo estão os seus feitos, não o sofrimento dos judeus, nem o povo alemão, nem a humanidade, nem mesmo o anti-semitismo e o racismo”. Mais tarde, Hannah Arendt revelou que: “No entanto, por mais que os juízes evitem os refletores, ali estão

amparar julgamentos que em tese nunca existiriam e crimes que jamais seriam julgados. Daí a aposta na reparação, no julgamento como vingança, na passionalidade¹⁷⁰. Estas características são marcantes no século XX¹⁷¹, como já foi mencionado anteriormente. Sucede-se, pois, uma troca: ao invés de se reconciliar, busca-se uma reparação, em um claro viés de totalização do Outro.

O caráter supostamente vingador deste retorno à vítima, como necessidade de fazer sofrer pelo sofrimento já infligido, marca a introdução de uma série de figuras negativas, como aponta Frédéric Gros¹⁷²: a malvadez, a humilhação, o ódio e a lembrança dolorosa.

Nesse ambiente é que:

“A vitimização da vítima provoca a vitimização do criminoso; o criminoso paga as despesas de uma teologia nova da pena em torno do sofrimento sagrado, de uma política nova do castigo na unidade social dos sujeitos sensíveis, de uma psicologia nova do trabalho necessário de luto”¹⁷³.

eles, sentados no alto da plataforma, na frente da platéia, como se estivessem no palco para atuar numa peça. A platéia deveria representar o mundo todo, e nas primeiras semanas realmente era composta de jornalistas e articulistas de revistas que acorreram a Jerusalém vindos dos quatro cantos do mundo. Essas pessoas iriam assistir a um espetáculo tão sensacional quanto os julgamentos de Nuremberg, só que desta vez ‘a tragédia do judaísmo como um todo constituiria a preocupação central’. Pois ‘se tivermos de acusar [Eichmann] também por seus crimes contra não-judeus... isso’ não ocorrerá porque ele os cometeu, mas, surpreendentemente, ‘*porque não fazemos distinções étnicas*’. Essa é sem dúvida uma frase surpreendente para ser pronunciada por um promotor em seu discurso da abertura, e que acabou sendo a frase-chave de toda a acusação. Porque essa acusação tem por base o que os judeus sofreram, não o que Eichmann fez”. (grifo do autor) Ver: ARENDT, 1999, op. cit., p. 15-16.

¹⁷⁰ Já foi apontado por Salo de Carvalho que “O TPI, como instância internacional de processamento e execução dos crimes contra os DDHH, somente adquirirá legitimidade se, antes de mais nada, optar por um modelo de direito e processo penal distante de qualquer tipo de passionalidade e imune aos irracionalismos comuns em situações limite”. Mais tarde, adverte o referido autor: “Que a dignidade humana, porém, não seja violada pelo órgão que lhe deverá tutelar”. CARVALHO, Salo de. Sobre a jurisdição penal internacional: primeiras impressões a partir do garantismo jurídico. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v.1, n. 1, p. 193-205, 2003.

¹⁷¹ É que o sustenta Ricardo Timm de Souza, ao referir que: “O século XX é o século no qual a Totalidade e os otimismo do passado se puderam e se podem realmente perceber no espelho da contemporaneidade, nas cinzas e fumaça de Auschwitz – espantoso processo de *Aufhebung* material do *estranho* —, na aniquilação perfeita do diferente em Hiroshima, na preservação violenta do Mesmo contra as ameaças externas nos porões das ditaduras, no desmatamento da Amazônia, na Igreja da Candelária, na execução de Luther King e do ativista nigeriano dos direitos humanos”. SOUZA, Ricardo Timm de. *Totalidade e desagregação*: sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 27.

¹⁷² GARAPON; GROS; PECH, 2001, op. cit., p. 112.

¹⁷³ GARAPON; GROS; PECH, loc. cit.

A partir daí não poderia ser diferente. Medidas, como a imprescritibilidade, acabam por conduzir o conflito ao passo da eternidade, demarcando em relação ao crime e ao criminoso uma perseguição sem quaisquer dilações temporais. Colocado no fluxo temporal, o conflito se dissipa e pode até sobre ele pender uma decisão, porém não precisará ser resolvido. Insere-se neste contexto a possibilidade de punição eterna, de eliminação do tempo, a continuação da “guerra”. Essa “batalha” continua — a pena é a guerra. Nublada é a busca: se perseguição pela guerra ou punição pelo crime cometido. Identificado o inimigo, agora só falta retirar o seu *direito a ter direitos*, assim que ele supostamente agiu em detrimento das vítimas que lembramos em pensamento.

Qualquer regra de Direito, e mais ainda de Direito Internacional, traz as suas utopias. Como já aqui mencionado, o Tribunal Penal Internacional dá amparo a julgamentos que talvez nunca existissem, de crimes que jamais seriam julgados. Agora tudo isso é juridicamente possível. Todavia, para realizar esse sonho, a Justiça teve que “emancipar-se de qualquer tutela e não conhecer limites nem no *tempo* — reconhecendo-se competente para julgar a História a cinquenta anos de distância — nem no espaço — autorizando-se a julgar fora das suas fronteiras”¹⁷⁴.
(grifo do autor)

Exatamente aí, nesse momento, em que o tempo não pode corromper nada, é que tudo acontece, menos o humano. Seja em relação ao crime de racismo, em uma lógica interna de punição, seja em um crime contra a Humanidade, em uma lógica mais voltada à paz; quando o tempo não se apresenta, não representa, é porque não está presente nem ele, o tempo, nem o humano. *Não há possibilidade de encontro e, portanto, não há possibilidade de reconciliação.*

O processo, pois, encontra em si a sua própria finalidade quando a vontade de transformar o mundo é deixada de lado pela satisfação pura e simples de julgar.

¹⁷⁴ GARAPON, 2002, op. cit., p. 42.

Para empregar as palavras de Antoine Garapon, a Justiça vira uma arma¹⁷⁵ na busca pela satisfação dos desejos da vítima.

Dar voz à vítima é uma contribuição ética e não poderia ser de modo diverso diante do que a História, pintada em sangue, gritos e sofrimento, traduz. Os crimes contra a Humanidade, até mesmo o crime de racismo, são, como é sabido, crimes contra o mais humano do próprio homem, como que a supressão de qualquer reação diante da violência sem medida, da violência que não permite reação.

Entretanto, a oscilação entre a proteção da vítima e a tutela dos interesses do acusado, no Direito Penal, acaba por gerar uma insegurança ainda maior às relações jurídicas. Nesse aspecto, a própria imprescritibilidade, muito embora indique certeza de perseguição eterna, traz também ínsito nesse caráter de eternização uma insegurança ainda maior para aqueles que a ela se submetem através do cometimento de determinados delitos. Na busca pela proteção das vítimas, nos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional como também no racismo, acaba por se traçar um combate perpétuo, no qual se preserva tudo menos o tempo como condição humana. Com a imprescritibilidade, pois, o crime é crime a qualquer tempo, não há a proteção do tempo. Não há nenhum limite de tempo ao julgamento, há apenas imperativos de Justiça¹⁷⁶ a esperar salvaguarda.

Ainda que a inscrição deste julgamento fora do tempo, o tempo que é temporalidade não pára, a História não pára. Não pode haver julgamento fora da História, fora do tempo. Mais do que nunca, a (ir)racionalidade de se imaginar o contrário suspende a condição humana de viver: a temporalidade. Com essa inscrição fora do tempo, acaba-se por eternizar o momento, ao se desprezar a lógica da prescrição: negar a vingança e a punição pela punição.

¹⁷⁵ GARAPON, 2002, op. cit., 55-58.

¹⁷⁶ Ibid., p. 61.

A imprescritibilidade se dá como possibilidade de punição eterna, pois o julgamento está fora do tempo, fora do Direito Penal. Há certamente aqui um fundo teológico, oculto e latente: a imprescritibilidade conduz à danação eterna.

Como aponta Jacques Derrida:

“Estariamos, portanto, no teatro, dentro de um teatro, nele, mas também perante uma corte, no momento em que não se resolveu a questão de saber se o tribunal, a comissão, a instância do veredicto é humana ou divina, se se trata do julgamento dos homens ou do Juízo Final”¹⁷⁷.

A instância de veredicto é divina e não se trata de um julgamento, mas sim do Juízo Final, visto que aquela está inscrita na ordem do imprescritível, do atemporal. A imprescritibilidade apareceria então como lei acima das leis, para utilizar aqui as palavras de Jacques Derrida.

Há, deste modo, um perverso e claro desprezo ao paradigma laicizador, fundamento do Direito Penal contemporâneo e marco do garantismo penal; há, também, uma penetração da religiosidade no Direito Penal. Inscrito fora do tempo, tais julgamentos pretendem salvar almas — a pena tem fins morais —, afeitos mais a um discurso de defesa social, como aponta Salo de Carvalho¹⁷⁸.

Se nenhuma lei dos homens, no tempo dos homens, pode subtrair o criminoso ao julgamento¹⁷⁹, há uma quebra desse paradigma com o imprescritível, há um apelo ao que de divino tem a imprescritibilidade — de fato, ela desafia a possibilidade de punição pelo homem.

¹⁷⁷ DERRIDA, Jacques. Lógica do perdão. *Folha de São Paulo*, Caderno Mais!, São Paulo, Trad. de Evandro Nascimento, 17 out. 2004.

¹⁷⁸ “Apesar de após a Segunda Grande Guerra a Humanidade encontrar-se direcionada a um processo de reconstrução e afirmação dos valores humanistas, elaborando incisivas críticas às doutrinas jurídico-penais e criminológicas do positivismo, os modelos inquisitoriais substancialistas encontram na Defesa Social um novo discurso legitimante. Não obstante as teorias causais sofrerem ampla desconstrução pela precedente legitimação científica dos genocídios culturais dos modelos totalitários, o modelo neodefensivista é fortificado. A par da recepção do modelo defensivista pelo discurso penal, outro fator importante para observar o porquê da consolidação da Nova Defesa Social como ideologia/movimento penal preponderante é a falta de capacidade dos sistemas jurídicos do século XX em efetivar os direitos fundamentais. Com o advento da Organização das Nações Unidas (Carta da ONU, 1945) e a aprovação por sua Assembléia Geral da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), o homem novamente passa a ocupar a centralidade do discurso jurídico”. Ver: CARVALHO, 2003a, op. cit., p. 75.

Contudo, a prescrição não pode, em verdade, ter algo de divino. *Não se mistura prescrição com medida de perdão*. A imprescritibilidade é medida de eliminação do tempo e não medida do imperdoável. O imprescritível não aponta para o imperdoável. Esse último não se confunde com o imprescritível, embora tenham em comum o reflexo de eternidade e de exceção.

A lei faz prescrever porque o tempo não pára, porque o julgamento se dá no tempo, mas mesmo assim esse não perdoa. Atrás da idéia de perdão judicial, está um juiz com poderes divinos de perdoar — somente Deus ou o ofendido perdoam. Eis o equívoco de colocar o perdão no Direito, mas não é só isso: a irracionalidade de inserir uma dose de perdão dentro do prescritível. Mesmo que a vítima perdoe o fato, vai a julgamento¹⁸⁰, porque não há perdão no prescritível.

A associação do perdão à prescrição remonta aos romanos. Ora, como já dito, foi com a *lex Julia de Adulteriis*, em 18 a.C., que se admitiu a prescrição da ação pelos crimes que estavam nela previstos, sendo demarcado o prazo de 5 (cinco) anos para o exercício da pretensão. Essa delimitação temporal em 5 (cinco) anos é apontada por ser este o tempo das festas lustrais. É o que esclarece Aloysio de Carvalho Filho:

“(...) é evidente que os romanos associavam a idéia de prescrição à idéia de perdão, que as aparatosas cerimônias quinquenais da lustração simbolizavam, na sua expressão tradicional. Não andava longe, pois, o pensamento de que o tempo, assim como isentava os indivíduos, ou as cidades, lavando-lhes as culpas religiosas, servia, também, de expiação ao criminoso, equivalendo ao sofrimento moral da pena. A conclusão é razoável, atendendo-se à coincidência do prazo da prescrição com os dos banhos lustrais”¹⁸¹.

¹⁷⁹ DERRIDA, 2004, op. cit.

¹⁸⁰ Hannah Arendt, em *Eichmann em Jerusalém*, deixou evidente tal medida quando relatou que: “Com tal retórica a acusação deu substância ao argumento principal contra o julgamento: que ele fora instaurado não a fim de satisfazer as exigências da justiça, mas para aplacar o desejo e talvez o direito de vingança das vítimas. Os processos criminais, uma vez que são obrigatórios e devem ser iniciados mesmo que a vítima prefira perdoar e esquecer, repousam em leis cuja ‘essência’ – para citar Telford Taylor, escrevendo no *New York Times Magazine* – ‘é que o crime não é cometido só contra a vítima, mas primordialmente contra a comunidade cuja lei é violada’. O malfeitor é levado à justiça porque seu ato perturbou e expôs a grave risco a comunidade como um todo, e não porque, como nos processos civis, indivíduos foram prejudicados e têm direito à compensação. A compensação efetivada nos casos criminais é de natureza inteiramente diferente; é o corpo político em si que exige ‘compensação’, e é a ordem pública que foi tirada de prumo e tem de ser restaurada, por assim dizer. Em outras palavras, é a lei, não a vítima, que deve prevalecer”. Ver: ARENDT, 1999, op. cit., p. 283.

¹⁸¹ CARVALHO FILHO; ROMEIRO, 1979, op. cit., p. 226.

No momento em que a prescrição procura fundamento no esquecimento, na retórica de que passado determinado tempo a sociedade esquece o fato delituoso, que quanto mais graves os delitos mais tardará a se consumir a prescrição, que há delitos que de tão graves não podem ser esquecidos, é porque tal momento uniu as categorias da prescrição e do castigo. Essa união é sagrada, o homem não pode separá-la. Só Deus separa o que Ele mesmo uniu. Nesse instante, em que se prega o castigo como desnecessário depois de tanto tempo desde o crime, opera-se o instrumento de compaixão chamado prescrição, que o Direito Penal renomeou de *instrumento de política criminal*.

Os crimes de que se decreta a imprescritibilidade alcançam, como já foi aqui referido, a categoria de *vitimização absoluta* e, por isso, não raro, são apresentados como delitos que não se pode esquecer e nem perdoar; no entanto, é equivocado o entrelaçamento de tais categorias. É o que aponta Jacques Derrida:

“Se puede mantener la imprescriptibilidad de un crimen, no poner ningún límite a la duración de una inculpación o de una acusación posible ante la ley, perdonando al mismo tiempo al culpable”¹⁸².

Pode haver, portanto, perdão no imprescritível. São ordens, do divino e do jurídico, que não podiam se confundir. A considerar o contrário, está-se elevando o imprescritível para além do Direito — justamente isso é que o torna insustentável.

Como foi assinalado por Jacques Derrida:

“Lo imprescriptible, como noción jurídica, no es ciertamente lo imperdonable, acabamos de ver por qué. Pero lo imprescriptible, vuelvo sobre esto, señala hacia el orden trascendente de lo incondicional, del perdón y de lo imperdonable, hacia una especie de ahistoricidad, incluso de eternidad y de Juicio Final que desborda la historia y el tiempo finito del derecho: para siempre, “eternamente”, en cualquier parte y siempre, un crimen contra la humanidad será pasible de un juicio, y jamás se borrará su archivo judicial. Por lo tanto, una cierta idea del perdón y de lo imperdonable, de un cierto más allá del derecho (de toda determinación histórica del derecho), ha inspirado a los legisladores y los parlamentarios, los que producen el derecho, cuando por ejemplo instituyeron en Francia la imprescriptibilidad de los crímenes contra la

¹⁸² DERRIDA, Jacques. Entrevista con Michel Wieviorka. Traducción de Mirta Segoviano en *El siglo y el perdón seguida de Fe y saber*. Buenos Aires: Ediciones de la Flor, 2003. p. 7-39. Edición digital de Derrida en castellano.

humanidad o, en forma más general, cuando transforman el derecho internacional e instalan tribunales universales”¹⁸³.

Assim, ainda que não se confundam o imperdoável e o imprescritível, foi essa nota que legou o Estatuto de Roma. Sem dúvida, em âmbito interno, o legislador constituinte inspirou-se da mesma forma.

De fato, no encontro do imperdoável com o imprescritível, não se dá o humano. A ordem do transcendente, característica do imperdoável e do imprescritível, remete ao apocalíptico, ao Juízo Final, à lei além da lei, à História além da História, como descreve Jacques Derrida¹⁸⁴. Exatamente nesse ponto, em que o imprescritível transborda a ordem do jurídico, é que se encontra a finalidade precípua de submeter o homem a um juízo final: danação eterna pelo crime cometido. Realmente um crime só deixa de ser imprescritível com a morte¹⁸⁵.

A categoria do transcendental, tão presente na ordem do imprescritível e do imperdoável, também é encontrada na idéia de anistia. Contudo, a anistia, aparentemente com um limite tênue com a prescrição, remete à categoria do esquecimento. Porém não é o esquecimento, contrariando as teorias que o tornam fundamento, um elemento da prescrição¹⁸⁶. Essa última não é um direito ao

¹⁸³ DERRIDA, 2003, op. cit., p. 7-39.

¹⁸⁴ DERRIDA, loc. cit.

¹⁸⁵ GARAPON, 2002, op. cit., p. 90.

¹⁸⁶ Salo de Carvalho, em uma perspectiva nietzscheana, analisa memória e esquecimento nas práticas punitivas. A partir dessa perspectiva, indica que “a virtude do esquecimento na filosofia nietzschiana está vinculada à obstrução da criação da memória. Aquilo que não ingressa na ordem psíquica não teria capacidade de prender o sujeito ao passado, desvinculando-o das culpas derivadas das obrigações morais, possibilitando o atingimento da felicidade”. Ver: CARVALHO, 2006a, op. cit., p. 78. Mais tarde, assinala o autor que: “a concepção positiva do esquecimento, contraposta pela dispepsia reativa da memória, fornece elementos de leitura de determinados institutos penais que interrompem o processo punitivo. As causas de extinção da punibilidade previstas na codificação penal, sobretudo dos institutos nos quais o Estado punitivo deixa de exercer a *potestas puniendi* em face de valorações morais sobre o infrator (v.g. graça, indulto e perdão judicial), ao invés de operarem como saneadoras da memória do delito atuam no reforço das reminiscências. A tecnologia punitiva, ao criar métodos de abdicação do castigo que pressupõem emitir juízos valorativos sobre o desviante, dobra a presentificação do crime. O perdão, em sentido genérico, mantém a lembrança não apenas do crime, mas do próprio castigo não infligido, capturando a história do sujeito”. Ver: Ibid., p. 79. Em seguida, revela o autor que “apesar dos reforços de memória previstos na codificação, alguns institutos aparecem com aparência de verdadeiras *fórmulas legais de esquecimento*. Casos como os de descriminalização, prescrição, decadência e renúncia, em face da inexigibilidade de quaisquer condicionantes valorativos (reforços morais), apresentam situações que podem ser lidas como superação da vingança pela ausência de necessidade da

esquecimento¹⁸⁷. A órbita da imprescritibilidade não está entre o perdoável e o imperdoável, entre o que se pode esquecer e o que se aprisiona na memória. A linha do imprescritível é da (inimaginável) ordem da não-passagem do tempo, porque não se pode imaginar que a sociedade tenha esquecido ou não um determinado fato delituoso e a partir daí se demarque a influência ou não do decurso do tempo.

Remontando ao que já foi dito, a prescrição atua, tal como dispõe nosso Código Penal, como uma das causas de extinção da punibilidade. Como bem observa Ney Fayet Júnior¹⁸⁸, “essas causas apenas excluem a punibilidade, mas não comprometem a existência do delito”. Na mesma linha de raciocínio, Raimundo Macedo¹⁸⁹ já advertia que:

“E, como circunstâncias exteriores e independentes, não têm elas o poder de dissolver o crime, pois que este se configura, simplesmente, pelo fato previsto na lei penal, com abstração de causas aleatórias e das conseqüências jurídicas dele decorrentes, que não atingem o fato, em si, o qual perdura enquanto dele memória se tiver. Perdurando a memória do fato, persiste a idéia de crime que dele é inseparável”.

Do contrário seria admissível que, ao se operar a extinção da punibilidade pela prescrição, a sociedade teria esquecido o cometimento do fato delituoso. Isso significa que o esquecimento, como categoria fundante da prescrição, quer indicar que o fato criminoso pode ser armazenado sob a forma de fotografias ou de arquivos, permitindo que se possa oscilar pelo esquecimento e pela memória.

memória do crime. A transposição do tempo cronológico (prescrição e decadência) e as manifestações legislativa (descriminalização) ou dos ofendidos (renúncia) expressando desinteresse no castigo possibilitam ultrapassar a lógica punitiva e o rito mnemônico”. CARVALHO, 2006a, op. cit., p. 79-80. (grifo do autor)

¹⁸⁷ Em sentido contrário, François Ost, em *O Tempo do Direito*, reconhece a prescrição como um direito ao esquecimento. Seguindo a mesma linha de argumentação, mais tarde, revela o referido autor que: “Reconheçamos, contudo, que, nas mãos do legislador, as leis de prescrição penal representam um instrumento particularmente flexível de dosagem entre memória e esquecimento, sanção e perdão, na medida em que é legítimo alongar ou reduzir o prazo de prescrição, modificar o seu ponto de partida, ou ainda reservar um domínio ao imprescritível. Com efeito, o legislador não hesitará em alongar o prazo máximo das acções, indo assim em socorro do direito à memória (...)”. Ver: OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Piaget, 1999. p. 168.

¹⁸⁸ FAYET JR.; FAYET; BRACK, 2007, op. cit., p. 20.

¹⁸⁹ MACEDO, Raimundo. *Da extinção da punibilidade*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946. p.19.

Entretanto, como bem ressalta Antônio Damásio, “o cérebro não arquiva fotografias *Polaroid* de pessoas, objectos, paisagens; nem armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas de nossa vida”¹⁹⁰. Um dia podemos esquecer-las ou não, nada impede o esquecimento. O esquecer não admite, pois, programação.

Assim, como já foi dito, referindo-se a crimes de uma gravidade extrema, estaríamos tratando então da impossibilidade de esquecimento, como uma categoria filosófica do Direito Penal; a partir disso, poderiam surgir movimentos de imprescritibilidade esparsos¹⁹¹, o que é insustentável para com o instituto da prescrição.

A prescrição tem fundamento distinto da mera consideração da presunção de esquecimento. Está oculto — para o Direito Penal — e ao mesmo tempo latente — em uma perspectiva filosófica — a constante de que o tempo não pára, não se suspende, não se anula em relação à prescrição.

A partir disso, o imprescritível estaria desprezando o tempo primeiro, porquanto

“se dirige a um “até o final dos tempos”, portanto até um para além do tempo: um tempo até o final dos tempos. Inscreve no tempo, e no tempo da história, uma instância que excede a todo momento, toda temporalidade determinável. É, no tempo, um para além do tempo: um tempo até o final dos tempos”¹⁹².

Nesse tempo além dos tempos, e, portanto, exterior ou além do Direito, a imprescritibilidade mantém hígida a possibilidade de punição pela eternidade. Não se pode dizer dessa atitude se não que significa uma tentativa de manter latente a culpa pelo cometimento do crime. Não são as expectativas sociais que se reafirmam

¹⁹⁰ DAMÁSIO, Antônio R. *O erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano*. Portugal: Publicações Europa-América, 2000. p. 116.

¹⁹¹ COSTA, 2003, op. cit., p. 1158.

¹⁹² DERRIDA, Jacques. *Pensar a desconstrução*. São Paulo: Estação Liberdade, 2005. p. 54.

ao longo do processo judicial, mas sim a culpa que é reinventada a cada segundo da existência do diferente, havendo ou não pena.

Com isso se quer dizer, como já foi adiantado em várias passagens anteriores, que toda a órbita da imprescritibilidade está circunscrita à ordem do divino, não sofrendo a ação do tempo. Fora do tempo, não se admite o “encontro” com o Outro e por isso não se permite a reconciliação.

3.2 Crimes imprescritíveis e negação do tempo de encontro

A tendência contemporânea que aflora a partir da busca de uma sociedade “pura”, superadora da angústia humana, em que o “sujo” não tem lugar, indica uma expansão do Direito Penal na tentativa de proteger a sociedade de todos os riscos, em um sonho de paralisar o tempo. A imprescritibilidade atua como mais uma dessas medidas, na tentativa de garantir a punição, o que parece não possuir uma legitimação ética de existência.

De fato, não existe propriamente ética nessas boas intenções do legislador. A questão vai mais além do que quer indicar em uma primeira análise. Para Ricardo Timm de Souza:

“(..) indica um transtorno profundo na base do pensamento ocidental, que sempre postulou a verdade — entendida mormente como verdade racional — como base última de qualquer realidade — inclusive da realidade da justiça”¹⁹³.

Com a imprescritibilidade, opera-se a eliminação do tempo, expressão máxima de um poder divino que consegue congelar a temporalidade em instantes que bem entender. A partir desse paradigma totalitário, Aury Lopes Júnior esclarece que:

¹⁹³ SOUZA, Ricardo Timm de. Justiça, liberdade e alteridade ética. Sobre a questão da radicalidade da Justiça desde o pensamento de E. Levinas. *Veritas*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 271, 1995.

"(...) o Direito Penal e o Processo Penal são provas inequívocas de que o Estado-Penitência (usando a expressão de Loïc Wacquant) já tomou, ao longo da História, o corpo e a vida, os bens e a dignidade do homem. Agora, não havendo mais nada a retirar, apossa-se do tempo"¹⁹⁴.

A condição humana do humano estaria desprezada: a ética como fundamento, como própria forma humana de pensar, como a construção do sentido da vida humana desde o encontro com o outro¹⁹⁵. Ninguém é fechado em si mesmo, isolado, que possa ser considerado uma mônada, mas, ao contrário, vive no tempo.

Por isso que à idéia de Justiça não corresponde à da imprescritibilidade. Na Justiça, insere-se a alteridade; nesta, a temporalidade, diversamente do tempo objetivo e do tempo do direito. A temporalidade não estaria reduzida à cronologia (alteridade lógica, objetivada).

No contexto da imprescritibilidade, o acusado não apresenta significação própria, visto que não há possibilidade de reconciliação em decorrência da negação do encontro. Precisa-se de um objeto, precisa-se de um rosto¹⁹⁶. Uma face como a me significar que “tu és responsável pela vida deste outro absolutamente outro”¹⁹⁷, em uma relação que não é de poder, já que não há aprisionamento. O homem, mesmo como acusado, não é representável. Representá-lo é, pois, um ato precípua de violência pelo aniquilamento de sua alteridade.

O “encontro” significa, como fundamento ético da condição de existência humana, um ato de:

“permanecer disposto ao Outro, ou seja, ao ainda-não-conhecido. O que com isso se quer dizer é não somente umas das coisas mais fáceis de pensar como uma das mais difíceis de realizar. Pois esta disponibilidade

¹⁹⁴ LOPES JR., Aury. Tempo e Direito. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 122, p. 669, jan. 2003b.

¹⁹⁵ SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética como fundamento: uma introdução à Ética contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004a. p. 56.

¹⁹⁶ “a alteridade do outro homem em relação ao eu é inicialmente — e, se ousar dizer, é “positivamente” — rosto do outro homem obrigando o eu, o qual de imediato — sem deliberação — responde por outrem. De imediato, isto é, responde “gratuitamente”, sem se preocupar com reciprocidade. Gratuitade do pelo outro, resposta de responsabilidade que já dormita na saudação, no bom dia, no até logo. Linguagem anterior aos enunciados das proposições que comunicam informações e relatos. Pelo outro a responder pelo próximo, na proximidade do próximo; responsabilidade que significa — ou que comanda — precisamente o rosto na sua alteridade e na sua autoridade inextinguíveis e inassumíveis do fazer face”. Ver: LEVINAS, 2005, op. cit., p. 214.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 216.

sinaliza que eu me encontro em uma posição que pode ser radicalmente colocada em questão, e em uma situação de insegurança, pelo mero aparecer da Alteridade”¹⁹⁸. (grifo do autor)

É preciso, pois, que o Direito Penal se permita ao “encontro”, que abandone as suas promessas engessadas de segurança. Que o Direito Penal, inseguro, em uma relação primeira com o “outro”, estabeleça segurança, essa sim, para a vítima e para o acusado, nem só para um ou para outro. Para que o “encontro” se dê, é preciso que esses dois reapareçam como humanos. Só assim é possível reiniciar o processo de compreensão do mundo no qual o encontro com o Outro se deu diante da incapacidade de representá-lo totalmente, como se pensava poder fazê-lo¹⁹⁹.

Entretanto, esse outro não é propriamente outro, porque sofreu a representação do Direito Penal e agora se chama acusado. O Outro, humano, não tem definição, mas acabou virando um conceito. Foi reduzido a conceito pela própria ausência de temporalidade. Isso quer dizer que o tempo no Direito Penal foi reduzido a um conceito; todavia, o Outro não é reduzido a um conceito, pois excede a compreensão²⁰⁰. Como bem refere Emmanuel Levinas, “outrem, cujo conceito utilizamos neste preciso momento, não é invocado como conceito, mas como pessoa”²⁰¹.

Nesse sentido, Ricardo Timm de Souza aponta que:

“Quando se fala do tempo em termos conceituais, tudo ali pode haver, menos tempo real, porque o tempo real, a temporalidade que acontece, é exatamente o crivo de realidade que se inscreve entre pensar e ser real. A síntese luminosa é uma expressão do acontecer; está para a paisagem, para o dia e noite, como uma fotografia deles: não é falsa, mas o abismo que a separa de uma visão real é incomensurável”²⁰².

A totalização ocidental rompeu com esse traço abismal que há entre *o que eu sou* e *outrem*. Isso significa que não consigo defini-lo, porque “a única coisa que posso ousar dizer a respeito deste Outro é determinado justamente por ele: que ele

¹⁹⁸ SOUZA, 2004a, op. cit., p. 58.

¹⁹⁹ SOUZA, loc. cit.

²⁰⁰ LEVINAS, 2005, op. cit., p. 27.

²⁰¹ Ibid., p. 58.

²⁰² SOUZA, Ricardo Timm de. *Sentido e alteridade: dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Levinas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000c. p. 143.

é de outro modo — *outramente* — que eu, ou seja, que entre nós uma verdadeira e irreduzível *diferença* tem lugar”²⁰³. (grifo do autor)

Ricardo Timm de Souza nos indica um caminho a seguir no reconhecimento do Outro:

“Provém de seu próprio tempo (e não do tempo grandioso da Totalidade), um tempo tão *antigo que nunca foi presente para o tempo violento da Totalidade*. Provém de seu *próprio* espaço (e não do espaço interminável e tautológico como o bom infinito hegeliano, que a Totalidade reivindica como seu), um espaço, sugerido por Levinas, que se deu *tão distante que nunca foi devassado pela linguagem da sincronização, da fórmula fatal que é a Totalidade mesma e que reduz sistematicamente toda diferença a uma sua patética caricatura*. Seu sentido não se dá ao sentido unívoco da Totalidade, do Ser: é o não-ser, por definição *sem sentido* na lógica do presente — *negatividade* parmenideana, *sobra* da guerra heracliteana: oferecimento de Ética. Oferecimento puro”²⁰⁴. (grifo do autor)

Desde esse “tempo do encontro”, é possível pensar em uma outra racionalidade, que não aquela decorrente simplesmente da alienação do humano em coisas, poderes e violências, mas como *encontros humanos reais*²⁰⁵.

A proposta de uma racionalidade ética, como apresentamos desde o início do capítulo, não pretende ser mais uma Totalidade, porém, ao contrário disso, a saber, um divórcio com os sistemas de busca de uma verdade unitária — um divórcio com o que não há de humano. É o que esclarece Ricardo Timm de Souza:

“(…) a idéia de uma racionalidade ética não pressupõe que toda e qualquer idéia de realidade e de mundo até agora deva ser destituída para a instituição de algo completamente novo. O que se está aqui dizendo é que uma visão unitária de mundo, baseada, por exemplo, em esquemas exclusivamente científicos, é incapaz de fazer justiça ao mundo humano real. Nenhuma racionalidade matemática, por exemplo, pode extrapolar de sua grandeza específica e se propor como *fundamento* de um mundo humano, da ação propriamente humana enquanto *relação* — a não ser que — por humano, se entendam antes matemáticos”²⁰⁶. (grifo do autor)

²⁰³ SOUZA, 2004a, op. cit., p. 57.

²⁰⁴ Id. *Ainda além do medo*: Filosofia e Antropologia do preconceito. Porto Alegre: Dacasa, 2002. p. 56.

²⁰⁵ Id., 2004a, op. cit., p. 59.

²⁰⁶ Ibid., p. 59-60.

A racionalidade ética, como categoria fundamental do humano, para além da consideração do ser, é a expressão de uma necessidade urgentíssima de *reconsideração radical do humano*:

“(…) onde se evitem os desvios idealistas ou de outro teor e outras mega-construções totalizantes, que nada mais fazem do que levantar contínuas cortinas de fumaça sobre as questões reais, enviando-as para a dimensão de meros jogos de conceitos intelectualmente bem-acabados que, como bem tem ensinado a História, são bem mais flexíveis do que gostariam de crer seus autores: neles cabe muita coisa, inclusive *real* — ou seja, no âmbito e no decorrer áspero do dia-a-dia — de seus bem-intencionados propósitos”²⁰⁷. (grifo do autor)

Tem-se, pois, a importância do pensamento de Emmanuel Levinas para o desenvolvimento do tema. É o que reitera Marcelo Luiz Pelizzoli:

“O entendimento deste filósofo se faz partindo da busca de um ‘humanismo de um outro homem’ até o mergulho nas concepções de mundo, de humano, de imanência e transcendência, e de tempo, que subvertem a grande lógica de assimilação ‘ego-onto-lógica’ (onde saber é poder). Para tanto, é mister repensar a ordem do ser e do saber para se poder vislumbrar e atingir a ordem pré-original da ética e, a seguir, instaurar uma nova ordem, sob a inspiração ética, na qual o humano possa ser celebrado, transcendendo o natural e o ontológico”²⁰⁸.

Temos que repensar o sujeito na contemporaneidade para além do mero ser, longe de qualquer redução do Outro ao Mesmo. No âmbito do julgamento destes crimes tratados como mais rumorosos, rotulados como imprescritíveis, deve-se indagar: quem se coloca a julgamento? Ao contrário do que se propõe, com a condição de tornar imprescritíveis os crimes, acabou-se por circunscrever na ordem do atemporal o seu suposto autor. É o que problematiza Ricardo Timm de Souza:

“O mero fato de que, ao bater alguém à porta que nos é, em princípio, desconhecido, geralmente perguntemos ‘quem é?’ e não simplesmente ‘que é?’ — e a inegável impropriedade da primeira alternativa, somente usada a sério quando queremos objetivar totalmente a quem bate, substituindo-o pela função que ocupa naquele momento ou tentando demonstrar que sua presença enquanto outrem não nos interessa — este fato tão banal deveria dar mais o que pensar do que normalmente é o caso”²⁰⁹.

²⁰⁷ SOUZA, 2000c, op. cit., p. 19.

²⁰⁸ PELIZZOLI, Marcelo Luiz. *Levinas: a reconstrução da subjetividade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 30.

²⁰⁹ SOUZA, 2000c, op. cit., p. 86.

Esse é um dos aspectos, uma problematização, apenas uma. E a partir daí se lança a fronteira entre o que é objetivável e o que não o é. Isso quer dizer que o outro, como outro, não se dá à objetivação, como humano que é — o Outro vem de fora²¹⁰. Na imprescritibilidade, no atemporal, nada há de humano. Eis o corte de alteridade que se lança na busca eterna pela punição a desprezar o sentido da existência.

Diante do que já foi mencionado, entre a vitimização absoluta e a consideração do suposto acusado — oscilação entre manifestações humanas radicais e éticas —, não pode oscilar a alteridade de outrem. Como se pode falar em dignidade da pessoa humana sem se considerar como real a alteridade do outro que chega?

Há a partir do encontro uma ligação entre no mínimo dois elementos. É uma relação necessária para que possa tratar da existência humana e como tal essa se dá no tempo, — isto é, a temporalidade de um existir anterior a um pensar. Essa relação pode aqui ser apresentada pela palavra *religião*:

“Religião é neste contexto, portanto, relação, ligação em sentido forte de dois antes não unidos por algum tipo de lógica ou mística prévia nem por algum tipo de estrutura conceitual que, para efeitos práticos, exercesse exatamente este papel de indiferenciação original a partir do qual dois existentes como que passam a “comungar” de realidade — mas é a instauração pura e simples de um encontro a que nenhuma “reprodução” pode ser anterior e que caracteriza exatamente o novo na face da terra. O encontro é um acontecimento que se dá no tempo, e não desde o patamar de uma eternidade indiferenciada que suportasse esse “acidente” no mundo das “essências reais” atemporais²¹¹.”

Esse Outro da relação “*traumatiza as certezas*”²¹² (grifo do autor), sofre o tempo. Em face dessa constatação, o discurso racional, na desenfreada busca totalizante, deu conta de demonstrar os seus próprios limites, as suas próprias fraquezas, encontráveis na sua finitude. Deste modo, o Direito Penal não resolve conflitos, apenas os decide, acredita ainda nas certezas, no tempo cronológico.

²¹⁰ SOUZA, 2004a, op. cit., p. 56.

²¹¹ Id., 2000c, op. cit., p. 80-81.

²¹² Id., 2002, op. cit., p. 56.

Evidentemente que, como já foi dito, a proteção da vítima, em crimes como os que aqui se indicam, é uma atitude ética necessária. Entretanto, são irracionais as postulações de racionalidades que se promulgam unicamente legítimas ou possíveis nesse aspecto²¹³. O criminoso — e poderíamos aqui falar de qualquer um, em qualquer caso — em tempos de necessária reafirmação de direitos humanos da vítima pela sua coroadada desumanização — retoma a posição das vítimas de Auschwitz porque é considerado como “algo” que humano não é. Houve uma troca entre vítima e criminoso (que também é ou deveria ser considerado humano e vítima de irracionalidades). O criminoso é um “outro” (minúsculo com letra minúscula), apenas mais um “diferente” — alteridade não há, direitos não possui.

Existem outras atitudes, éticas também, que merecem o que de humano tem o acusado. A partir daí se coloca a necessidade de uma racionalidade ética. Não como a única via, não como desprezo de qualquer outra idéia de realidade e de mundo, mas sim como uma atitude humana por excelência²¹⁴.

A eternização da culpa, inserida que está na medida da imprescritibilidade, inscrita no atemporal, conserva tudo menos humano e se dá, como aponta Ricardo Timm de Souza:

“com o sacrifício de uma dimensão fundamental da existência humana, que é por sua vez uma diferença irreduzível a algum determinado conceito ou construção intelectual de pretensões sejam objetivas sejam subjetivas: a temporalidade de um existir anterior ao pensar, incontornável condição de princípio para que a própria questão da diferença seja equacionada, ou, em outros termos, condição de origem de toda e qualquer posição frente à realidade, incluindo a intelectual.

A aproximação incisiva dessa condição de origem oferece interessantes surpresas a quem a empreende: acaba por desarticular a logicidade interna de um tempo ordenador e servo do logos identificante, um tempo sincronizante e tirânico que ordena a realidade à medida em que a ilumina e a transforma por assim dizer em função sua”²¹⁵.

²¹³ SOUZA, Ricardo Timm de. A racionalidade ética como fundamento de uma sociedade viável: reflexões sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica dos fenômenos da ‘corrupção’. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004b. p. 125.

²¹⁴ Ibid., p. 124-125.

²¹⁵ SOUZA, 2000c, op. cit., p. 127.

Há, pois, a partir daí, a denúncia de mundo sincronizado, ordenador, limitado, racional somente em sua própria existência²¹⁶. Justamente ocorre essa quebra, em uma racionalidade interna, de um sistema penal que não agüenta qualquer toque com a realidade — aquele insere, também, a problematização da atemporalidade do imprescritível.

Essa quebra se coloca porque a totalização do *logos* é dada na mesma proporção de sua incapacidade de se fazer Justiça. Emmanuel Levinas, em sentido oposto, apresenta uma tentativa de não reduzir o Outro ao eu, a si mesmo, de não-totalização do Outro, de não encará-lo a partir do meu conceito sobre este.

Estamos, pois, diante de uma forte ruptura. De uma ruptura radical com a hegemonia das estruturas da tradição intelectual sintetizante. Uma ruptura que o rosto (*visage*²¹⁷) do Outro assim o exige²¹⁸. Esse encontro se dá no tempo, no tempo que dinamiza, que vai além de mim, além do que é igual a mim mesmo.

Tudo cabe nesse espectro do intelecto identificador. Tudo, menos a temporalidade real, a qual,

*“ao se dar, desarticula a sincronia à qual a tirania da síntese intelectual obriga toda parcela de realidade que passe a seu alcance. Ora quando se fala do tempo em termos conceituais, tudo ali pode haver, menos tempo real, porque o tempo real, a temporalidade que acontece, é exatamente o crivo de realidade que se ins-creve entre pensar e ser real”*²¹⁹.

O sentido da problematização desse trabalho — em relação à eliminação de uma condição humana como a temporalidade — é um necessário despertar de uma racionalidade ética, que “nasce, portanto, a cada momento em que um encontro

²¹⁶ SOUZA, 2000c, op. cit., p. 143.

²¹⁷ Como adverte Ricardo Timm de Souza, “A tradução de “visage” por “rostro”, embora gramaticalmente muito correta, nos parece muitas vezes imprópria no âmbito estrito do pensamento levinasiano, no sentido de que pode sugerir uma determinada materialidade facilmente redutível à determinação ontológica, mais “picturável”, no momento mesmo em que se estabelece, ética e faticamente, o ponto de fuga de toda determinação ontológica. Um rosto dá-se, em sua dignidade, à materialização como “circunscrição espacial”, isto não acontece com o “olhar”, cuja presença é, desde sempre, a subversão mesma da noção normal de espacialidade determinável”. Id. *Razões plurais* - itinerários da racionalidade no século XX: Adorno, Bergson, Derrida, Levinas, Rosenzweig. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004c. p. 168.

²¹⁸ Id., 2000c, op. cit., p. 139.

²¹⁹ Ibid., p. 143.

verdadeiro tem lugar; e é racional na medida em que se dirige não a alguma quimera, mas à *realidade* do encontro”²²⁰. (grifo do autor)

De acordo com Ricardo Timm de Souza:

“foi exatamente a distinção clara entre algo como um “tempo físico” e a efetiva *temporalidade do real* (irredutível aos relógios, por mais precisos que estes sejam), que cindiu definitivamente as certezas da tradição filosófica ocidental. Esta distinção, para a qual contribuíram desde o século passado nomes tão diferentes como Kierkegaard, Husserl, Heidegger, Bergson, Bloch, Benjamin, Rosenzweig, Adorno, Sartre e muitos outros, significa em suma o rompimento com a onipotência do conceito e, portanto, com a unidade absoluta, mãe de todos os conceitos. Rompimento que não é um capricho de alguém, mas — o que muitas vezes não se percebe — uma *exigência fundamental* do próprio pensamento contemporâneo.

Pois o propriamente humano não se inscreve nos conceitos que descobre ou cria, mas na anterioridade que lhe permite, justamente *pensar* e — criar conceitos. É na *vida*, e não em si mesma, que a filosofia tem de se referir em última instância (...).

Ora, a vida é tudo menos atemporalidade estática ou unidade conceptual. A realidade infinitamente multiplicada surge desde a temporalidade, toma-a para si, desdobra-se desdobrando-a e confunde-se com ela, abre-se em espaço, deixa-se até explicar — mas nunca reduzir ou subsumir no presente eterno. *Dá-se o instante seguinte*, apesar do instante presente, apesar das promessas de eternidade do presente. *Existe a pluralidade* — e a temporalidade bem o prova — apesar de todo intento (que quase se confunde com a História da Filosofia) de reduzi-la a uma mera função *instrumental* do ser em processo eterno de reencontro consigo mesmo — e existe a pluralidade porque existe a temporalidade e o tempo ainda não acabou. E, por fora das determinações poderosas de generalização e especificação, no assumir paradoxal de sua improbabilidade conceptual, *ocorre o Outro* ao longo do desdobrar-se da temporalidade”²²¹. (grifo do autor)

Esse é o tempo de que a Humanidade tem receio, é o outro ser, o diferente. E é justamente sob a forma de temporalidade que especialmente neste século o Outro está rompendo na massa ontológica, desestruturando a fórmula original do Ocidente²²².

A condição humana necessita ser revisitada para que “o pensamento aprenda finalmente a ousar ir além dele mesmo, para aceitar eticamente o que não é ele: eis

²²⁰ SOUZA, 2004b, op. cit., p. 126.

²²¹ Id., 2000c, op. cit., p. 177-178.

²²² Id. *O tempo e a máquina do tempo*: estudos de Filosofia e de Pós-Modernidade. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998. p.157.

a urgente tarefa que, desde esta constatação fundamental, se impõe na ordem do tempo²²³, porque na totalidade a verdadeira vida está ausente²²⁴.

Muito embora todas as proposições anteriormente apresentadas, é sabido que, pelo menos em relação à decretação da imprescritibilidade de determinados crimes batizados como mais rumorosos, para o Direito Penal, *o tempo está a serviço do conceito*.

Ainda que essa totalização, uma das

“características fundamentais da contemporaneidade é a superação do fixismo do tempo lógico através da redescoberta — dolorosa, intensa, fragmentária, inadiável — do peso da temporalidade. (A esta temporalidade redescoberta, alguns terão dado o nome de “existência”, e a filosofias da existência, como o existencialismo, podem ser consideradas em boa medida como a tentativa de levar essa redescoberta a sério). A passagem da Modernidade à Contemporaneidade corresponde, em nosso entender, à *passagem do Tempo à temporalidade*”²²⁵. (grifo do autor)

A temporalidade — como resposta à crise de sentido do próprio tempo, como desvirtuamento da cronologia — é condição fundante de uma racionalidade ética disposta a redescobrir o Outro além do ser, longe de qualquer tentativa de aprisionamento do Outro pelo tempo.

²²³ SOUZA, 2000c, p. 237-238.

²²⁴ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Trad. de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2000. p. 20.

²²⁵ SOUZA, 1998, op. cit., p. 140.

CONCLUSÃO

Pelo itinerário de uma racionalidade ética, utilizando-se principalmente de categorias como alteridade e temporalidade, é que se concluiu o trabalho com uma leitura diversa da imprescritibilidade penal para além de seus fundamentos jurídicos. Demarca-se que a imprescritibilidade, como medida de eternização do fato delituoso, acaba por jogar a possibilidade de encontro com o Outro no fluxo temporal a aguardar dissipação. Não há certeza no encontro pelo total desprezo da temporalidade que, como dimensão da existência, o proporciona. Há um desvio, um deixar de resolver o conflito, uma abdicação trágica do humano. Nessa perspectiva, quando o tempo não se apresenta, é porque não está presente também o humano, não gerando possibilidade de encontro, de reconciliação.

A leitura que se apresentou, pois, como resultado da pesquisa, extravasou os fundamentos da imprescritibilidade, até mesmo porque a própria prescrição tem fundamento distinto da mera presunção de esquecimento do fato delituoso — categoria que mistura o perdão ao prescritível como expressão de um poder divino. Há um fundamento primeiro, oculto para o Direito Penal e latente para a Filosofia, de que o tempo não pára, não se suspende, não se anula, e que isso estaria desprezado em qualquer medida de imprescritibilidade. Por isso, chegada a hora da conclusão, renova-se a urgência de se expressar uma racionalidade ética, visto que à idéia de Justiça não corresponde à da imprescritibilidade. Com a imprescritibilidade, despreza-se a alteridade e abdica-se do humano, retirando-se do acusado a sua significação própria. Há uma espécie de “suspensão” da possibilidade de reconciliação. Com efeito, o encontro é jogado em um tempo que está suspenso: suspende-se a significação do rosto do acusado e com isso o Outro é reduzido a um conceito.

Aflorou, a partir dessas considerações, a necessidade de se reescrever esse discurso jurídico penal que ainda acredita nas certezas e no tempo cronológico, que apenas decide conflitos, porém não os resolve. É preciso, pois, ceder à temporalidade do encontro. Como o tempo é uma opção pelo não-suicídio, o encontro se dá no tempo, na inauguração de uma nova possibilidade, de um reinício.

Esses momentos estão desprezados na imprescritibilidade. Assim, para muito além de argumentos jurídicos, a pesquisa teve continuidade, acreditando-se na irracionalidade de se considerar como possível qualquer medida de imprescritibilidade que tivesse forte sustentáculo em fundamentos jurídicos ou em razões filosóficas. Acabamos por negá-la radicalmente, a indicar o seu desaparecimento, seja por razões históricas, jurídicas ou filosóficas.

Entretanto, deu-se o inesperado. Ao pretendermos finalizar a pesquisa, é que isso se inaugurou. A análise mostrou a sua vitalidade quando miramos nosso estudo na imprescritibilidade e acabamos desvelando a prescrição como um instituto que também necessita de uma *revisita* para além de seus fundamentos jurídicos. É que tanto a imprescritibilidade como a prescrição alcançam a ordem do teológico, do transcendente, porque têm no esquecimento o mesmo fundamento basilar. Em ambas há um entrelaçamento claro de categorias como o esquecimento, o castigo, o perdão — todos esses elementos pertencentes à ordem do divino.

Justamente é essa ordem divina que torna tanto a prescrição como a imprescritibilidade insustentáveis jurídica e filosoficamente. Na imprescritibilidade, como não se opera o perdão, tais delitos jamais podem ser esquecidos, o que autorizaria a ordem da não-passagem do tempo. Já na prescrição, acredita-se que, com o tempo, opera-se o esquecimento e, portanto, o perdão, o que estaria a autorizar a extinção da punibilidade. A partir disso se prega o castigo como desnecessário depois de tanto tempo desde o crime.

A partir desse argumento, é possível concluir-se que, para além da imprescritibilidade, o Direito Penal também com a prescrição acaba por não resolver conflitos: mais uma vez, joga-os no fluxo temporal — apenas os decide. A decisão de extinção da punibilidade pela prescrição não faz esquecer o cometimento do fato delituoso, nem pela vítima, nem pela sociedade, nem pelo acusado. Não se opera o perdão com a prescrição. Esses fundamentos ocultos desnaturam o instituto penal em mais uma falácia do paradigma laicizador. Na perspectiva filosófica a que lançamos mão em nosso estudo, a prescrição pode aparecer como um óbice ainda mais direto ao tempo em que o atuar ético acontece, visto que a culpa pelo cometimento do fato delituoso resiste ao tempo e significa, pois, punição. Mesmo

fazendo prescrever, há punição pela culpa que resiste ao momento de extinção da punibilidade. O pecado original, tal como na imprescritibilidade, apresenta-se latente na prescrição. O acerto de contas protela-se com a imprescritibilidade e com a prescrição isso não se dá. A culpa pelo cometimento do fato delituoso continua hígida — não há libertação na prescrição.

Não existe, deste modo, conciliação entre o encontro e os institutos penais da prescrição e da imprescritibilidade. Institutos como esses não existem para a realidade do tempo, já que desprezam e petrificam a existência, violentam o que sobrou de humano no acusado.

Portanto, apesar de concluirmos que a imprescritibilidade adia o tempo de encontro, de modo que lança o conflito no fluxo temporal a aguardar dissipação, para além dessa conclusão — muito embora não seja o objetivo principal do trabalho —, não podemos deixar de apresentar um questionamento: no momento em que se dá a prescrição e extingue-se, pois, a punibilidade, é possível falar-se no encontro com o Outro?

Esse é, pois, o dinamismo da pesquisa que não se encerra, porém se inaugura com mais uma problematização, envolvendo as categorias da temporalidade e da alteridade. Há aqui a possibilidade de uma História Nova pelos caminhos da prioridade do Outro.

BIBLIOGRAFIA

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

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

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

BATISTA, Nilo. A política criminal d'A Utopia e a maldição de Hedionduras. *Discursos Sediciosos: crime, Direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, p. 87-96, 1º sem. 1997.

BATTAGLINI, Giulio. *Diritto Penale: parte generale*. Padova, 1949.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999a.

_____. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999b.

_____. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998a.

_____. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. *O mal-estar na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998b.

_____. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da História. In: —. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. 3. ed. v. 1. São Paulo: Brasiliense, 1987. (Obras Escolhidas)

_____. Sobre alguns temas em Baudelaire. In: *Textos Escolhidos/Benjamin, Horkheimer, Adorno, Habermas*. São Paulo: Abril Cultural, 1975.(Os Pensadores,48).

BERGSON, Henri. *Matéria e memória: ensaio sobre a relação do corpo com o espírito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Introdução à Metafísica*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Os Pensadores).

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. v. 2. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1966.

_____. *Direito Penal*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Código Penal comentado*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 10. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

———. Tribunal Penal Internacional. Prisão Perpétua: inconstitucionalidade. *Discursos Sediciosos: crime, Direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 9-10, 2000.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. *O excesso de prazo no Processo Penal*. Curitiba: JM, 2006.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967-1978. 3 v.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Empreza Nacional do Diário, 1857.

CARRARA, Francesco. *Programa del curso de Derecho Criminal: parte general*. v. 2. Buenos Aires : Depalma, 1944.

_____. *Programa del curso de Derecho Criminal: parte general*. v. 2. Trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Bogotá: TEMIS, 1956.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003a.

_____. Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de (coord.). *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. A ferida narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal da sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. *Estudos Ibero-Americanos*, Porto Alegre, 2006a.

_____. Criminologia e transdisciplinaridade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b.

_____. Sobre a jurisdição penal internacional: primeiras impressões a partir do garantismo jurídico. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 193-205, 2003b.

_____. Os fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua incorporação no Direito Interno brasileiro. *Revista Jurídica*, n. 337, p. 77-107, nov. 2005.

CARVALHO FILHO, Aloysio de; ROMEIRO, Jorge Alberto. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CASTIGLIONE, Theodolindo. Os crimes contra a Humanidade e o problema da prescrição em face de um código penal internacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 46, v. 385, p.7-47, nov. 1967.

CATROGA, Fernando. *Caminhos do fim da História*. Lisboa: Quarteto Editora, 2004.

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

COGAN, Arthur. *Crimes contra a segurança nacional: comentários, legislação, jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.

COSTA E SILVA, Antônio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. 2. Brasília: Ed. Fac-similar, 2004.

COSTA, José de Faria. O Direito Penal e o Tempo (algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Volume comemorativo do 75º tomo do Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 2003.

COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal objetivo: comentários atualizados ao Código Penal e ao Código de Propriedade Industrial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

CUELLO CALON, Eugenio. *Derecho Penal conforme al "Código Penal, texto refundido de 1944"*. t. 1, parte geral. Barcelona: Bosch, 1948.

DALBORA, José Luis Guzmán. Crimes internacionais e prescrição. In: AMBOS, Kai (org.). *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DAMÁSIO, Antônio R. *O erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano*. Portugal: Publicações Europa-América, 2000.

DERRIDA, Jacques. *Pensar a desconstrução*. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.

———. *Lógica do perdão*. *Folha de São Paulo*, Caderno Mais!, São Paulo, Trad. de Evandro Nascimento, 17 out. 2004.

———. Entrevista con Michel Wieviorka. Traducción de Mirta Segoviano en *El siglo y el perdón seguida de Fe y saber*. Buenos Aires: Ediciones de la Flor, 2003. p. 7-39. Edición digital de Derrida en castellano.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal português: parte geral*. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

D'URSO, Luiz Flávio Borges (coord.). *Direito Criminal contemporâneo: estudos em homenagem ao Ministro Francisco de Assis Toledo*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. v. 1. Campinas: Bookseller, 2000.

FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro*. Parte geral, v. 2 (parte segunda). Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1942.

FAYET JR., Ney. A prescrição penal e a ancianidade: o real alcance do fator de redução dos prazos prescricionais previstos no art. 115, in fine, do Código Penal. In: FAYET JR., Ney; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). *Estudos críticos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Evolução histórica da pena criminal. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (org.). *Crime e sociedade*. Curitiba: Juruá, 1998.

FAYET JR., Ney; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. *Prescrição penal: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*. t. 2. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1907.
FERRI, Henrique. *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*. Trad. de Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción al castellano de la 14ª edición alemana (Giessen, 1847) por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FLORIAN, Eugenio. Dei reati e delle pene in generale. In: FLORIAN, Eugenio; POZZOLINI, Alfredo; ZERBOGLIO, Adolfo; VIAZZI, Pio. *Trattato di Diritto Penale*. v.1. Milano: Vallardi, 1910.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia e a Justiça será*. Trad. de Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 2. ed., t. 2. v. 1. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1954.

GAROFALO, Rafael. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1908.

GARRAUD, René. *Compêndio de Direito Criminal*. v. 2. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

GAUER, Ruth Maria Chittó. "Falar em tempo, viver o tempo!" In: *Tempo/História*. GAUER, Ruth Maria Chittó; SILVEIRA, Mozart Linhares da Silva (orgs.). Porto Alegre, EDIPUCRS, 1998a.

_____. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *A construção do Estado-Nação no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. A influência da Universidade de Coimbra no moderno pensamento jurídico brasileiro. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, v. 40, jan. / jun. 1998b.

_____. Alguns aspectos da Fenomenologia da violência. In: GAUER, Gabriel J. Chittó; GAUER, Ruth M. Chittó (orgs.). *A Fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GUARAGNI, Fábio André. *Prescrição penal e impunidade*. Curitiba: Juruá, 2000.

HAUS, J. J. *Principes généraux du Droit Penal belge*. t. 2. Paris: Ernest Thorin Éditeur, 1889.

HERZOG, Jacques-Bernard. A Justiça Penal Internacional, vinte anos após Nuremberg. Trad. de Armida Bergamini Miotto. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, ano IV, n. 14, p.35-48, jul. /set. 1966.

HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1945.

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

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. 4. ed. Trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

KAFKA, Franz. *Contos, fábulas e aforismos*. Rio de Janeiro: Brasileira, 1993.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

LEAL, João José. *Crimes hediondos: aspectos políticos-jurídicos da Lei n. 8.072/90*. São Paulo: Atlas, 1996.

LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. Trad. de Aluísio Menezes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.

LEVINAS, Emmanuel. A Ontologia é fundamental? In: _____. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Trad. de Pergentino Stefano Pivatto (coord.). Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. *Totalidade e infinito*. Trad. de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2000.
LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Editorial Réus, 1999.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003a.

_____. *Introdução crítica ao Processo Penal* (Fundamentos da instrumentalidade garantista). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPEZ-PUIGGERVER, Carlos Viada. *La prescripción de las acciones y el perdón de los delitos*. 2. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1950.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LYOTARD, Jean- François. *O inumano*. Considerações sobre o tempo. Trad. de Ana Cristina Seabra e Elisete Alexandre. Lisboa: Editorial Estampa, 1990.

LYRA, Roberto. *Introdução ao estudo do Direito Criminal*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1946.

_____. *Expressão mais simples do Direito Penal: introdução e parte geral*. Rio de Janeiro: Kofino, 1976.

MACEDO, Raimundo. *Da extinção da punibilidade*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946.

MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di Diritto Penale italiano*. 4. ed. vol. 3. Torino: UTET, 1961.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. v. 3. Campinas: Millennium, 2000.

MARTINS, Rui Cunha. Modos de verdade. *Revista de História das Idéias*. Instituto de História e Teoria das Idéias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, v. 23, 2002.

_____. O nome da alma: “memória”, por hipótese. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARTINS, Salgado. *Sistema de Direito Penal brasileiro: introdução e parte geral*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal II*. Traducción e notas de Derecho Español por Juan Córdoba Roda. Barcelona: ARIEL, 1962.

MAURACH, Reinhart et alii. *Derecho Penal: parte general 2*. Trad. de Jorge Bofill Genzsch. Edição atual. por Karl Heinz Gossel e Heinz Zipf. Buenos Aires: Astrea, 1995.

MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. de Tadeu Antônio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal: parte geral*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2005.

MORETTO, Rodrigo. *Crítica interdisciplinar da pena de prisão: controle do espaço na sociedade do tempo*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2005.

MORIN, Edgar. *Amor, poesia, sabedoria*. Trad. de Edgar de Assis Carvalho. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

NESTROWSKY, Arthur; SELIGMANN-SILVA, Márcio (orgs.). *Catástrofe e representação*. São Paulo: Escuta, 2000.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Direito Penal*. 24. ed. atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Piaget, 1999.

PELIZZOLI, Marcelo Luiz. *A relação ao outro em Husserl e Levinas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1994.

_____. *Levinas: a reconstrução da subjetividade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. t. 6. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

PORTO, Antônio Rodrigues. *Da prescrição penal*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. rev. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PRIGOGINE, Ilya. *As leis do caos*. São Paulo: UNESP, 2002.

_____. *O fim das certezas: tempo caos e as leis da natureza*. São Paulo: UNESP, 1996.

_____. *O nascimento do tempo*. Lisboa: Edições 70, 1988.

PRINS, Adolphe. *Science Pénale et Droit Positif*. Paris: Libraire A. Marescq, Ainé, 1899.

_____. *Ciência Penal e Direito Positivo*. Trad. de Henrique de Carvalho. Lisboa: Teixeira, 1915.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

RAUTER, Cristina Mair Barros. *Clínica do esquecimento*: construção de uma superfície. Tese de Doutorado apresentada à PUC, São Paulo, 1998.

REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROSENZWEIG, Franz. *El nuevo pensamiento*. Madrid: Visor, 1989.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Da prescrição penal* - doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. *História, memória, literatura*: o testemunho na era das catástrofes. Campinas: Editora da UNICAMP, 2003.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Katia Elenise Oliveira da. *O papel do Direito Penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Filosofia jurídica da alteridade*. Curitiba: Juruá, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacyntho, 1932.

_____. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. t. 2. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947.

SOUZA, Ricardo Timm de. *A Ética como fundamento*: uma introdução à Ética contemporânea. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004a.

_____. *Ainda além do medo*: Filosofia e Antropologia do preconceito. Porto Alegre: Dacasa, 2002.

_____. A racionalidade ética como fundamento de uma sociedade viável: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da 'corrupção'. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004b.

_____. Alteridade & Pós-modernidade - sobre os difíceis termos de uma questão fundamental. In: _____. *Sentido e alteridade: dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Levinas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000a.

_____. *Existência em decisão* - uma introdução ao pensamento de Franz Rosenzweig. São Paulo: Perspectiva, 1999a.

_____. Justiça, liberdade e alteridade ética. Sobre a questão da radicalidade da Justiça desde o pensamento de E. Levinas. *Veritas*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 1995.

_____. *O tempo e a máquina do tempo: estudos de Filosofia e de Pós-Modernidade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

_____. *Razões plurais* - itinerários da racionalidade no século XX: Adorno, Bergson, Derrida, Levinas, Rosenzweig. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004c.

_____. *Metamorfose e extinção* - sobre Kafka e a patologia do tempo. Caxias do Sul: EDUCS, 2000b.

_____. *Sentido e alteridade: dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Levinas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000c.

_____. *Sobre a construção do sentido* - o pensar e o agir entre a vida e a Filosofia. São Paulo: Perspectiva, 2003.

_____. *Sujeito, Ética e História* - Levinas, o traumatismo infinito e a crítica da Filosofia Ocidental. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999b.

_____. *Totalidade & desagregação: sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. Três teses sobre a violência. *Revista de Ciências Sociais* - Civitas, ano 1, n. 2, dez. 2001.

SHINTATI, Tomaz M. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Crimes de racismo: crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. *Revista dos Tribunais*, ano 86, v. 743, p. 459-482, set. 1997.

SZNICK, Valdir. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral: v. 1*. São Paulo: Atlas, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1998*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

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

WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Princípios de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 2004.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Trad. de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

_____. *Derecho Penal: parte general*. Trad. de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. v. 5. Buenos Aires: EDIAR, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Manual de Derecho Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro - teoria geral do Direito Penal*. 2. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. de Vânia Romana Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. In: *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires, BdeF, 2005,

ZANON, Artemio. *Introdução à Ciência do Direito Penal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

ZERBOGLIO, Adolfo. *Della prescrizione penale*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1893.