



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

CURSO DE DIREITO

SUELLEN AVELAR FERNANDES

DA IMPRESCRITIBILIDADE DO HOMICÍDIO DOLOSO

Juiz de Fora - MG

2017

SUELLEN AVELAR FERNANDES

DA IMPRESCRITIBILIDADE DO HOMICÍDIO DOLOSO

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Besnier Chiani Villar

JUIZ DE FORA – MG

2017

FOLHA DE APROVAÇÃO

Luellen Anika Ferraz

Aluno

Da impunitividade pelo homicídio doloso.

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

[Assinatura]

[Assinatura]

[Assinatura]

Aprovada em 13/12 / 2017.

Dedico esse trabalho a toda sociedade civil de bem, que se sente oprimida pelo aumento da violência e da impunidade no Brasil.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por toda a sua misericórdia e por ter me sustentado até aqui.

A minha mãe, Rosineia, pelo incentivo, apoio e amor incondicional. Serei eternamente grata por acreditar nos meus sonhos e ir à busca deles comigo.

Aos familiares e amigos que acompanharam minha trajetória, me apoiaram e entenderam a minha ausência justificada.

A todo o corpo docente da Universidade Presidente Antônio Carlos, que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

Muito obrigada!

Nenhum obstáculo é grande
demais quando confiamos em
Deus.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso analisou a possibilidade de extensão da imprescritibilidade penal para o delito de homicídio doloso. Foi feito um estudo sobre os fundamentos que embasam o instituto da prescrição penal, bem como as suas espécies, particularidades e seus efeitos jurídicos e sociais. Do mesmo modo, explanou-se sobre a imprescritibilidade penal e suas hipóteses previstas na Constituição Federal de 1988 e no direito comparado, abordando temas controvertidos, como a adesão do Brasil ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e o precedente do Supremo Tribunal Federal que discorre sobre a possibilidade de ampliação do rol de crimes imprescritíveis. Fez-se uma exegese do artigo 121 do Código Penal e examinou os elevados índices de violência letal no Brasil e no mundo, bem como a morosidade e a precariedade do sistema judiciário brasileiro, além da prescrição, como fator desencadeante da impunidade e conseqüentemente do aumento da criminalidade.

Palavras-chave: Constituição Federal. Prescrição Penal. Impunidade. Imprescritibilidade. Homicídio Doloso.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 PRESCRIÇÃO PENAL.....	12
2.1 Espécies de prescrição.....	13
2.1.1 Subespécies da prescrição da pretensão punitiva.....	14
2.1.2 Subespécies da prescrição da pretensão executória.....	16
2.2 Natureza Jurídica.....	18
2.3 Principiologia.....	19
2.3.1 Teoria da Emenda.....	20
2.3.2 Teoria Psicológica.....	21
2.3.3 Teoria da Expição Moral do Criminoso.....	22
2.3.4 Teoria da Dispersão das Provas.....	23
3 IMPRESCRITIBILIDADE PENAL: CONCEITO E FUNDAMENTO.....	25
3.1 Hipóteses previstas no Direito Pátrio.....	26
3.1.1 Da prática de racismo.....	20
3.1.2 Das ações criminosas de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.....	28
3.2 A Imprescritibilidade no mundo.....	29
3.2.1 Do Direito Comparado.....	29
3.2.2 Dos Tribunais Penais Internacionais.....	32
3.2.2.1 Tribunal de Nuremberg.....	32
3.2.2.2 O Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional.....	33
4 POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DE NOVAS CLÁUSULAS DE IMPRESCRITIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	38
5 DA IMPRESCRITIBILIDADE DO HOMICÍDIO DOLOSO.....	42
5.1 Preceitos basilares.....	42
5.1.1 Homicídio privilegiado.....	46
5.1.2 Homicídio qualificado.....	47
5.1.3 Causas de aumento de pena no homicídio doloso.....	57
5.2 A Criminalidade no Brasil	58
5.3 Impunidade como fator desencadeante do crime.....	61

5.4 Prescrição penal como causa geradora da impunidade nos crimes de homicídio doloso.....	63
CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS.....	69

1 INTRODUÇÃO

Considerando que a vida humana é o maior e mais importante bem jurídico de todo ordenamento jurídico, merecendo tratamento condizente com seu grau de importância, e que os casos de mortes dolosamente provocadas têm crescido de forma assustadora no Brasil, implantando na sociedade uma sensação constante de insegurança, a presente monografia tem por objetivo verificar a possibilidade de extensão da imprescritibilidade penal – até então prevista na Constituição Federal apenas para os crimes de racismo (artigo 5º, XLII) e de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, XLIV) – para o delito de homicídio doloso.

A relevância da discussão da imprescritibilidade do homicídio doloso, crime hediondo, conforme previsto pelo artigo 1º, inciso I, da lei nº 8.072/90, está na garantia de se assegurar os direitos fundamentais das vítimas e de toda a sociedade civil. Seu reconhecimento levaria a grandes mudanças relacionadas à abordagem da prescrição penal, tanto da pretensão punitiva, quanto da pretensão executória. O tema possui também uma grande relevância acadêmica, por debater um assunto pouco discutido e ainda controverso no mundo jurídico.

No primeiro capítulo foi analisado o instituto da prescrição penal, que pode ser conceituado como a perda estatal do direito de punir pelo decurso do tempo. Abordou-se suas espécies e subespécies, bem como sua natureza jurídica e as teorias que tentaram fundamentá-lo, contudo, sem êxito.

Em seguida, no segundo capítulo, dissertou-se sobre a imprescritibilidade penal, expondo as hipóteses previstas no ordenamento jurídico pátrio e no direito comparado, fazendo alusão aos Tribunais Penais Internacionais, com destaque para o Estatuto de Roma.

Ao terceiro capítulo coube a análise da viabilidade de inclusão de novas cláusulas de imprescritibilidade penal no ordenamento jurídico pátrio, debatendo temas controversos, como a criação de cláusula pétrea, a adesão do Brasil ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e o precedente do Supremo Tribunal Federal que discorre sobre a possibilidade de ampliação do rol de crimes imprescritíveis.

Já no quarto capítulo, realizou-se um estudo sobre o homicídio, examinando os elevados índices de violência letal no Brasil e no mundo. Demonstrou-se que a prescrição

penal, além de seus efeitos negativos à sociedade, uma vez que acaba extinguindo a responsabilidade criminal do delinquente, estimula, também, a criminalidade através da impunidade.

Nesse diapasão, buscou-se com o presente trabalho, implementar uma maior segurança jurídica, tanto para os procedimentos judiciais, quanto para a sociedade de forma geral, posto que a vida é o bem jurídico de maior valia e uma vez ceifada, não pode ser restabelecida ou substituída e tão menos indenizada de forma justa e equiparada, estando acima de qualquer Constituição.

2 PRESCRIÇÃO PENAL

O instituto prescricional penal brasileiro, divide-se basicamente em duas pretensões, a punitiva e a executória, sendo do Estado o poder intransferível e exclusivo de fazer valer o *jus puniendi*, obedecendo, para tanto, determinado lapso temporal descrito em lei, sob pena de ver frustrada a formação do título executivo judicial e/ou sua execução.

A doutrina não é uníssona ao conceituar a prescrição, havendo entendimento de que se trata de renúncia do Estado às pretensões punitiva e executória, em razão do decurso do tempo e, lado outro, de ser a perda do *jus puniendi* Estatal.

De acordo com Christiano Jorge Santos (2010, p. 82), a prescrição é a renúncia do Estado, pois:

[...] o estabelecimento de prazos de prescrição, quando reconhecida a existência do instituto num determinado ordenamento jurídico, decorre de opção do próprio Estado. Vale dizer, não é por direito natural ou divino que se reconhece a extinção do direito de punir ou de executar a pena, mas pela existência de normas jurídicas que assim determinam. Logo, sendo as regras criadas pelo próprio Estado, muito mais adequado que se diga ser a prescrição renúncia de perda de direitos.

Noutro giro, Rogério Greco (2013, p. 719) é filiado à corrente em que se afirma ser a prescrição a perda do *jus puniendi*, pois mesmo querendo, o Estado não pode exercê-lo, o que é contrário à renúncia. Segundo ele, a prescrição é o “instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade”.

No mesmo sentido posiciona-se Damásio (2005, p. 717), para o qual a prescrição penal é a “perda da pretensão punitiva ou executória do Estado pelo decurso do tempo sem o seu exercício”.

Em que pesem essas opiniões, crer-se que o acerto está nas lições de José Frederico Marques (2002, p. 471-472), que logrou sintonizar as duas posturas. Afirma o autor que:

Ilustres penalistas falam em renúncia ou abdicação do Estado, quando cessa seu poder punitivo pelo decurso do prazo prescricional. Essa renúncia, porém, só pode ser entendida se focalizada no momento pré legislativo 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 delinquente. Desaparece o direito de punir porque o Estado, através de seus órgãos, não conseguiu, em tempo oportuno, exercer sua pretensão punitiva.

Registre-se que, por ser matéria de ordem pública, a prescrição pode ser reconhecida, *ex officio*, em qualquer fase do processo, conforme ditames do artigo 61 do Código de Processo Penal.

2.1 Espécies de prescrição

Superado o conceito de prescrição, faz-se mister descrever suas espécies. Segundo dito anteriormente, o ordenamento jurídico penal prevê a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória.

Incumbe salientar, inicialmente que:

[...] pretensão é o ato de solicitar com veemência ou, em outras palavras, é uma exigência. Quando há duas pretensões opostas, surge uma disputa que, levada à Justiça, chama-se lide. Pois bem, no direito penal, uma das pretensões do Estado é aplicar as sanções penais aos autores de infração penal (via de regra, punir o criminoso). (apud SANTOS, 2010, p. 32).

Ao deixar de acionar o Poder Judiciário ou não efetivar em tempo hábil a prestação jurisdicional que lhe foi oferecida e é incumbida por este, o Estado perde seu direito de punir. Dessa forma, a prescrição da pretensão punitiva, regulada pelo artigo 109 do Código Penal, é a consequência da inércia estatal, que deixando transcorrer determinado intervalo de tempo, impede o começo ou interrompe a persecução penal, afastando os feitos penais e extrapenais da condenação, quando esta chega a ocorrer, sem, contudo, transitar em julgado.

Sobre o tema, Mirabete (2005, p. 404) aduz que:

Ocorrido o crime, nasce para o Estado a pretensão de punir o autor do fato criminoso. Essa pretensão deve, no entanto, dentro de determinado lapso temporal que varia de acordo com a figura criminosa composta pelo legislador e segundo o critério do máximo cominado em abstrato da pena privativa de liberdade. Escoado esse prazo, que é submetido a interrupções ou suspensões, ocorre a prescrição da pretensão punitiva, chamada impropriamente de prescrição da ação penal.

Por sua vez, Zaffaroni (2005, p. 646) ensina que a:

[...] prescrição da pretensão punitiva verifica-se antes do trânsito em julgado da sentença final condenatória e acarreta a perda, pelo Estado, da pretensão de obter uma decisão acerca do crime que imputa a alguém. Por tal motivo, não implica responsabilidade ou culpabilidade para o acusado, não reflete nos antecedentes e nem marca futura reincidência.

Por outro lado, se a prescrição ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória final, estar-se-á diante da prescrição da pretensão executória, na qual o Estado perde o poder de executar a pena imposta.

Nas lições de Mirabete (2005, p. 404):

Transitada em julgado a sentença condenatória para ambas as partes, surge o título penal a ser executado dentro de um certo lapso de tempo, variável de acordo com a pena concretamente aplicada. Tal título perde sua força executória se não for exercitado pelos órgãos estatais o direito dele decorrente, verificando-se então a prescrição da pretensão executória, também denominada a prescrição da pena, da condenação, ou da execução da pena.

No mesmo sentido, Damásio E. de Jesus (2005, p. 719), afirma que:

Na prescrição da pretensão executória (chamada impropriamente de prescrição da condenação), o decurso do tempo sem o seu exercício faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na sentença condenatória. [...] A prescrição da pretensão executória ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória. [...] Aplica-se o disposto no art. 110 do CP.

2.1.1 Subespécies da prescrição da pretensão punitiva

Como visto, a prescrição da pretensão punitiva ocorre quando o prazo prescricional consuma-se antes da sentença condenatória com trânsito em julgado para as partes. Subdivide-se em prescrição pela pena em abstrato e prescrição pela pena em concreto.

A primeira é verificada antes da propositura da ação penal ou após o seu início e até mesmo após a prolação da sentença de 1ª instância, desde que haja recurso da acusação. (ESTEFAM, 2012). Para seu cálculo, leva-se em conta a pena máxima abstrata prevista em cada tipo penal, observando-se o disposto no artigo 109 do Código Penal, a saber:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Assim, no crime de homicídio simples, por exemplo, para o qual a lei estabelece pena máxima de 20 anos (artigo 12, *caput*, do CP), o prazo prescricional é de 20 anos, pois a pena máxima é superior a 12 anos, aplicando-se o disposto no inciso I do referido artigo 109.

A partir da prolação de sentença condenatória, há uma sanção concreta estabelecida ao réu. Dessa forma, após o trânsito em julgado para a acusação ou o improvimento de seu recurso, a pena aplicada não poderá ser elevada em face do princípio *non reformatio in pejus*,¹ passando a prescrição a ser analisada pela pena em concreto² que, por sua vez, subdivide-se em prescrição retroativa e prescrição intercorrente, também chamada de superveniente ou subsequente.

É retroativa a modalidade de prescrição calculada com base na pena aplicada na sentença penal condenatória recorrível para a defesa, com trânsito em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, contada a partir da data do recebimento da denúncia ou queixa, até a data da publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis. (GRECO, 2013).

Por sua vez, considera-se como intercorrente, a prescrição a que é contada a partir da publicação da decisão judicial condenatória recorrível³, tomando-se por base o trânsito em julgado para a acusação ou o improvimento do seu recurso, até a data anterior ao trânsito em julgado efetivo, isto é, para ambas as partes (ESTEFAM, 2012). Frisa-se que a aplicação desta modalidade só é possível desde que não tenha ocorrido a prescrição retroativa.

O termo inicial para a fluência do prazo prescricional está estabelecido pelo artigo 111 do Código Penal, de onde são retiradas as seguintes hipóteses: I - do dia em que o crime se consumou; II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa; III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido; V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos

¹ Nos termos do artigo 617 do Código de Processo Penal: O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

² Art. 110 – [...] § 1º. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

³ Apesar do artigo 110, § 1º do CP fazer menção apenas à sentença condenatória, a interpretação que deve se dá é em sentido amplo, para abarcar tanto as decisões judiciais condenatórias monocráticas (sentenças), quanto as colegiadas (acórdãos).

neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

Observa-se que enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime descrito na denúncia, bem como se o agente estiver cumprindo pena no estrangeiro, o prazo prescricional ficará suspenso, conforme preceitua o artigo 166, *caput*, incisos I e II do Código Penal.

Além das hipóteses previstas no Código Penal, cita-se o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 e o artigo 366 do Código de Processo Penal. O primeiro trata da suspensão do prazo prescricional no curso do processo, desde que o crime tenha pena mínima igual ou inferior a um ano, o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, esteja presente os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena e que se submeta a um período de prova.

Já o segundo, diz respeito ao acusado que, mesmo após ser citado por edital, permanece silente, caso em que serão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional. O STF no julgamento do RE 460971, entendeu pela possibilidade de suspensão por prazo indeterminado, na hipótese do artigo em estudo. Em sentido contrário, o STJ editou a Súmula nº 415, no qual afirma que o período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena culminada. A doutrina divide-se entre os dois posicionamentos.

Noutro giro, o curso da prescrição da pretensão punitiva será interrompido nas seguintes hipóteses: recebimento da denúncia ou queixa, pronúncia, decisão confirmatória da pronúncia e publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.

Enfatiza-se que na suspensão, o prazo volta a contar de onde parou. Já na interrupção, independente do tempo passado, o prazo voltará a correr do início, ou seja, “após cada causa interruptiva da prescrição, deve ser procedida nova contagem do prazo, desprezando-se, para esse fim, o tempo anterior ao marco interruptivo”, nos termos do artigo 117, § 2º, do Código Penal. (GRECO, 2013, p. 737-738).

2.1.2 Subespécies da prescrição da pretensão executória

Após a sentença penal condenatória transitar em julgado, surge para o Estado o interesse de executar a pena imposta ao condenado. Trata-se, portanto, da pretensão executória. Dessa forma, se o Estado não consegue dar início à execução penal dentro dos prazos estabelecidos pela legislação, ocorre a prescrição da pretensão executória, também conhecida por prescrição da pena.

Ao contrário do que ocorre com a prescrição da pretensão punitiva, em que o estado não poderá impingir qualquer sequela ao agente pela prática da infração penal, tornando-a sem efeito, na pretensão executória, a prescrição atinge apenas a pena principal, permanecendo os efeitos secundários da condenação, tais “como o registro do antecedente, a viabilidade de gerar reincidência, o dever indenizatório na área cível”, entre outros. (NUCCI, 2017, p. 416).

Extrai-se do *caput* do artigo 110 do Código Penal que o prazo prescricional fluirá pela pena fixada na sentença condenatória transitada em julgado para as partes, segundo os patamares descritos no citado artigo 109 do Código Penal.

O artigo 112⁴ do mesmo diploma legal, estabelece os termos iniciais da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível, e na primeira parte de seu inciso I, prevê que a prescrição começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação.

Este dispositivo é muito criticado, porque permite que o curso do prazo da prescrição da pena tenha início antes que seja possível ao Estado determinar o seu cumprimento (ESTEFAM, 2012). Nesse sentido, com precisão, Rogério Greco (2013, p. 723) afirma que:

[...] somente se pode falar em prescrição da pretensão executória quando o Estado já tiver formado o seu título executivo judicial, o que somente acontece após o trânsito em julgado para ambas as partes, e ainda, com a efetiva possibilidade de execução do título executivo judicial formado por meio do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Concorda-se com o posicionamento do autor, uma vez que sendo a prescrição da pretensão executória a perda do direito de executar a pena imposta pelo juiz ao condenado, em razão da inércia do Estado em agir, certo é que, sem o trânsito em julgado para a defesa, o Estado ainda não pode exercer o seu poder-dever de executar a pena, razão pela qual também não pode ser punido com a perda de seu *jus puniendi in concreto*.

⁴ Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; II - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

As causas interruptivas da prescrição da pretensão executória estão previstas no artigo 117, incisos V e VI, do Código Penal, quais sejam, o início ou continuação do cumprimento da pena e a reincidência.

Observa-se que a reincidência, além de interromper o curso da prescrição, é causa de aumento do prazo prescricional. Nos termos do artigo 110, *caput*, do Código Penal, se o juiz, ao condenar o réu, declarar na sentença que ele é reincidente, a prescrição da pretensão executória será aumentada em 1/3. Não foi atoa que o STJ editou a Súmula nº 220, *ipsis verbis*: “A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva.”

Como causa suspensiva do prazo prescricional, o artigo 116, parágrafo único, do Código Penal, prevê que não correrá prescrição enquanto o condenado estiver preso por outro motivo, que deve ser interpretado, como sendo por outro processo.

2.2 Natureza Jurídica

Há tempos se questiona sobre a natureza jurídica da prescrição penal, ou seja, se é um instituto jurídico de direito material, processual ou misto.

O principal fundamento para os que defendem a natureza material da prescrição, é a sua previsão no Código Penal e o fato da contagem de seu prazo estar em consonância com o artigo 10 do mesmo diploma legal (RECOUSO, 2014). Esta corrente predomina no Direito Penal brasileiro, sendo adeptos, entre outros, Rogério Greco, Cezar Roberto Bitencourt, Damásio E. de Jesus, Miguel Reale Júnior, Raúl Eugenio Zaffaroni, Antônio Rodrigues Porto, Guilherme de Souza Nucci, Victor Eduardo Rios Gonçalves e Christiano Jorge Santos. Este último ainda afirma que:

Tem-se, pois, que a punibilidade é a ‘possibilidade jurídica de imposição da sanção’, ou seja, vinculada à pena, trata-se de questão essencialmente penal. Assim, sendo a prescrição uma causa de extinção da punibilidade, outra colocação não se lhe pode atribuir senão a de instituto de direito material. (SANTOS, 2010, p. 33).

Reale (2004, p. 194), em sua obra “Instituições de Direito Penal”, brilhantemente posiciona-se na corrente majoritária. O autor considera que o “aspecto essencial é de natureza material, pela perda do poder-dever de punir, em vista do absoluto desatendimento das finalidades da pena em razão do decurso do tempo. O aspecto processual constitui uma repercussão natural da questão material”.

Por seu turno, a corrente defensora da natureza jurídica processual penal, entende que a prescrição constitui um obstáculo ao início ou prosseguimento da persecução criminal.

Nesse sentido, Heleno Cláudio Fragoso (2006, p. 517) afirma que o aspecto processual da prescrição é o mais nítido, sobretudo quando se trata da prescrição da pretensão punitiva. Segundo ele, “os que afirmam o caráter puramente processual da prescrição, vêem nela apenas uma suspensão ou impedimento do processo, entendendo que o decurso do tempo não pode transformar a punibilidade em impunibilidade”.

Já Fábio André Guaragni (2008, p. 50-51), entende que a prescrição penal possui natureza mista, “pois obsta tanto o exercício da ação ou da execução da pena, como veda o exercício de punir (impor a pena no caso concreto) e o direito de executar (*jus executionis*), fazendo-o simultaneamente e irradiando seus efeitos em seara penal e processual penal”.

Filia-se ao entendimento da doutrina majoritária. Dessa forma, para a análise do prazo prescricional, deve-se incluir o dia do começo e excluir o dia do término. Registre-se que por ser improrrogável, pode findar em finais de semanas ou feriados.

2.3 Principiologia

Desde o nascimento do instituto da prescrição, várias teorias justificadoras foram criadas. Neste trabalho serão analisadas as mais adotadas e criticáveis pela doutrina dominante.

2.3.1 Teoria do Esquecimento

Os defensores desta teoria pregam que “com o decurso do tempo, a memória coletiva apaga a recordação das circunstâncias do crime até que outras impressões tomem lugar. A indignação pública, o sentimento coletivo de insegurança e os reclamos pela retribuição do mal do crime esvaem-se” (TRIPPO, 2004, p. 46) e, por conseguinte, deixa de existir interesse social na punição dos delinquentes, pois a não recordação do delito faz com que a pena perca seu caráter de exemplaridade.

Entretanto, filia-se ao entendimento de que a pena não perde, em tempo algum, a sua exemplaridade, visto que a sociedade se alarma não é com o crime cometido, mas com a existência, no seu seio, de malfeitores, que o mesmo crime revelou, e que podem vir a reincidir, ou, pelo menos, a constituir permanente ameaça à vida, à honra e à propriedade dos indivíduos, assim não incida sobre eles a pena. “A ineficácia da repressão tardia é uma

presunção que nem sempre corresponde à realidade”. (PECCO, apud CARVALHO FILHO, 1958, p. 214-215).

Ademais, segundo Christiano Jorge Santos (2010, p. 39), “para que se possa falar em esquecimento, necessário ter como pressuposto o conhecimento do crime”, o que nem sempre ocorre, principalmente com a atual e significativa concentração urbana que faz com que a população apenas tome conhecimento do cometimento de delitos envolvendo familiares, amigos, vizinhos e os casos alastrados pela mídia. Excetuadas tais hipóteses, pode-se afirmar, por óbvio, que não é possível esquecer-se do que é desconhecido.

Referido autor ainda alega que:

É certo que não se pode conferir caráter científico à afirmação de que a grande maioria da população brasileira, depois de muitos anos, perdoaria o autor ou os autores de um covarde homicídio ou de crimes sexuais violentos praticados contra inocentes crianças, mas, de qualquer modo, também não se calca em elementos científicos a afirmação contrária, como é feito pelos adeptos da teoria do esquecimento. Só isso já basta para retirar-lhe – ao menos parcialmente – valor. [...] Pela psicologia, pode-se afirmar que, dependendo da vítima e da espécie de crime, certos delitos podem ficar para sempre na lembrança consciente das pessoas, como também é possível que o trauma gere o esquecimento do episódio como mecanismo de autodefesa psíquica, ressurgindo do inconsciente espontaneamente, através de sonhos, por exemplo [...] Em suma, o esquecimento pode ou não ocorrer. (SANTOS, 2010, p. 40-41).

Por fim, critica-se também a abrangência não especificada, pela teoria, das pessoas atingidas pelo esquecimento. Ora, dificilmente uma vítima de um delito grave, como uma tentativa de homicídio, ou seus familiares, quando este é consumado, se esquecerão do ocorrido. Dessa forma, perde sentido falar-se em prescrição com fundamento na Teoria do Esquecimento.

2.3.1 Teoria da Emenda

Por esta teoria entende-se justificada a prescrição, por presunção *juris et de jure*, quando, após certo lapso temporal não haja notícia de reincidência do criminoso, tido como reabilitado, desaparecendo, assim, o interesse punitivo do Estado.

Argumenta Mara Regina Trippo (2004, p. 48) que “durante esse prazo, o Estado teria, involuntariamente, feito uma experiência com o criminoso, que resultou positiva, pois o

réu teria demonstrado que se ajustou ao ambiente social, de modo que o cárcere lhe seria medida inútil”.

Críticas advieram a tal teoria, pois exigir, tão-somente, a boa conduta do criminoso para considerá-lo recuperado é no mínimo incongruente, visto que a reincidência delituosa serve de fundamento para interromper a prescrição penal (conforme analisado acima), e não como pressuposto de extinção de punibilidade a sua inocorrência. (OLIVEIRA, 2014).

Nesse diapasão, de acordo com Christiano Jorge Santos (2010, p. 47), esta teoria:

[...] somente mereceria maiores considerações a verificação “em concreto” do fim da periculosidade, situação dependente de elementos muito mais palpáveis que a mera verificação da reincidência ou não. E se fosse levada a ideia às últimas consequências, dependeria o reconhecimento da prescrição da análise comportamental ampla da vida de cada criminoso. Mesmo assim, estariam sendo consideradas apenas as funções preventiva especial e ressocializadora (ou “socializadora”) da pena, esquecida as demais.

Além disso, afirma o autor, citando Girolomo Penso (apud, SANTOS, 2010, p. 47), que o que se trata aqui não é “do decurso do tempo ou da falta de exercício da pretensão punitiva pelo Estado, mas a emenda do culpado; teríamos, portanto, uma espécie de perdão” ou até mesmo a graça em sentido estrito (também chamada de indulto individual), e não de fundamento para a prescrição.

2.3.2 Teoria Psicológica

Criada por Gabriel Tarde⁵ e sendo um desdobramento da Teoria da Emenda, a Teoria Psicológica preconiza que “o decurso do tempo muda a estrutura psíquica do culpado e abre uma lacuna imensa entre o fato e o agente, diante da qual a pena perde seu valor e escopo, havendo de ser afastada” (TRIPPO, 2004, p. 48-49), pois ‘outro’ seria o indivíduo a quem se impõe a pena. (GUARAGNI, 2008, p. 29).

Zaffaroni e Pierangeli (2005, p. 645) são adeptos desta corrente:

Na nossa maneira de ver – e de conformidade com a teoria da prevenção especial, pela qual nos inclinamos –, cremos que a razão fundamental da prescrição está em ‘não ser o homem que está diante do tribunal aquele que praticou o delito’ (Schultz), como também não é o mesmo homem condenado aquele que está frente ao órgão e

⁵ Filósofo, sociólogo, psicólogo e criminologista francês, nascido em 12 de março de 1843, em Salartla-Canéda, França.

execução. **Se a ressocialização se produzir por si só, sem a intervenção da coerção penal, o cárcere fica sem sentido.** (grifo nosso.)

Noronha (2001, p. 362) também compartilha da ideia. Segundo ele:

O tempo, que tudo apaga, não pode deixar de influir no terreno repressivo. O decurso de dias e anos, sem punição do culpado, gera a convicção da sua desnecessidade, pela conduta reta que ele manteve durante esse tempo. Por outro lado, ainda que se subtraindo à ação da justiça, pode aquilatar-se de sua intranquilidade, dos sobressaltos e terrores que passou, influenciando esse estado psicológico em sua emenda ou regeneração.

Noutro giro, as ideias de Gabriel Tarde foram contestadas por Garraud (apud, PORTO, 1988, p. 19), sob a alegação de que sua aplicação equitativa exigiria o término antecipado da execução da pena imposta, vez que, após certo tempo, o condenado também teria mudado.

Antônio Rodrigues Porto (apud SANTOS, 2010, p. 48), afirma que “na verdade o indivíduo é o mesmo: a obliteração parcial do fato criminoso (pois a total não existe), por si só não constitui motivo para deixar de haver aplicação da pena”.

Não se olvide que o ser humano está sujeito a modificações, seja elas para melhor ou para pior, entretanto:

[...] mesmo em se admitindo a modificação, também inviável o argumento ‘psicológico’, pois se a modificação do indivíduo ‘para melhor’ justificaria a prescrição, não expuseram os criadores da teoria nem seus defensores a solução para os criminosos que somente pioram moral e comportamentalmente. Decerto, a resposta somente poderá ser a da imprescritibilidade, pois nada justificaria deixar impune alguém que no momento do cumprimento da pena revela conduta ainda mais antissocial do que à época em que o cometeu. (SANTOS, 2010, p. 48).

Ademais, mesmo que a mudança fosse para melhor, consoante Mara Trippo (2004, p. 49), “a experiência mostra que, em regra, a alteração da personalidade do indivíduo exige longos anos, de modo que não se justificariam as prescrições com prazos curtos”.

Deste modo, conclui-se que a teoria em comento, assim como as outras analisadas até agora, não foi apta a fundamentar a prescrição.

2.3.3 Teoria da Expição Moral do Criminoso

O escopo desta teoria reside na presunção de que o culpado, durante o longo desenvolvimento da persecução criminal, expia a culpa que recai sobre si, através das

angústias e remorsos sofridos, de modo que impor outra pena, além desta, significaria atentar contra o princípio *non bis in idem*.

Mesmo se inexistir processo, porque, exemplificativamente, a autoria não foi descoberta, também estaria fundamentada a prescrição, por presunção de que o infrator da lei seria tomado de remorso e isso provocar-lhe-ia sofrimento de tal monta que tornaria desnecessária a aplicação da pena. (SANTOS, 2010).

Entretanto, tal teoria não é digna de argumento válido, primeiramente porque a “pena não se compensa pelo sofrimento moral, além de não ter mero fim aflitivo” (GUARAGNI, 2008, p. 29). Segundo, porque “no mínimo é delicado equiparar os temores de futura punição com a punição em si mesma. Dificilmente equivalem a aflição da pena, coercitivamente imposta, e a aflição psíquica decorrente do medo da pena, pois esta é interna, camuflável e não-estigmatizante.” (TRIPPO, 2004, p. 50).

Além disso, não se pode presumir que todo criminoso se arrepende de cometer um delito. Aliás, a ausência de arrependimento é comum entre os mais audaciosos e para eles a prática de um ou mais crimes é mera rotina, sendo imunes ao sentimento de remorso.

Destarte, adotar esta teoria seria uma afronta ao princípio da busca da verdade real, pois é dizer que todos que respondem a um processo criminal, na realidade, estão cumprindo pena.

Com base nesse raciocínio, conclui a doutrina majoritária⁶ que no caso de detecção de real arrependimento do criminoso, caberia a concessão de clemência soberana, em específico, a graça, e não a prescrição.

2.3.4 Teoria da Dispersão das Provas

Eminentemente de cunho processual, a teoria condiz com a ideia de que com o passar do tempo, as provas se perdem, tornando-se incerto o fato delituoso, logo, não há motivos para prosseguimento de investigação criminal, pois são iminentes os riscos de um eventual erro judiciário, acarretando, conseqüentemente, injustiças irremediáveis. (OLIVEIRA, 2014);

Limita-se, portanto, à prescrição da pretensão punitiva na modalidade *in abstracto*, uma vez que após o trânsito em julgado da sentença condenatória, “exsurge a certeza jurídica sobre o fato, não se cogitando mais de provas” (TRIPPO, 2004, p. 53), e tramita na esfera inquisitorial, já que seus elementos probatórios, ou seja, prova da materialidade e indícios de

⁶ Nessa linha, Christiano Jorge Santos, Mara Regina Trippo, Lima Drummont, Eduardo Reale Ferrari, Antônio Rodrigues Porto, Jacques Joseph Haus, Adolphe Prins, entre outros.

autoria são colhidos antes do recebimento da ação penal (denúncia ou queixa), nada impedindo que sejam reforçados em juízo.

Além da crítica de a teoria não abarcar todo o instituto prescricional, outras merecem destaque, senão vejamos.

A adoção da teoria atenta contra o princípio da livre apreciação da prova por parte do julgador; não explica os casos das prescrições de tempo reduzido, eis que dificilmente perecerá as provas do ilícito, portanto os prazos deveriam ser iguais para todos os crimes, já que este processo natural independe da gravidade do fato; a impossibilidade de análise de provas tardias pode ser causa geradora de impunidade, sendo certo que o tempo é a favor da tecnologia e, conseqüentemente, do desvendamento da verdade real. (SANTOS, 2010).

Acrescente-se o fato de o desaparecimento das provas, por vezes ser realizado pelo próprio criminoso, como forma de se livrar de uma possível condenação, casos nos quais deve o delito ser provado por indícios. Nesse sentido, leciona Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 506):

Os indícios são perfeitos tanto para sustentar a condenação, quanto para a absolvição. Há autorização legal para a sua utilização e não se pode descurar que há muito preconceito contra essa espécie de prova, embora seja absolutamente imprescindível ao juiz utilizá-la. Nem tudo se prova diretamente, pois há crimes camuflados – a grande maioria – que exigem a captação de indícios para a busca da verdade real.

Assim, entende-se que esta teoria, assim como todas as outras apresentadas, é ineficaz para fundamentar a prescrição, sendo certo que a dificuldade de se provar determinado fato não justifica a extinção da punibilidade e por ser desarraigada do direito material, afasta-se forçosamente do instituto prescricional.

3 IMPRESCRITIBILIDADE PENAL: CONCEITO E FUNDAMENTO

Pode-se definir a imprescritibilidade como a ausência da prescrição, isto é, o poder-dever do Estado de punir um infrator a qualquer tempo.

De acordo Mara Regina Trippo (2004), os fundamentos da imprescritibilidade dividem-se em materiais e processuais. Os primeiros sustentam a manutenção da necessidade de punição e os segundos baseiam-se somente na não sujeição a limites temporais.

Como fundamento processual, tem-se o ‘obstáculo aos órgãos acusatórios’, para o qual as causas adequadas à imprescritibilidade são aquelas que atrapalham a atividade do *Parquet* e que são alheias à instituição ministerial. (TRIPPO, 2004).

De acordo com o fundamento processual da ‘dispensa de atos executórios das penas’, a imprescritibilidade deriva da desnecessidade de atos materiais para a concretização da pena, pois a sanção aplicada admite eficácia direta, independente da presença do réu. (TRIPPO, 2004).

No que tange aos fundamentos materiais, tem-se o ‘dogma da punição dos delitos’, segundo o qual a todo delito corresponde uma pena, traduzindo-se como uma justiça absoluta, não aceitando a prescrição, posto que esta é considerada antijurídica e refutada sob todas as suas formas. (TRIPPO, 2004).

Já para o fundamento da ‘autoridade estatal’, a imprescritibilidade é considerada como medida irrefutável para o reconhecimento e prestígio da justiça estatal, preservando, assim, a consciência moral de toda a coletividade. (TRIPPO, 2004).

Ademais, a imprescritibilidade encontra fundamento na ‘perpétua memória do fato’ e na ‘permanência da periculosidade social’, sendo contínua a necessidade de punição do criminoso, em virtude da gravidade dos atos praticados, assim como na tentativa de sua repressão em prol da defesa social. (TRIPPO, 2004).

Cesare Beccaria (1983, p. 37), em sua obra sempre atual, intitulada ‘Dos delitos e das penas’, classificou os delitos em atrozes e menores, aduzindo que os primeiros devem ser considerados imprescritíveis. Segundo o autor:

Tratando-se de crimes horrendos, cuja lembrança perdura por muito tempo na memória dos homens, se os mesmos forem comprovados, não deve ocorrer qualquer prescrição em favor do culpado que evita o castigo pela fuga. Tal não é, contudo, o caso dos crimes ignorados, e pouco importantes; é necessário determinar um prazo após o qual o criminoso, bastante punido pelo exílio voluntário, possa retornar sem temer novos castigos. (grifo nosso).

Na mesma linha, Zerbolio, citado por Trippo (2004, p. 65), acrescenta que “a ação penal, embora tardia, evitaria que se perpetuasse o ódio, nascido da impunidade do culpado e da insatisfação dos danos às vítimas”, fundamento do qual se filia, uma vez que se aplicado em contexto de crimes extremamente graves, como os homicídios dolosos, a imprescritibilidade penal pode ser vista como ferramenta essencial de enfrentamento às grandes violações dos direitos humanos, principalmente das vítimas e de seus familiares.

3.1 Hipóteses previstas no Direito Pátrio

Como regra geral em nosso ordenamento jurídico, as infrações penais estão sujeitas à prescrição, entretanto, a Constituição Federal prevê expressamente duas hipóteses de crimes imprescritíveis, quais sejam, a prática de racismo, disposto no artigo 5º, inciso XLII da Carta Magna; e de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, conforme inciso XLIV do referido artigo. Serão analisados, a seguir, cada um deles.

3.1.1 Da prática de racismo

Ao dispor sobre os direitos e garantias fundamentais, o legislador constituinte estatuiu no inciso XLII, do artigo 5º da Constituição Federal que “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Entretanto, não há no nosso ordenamento jurídico figura típica com a expressão ‘prática de racismo’, que sequer foi definida pelo constituinte, mas que merece abrangência em nível infraconstitucional.

Christiano Jorge Santos (2010, p. 92), adotando a corrente restritiva, afirma que:

[...] racismo é o preconceito ou a discriminação negativa de alguém em virtude de pertencer ou supostamente pertencer a uma raça, uma cor ou, eventualmente, uma etnia. Estão fora do conceito, por conseguinte, as condutas relativas à religião e à procedência nacional.

Noutro giro, Trippo (2004) defende a corrente ampliativa, para a qual a interpretação entre os variados significados da expressão ‘prática de racismo’, deve ser ampla e flexível, expandindo a tutela do direito de igualdade e, assim, dando máxima efetividade às normas,

compreendendo a referida expressão como discriminação de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional.

Mencionada corrente foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento denegatório do *Habeas Corpus* nº 82.424/RS⁷, referente ao paciente Siegfried Ellwanger, em que foi considerado que a publicação de livros com ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica configura crime de racismo, sujeito, então, à imprescritibilidade. A maioria dos Ministros entendeu que a expressão racismo engloba também o preconceito ou a discriminação em razão da religião.

Por sua vez, Guilherme de Souza Nucci (2010) aduz que “o racismo importa em exercício de mentalidade segregacionista, visando à superioridade de alguns seres humanos sobre outros, com nítido fator de desagregação social.”

A prática do racismo está prevista nos tipos penais da Lei nº 7.716 de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, alterada pela Lei nº 8.081 de 1990, que estabelece os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza, e pela Lei nº 9.459 de 1997, que altera os artigos 1º e 20, e Lei nº 12.288 de 2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial.

Outrossim, a injúria racial, prevista no artigo 140, § 3º, do Código Penal, quando lastreada em discriminação ou preconceito racial, constitui, igualmente, nítida prática do racismo, assim como o crime de redução a condição análoga à de escravo (artigo 149, § 2º, II, CP), motivada por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.⁸

Destarte, desde que respeitado o Princípio da Legalidade insculpido no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna, deve-se conceber como prática de racismo todos os delitos vinculados a esta motivação, presentes em qualquer lei, inclusive, por óbvio, no Código Penal.

No que tange à imprescritibilidade, apesar da prática de racismo ser considerada cláusula pétrea e, conseqüentemente, não poder ser revogada, se as sanções do delito forem confrontadas em termos quantitativos (pena máximo em abstrato) e qualitativos (regime de pena, liberdade provisória, sursi, representação da vítima, bem jurídico protegido, etc), com

⁷ STF – HC:82424 RS, Relator: Moreira Alves. Data do julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJ 19/03/2004.

⁸ Nesta linha, Guilherme de Souza Nucci.

outros tipos penais, tais como um homicídio doloso, perfaz-se que os ilícitos raciais não se incluem entre os mais graves do sistema jurídico-penal pátrio.

Por fim, destaca-se o pensamento de Mara Regina Trippo (2004, p. 82), ao falar sobre a imprescritibilidade do crime de racismo:

Foram abaladas a lógica e a credibilidade desse sistema quando se respondeu à prática de racismo com a perenização do *ius puniend* e a outros delitos mais graves com a transitoriedade [...] o preconceito racial do brasileiro não se modificará pela imprescritibilidade constitucional. Fruto de mentalidade colonialista, nosso racismo exige mudança cultural, para o que é insuficiente o rigor da lei penal. Há necessidade de igualdade de oportunidades, o que demanda socialização da educação e melhor distribuição de renda, pois a discriminação é irmã da ignorância e da pobreza e tem por inimiga a cidadania.

3.1.2 Das ações criminosas de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático

A segunda e última hipótese de imprescritibilidade no ordenamento jurídico-penal pátrio está descrita no artigo 5º, inciso XLIV, da Carta Magna, sendo também considerada cláusula pétrea, *ipsis verbis*:

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

[...]

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

A finalidade do dispositivo está em tornar crime qualquer ação subversiva de grupos armados, civis ou militares que tentem inviabilizar a manutenção do Estado Democrático e a estabilidade da ordem constitucional, evitando, assim, a ruptura da democracia e ao torná-lo imprescritível, tenta coibir a impunidade.

Christiano Jorge Santos (2010), elucida que o dispositivo em exame trata-se de ação típica convencionalmente denominada de ‘golpe de estado’, todavia especializada pelos seguintes elementos: ações criminosas; realizadas por grupos armados; civis ou militares. Segundo o autor, esta foi a maneira que o legislador constituinte originário encontrou para inibir uma próxima ameaça de reversão da ‘abertura política’, após a ditadura militar.

De acordo com Mara Regina Trippo (2004), o ataque ao Estado Democrático ou à ordem constitucional visa, em plano imediato, destruir a instituição político-estatal e, em plano secundário, afrontar os direitos fundamentais do ser humano, posto que a outorga e garantia de tais direitos pressupõem uma sociedade justa, a qual reclama o regime democrático. Entretanto, o fato do dispositivo ser considerado imprescritível não influencia no *animus* do grupo criminoso, tendo em vista que é pouco provável que seus membros, diante da pretensão de destruir a estrutura do Estado, tenham futuro e eventual processo judicial e consequente punição.

Ademais, inexistente no Brasil figura penalmente típica que se amolde ao texto constitucional. A defesa do Estado é tratada pela Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/1983), entretanto, seus dispositivos não fazem menção à ausência de prescrição e de fiança, tão menos se enquadram precisamente aos elementos inseridos na Constituição.

Pela leitura dos artigos 16 e 24⁹ da lei supracitada, verifica-se a menção à organização de grupos armados, sem, contudo, aduzir sobre a ação, limitando-se à ideia de associação. Em contrapartida, os artigos 17 e 18¹⁰ elucidam a noção de ação, todavia, sem se referir à grupamento.

Nesse interim, conclui-se que “estamos diante de mais uma alma constitucional à procura de um corpo legal”. (SANTOS, 2010, p. 94)

3.2 A Imprescritibilidade no mundo

Neste tópico, serão abordados os aspectos relevantes do direito interno de alguns países quanto à ausência de prescrição penal, bem como analisados os principais Tribunais Penais Internacionais que tratam da imprescritibilidade de condutas criminosas.

⁹ Art. 16 - Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça. Pena: reclusão, de 1 a 5 anos.

Art. 24 - Constituir, integrar ou manter organização ilegal de tipo militar, de qualquer forma ou natureza armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa. Pena: reclusão, de 2 a 8 anos.

¹⁰ Art. 17 - Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito. Pena: reclusão, de 3 a 15 anos. Parágrafo único.- Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade; se resulta morte, aumenta-se até o dobro.

Art. 18 - Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados. Pena: reclusão, de 2 a 6 anos.

3.2.1 Do Direito Comparado

As hipóteses de imprescritibilidade no Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch* – StGB) não são poucas, além das previstas no direito internacional penal, contam-se duas da pretensão punitiva e onze casos de inexistência da prescrição da pretensão executória (SANTOS, 2010), buscando-se proteger o bem jurídico de maior valia, isto é, a vida.

Prevê o inciso II, do § 78¹¹, que os delitos de genocídio (§220a) e de assassinato (§ 211 – figura que se amolda ao homicídio qualificado do Código Penal Brasileiro), não prescrevem. Em relação à execução da pena, além dos mencionados, destaca-se o crime de preparação de guerra ofensiva (§80), alta traição contra a federação (§ 81), roubo com resultado morte (§ 251) e os crimes contra a incolumidade pública, tais como a provocação de inundação com resultado morte (§ 312) e o envenenamento de água potável com resultado morte (§ 319).

Com a simples finalidade de se comparar o Direito Alemão com o Brasileiro, salienta-se que no primeiro, o crime de racismo não é imprescritível.

Por sua vez, o Código Penal Espanhol contém apenas um delito tido como imprescritível, qual seja, o genocídio, previsto no artigo 607, consoante exposto nos artigos 131, 4 e 133,2.¹²

Na França, embora a prescrição seja a regra, as hipóteses de imprescritibilidade são maiores que na Espanha, havendo, inclusive, lei específica que prevê a ausência de prescrição para os crimes contra a humanidade.

A Lei francesa sob o nº 64-1326/64, estabelece em seu único artigo que os crimes contra a humanidade, tal como definido pela resolução das Nações Unidas de 13 de fevereiro de 1946, tomando nota da definição de crimes contra a humanidade, assim como consta na Carta da Corte Internacional de 8 de Agosto 1945, são imprescritíveis por sua natureza.¹³

O Código Penal Francês, incorporou a referida lei em 1994, no Livro II, *Des Crimes et Délitis contre les Personnes*, Título I, denominado *Crimes contre l'Humanité*. Prevê o

¹¹ §78. Plazo de prescripción [...] (2) Los crímenes realizados conforme a los incisos 220a (genocidio) y 211 (asesinato) no prescriben.

¹² Artículo 131 – [...] 4. El delito de genocidio no prescribirá en ningún caso.

Artículo 133 - (...) 2. Las penas impuestas por delito de genocidio no prescribirán en ningún caso.

¹³Um artigo: Les crimes contre l'humanité, tels qu'ils sont définis par la résolution des Nations Unies du 13 février 1946, prenant acte de la définition des crimes contre l'humanité, telle qu'elle figure dans la charte du tribunal international du 8 août 1945, sont imprescriptibles par leur nature.

artigo 213-5 que os crimes contra a humanidade são imprescritíveis, assim como suas penas,¹⁴ admitindo, portanto, tanto a imprescritibilidade da pretensão punitiva, quanto da executória.

Já a Constituição da Nação Argentina, de agosto de 1994, em seu capítulo II, intitulado ‘Novos Direitos e Garantias’, dispõe em seu artigo 36 sobre atos de força contra a ordem institucional e o sistema democrático, fixando, na parte final de seu dispositivo, a imprescritibilidade para a ação penal e civil quando apurada a usurpação de função conferida às autoridades da Constituição ou das províncias.

Em recente julgamento do recurso Id SAIJ: NV15530,¹⁵ a segunda sala da Câmara Federal de Apelações de La Plata, declarou que os crimes de corrupção são imprescritíveis, baseando-se o fundamento no referido artigo 36 de sua Constituição Nacional, ao afirmar que a “corrupção deve ser considerada como um atentado contra a democracia e, ademais, como uma violação aos direitos humanos”. (STF, 2016).

Ademais, a Constituição Argentina, estabeleceu em seu artigo 75, inciso 22, que determinados tratados e instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos nele enumerados têm hierarquia constitucional e são complementares aos direitos e garantias nela reconhecidos.

Assim, mesmo inexistindo previsão expressa de imprescritibilidade na Constituição, tão menos no Código Penal, quanto aos crimes de lesa-humanidade, ela existe e decorre de tratados internacionais em que a Argentina é signatária. (SANTOS, 2010).

No que tange ao Paraguai, sua Constituição promulgada em 20 de junho de 1992, dispõe sobre a prescrição penal no Título II, intitulado *De los derechos, de los deberes y de las garantías*, Capítulo I, *De la vida y del ambiente*, Seção I, *De la vida*. Em seu artigo 5^a, denominado *De la tortura y de otros delitos*, estão previstos como imprescritíveis os delitos de genocídio, tortura, desaparecimento de pessoas, sequestro e homicídios por razões políticas.¹⁶

Além disso, O Código Penal Paraguai, em seu artigo 102, § 3º, reiterou a imprescritibilidade constante na Constituição, a saber:

¹⁴ Art. 213-5: L’action publique relative aux crimes prévues par le présent tire, ainsi que les peines prononcées, sont imprescriptibles.

¹⁵ Acórdão publicado em 06 de outubro de 2016.

¹⁶ Artículo – De la tortura y de otros delitos: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El genocidio y la tortura, así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas son imprescriptibles.

Artículo 102.- Plazos

[...]

3º Son imprescriptibles los hechos punibles, previstos en el artículo 5 de la Constitución.

Por fim, em relação ao Direito Venezuelano, têm-se que a Constituição da República de 1999, em seu artigo 29, prevê a imprescritibilidade das ações referentes aos delitos de lesa-humanidade, às violações graves de direitos humanos e aos crimes de guerra, excluindo a tais delitos, de maneira genérica, todos os benefícios que redundem em impunidade, entre os quais se inclui, implicitamente, a prescrição das penas. (TRIPPO, 2004).

Outrossim, o atual Código Penal Venezuelano, no Título II, *Delitos contra la libertad*, Capítulo III, *De los delitos contra la libertad individual*, estabelece em seu artigo 181-A, penúltima parte (parágrafo terceiro não numerado), a imprescritibilidade do crime de Privação da Liberdade, cometido por autoridade pública ou qualquer pessoa à serviço do Estado e de membros de grupos e associações terroristas. Além disso, o dispositivo afirma que os sujeitos ativos desse tipo penal não terão direito a benefícios, incluindo o perdão e a anistia.

3.2.2 Dos Tribunais Penais Internacionais

Os Tribunais Penais Internacionais, a seguir analisados, se tornaram famosos em razão de suas particularidades e merecem destaque neste trabalho por serem percussores da efetivação dos Direitos Humanos.

3.2.2.1 Tribunal de Nuremberg

Criado em 1945, logo após o término da Segunda Grande Guerra Mundial (de 1939 a 1945), na cidade de Nuremberg, localizada no Estado da Bavária, na Alemanha, o Tratado objetivou julgar os crimes cometidos pelos nazistas durante a guerra e colocar fim às consequências das políticas adotadas pelo Partido Nacional-Socialista e seus adeptos.

Os procedimentos e as leis adotadas pelo Tribunal de Nuremberg foram estabelecidos pelos Aliados na Carta de Londres, lançada em 08 de agosto de 1945, em que tanto militares, quanto civis poderiam ser acusados pela prática de crimes. Neste documento ficaram estabelecidos três categorias de crimes pelas quais os acusados seriam julgados. O primeiro deles diz respeito aos crimes contra a paz, compreendido pelo planejamento e engajamento em atividades de guerra que descumprissem acordos internacionais. Além desses, previa-se os crimes de guerra, entendidos como tratamento impróprio a civis e

prisioneiros de guerra, e os crimes contra a humanidade, tais como assassinato, escravização, deportação e perseguição a civis com base em motivos políticos, religiosos ou raciais. (CARDOSO, 2016).¹⁷

O Tribunal indiciou vinte e quatro responsáveis nazistas¹⁸, dos quais um cometeu suicídio antes do início do julgamento (Robert Ley) e outro foi considerado incapaz de responder pelos seus atos (Gustav Krupp), bem como seis organizações, entre elas o Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães, os SS, o Governo de Reich e a Gestapo. Salienta-se que Adolf Hitler não foi julgado, pois cometeu suicídio em 30 de abril de 1945.

Dos vinte e dois réus, 03 (três) foram absolvidos; 12 (doze) condenados à morte; 03 (três) condenados à prisão perpétua; e 04 (quatro) condenados a cumprir entre 10 e 20 anos de prisão,¹⁹ cujas execuções ocorreram em 16 de outubro de 1946.

Apesar de inúmeras críticas, principalmente em razão do não cumprimento dos princípios do juiz natural, da anterioridade da lei penal e da estrita legalidade, os julgamentos de Nuremberg são hoje compreendidos como um marco internacional na consolidação dos Direitos Humanos.

3.2.2.2 O Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional

Com a finalidade de tutelar os direitos humanos e por fim à impunidade de crimes de maior gravidade que constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem estar da humanidade, o Estatuto de Roma (assinado em 17 de julho de 1998, mas que entrou em vigor apenas em 1º de julho de 2002) instituiu uma Corte Internacional, a saber: o Tribunal Penal

¹⁷ Artigo sem página. Julgamento de Nuremberg, escrito por Luisa Rita Cardoso, mestre em História (UDESC, 2015), pós-graduada em Direitos Humanos (Universidade de Coimbra, 2012) e graduada em História (UDESC, 2010).

¹⁸ Foram réus no Tribunal de Nuremberg: Hermann Goering, Rudolf Hess, Joachim Von Ribbentrop, Robert Ley, Wilhelm Keitel, Ernst Kaltenbrunner, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Wilhelm Frick, Julius Streicher, Wilhelm Funk, Hjalmar Schacht, Gustav Krupp, Karl Donitz, Erich Raeder, Baldur Von Schirach, Fritz Sauckel, Alfred Jodl, Martin Borman, Franz Von Papen, Arthur Seyss-Inquart, Albert Speer, Constantin Von Neurath e Hans Fritzche. Fonte: Grandes Advogados, Grandes Julgamentos - Pedro Paulo Filho - Depto. Editorial OAB-SP.

¹⁹ As sentenças impostas pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg foram as seguintes: Goering (morte), Hess (prisão perpétua), Ribbentrop (morte), Keitel (morte), Kaltenbrunner (morte), Rosenberg (morte), Frank (morte), Frick (morte), Streicher (morte), Funk (prisão perpétua), Schacht (absolvição), Donitz (10 anos de prisão), Raeder (prisão perpétua), Schirach (20 anos de prisão), Sauckel (morte), Jodl (morte), Borman (morte), Papen (absolvição), Seyss-Inquart (morte), Speer (20 anos de prisão), Neurath (15 anos de prisão) e Fritzche (absolvição).

Internacional, que na atualidade, é considerado o principal órgão jurisdicional voltado ao combate de crimes internacionais.²⁰

Em uma análise geral das principais regras do Estatuto, saúda-se a adoção do princípio da legalidade e da irretroatividade das normas (artigos 11 e 24), o que não foi observado pelo Tribunal de Nuremberg, alvo de muitas críticas.

Incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro através da promulgação do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, prevê em seu artigo 29 que: “os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.”. Nos termos do artigo 5º do Estatuto, a competência do Tribunal restringe-se aos crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão, que serão analisados a seguir.

a) Genocídio

Em 09 de dezembro de 1948, as Nações Unidas aprovaram a Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, que entrou em vigor em 12 de janeiro de 1951, e foi ratificada pelo Brasil em 15 de abril de 1952, e promulgada pelo Decreto nº 30.882, de 06 de maio de 1952, dando origem à Lei nº 2.889 de 1º de outubro de 1956, cuja redação é praticamente idêntica à da Convenção, apenas deixando a desejar em relação à aplicação das penas. (SANTOS, 2010).

Nas diretrizes do artigo 6º do Estatuto de Roma, entende-se por ‘genocídio’, qualquer ato praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Estes atos são: 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.

Dessa forma, verifica-se que houve uma limitação das espécies de genocídio, tendo o Estatuto se referido apenas ao genocídio físico (assassinato e atos que causam a morte) e ao biológico (esterilização, separação de membros do grupo), sem abarcar o genocídio político e o cultural.

²⁰ Por Crimes Internacionais, entendem-se aqueles atos praticados por Estados ou indivíduos que violam bens ou interesses jurídicos supranacionais que protegem valores aos quais a humanidade atribui grande importância e, geram uma responsabilidade penal imediata fundada diretamente no Direito Internacional. O Estatuto de Roma abarca esses crimes.

De acordo com Mara Regina Trippo (2004, p. 106), a punição do genocídio objetiva, precipuamente, assegurar existência digna a todos os seres humanos de qualquer parte do mundo, não obstante as diferenças que os singularizam. A autora ainda afirma que:

[...] a repressão ao genocídio é uma das medidas destinadas a garantir o direito de ser diferente e de expressar a diferença em grupo homogêneo, sem perda de tratamento digno e da igualdade legal. Como a tolerância mútua e os estímulos à diversidade são patamares do Estado Democrático de Direito, a repressão do genocídio é, indiretamente, base de sustentação desse modelo estatal.

Em que pese a existência da Lei nº 2.889/56 e da adoção do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, no Brasil há poucos julgamentos de apuração de crimes de genocídio, destacando o caso do Massacre de Haximú, ocorrido em 1993, no Estado de Roraima, que resultou na morte de 12 índios Yanomami, sendo 01 homem adulto, 02 mulheres, 01 idosa cega, 03 moças e 05 crianças (entre 01 e 08 anos de idade), bem como em 03 índios feridos, entre eles, 02 crianças.²¹ O trânsito em julgado do processo ocorreu em 03/11/2009, mas infelizmente não foi possível ter acesso ao inteiro teor da decisão.

b) Crimes contra a Humanidade

O Estatuto de Roma estabeleceu em seu artigo 7º a definição de crimes contra a humanidade. De acordo com o parágrafo 1 do referido dispositivo, qualquer ato cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque, será considerado crime contra a humanidade.

Tais atos são enumerados pelas alíneas do dispositivo, a saber: 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 [...]; i) desaparecimento forçado de pessoas; j) crime de *apartheid*; k) outros

²¹ STJ – Resp: 222653 RR 1999/0061733-9. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Data do julgamento: 12/09/2000, T5 – Quinta Turma, data da publicação: DJ 30/10/2000, p. 174. A decisão foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 351.487. Relator: Min. Cezar Peluso, DJU de 10/11/2006, p. 50.

atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

O interesse jurídico internacionalmente protegido, em relação aos crimes contra a humanidade, é a ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da sociedade internacional, manifestado por meio de um ataque generalizado ou mesmo sistemático aos direitos humanos de determinada população. (CONSTANTINO, 2014).

Importante destacar que a competência material da Corte Internacional, no que tange aos crimes sob análise, sofre limitação de caráter contextual, isto é, os crimes contra a humanidade só se configuram quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, conforme dispõe o parágrafo 1, do artigo 7º do Estatuto de Roma. Nesse interim, para efeito de julgamento por parte do Tribunal Penal Internacional, nem todo homicídio, tortura ou submissão à escravidão, serão tidos como crimes contra a humanidade. (SANTOS, 2010).

Por outro lado, inexistente impedimento de que tipos penais específicos sejam enquadrados como crimes contra a humanidade nos ordenamentos jurídicos internos de cada Estado Soberano, para serem julgados por estes, sem a participação do Tribunal Penal Internacional.

Por fim, extrai-se do Estatuto que os crimes contra a humanidade não são cometidos apenas em tempos de guerra, mas também em tempo de paz, em conflitos nacionais ou internacionais.

c) Crimes de Guerra

Mara Regina Trippo (2004, p. 101), define crime de guerra como sendo os “procedimentos executados de maneira excessiva pelos beligerantes, inúteis às operações militares, tais como a submissão à tortura dos prisioneiros do conflito”; e citando Pablo Ramelha, aduz que “esse ilícito converge para a ‘ilegitimidade da guerra total, concebida como o uso indiscriminado da força contra o adversário’.”.

O Estatuto de Roma, em seu art. 8º, definiu um rol extensivo de crimes considerados como de guerra, que podem ser entendidos como aqueles cometidos como parte integrante de um plano ou política de cometimento de tais atos em grande escala, que estejam previstos nas Convenções de Genebra e seus respectivos Protocolos (alínea “a” e “c”) e em situações de conflitos armados internacionais ou internos (alíneas “b”), exceto aqueles decorrentes de motins, atos isolados de violência ou tensões internas (alínea “d” e “f”).

Os crimes de guerra representam graves ofensas que já haviam sido declaradas nas Convenções de Genebra, desde a 1ª até a 4ª convenção, no entanto, o Estatuto, no parágrafo 1, do artigo 8º, sujeita-as, todas, a uma condição geral não prevista anteriormente, a saber: os atos criminosos que as compõem devem ser cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política, ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crime (CONSTANTINO, 2014).

Dessa forma, assim como os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra também sofrem uma limitação contextual, não podendo as figuras típicas ser em consideradas crimes de guerra quando fora deste contexto.

Por derradeiro, importante salientar que o Estatuto de Roma, em seu artigo 124²², facultou aos Estados-Partes suspenderem a aplicabilidade dos crimes de guerra pelo prazo de sete anos, contados da sua entrada em vigor no território membro.

Nesse contexto bélico surge o Direito Internacional Humanitário, que tem como objetivo limitar as violações à paz e à segurança internacional, bem como facilitar a restauração da paz após o encerramento das hostilidades. (CONSTANTINO, 2014).

d) Crimes de Agressão

Apesar de previsto no artigo 5º, parágrafo primeiro, alínea “d”, do Estatuto de Roma, os crimes de agressão não foram definidos, conforme mencionado no parágrafo 2º do referido dispositivo, o que somente ocorrerá após a aprovação de emenda ao Estatuto, na forma prevista nos artigos 121 e 123.

Giuseppe Luigi Pantoja Constantino (2014), afirma que a grande resistência de alguns Estados, especialmente daqueles com poder de veto no Conselho de Segurança da ONU, na tipificação do crime de agressão, persiste em razão disto tirar desse órgão o poder de determinar com exclusividade a existência de situação de agressão, como hoje ocorre.

Provavelmente o autor refere-se à Resolução 3312 (XXIX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, que traz a definição de agressão em seu artigo 1º, *ipsis verbis*:

²² Artigo 124 - Disposição Transitória - Não obstante o disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 12, um Estado que se torne Parte no presente Estatuto, poderá declarar que, durante um período de sete anos a contar da data da entrada em vigor do Estatuto no seu território, não aceitará a competência do Tribunal relativamente à categoria de crimes referidos no artigo 8º, quando haja indícios de que um crime tenha sido praticado por nacionais seus ou no seu território. A declaração formulada ao abrigo deste artigo poderá ser retirada a qualquer momento. O disposto neste artigo será reexaminado na Conferência de Revisão a convocar em conformidade com o parágrafo 1º do artigo 123.

Artigo 1.º - A agressão é o uso da força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou de qualquer forma incompatível com a Carta das Nações Unidas, tal como decorre da presente Definição. [...]

Em suma, a definição de crime de agressão ainda não foi estabelecida pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e, ante a ausência de tipificação, impossível sua aplicação no mundo jurídico.

4 POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DE NOVAS CLÁUSULAS DE IMPRESCRITIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como visto no capítulo anterior, o ordenamento jurídico pátrio estabelece apenas duas hipóteses de imprescritibilidade penal, quais sejam, a prática de racismo e de ações criminosas de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, respectivamente previstas nos incisos XLII e XLIV, do artigo 5º, da Carta Magna.

Para a doutrina majoritária²³, a criação de novas hipóteses de imprescritibilidade penal não é possível, sob o argumento de que a prescritibilidade dos crimes caracteriza-se como direito fundamental, ante a inércia do Estado de exercer seu *jus puniend* em tempo hábil.

Fernando Capez (2013, p. 624-625), com fundamento no artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal²⁴, afirma que :

A Constituição consagrou a regra da prescritibilidade como direito individual do agente. Assim, é direito público subjetivo de índole constitucional de todo acusado o direito à prescrição do crime ou contravenção penal praticada. Tal interpretação pode ser extraída do simples fato de o Texto Magno ter estabelecido expressamente quais são os casos excepcionais em que não ocorrerá a prescrição. Como se trata de direito individual, as hipóteses de imprescritibilidade não poderão ser ampliadas, nem mesmo por meio de emenda constitucional, por se tratar de cláusula pétreia (núcleo constitucional intangível), conforme se verifica da vedação material explícita ao poder de revisão, imposta pelo artigo 60, §4º, IV, da CF. Com efeito, não serão admitidas emendas constitucionais tendentes a restringir direitos individuais, dentre os quais o direito à prescrição penal.

Noutro giro, Christiano Jorge Santos (2010), com precisão, afirma que o legislador, ao prever as hipóteses de imprescritibilidade penal, criou maior proteção às vítimas, sem que, com isso, gerasse ‘direitos’ aos infratores de outros delitos, nem tampouco uma impossibilidade de ampliação do rol dos crimes imprescritíveis.

Assim, tem-se que a proteção conferida pelo artigo 5º da Constituição Federal, foi destinada às vítimas que tiveram seus direitos fundamentais violados, e não aos autores de

²³ Nesta linha, André Tavares Ramos e Cezar Roberto Bitencourt.

²⁴ Art. 60. [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

fatos criminosos. Além do mais, inexistente dispositivo que preveja a prescritibilidade como direito individual ou fundamental.

Nos dizeres de Alexandre de Moraes (apud SANTOS, 2010, p. 99):

Os direitos humanos fundamentais, entre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas nem como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*principio da relatividade ou conveniência das liberdades públicas*)

Outrossim, o simples fato das hipóteses de imprescritibilidade penal serem consideradas como cláusulas pétreas, não significa que “outros crimes não possam assumir a característica da perpetuação da punição”. (SANTOS, 2010, p. 101).

Desde que obedecido o devido processo legal, qualquer direito fundamental é passível de reforma. Nem mesmo as cláusulas pétreas podem sobrepor-se à deliberação de toda uma coletividade. Exatamente por terem sido o resultado da vontade coletiva, elas não podem durar mais do que o convencimento unânime da nação. Assim, tratá-las como dogma, impede os cidadãos de concretizar as suas próprias exigências de justiça, deturpando uma garantia fundamental e transformando-a em verdadeiro instrumento antidemocrático, a impor os valores de uma geração sobre as seguintes. Inadmita-se, portanto, que a vontade majoritária do passado se sobreponha, de maneira absoluta, aos anseios e necessidades das maiorias do presente e do futuro. (DELGADO, 2015).

Brilhantemente, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, e o Subprocurador-Geral da República, Paulo Gustavo Gonet Branco, na obra intitulada “Curso de Direito Constitucional”, (2012, p. 185-187), ensinaram que:

A cláusula pétrea não tem por meta preservar a redação de uma norma constitucional — ostenta, antes, o significado mais profundo de obviar a ruptura com princípios e estruturas essenciais da Constituição [...] não tem por escopo proteger dispositivos constitucionais, mas os princípios neles modelado. [...] A mera alteração redacional de uma norma componente do rol das cláusulas pétreas não importa, por isso somente, inconstitucionalidade, desde que não afetada a essência do princípio protegido e o sentido da norma. [...] A garantia de permanência em que consiste a cláusula pétrea, em suma, imuniza o sentido dessas categorias constitucionais protegidas contra alterações que aligeirem o seu núcleo básico ou debilitem a proteção que fornecem. Nesse sentido se deve compreender o art. 60, § 4º, da CF, como proibição à deliberação de proposta tendente a abolir, isto é, a mitigar, a reduzir o significado e a eficácia da forma federativa do Estado, do voto direto,

secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

O texto Constitucional, em seu artigo 5º, § 2º, é claro ao dizer que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Dessa forma, pode-se afirmar que as cláusulas pétreas excluem a possibilidade de supressão de direitos estabelecidos pela Constituição, entretanto, não impedem que outros sejam criados. A ampliação do rol de crimes imprescritíveis não fere os preceitos da Constituição Federal, muito ao contrário, assegura uma nova gama de direitos às vítimas.

Ademais, nos termos do artigo 5º, § 4º, da Carta Magna, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

Dessa forma, desde que Brasil ratificou o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, inserindo-o em nosso ordenamento jurídico, através do Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002, com status de norma supralegal²⁵, passou a se submeter à imprescritibilidade dos crimes de competência da Corte Internacional, aceitando, assim, a inclusão de novas hipóteses de crimes imprescritíveis.

De acordo com Ney Fayet Júnior (2011) existe o compromisso internacional do Brasil de adaptação da matéria prescricional na legislação pátria. Não aplicar em âmbito interno a imprescritibilidade aos crimes do Estatuto de Roma, é retirar a eficácia do artigo 29 do referido Estatuto.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal, no já citado julgamento do caso *Siegfried Ellwanger*, ao declarar que a prática de racismo abrange a discriminação segregacionista contra os judeus, acabou, de certa forma, ampliando a abrangência da imprescritibilidade da prática de racismo.

Destaca-se, ainda, o Recurso Extraordinário nº 460.971/RS julgado pela Suprema Corte, que ao interpretar o disposto no artigo 366 do Código de Processo Penal, entendeu que as hipóteses de imprescritibilidade contidas na Carta Magna não impedem a criação de outras, a saber:

²⁵ É entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal que os tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos, não aprovados conforme a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, possuem status normativo supralegal, isto é, situam-se em grau inferior à Constituição, entretanto, em grau superior às leis ordinárias.

[...] 2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade. 3. Ademais, **a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras de prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses.** [...] (STF. 1ª Turma. RE 460.971/RS, Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Data do Julgamento: 13/02/2007). (grifo nosso).

Todavia, apesar do acórdão referir-se a lei ordinária para a criação de novas hipóteses de imprescritibilidade, esta não é a forma mais adequada, pois o procedimento de aprovação desse tipo de lei é menos complexo do que a aprovação de uma Emenda Constitucional. Enquanto aquela depende apenas de maioria simples dos votos em cada casa do Congresso Nacional, esta depende de três quintos dos votos em dois turnos de votação em cada uma das casas.

Pelo exposto, pode-se concluir que a criação de novas cláusulas de imprescritibilidade penal, é perfeitamente possível, entretanto, para que surtam efeitos legais, devem estar presentes na Constituição Federal, onde já estão consagradas expressamente as duas hipóteses do instituto, de modo a assegurar o devido processo legal e avultar a segurança jurídica, restringindo de maneira coesa a imprescritibilidade dos crimes no ordenamento jurídico pátrio.

5 DA IMPRESCRITIBILIDADE DO HOMICÍDIO DOLOSO

Após a análise positiva da possibilidade de ampliação do rol de crimes considerados imprescritíveis pela Carta Magna, chega-se ao ponto chave do trabalho, isto é, defender que o crime de homicídio doloso, ante seu objeto material (pessoa que sofre a conduta delituosa) e o bem juridicamente protegido (vida humana), merece uma maior atenção estatal para que seja considerado imprescritível.

5.1 Preceitos basilares

O Código Penal Brasileiro, com o objetivo de proteger o bem jurídico de maior valia consagrado pela Constituição Federal, isto é, o direito à vida, prevê na Parte Especial, Título I, ‘Dos Crimes Contra a Pessoa’, Capítulo I, ‘Dos Crimes Contra a Vida’, artigo 121, o delito de homicídio, cujo *caput* possui a seguinte redação: “matar alguém: pena – reclusão, de seis a vinte anos”²⁶, o que pode ser elevado de doze a trinta anos, caso se verifique a incidência das qualificadoras elencadas no § 2º do mesmo dispositivo legal, abaixo listadas:

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II – por motivo fútil;

III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; [...]

VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

²⁶ Trata-se do homicídio doloso simples, isto é, quando não houver a incidência de nenhuma das qualificadoras previstas no § 2º do artigo 121 do Código Penal. Em outras palavras, corresponde a forma básica do crime, vale dizer, ao tipo fundamental.

O referido delito, consumado ou tentado, tanto na sua forma simples, desde que praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente²⁷, quanto na qualificada, foi incluído em 1994, pela Lei nº 8.930, no rol dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), após o lamentável episódio da morte da atriz Daniela Perez, filha da escritora de teledramaturgia Gloria Perez.

Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 631) define homicídio como sendo “a supressão da vida de um ser humano causada por outro”. O conceito é de fácil entendimento, entretanto, não é tão completo quanto o de Néelson Hungria (1955, p. 25), a saber:

O homicídio é o tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinquência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão atávica às era primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animais. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada.

A doutrina não é uníssona quanto ao marco inicial da proteção à vida. Para Rogério Greco (2014, p.137), ela começa a partir do início do parto. Segundo o renomado doutrinador:

Uma vez iniciado o trabalho de parto, com a dilatação do colo do útero ou com o rompimento da membrana amniótica, sendo o parto normal, ou a parir das incisões das camadas abdominais, no parto cesariana, até a morte do ser humano, que ocorre com a *morte encefálica*, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.434/97, mesmo que haja vida intrauterina, poderá ocorrer o delito em estudo.

No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt (apud GRECO, 2014, p. 138) ensina que:

A vida começa com o início do parto, com o rompimento do saco *amniótico*; é suficiente a vida, sendo indiferente a capacidade de viver. Antes do início do parto, o crime será de aborto. Assim, a simples destruição da vida biológica do feto, no início do parto, já constitui o crime de homicídio.

²⁷ Para Nucci, é inviável aplicar ao homicídio simples a qualificação de hediondo, pois caso o agente atue como exterminador, a tipificação será de homicídio qualificado.

Noutro giro, Nucci (2013, p. 634), com precisão, afirma que a vida é protegida pelo ordenamento jurídico desde o instante da concepção. Segundo ele:

Não se deve aceitar que a vida principia no início do parto, pois o aborto, que protege o ser em gestação, também é delito *contra a vida*. O que se deve sustentar é que há vida intrauterina e extrauterina. Esta última é o objeto de proteção do homicídio, enquanto a outra fica no campo do aborto.

Nessa linha, Fernando Capez (2007, p. 3), aduz que o homicídio “tem por objeto jurídico a vida humana extrauterina”. Segundo o autor, “o ataque à vida intrauterina é incriminado pelos tipos de aborto”, constantes nos artigos 124 a 126 do Código Penal.

Assim, acredita-se que para fins de se constatar um homicídio, considera-se a vida extrauterina, a partir do início do parto, que ocorre com a ruptura da bolsa (parte das membranas do ovo em correspondência com o orifício uterino), pois desde então o feto torna-se acessível às ações violentas, quer praticadas com a mão, quer com instrumentos. (Almeida Junior e Costa Júnior, apud NUCCI, 2013).

Por outro lado, frisa-se que caso a destruição da vida extrauterina seja praticada pela própria gestante, sob a influência do estado puerperal, estaremos diante no crime de infanticídio, capitulado pelo artigo 123 do Código Penal.

Ademais, a prova da vida extrauterina é indispensável à caracterização do homicídio. Para Nucci, (2013), a vida extrauterina se dá a partir do instante em que se instala o processo respiratório autônomo do organismo do ser que está nascendo, não mais dependendo da mãe para viver. Este fenômeno pode ser constatado por perícia, através de procedimentos denominados docimásias²⁸, sendo a ‘pulmonar hidrostática de Galeno’²⁹, a mais antiga e conhecida.

Entretanto, Euclides Custódio da Silveira (apud, NUCCI, 2013), alerta que é possível haver recém-nascido vivo, embora sem respiração, são os chamados neonatos apneicos.

²⁸ É o conjunto de provas que se baseiam na existência de sinais de vida manifestados, sobretudo, nas funções respiratórias e digestivas. Genival Veloso de França explica que as docimásias são provas baseadas na possível respiração ou nos seus efeitos e por isso classificadas em docimásias pulmonares e extrapulmonares. (GRECO, Rogério (Coord.). Medicina Legal à Luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2013, p. 207).

²⁹ Se houver flutuação do pulmão ao ser colocado na água, houve respiração. Essa prova só tem valor até 24 horas após a morte do infante, pois, a partir desse tempo, começam a surgir os gases oriundos do fenômeno transformativo da putrefação, dando, por conseguinte, um resultado falso-positivo. (Op cit., p. 208).

Nestes casos, a comprovação da vida se dá pelos batimentos cardíacos ou movimentos circulatórios.

Com o mesmo pensamento, Edgard Magalhães Noronha (apud CAPEZ, 2007, p. 3), afirma que “apnéia não é morte”. Segundo o autor, “no sentido do art. 121, vida é o estado em que se encontra um ser humano animado, normais ou anormais que sejam suas condições físico-psíquicas. A noção de vida tira-se *ex adverso* daquele de morte”.

Por derradeiro, importante destacar o entendimento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que em conformidade decidiram:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NAO CABIMENTO [...] 3 . HOMICÍDIO CULPOSO POR INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA. 4 . INICIADO O TRABALHO DE PARTO NAO HÁ FALAR MAIS EM ABORTO. [...] 6 . ORDEM NAO CONHECIDA. [...] 4. Iniciado o trabalho de parto, não há falar mais em aborto, mas em homicídio ou infanticídio, conforme o caso, pois não se mostra necessário que o nascituro tenha respirado para configurar o crime de homicídio, notadamente quando existem nos autos outros elementos para demonstrar a vida do ser nascente [...] (STJ HC 228.998/MG. HABEAS CORPUS 2011/0307548-5 – 5ª Turma. Relator. Marco Aurélio Bellizze. Data do Julgamento: 23/10/2012. Data da Publicação: DJe 30/10/2012, RT vol. 928 p. 727).

No que diz respeito à extinção da vida, isto é, a morte, pode-se afirmar que ocorre com a perda da atividade cerebral, encerrando-se a proteção dada pelo artigo 121 do Código Penal. Tal afirmação é retirada do artigo 3º da Lei nº 9.434 de 4 de fevereiro de 1997³⁰, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

Importante observar que apesar da redação contida no artigo 121 do Código Penal descrever um comportamento comissivo, isto é, o agente tem sua conduta direcionada à finalidade de causar a morte da vítima, é perfeitamente possível que o homicídio seja praticado via omissão, em virtude da posição de garantidor ocupada pelo agente, conforme preconizado pelo artigo 13, § 2º, alíneas a, b, e c, do Código Penal.³¹

³⁰ Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

³¹ Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. [...] § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

O elemento do tipo penal incriminador em estudo é o dolo, nas modalidades dolo direto e dolo eventual. Na primeira, existe vontade livre e consciente de eliminar a vida humana alheia (GONÇALVES, 2011), isto é, o agente quer, efetivamente, a produção do resultado morte (GRECO, 2014), agindo com *animus necandi*. Já na segunda, o agente assume o risco de produzir o resultado morte.

Salienta-se que o homicídio simples (artigo 121, *caput*, do CP) não exige qualquer finalidade específica para sua configuração. Ao contrário, o motivo do crime pode fazer com que passe a ser considerado privilegiado (motivo de relevante valor social ou moral) ou qualificado (motivo fútil ou torpe). Se, entretanto, a motivação do homicida não se enquadrar em nenhuma das hipóteses que tornam o crime qualificado ou privilegiado, automaticamente será ele considerado simples. (GONÇALVES, 2011).

Por ser um crime de ação pública incondicionada, a iniciativa da ação é exclusiva do Ministério Público. Em regra, a competência é da Justiça Estadual, sendo os julgamentos realizados pela Vara do Tribunal do Júri, que é especializada em crimes dolosos contra a vida³², cabendo a análise do mérito da acusação aos Jurados, que decidirão pela condenação, absolvição ou desclassificação do delito imputado ao acusado.

Registre-se que há previsão legal para o homicídio culposo (artigo 121, §3, CP), que ocorre quando o agente não quer e não assume o risco de provocar a morte, mas a ela dá causa por inobservância do cuidado objetivo necessário, ou seja, por imprudência, negligência ou imperícia. Trata-se de uma hipótese do chamado tipo aberto, pois o legislador não especificou em quais casos exatamente existe a conduta culposa. O julgamento destes crimes ocorre pelo júízo singular e a ação também é pública incondicionada.

Apesar da breve explanação sobre o homicídio culposo, salienta-se que o objeto de estudo deste trabalho é o homicídio doloso, responsável por milhares de mortes todos os anos no Brasil, conforme será demonstrado no item 5.2.

5.1.1 Homicídio privilegiado

Tradicionalmente chamado pela doutrina e jurisprudência de ‘homicídio privilegiado’, o § 1º do artigo 121 do Código Penal, estabelece uma causa especial de redução de pena, *ipsis verbis*:

³² Trata-se do homicídio doloso, induzimento, instigação e auxílio a suicídio, infanticídio e aborto criminoso.

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Por relevante valor, entende-se aquele importante para a vida em sociedade, tais como patriotismo, lealdade, fidelidade, inviolabilidade da intimidade e do domicílio, entre outros (NUCCI, 2017). Assim, relevante valor social está relacionado aos interesses da coletividade. Por outro lado, o relevante valor moral leva em consideração o sentimento de ordem pessoal.

No que tange à segunda parte do parágrafo, a expressão ‘sob o domínio’ significa que o agente deve estar completamente dominado pela situação, caso contrário, se estiver apenas influenciado, a hipótese será de aplicação da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea c, ultima parte, isto é, ‘ter o agente cometido o crime sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima’.

Por sua vez, a expressão ‘emoção’, nas lições de HUNGRIA (apud NUCCI, 2017, p. 446), “é um estado de ânimo ou de consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento”, podendo levar alguém a cometer um crime. Configura a hipótese do homicídio privilegiado, quando o sujeito está dominado pela excitação dos seus sentimentos (ódio, desejo de vingança, amor exacerbado, ciúme intenso) e foi injustamente provocado pela vítima, momentos antes de tirar-lhe a vida.

O aspecto temporal também é de extrema importância, razão pela qual a expressão ‘logo em seguida’ a provocação da vítima, denota relação de imediatidade e deve ser analisada com critério e objetividade. Segundo Nucci (2017), embora se admita o decurso de alguns minutos, não se pode estender o conceito para horas, muito menos para dias, posto que um maior espaço de tempo entre a injusta provocação da vítima e a reação do agente, encaixa-se na hipótese da atenuante acima descrita.

Ademais, não se pode confundir injusta provocação com injusta agressão. Na segunda hipótese, cabe a arguição de legítima defesa, que é uma excludente de ilicitude. Já na primeira, o agente poderá ser beneficiado com uma causa de redução de pena, entretanto, não deixará de responder por seu dolo.

Vale lembrar que desde que reconhecida pelos jurados, esta minorante deve ser aplicada pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri, na terceira fase da dosimetria da pena, pois não se trata de mera faculdade, sob pena de ferir a soberania do veredicto. O que fica a critério do magistrado é o montante a ser reduzido, analisado em cada caso concreto.

Por derradeiro, é curial dizer que não se deve banalizar a motivação para a eliminação da vida alheia, devendo esta causa de diminuição ser aplicada sob a ótica de critérios relevantes e justificáveis.

5.1.2 Homicídio qualificado

Pode ser definido como um crime hediondo praticado com circunstâncias legais que integram o tipo penal incriminador, elevando a faixa de fixação da pena de reclusão de seis a vinte anos, no caso do homicídio doloso simples, para doze a trinta anos, na figura qualificada (NUCCI, 2017).

A doutrina classificou as qualificadoras quanto ao motivo, ao meio empregado, ao modo de execução e aos fins³³.

A primeira modalidade diz respeito aos incisos I e II do § 2º, do artigo 121, isto é, a paga ou a promessa de recompensa, ou outro motivo torpe, e o motivo fútil, que são reconhecidas pela doutrina como qualificadoras de caráter subjetivo, já que ligadas à motivação do agente para a prática do delito.

De acordo com Nucci (2017, p. 450), paga ou promessa de recompensa “são formas específicas de torpeza. É o homicídio mercenário”, praticado em razão do agente ter sido recompensado previamente pela morte da vítima (paga) ou porque lhe foi prometido um prêmio após a eliminação do ofendido (promessa de recompensa).

Greco (2014, p. 155) afirma que “a paga e a promessa de recompensa não necessitam possuir natureza patrimonial”³⁴ e quanto a segunda, aduz que mesmo sem receber a vantagem prometida após o cometimento do homicídio, o agente responderá pelo delito, ainda que o mandante não tivesse a intenção desde o início de cumprir a promessa.

Razão lhe assiste, uma vez que a análise da qualificadora baseia-se no motivo pelo qual o agente atuou, pouco importando se recebeu ou não a vantagem esperada.

Por torpe, entende-se o motivo “repugnante, abjeto, vil, que causa repulsa excessiva à sociedade” (NUCCI, 2017, p. 450). Gonçalves (2011), elenca como torpe os seguintes motivos: canibalismo; vampirismo; rituais de magia negra; matar por prazer (sentimento de poder); vingança (a depender do caso concreto); intenção de ocupar o cargo da vítima (verificado no meio político), entre outros.

³³ Rogério Greco utiliza a expressão ‘fim’, já Vitor Eduardo Rios Gonçalves, prefere a expressão ‘conexão’.

³⁴ No mesmo sentido, Damásio Evangelista de Jesus. Posicionam-se em sentido contrário, Néilson Hungria, Heleno Cláudio Fragozo, Cezar Roberto Bitencourt, Júlio Fabbrini Mirabete e Vitor Eduardo Rios Gonçalves.

Já fútil, é o motivo insignificante, flagrantemente desproporcional ao resultado produzido. Nas lições de Heleno Fragoso (apud GRECO, 2014, p. 158), “é aquele que se apresenta, como antecedente psicológico, desproporcionado com a gravidade da reação homicida, tendo-se em vista a sensibilidade moral média”.

Como exemplo, a doutrina cita o pai que matou o filho porque este chorava; o motorista que matou o fiscal de trânsito em razão da multa aplicada; o patrão que matou o empregado por erro na prestação do serviço; o cliente que matou o garçom por entregar-lhe o troco errado, entre outras.

Destaca-se que o reconhecimento desta qualificadora prescinde de prova. O simples fato de não se saber o motivo do homicídio não autoriza sua capitulação. Entretanto, conforme jurisprudência majoritária, na fase do *iudicium accusationis*, somente se pode decotar uma qualificadora quando manifestamente improcedente, caso contrário, deve-se deixar a inteireza da acusação para o Conselho de Sentença.

Importante fazer um parêntese quanto ao ciúme. A jurisprudência mineira afirma que o ciúme, por si só, como um sentimento comum à maioria da coletividade, desprovido de outros elementos, não é considerado fútil. Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. [...] DECOTE DE QUALIFICADORAS. CABIMENTO APENAS EM RELAÇÃO AO MOTIVO FÚTIL (CIÚMES). PRIVILÉGIO. NÃO VERIFICAÇÃO. RECURSO PROVIDO EM PARTE. [...] - O ciúme nem sempre configura a circunstância do motivo fútil, pois se refere a um estado emocional, um sentimento patológico, que não pode simplesmente ser considerado insignificante ou banal.[...] (TJMG –Apelação Criminal – 1.0166.12.000066-5/001, Relator(a): Des.(a) Doorgal Andrada, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 25/10/2017, publicação da súmula em 01/11/2017)

Alerta-se para o fato do ciúme também poder ser considerado motivo torpe. De acordo com a jurisprudência:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA [...] – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PROVA DA MATERIALIDADE – CONFISSÃO [...] – RECURSO MINISTERIAL – RÉU QUE PRÁTICA O CRIME MOTIVADO POR CIÚME – PREMEDITAÇÃO DA CONDUTA - CONTORNOS DE VINGANÇA – CIRCUNSTÂNCIA QUE AUTORIZA A INCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE – PROVIMENTO. [...] – Se o agente, motivado por ciúmes, teve tempo de planejar a conduta, agindo com premeditação, o ato ganha contornos de vingança, caracterizando o motivo torpe e, persistindo nos autos indícios claros neste sentido, deve a acusação ser levado ao exame do Tribunal do Júri, Juiz constitucional dos crimes dolosos contra a vida. (TJMG – Rec em Sentido Estrito

1.0707.12.027874-2/001, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 20/11/2013, publicação da súmula em 02/12/2013).

Já as qualificadoras quanto ao meio de execução, consideradas de caráter objetivo, estão previstas no inciso III, § 2º, do artigo 121, quais sejam, emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum.

Como se percebe, o legislador utilizou a fórmula genérica ‘outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum’, com o fim de adequar condutas análogas não previstas nos meios expressos de execução de um homicídio.

A título de exemplo, tem-se o agente que provoca fortíssimas queimaduras na vítima com o arremesso de ácido a ponto de causar-lhe a morte, tornando-se claro o cabimento da qualificadora do meio cruel, já que a hipótese do ácido não se enquadra em nenhuma das qualificadoras específicas. (GONÇALVES, 2011).

Meio insidioso é aquele pérfido, enganoso, que constitui uma cilada para a vítima. É o meio dissimulado na sua eficiência maléfica. Já meio cruel, é aquele que exagera, propositadamente, o sofrimento impingido à vítima (NUCCI, 2017), revelando uma brutalidade fora do comum, tais como golpear a vítima com martelo, barra de ferro e pedaço de pau.

Por sua vez, meio de que possa resultar perigo comum é aquele que provoca dano à vítima, mas também a um número elevado e indeterminado de pessoas, sendo o exemplo mais corriqueiro o da execução de uma vítima com disparos de arma de fogo em meio a um aglomerado de pessoas, tais como ocorre em shows, boates e bares, em que o risco tanto decorre da possibilidade de serem atingidas outras vítimas por erro de pontaria como do desespero das pessoas em fuga capaz de gerar pisoteamentos (GONÇALVES, 2011). Dessas três famílias, derivam-se as espécies (qualificadoras específicas), abaixo brevemente analisadas.

A primeira delas diz respeito ao veneno, entendido como “toda substância que, atuando química ou bioquimicamente sobre o organismo, lesa a integridade corporal ou a saúde do indivíduo ou lhe produz a morte.” (ALMEIDA JÚNIOR, apud GRECO, 2013, p. 130). Pode se apresentar nas formas líquida, sólida ou gasosa, e sua constatação depende de prova pericial, feita nas vísceras ou no sangue da vítima. (GONÇALVES, 2011).

O veneno, para ser ministrado, em regra, é meio insidioso, pois o agente precisa ludibriar o ofendido, a fim de garantir a ingestão da substância (NUCCI, 2017). Entretanto, se

ele for inoculado no organismo da vítima com emprego de violência, configura-se a qualificadora do meio cruel, como no caso do agente que prende a vítima em recinto repleto de cobras altamente venenosas que a picam por várias vezes, causando sua morte. Por sua vez, se a vítima souber e consentir em que lhe ministrem veneno, não se aplica nenhuma das qualificadoras. (GONÇALVES, 2011).

O emprego de fogo também qualifica um homicídio. Pode constituir-se por meio cruel ou por meio que resulte em perigo comum. A queimadura, em regra, é um sofrimento atroz, concretizando, pois, o desejo cruento do agente. Por outro lado, pode atingir terceiros, conforme sua volatilidade. (NUCCI, 2017).

Referida qualificadora também se mostra presente quando o agente põe fogo na residência da vítima e esta morre por aspirar a fumaça proveniente da queima, ainda que seu corpo não seja atingido diretamente pelas chamas. Da mesma forma, sua incidência é verificada se a vítima é colocada em um caldeirão com água e, em seguida, esta é aquecida. (GONÇALVES, 2011). Em tais casos, a morte decorreu do emprego de fogo, mesmo que indiretamente.

Registre-se que se o emprego de fogo provocar dano em bem alheio, da própria vítima do homicídio ou de terceiro, o delito de dano qualificado pelo emprego de substância inflamável, fica absorvido pelo homicídio, já que este constitui crime mais grave, conforme preceitos do artigo 163, parágrafo único, inciso II, do Código Penal.³⁵

Da mesma forma ocorre no emprego de explosivo, que é verificado quando a morte da vítima é provocada por meio de uma explosão de determinada substância inflamável, que, em regra, gera perigo a um número indeterminado de pessoas. Todavia, pode constituir-se por meio cruel, se a detonação, previamente calculada pelo autor, provoque no ofendido a perda de membros e, conseqüentemente, uma morte agônica e lenta. (NUCCI, 2017).

Por sua vez, a asfixia ocorre quando a morte da vítima é provocada pela supressão da função respiratória. Segundo Hoffman (apud GRECO, 2013, p. 119), é a “morte produzida por impedimento mecânico à penetração do ar atmosférico na árvore respiratória”.

Além do impedimento mecânico, verificado por esganadura, estrangulamento, enforcamento, sufocação, afogamento, soterramento, imprensamento, há também o impedimento tóxico, através do confinamento e uso de gases asfixiantes.

³⁵ Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - Se o crime é cometido: [...] II - com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave; [...] Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

De acordo com a medicina legal, a asfixia só produz a morte com cerca de cinco minutos, e geralmente a perda da consciência se dá no primeiro minuto, o que demonstra o inequívoco dolo de matar do agressor. Se sobreviver, a vítima poderá sofrer várias sequelas, entre elas, “perturbações psíquicas (amnésia), convulsões e estado comatoso”. (GRECO, 2013, p. 119).

A qualificadora demanda o efeito surpresa e/ou a superioridade de forças, além do tempo para a consumação do homicídio, o que pode provocar uma morte agônica, razão pela qual pode constituir meio insidioso ou cruel, a depender do caso concreto.

A tortura, por seu turno, também encontra-se no rol dos meios considerados cruéis, é empregada de forma lenta e gradativa, prolongando maldosamente o sofrimento da vítima, seja físico ou mental. Sua definição está na Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984, em sua XL Sessão, realizada em Nova York, e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 40 de 15 de fevereiro de 1991. De acordo com o 1º da Convenção:

[...] o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

São hipóteses de sua configuração, entre outras, prender a vítima e não lhe fornecer bebida ou comida para que morra de sede ou de fome; acorrentar a vítima ao ar livre para que tenha forte insolação; lentas sessões de mutilações ou de aplicações de ferro em brasa; amarrar a vítima sobre um formigueiro de espécie agressiva; crucificação; e empalhamento. (GONÇALVES, 2011).

É importante diferenciar o homicídio doloso qualificado pelo emprego de tortura (artigo 121, § 2º, III, do CP), do delito de tortura qualificado pela morte (art. 1º, § 3º, da Lei nº 9455/97). No primeiro caso, a intenção do agente é causar a morte da vítima, sendo a tortura o meio escolhido para alcançá-la. Já no segundo, a intenção do agente é de apenas torturar a vítima para obter, por exemplo, uma confissão (art. 1º, I, a, lei 9.455/97), entretanto,

culposamente, acaba por causar sua morte, razão pela qual é considerado um crime preterdoloso.

No tocante à classificação quanto ao modo de execução, têm-se as qualificadoras do inciso IV do § 2º, do artigo 121, quais sejam, traição, emboscada, dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido, que também são consideradas de caráter objetivo, já que não estão ligadas aos motivos do crime, mas à forma como este será praticado.

Nota-se que as três primeiras são qualificadoras específicas, e as duas últimas são consideradas pela doutrina como genéricas, só podendo ser utilizadas quando não for possível o enquadramento das figuras específicas. Em outras palavras, pode-se afirmar que a traição, a emboscada e a dissimulação são espécies de recursos que dificultam ou impedem a defesa do ofendido.

A doutrina diverge sobre o conceito de traição. Nas lições de Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 453), “trair significa enganar, ser infiel, de modo que, no contexto do homicídio, é a ação do agente que colhe a vítima por trás, desprevenida, sem ter esta qualquer visualização do ataque. O ataque de súbito, pela frente, pode constituir surpresa, mas não traição”.

Noutro giro, para Júlio Fabbrini Mirabete, (apud GONÇALVES, 2011, p. 107) “a traição consubstancia-se essencialmente na quebra de confiança depositada pela vítima no agente, que dela se aproveita para matá-la”.

Filia-se ao entendimento de Mirabete, pois para o reconhecimento da qualificadora da traição, é imprescindível, a demonstração de prévia relação de confiança entre as partes e que o autor tenha se valido disso para matar a vítima.

Já na emboscada, também chamada pela doutrina de ‘tocaia’, o agente aguarda escondido a chegada ou a passagem da vítima por determinado local com o objetivo de alvejá-la de surpresa, sendo desnecessário que esta esteja em local ermo ou que seja encurralada. (GONÇALVES, 2011).

Na dissimulação, o agente oculta sua intenção homicida, dando falsas amostras de amizade, a fim de facilitar o cometimento do delito (GRECO, 2014). Configura-se, portanto, quando há uma encenação, uma mentira verbal ou o uso de disfarce para se aproximar da vítima.

Por conseguinte, nas figuras genéricas, basta que a vítima tenha dificultada sua capacidade de defesa, ainda que lhe reste alguma chance de evitar o crime ou que o agente inviabilize-a por completo, tornando-a impossível. Além disso, é necessário que o Ministério

Público especifique na denúncia o recurso utilizado pelo agente, isto é, se dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima, narrando os fatos que o fizeram chegar a esta conclusão.

Assevera-se que é preciso muita cautela para qualificar o homicídio nestas hipóteses, uma vez que todo ataque tem uma dose natural de surpresa, pois, do contrário, seria um autêntico duelo. Não se costuma cientificar a vítima de que ela será agredida, assim, não é o simples fato de iniciar um ataque de súbito que faz nascer a qualificadora. É indispensável a prova de que o agente teve por propósito efetivamente surpreender a pessoa visada, enganando-a, impedindo-a de se defender ou, ao menos, dificultando-lhe a reação. (NUCCI, 2017).

Já no inciso V, do § 2º, do artigo 121 do CP, o homicídio é qualificado pela finalidade especial do agente, quando for levado a efeito para assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime. Trata-se, portanto, de dolo específico, decorrente da motivação do agente, razão pela qual é considerada de caráter subjetivo.

Para sua configuração, é necessário a existência de um vínculo entre o homicídio e o outro crime³⁶ cometido, já que o primeiro foi praticado em razão do segundo. É o que a doutrina chama de conexão.

Diz-se que a conexão é teleológica quando o agente primeiro pratica o homicídio para depois cometer o crime almejado, com a finalidade de assegurar a execução deste. A título de exemplo, cita-se o agente que mata o marido para estuprar a sua esposa.

Observa-se que se o agente, após matar a vítima, efetivamente praticar o outro crime, deve responder por homicídio qualificado em concurso material com aquele. Entretanto, se o agente matar a vítima para subtrair seus pertences, não há que se falar em homicídio qualificado (art. 121, § 2º, V, do Código Penal), mas sim em latrocínio (art. 157, § 3º, 2ª parte, do Código Penal). (GONÇALVES, 2011).

Por sua vez, consequencial é a conexão utilizada quando primeiro é cometido outro crime e depois o homicídio, com a intenção de assegurar a ocultação, a impunidade ou a vantagem daquele.

Na ocultação, busca-se manter desconhecida a infração penal praticada anteriormente, a exemplo do marido que mata a única testemunha que o viu enterrar o corpo de sua mulher, também morta por ele. (GRECO, 2014).

³⁶ Caso a morte da vítima tenha a finalidade de assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de uma contravenção penal, a qualificadora a ser reconhecida é a do motivo torpe ou do motivo fútil, a depender do caso concreto.

Na impunidade, a existência do delito anterior já é conhecida, mas sua autoria ainda é ignorada, sendo a intenção do agente evitar a punição por este crime. É cabível, por exemplo, quando “o ladrão, notando ter sido reconhecido por alguém, durante a prática do furto, elimina essa pessoa, para não ser identificado”. (NUCCI, 2017, p. 454).

Para o reconhecimento da qualificadora, nas lições de Gonçalves (2011, p. 115), “não é necessário que o autor do crime antecedente tenha sido o próprio homicida, pois esta exigência não consta do texto legal, que se contenta com a intenção de assegurar a impunidade de outro crime, independentemente de quem seja seu autor.”

Quanto à vantagem de outro crime, o que se busca é assegurar que o produto conseguido pela prática deste reste mantido. (NUCCI, 2017). A título de exemplo, tem-se o agente que mata seu parceiro de roubo para ficar integralmente com o dinheiro subtraído.

Salienta-se que, por ser uma qualificadora que leva em consideração a motivação do agente, seu reconhecimento impede a aplicação concomitante das qualificadoras do motivo torpe ou do motivo fútil, pois, caso contrário, haveria *bis in idem*.

Ademais, de acordo com Gonçalves (2011, p. 116), “o tempo decorrido entre os dois delitos é indiferente”. O fato de alguém ter cometido certo crime há muitos anos e, ao ser descoberto, matar uma testemunha que poderia incriminá-lo, não afasta a qualificadora. Da mesma forma, se o sujeito mata uma pessoa a fim de viabilizar outro delito que só pretende executar dali a alguns dias ou meses.

No que tange ao feminicídio, incluído pela Lei nº 13.104 de 09 de março de 2015 no rol de circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio doloso, constante no artigo 121, § 2º, VI, do Código Penal, a doutrina não é uníssona quanto a sua natureza.

Para Rogério Greco (2017), a qualificadora é de caráter subjetivo, pois está ligada aos motivos determinantes do crime, isto é, uma mulher vem a ser vítima de homicídio simplesmente por razões de sua condição do sexo feminino.

No mesmo sentido, posiciona-se Flávia Teixeira Ortega (2015), para a qual a qualificadora está relacionada com a esfera interna do agente. Segundo ela, não se trata de qualificadora objetiva porque nada tem a ver com o meio ou modo de execução.

Noutro giro, Nucci defende que trata-se de uma qualificadora de caráter objetivo, já que está ligada ao gênero da vítima, isto é, ser mulher, e ainda afirma:

Não aquiescemos à ideia de ser uma qualificadora subjetiva (como o motivo torpe ou fútil) somente porque se inseriu a expressão “por razões de condição de sexo feminino”. Não é essa a motivação do homicídio. O agente não mata a mulher

porque ela é mulher, mas o faz por ódio, raiva, ciúme, disputa familiar, prazer, sadismo, enfim, motivos variados, que podem ser torpes ou fúteis; podem, inclusive, ser moralmente relevantes. Sendo objetiva, pode conviver com outras circunstâncias de cunho puramente subjetivo. (NUCCI, 2017, p. 455)

Independente da natureza jurídica do feminicídio, certo é que o sujeito passivo, isto é, a vítima, sempre será uma mulher³⁷. O objetivo do legislador foi conferir uma maior proteção à pessoa do sexo feminino, porque em virtude de sua inferioridade de força física, de sua subjugação cultural, de sua dependência econômica, de sua redução à condição de serviçal do homem (seja marido, companheiro, namorado) é a parte fraca das relações domésticas e familiares. (NUCCI, 2017).

Frisa-se que, por ser uma modalidade de homicídio doloso, o feminicídio pode ser praticado por qualquer pessoa, seja do sexo masculino, seja do sexo feminino, razão pela qual nada impede que em uma relação homoafetiva feminina, uma das parceiras venha a causar a morte da outra.

É de suma importância observar que o simples fato de uma mulher figurar como sujeito passivo no tipo penal incriminador do artigo 121 do Código penal, não caracteriza a qualificadora do feminicídio. Para que isso ocorra, conforme explicitado no § 2º-A do referido dispositivo legal, é necessário que o homicídio seja praticado por razões da condição de sexo feminino em um contexto de violência doméstica e familiar ou de menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

As hipóteses de violência doméstica e familiar foram elencadas pelo artigo 5º da Lei nº 11.340/2006, conhecida por 'Lei Maria da Penha', e o reconhecimento de uma delas já é suficiente para configurar o feminicídio, a saber:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

³⁷ Este trabalho não entrará no mérito da discussão de gênero.

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Registre-se que, nos termos do artigo 6º da Lei Maria da Penha, “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.”

Quanto ao inciso II do mencionado § 2º-A, do artigo 121 do Código Penal, entende-se por ‘menosprezo’ o sentimento de aversão, repulsa e repugnância a uma pessoa do sexo feminino. Já ‘discriminação’, pode ser definida como tratar de forma diferente, distinguir pelo fato da condição de mulher da vítima (GRECO, 2017).

Por fim, tem-se a qualificadora que tutela os crimes contra os agentes estatais, inserida no § 2º, inciso VII, do artigo 121 do Código penal³⁸, pela Lei nº 13.142/2015. Tal inclusão se deu em razão do visível crescimento do crime organizado e seus atentados contra agentes estatais.

As vítimas em potencial são os integrantes das forças armadas, ou seja, exército, marinha e aeronáutica (artigo 142 da CF), bem como os policiais federais – incluindo os rodoviários e ferroviários –, civis, militares, de corpo de bombeiros e das guardas municipais (artigo 144 da CF), além dos integrantes do sistema prisional, tais como os carcereiros e os agentes de segurança, e dos integrantes da Força Nacional de Segurança Pública.

A incidência da referida qualificadora é verificada quando o agente estatal, ora vítima, está no exercício de sua função ou em decorrência dela, incluindo os casos de policiais aposentados. Trata-se, portanto, de um homicídio funcional. (NUCCI, 2017).

Da mesma forma, é possível o reconhecimento da qualificadora em análise, quando o homicídio for praticado contra cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até o terceiro grau, desde que relacionado à função do agente estatal ou em decorrência dela.

5.1.3 Causas de aumento de pena no homicídio doloso

O § 4º do artigo 121 do Código Penal, estabelece que a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta)

³⁸ Art. 121. Matar alguém: [...] § 2º Se o homicídio é cometido: [...] VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015). Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

anos. Entretanto, caso seja verificada a incidência da qualificadora do feminicídio, será aplicada a majorante prevista no § 7º, em razão do princípio da especialidade. Assim, a pena poderá ser aumentada de 1/3 (um terço) até a metade, se o homicídio for cometido contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência. Da mesma forma ocorre se for praticado durante a gestação ou nos 03 (três) meses posteriores ao parto ou na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

Ademais, tem-se a majorante dos homicídios praticados por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviços de segurança, ou por outro grupo de extermínio. A causa de aumento está prevista no § 6º do dispositivo em estudo, e disciplina que a pena será aumentada de 1/3 (um terço) até metade.

O conceito de milícia privada ainda não se encontra totalmente esclarecido, entretanto, destaca-se o entendimento de Rogério Greco (2017, p. 102):

Ao se referir à milícia privada, está dizendo respeito àquela de natureza paramilitar, isto é, a uma organização não estatal, que atua ilegalmente, mediante o emprego da força, com a utilização de armas, impondo seu regime de terror em determinada localidade.

Por sua vez, grupo de extermínio pode ser definido como “agrupamento de pessoas voltado a eliminar seres humanos por razões variadas”. (NUCCI, 2017, p. 461). São os famosos grupos de matadores de aluguel, que na maioria das vezes não possuem motivo de caráter pessoal para eliminar a vida da vítima, apenas a faz por dinheiro.

Destaca-se, por fim, os esclarecimentos feitos pelo Deputado Federal Nilmário Miranda, Presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara Federal:

A ação dos grupos de extermínio consiste numa das principais fontes de violação dos direitos humanos e de ameaça ao Estado de direito no país. Essas quadrilhas agem normalmente nas periferias dos grandes centros urbanos e têm seus correspondentes nos jagunços do interior. Usam estratégia de ocultar os corpos de suas vítimas para de furto à ação da justiça, sendo que os mais ousados chegam a exibir publicamente sua crueldade. Surgem como decorrência da perda de credibilidade nas instituições da justiça e de segurança pública e da certeza da impunidade, resultante da incapacidade de organismos competentes em resolver o problema. Os embriões dos grupos de extermínio nascem quando comerciantes e outros empresários recrutam matadores de aluguel, frequentemente policiais militares e civis, para o que chamam de ‘limpar o seu bairro’ ou ‘sua cidade’. (apud GRECO, 2017, p. 103).

5.2 A Criminalidade no Brasil

Infelizmente, com o passar dos anos, os índices de criminalidade no Brasil estão cada vez mais elevados, instaurando na sociedade um pânico e temor. “Apenas em três semanas são assassinadas no país mais pessoas do que o total de mortos em todos os ataques terroristas no mundo nos cinco primeiros meses de 2017³⁹, que envolveram 498 atentados, resultando em 3.314 vítimas fatais.” (ATLAS..., 2017, p. 5).

Segundo o Ministério da Saúde, em 2015 o Brasil registrou 59.080 homicídios, o que traduz 28,9 mortes a cada 100 mil habitantes⁴⁰, se distanciando do patamar de 2005, quando ocorreram 48.136 homicídios.

De acordo com o Atlas da Violência 2017⁴¹, mais de 318 mil jovens foram assassinados entre 2005 e 2015, o que significa dizer que a cada 100 mil habitantes, 60,9 foram alvos de morte violenta, totalizando em 2015, o percentual de 54,1% vítimas entre 15 e 29 anos.

Destaca-se que nesta faixa etária, os homens são as principais vítimas, acometidos por 92% dos homicídios. Em 2015, só Alagoas e Sergipe atingiram, respectivamente, a taxa de 233 e 230,4 mortes por 100 mil homens jovens, fato por de mais preocupante.

Entretanto, tal estatística não se dá apenas no Brasil. De acordo com a Organização Mundial da Saúde – OMS, “do total de homicídios cometidos em 2015, 80% das vítimas eram do sexo masculino. Os homens na região das Américas registraram a maior taxa do mundo, com índice de 32,9, 12 vezes maior que a taxa na região do Oeste do Pacífico, que inclui países como Austrália.” (NAÇÕES..., 2017, não paginado).

Dados coletados pelo Programa de Redução de Violência Letal contra Adolescentes e Jovens – PRVL, em parceria com a Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF e Equipe IHA – Índice de Homicídios na Adolescência, divulgados recentemente, demonstram que “em 2014, a cada 1.000 adolescentes entre 12 e 18 anos, 3,65 foram vítimas de homicídio”, o maior valor desde o início do monitoramento, que se deu em 2005. (IHA, 2017, p. 13).

³⁹ Informações provenientes do "mapa do terrorismo", fruto de uma parceria entre a Esri Story Maps e a PeaceTech Lab (ver: <https://storymaps.esri.com/stories/terrorist-attacks/?year=2017>).

⁴⁰ De acordo com o Sistema de Informações sobre Mortalidade – SIM.

⁴¹ Estudo proveniente da parceria entre o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP).

O IHA (2017) estima que se as circunstâncias da alta incidência de violência letal não mudarem, entre 2015 e 2021, cerca de 43.000 adolescentes serão vítimas de homicídio no país, isto considerando apenas os municípios com mais de 100 mil habitantes, e afirma que pessoas do sexo masculino possuem um risco 13,52 maior de serem vítimas do que as do sexo feminino.

A população negra é a que mais sofre com a violência letal. Afirma o IPEA que a cada 100 pessoas assassinadas no Brasil, 71 são negras. Ademais, segundo as informações contidas no Atlas da Violência 2017, descontando o efeito da idade, escolaridade, sexo, estado civil e bairro de residência, os negros possuem 23,5% mais chances de serem assassinados, se comparados aos brasileiros de outras raças. Já na adolescência, conforme indicado pelo IHA, os negros sofrem taxa de 2,88 vezes mais elevadas.

Sem adentrar no mérito se as intervenções policiais são legais ou se violam os Direitos Humanos, os “dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública indicam que, em 2015 ao menos 358 policiais civis e militares constam das estatísticas de homicídio do país”. (ATLAS..., 2017, p. 21). Este ano, até o início de novembro, conforme os jornais de circulação, 116 (cento e dezesseis) policiais foram mortos apenas no Estado do Rio de Janeiro, muitos deles pelo simples fato da profissão escolhida, evidenciando o homicídio funcional.

Ainda, em consonância com o estudo do Fórum Nacional de Segurança Pública – FNSP, em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, “em 2015 apenas 111 municípios (que corresponde a 2,0% do total de municípios, ou 19,2% da população brasileira) responderam por metade dos homicídios no Brasil, ao passo que 10% dos municípios (557) concentraram 76,5% do total de mortes no país”. (2017, p. 14).

A pesquisa ainda afirma que o município de Altamira, no Pará, lidera a lista dos 30 municípios mais violentos do país, com uma taxa de homicídio somada a MVCI (mortes violentas com causas indeterminadas) de 107⁴². Em seguida, destaca-se Lauro de Freitas/BA, com uma taxa de 97,7 e posteriormente, Nossa Senhora do Socorro/SE (96,4); São José de Ribamar/MA (96,4); e Simões Filho/BA (92,3). Importante asseverar que as regiões Norte e Nordeste somaram 22 municípios deste *ranking* negativo e apresentaram crescimento superior a 100% nas taxas de homicídio no período analisado.⁴³

⁴² Estudo realizado em municípios com população superior a 100 mil habitantes.

⁴³ Fonte: MS/SVS/CGIAE - Sistema de Informações sobre Mortalidade - SIM. O número de homicídios no município de residência foi obtido pela soma das seguintes CIDs 10: X85-Y09 e Y35-Y36, ou seja: óbitos causados por agressão mais intervenção legal. taxa de homicídios por 100 mil habitantes. Elaboração Diest/Ipea.

Outrossim, tem-se que o Rio Grande do Norte, obteve um crescimento de 232%. No ano de 2005 a taxa de homicídios no Estado era de 13,5 para cada 100 mil habitantes. Já em 2015, esse número passou para 44,9. Em seguida estão Sergipe e Maranhão, com taxas de 137,7% e 130,5, nesta ordem.

Por sua vez, Pernambuco e Espírito Santo reduziram suas taxas em 20% e 21,5%, respectivamente. Entretanto, as reduções mais significativas ficaram com os Estados do Sudeste. A taxa em São Paulo diminuiu 44,3%, passando de 21,9 para 12,2, e no Rio de Janeiro, caiu 36,4%, saindo de 48,2 e indo para 30,6. (IPEA, 2017)

Ainda de acordo com a pesquisa, entre 2010 e 2015, houve um intenso crescimento das taxas de mortes violentas nos Estados de Sergipe, Rio Grande do Norte e Piauí, correspondendo, respectivamente a 77,7%, 75,5% e 54%. Por outro lado, os Estados do Espírito Santo, Paraná e Alagoas, obtiveram as maiores quedas, com percentual de 27,6%, 23,4% e 21,8%, nesta ordem.

Ademais, segundo o novo relatório da Organização Mundial da Saúde⁴⁴, o Brasil tem a nona maior taxa de homicídio das Américas, com um índice de 30,5 mortes para cada 100 mil habitantes, segundo dados de 2015, sendo apenas menos violento que Honduras, El Salvador, Venezuela e Colômbia, cujas taxas são de 85,7, 63,2, 51,7 e 48,8, nesta ordem. (NAÇÕES..., 2017).

Importante frisar que tanto os relatórios da Organização Mundial da Saúde, quanto os dados do Atlas de Violência 2017, demonstram que um dos principais impulsionadores das taxas de mortes violentas no mundo, incluindo Brasil, é o acesso às armas. Conforme pesquisas do Fórum Nacional de Segurança Pública, 71,9% dos homicídios praticados no Brasil foram cometidos com o emprego de arma de fogo, sendo que a cada 1% no aumento da proliferação destas armas, eleva-se 2% na taxa de homicídio.

Ademais, o IHA (2017) afirma que as mortes de adolescentes provocadas por arma de fogo são 6,11 mais prováveis do que por qualquer outro meio.

Assim, pode-se afirmar que a violência letal deve ser entendida como um fenômeno complexo que afeta direta e/ou indiretamente a todos. Se nada for feito, a tendência será a construção de mais cemitérios em vez de escolas.

⁴⁴ Divulgado em 17 de maio de 2017, pelo site das Nações Unidas no Brasil. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/brasil-tem-nona-maior-taxa-de-homicidio-das-americas-diz-oms/>>. Acesso em: 17 out 2017.

5.3 Impunidade como fator desencadeante do crime

Não se olvida que a pobreza e a desigualdade social sejam fatores que justifiquem o aumento da violência e da criminalidade, entretanto, aduzir que são causas exclusivas ou preponderantes é inviável, uma vez que “se a condição econômica fosse o único ou preponderante fator criminógeno, não haveria pessoas ricas criminosas, tampouco honestos pobres.” (SANTOS, 2010, p. 14).

O controle da criminalidade, que deve ser exercido pelos três poderes da federação, isto é, o Executivo com a implementação de políticas públicas de segurança e proteção à vida, o Judiciário com a efetivação da justiça célere e o Legislativo com a criação e aperfeiçoamento de normas penais, está se tornando gradativamente mais árduo.

É notório que, há várias décadas, o sistema penal encontra-se totalmente sucateado e com superlotações, o que corrobora para a demora na resolução dos processos, ocasionando a prescrição e a impunidade penal.

Inúmeras famílias estão perdendo seus entes em razão da crescente violência e, cada vez mais estão desacreditadas no poder-dever do Estado. Já não há mais temor à justiça, os criminosos portam armamento bélico com poder de fogo muito superior aos dos policiais, e não possuem medo de serem presos, pois sabem que a máquina judiciária é lenta e está falida, fazendo com que muita das vezes saiam impunes em decorrência da falta de apuração precisa dos fatos, da corrupção passiva e, principalmente, da prescrição penal.

Impecavelmente, em 1975 o filósofo francês Michel Foucault (2012, p. 92), já dizia que **“nada torna mais frágil o instrumento das leis que a esperança de impunidade.”** (grifo nosso).

Se os crimes cometidos não escapassem aos olhos dos detentores do dever de fazer justiça, certamente a probabilidade de condenação e conseqüente punição seriam maiores, reduzindo, assim, a vantagem esperada pela prática criminosa.

Foucault ainda ensina que:

Se deixarmos de lado o dano propriamente material – que embora irreparável como num assassinato é de pouca extensão na escala de uma sociedade inteira – o prejuízo que um crime traz ao corpo social é a desordem que introduz nele: o escândalo que suscita, o exemplo que dá, a incitação a recomeçar se não é punido, a possibilidade de generalização que traz consigo. Para ser útil, o castigo deve ter como objetivo as conseqüências do crime, entendidas como a série de desordens que este é capaz de abrir. (FOUCAULT, 2012, p. 89).

Pouco adiante, também assevera:

Um crime é cometido porque traz vantagens. Se à ideia do crime, fosse ligada a ideia de uma desvantagem um pouco maior, ele deixaria de ser desejável. (...) Se o motivo de um crime é a vantagem que se representa com ele, a eficácia da pena está na desvantagem que se espera dela. (FOUCAULT, 2012, p. 90).

De acordo com Gary Stanley Becker⁴⁵ (apud SANTOS, 2010), o combate à impunidade produz diminuição das práticas criminosas, desde que conjugados os fatores de inibição, aumento da possibilidade de se identificar e punir o infrator e aplicação de uma pena gravosa ao acusado, afetando a relação custo-benefício por ele almejada.

Dessa forma, tem-se que a consequência de qualquer crime, excetuadas as hipóteses de excludentes de ilicitude, é a sanção penal imposta pelo Estado, e não a impunidade, muitas vezes decorrente da ‘pacificação’ do conflito criminal pelo tempo, isto é, pela prescrição, transformando-se em injustiça para as vítimas e para a sociedade como um todo, principalmente quando o bem jurídico violado é o mais importante de todos, ou seja, a vida, como ocorre no homicídio.

5.4 Prescrição penal como causa geradora da impunidade nos crimes de homicídio doloso

A prescrição possui como fator determinante o lapso temporal e é causa de extinção da punibilidade, conforme descrito no artigo 107, IV, do Código Penal, impedindo a propositura de uma ação penal ou o julgamento do mérito de um processo de conhecimento já iniciado, evidenciando, assim, que mesmo sendo culpado, o indiciado ou o réu será beneficiado pela decisão judicial, deixando de arcar com as consequências de suas condutas ilícitas.

Dito isso, pode-se afirmar, veementemente, que a prescrição da pretensão punitiva é um coeficiente da impunidade, que com ainda mais razão é verificado na prescrição da pretensão executória, que ocorre quando o Estado-Juiz já reconheceu a culpa do indivíduo,

⁴⁵ Gary Stanley Becker foi um economista estadunidense e como professor na Universidade de Chicago, foi laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas de 1992, por ter estendido os domínios da análise microeconômica para comportamento e interação humana. Seu falecimento ocorreu em 03 de maio de 2014, em Chicago.

mas este deixa de cumprir a pena imposta em razão de uma inércia estatal, seja pela deficiência em agir ou pela fuga do condenado.

Christiano Jorge Santos (2010, p. 20), brilhantemente afirma que:

Se a prescrição gera impunidade e ela é fator desencadeante do crime, pode-se afirmar que a prescrição contribui para o aumento da criminalidade [...] razão pela qual deve ter sua abrangência e sua aplicação, no mínimo, limitadas, na medida em que afronta o espírito de justiça e atenta contra os direitos individuais das vítimas.

Por sua vez, Fábio André Guaragni, defendendo o princípio da imprescritibilidade da ação em movimento, aduz que o exercício de atos persecutórios destinados à apuração do fato e a punição do infrator demonstram a inequívoca intenção estatal de exercer seu direito de punir. E sobre a prescrição da pretensão executória, ensina:

Com a sentença condenatória tornada definitiva, reitera-se a certeza de que o ato impescinde de reprimenda, reforçando-se o exercício do direito de punir pelo Estado. [...] Deixando de ocorrer a execução da pena, pela intervenção inoportuna da prescrição, esta atua [...] como fator de fomento da impunidade surgido por força de erro sistêmico. (GUARAGNI, 2008, p. 67 e 72).

Um dos alicerces da prescritibilidade no direito penal pátrio é o desaparecimento dos efeitos causados pelo crime, o que não ocorre no homicídio (MARTINS, 2015), posto que é impossível se voltar ao estado *a quo*. Mesmo que o delito não chegue a se consumar, as consequências psicológicas e as sequelas físicas, na maioria das vezes, tornam-se permanentes.

Assim, por ser um delito cujos efeitos se protraem no tempo, o liame temporal não deve sofrer qualquer tipo de influência. O simples fato de se passarem vinte anos – considerando a pena *in abstracto* sem a incidência de minoração⁴⁶ –, ou ainda menos tempo, – nos casos da pretensão punitiva retroativa e intercorrente e da pretensão executória – não justifica a inviabilização do poder-dever de punir do Estado, uma vez que a vida que foi

⁴⁶ Trata-se dos casos de redução dos prazos prescricionais, previstos do artigo 15 do Código Penal: São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

ceifada não poderá ser restabelecida. Por isso, quando praticado dolosamente, seja em sua forma simples ou qualificada, o homicídio não pode ser objeto de prescrição penal.

Ademais, certo é que os efeitos do homicídio não se restringem às vítimas, atingindo, ainda que indiretamente, seus familiares, amigos e toda a coletividade. O crime em si nunca será esquecido, pelo simples fato de seus efeitos já serem imprescritíveis.

Após a consumação do homicídio, o que se nota é um sentimento de impunidade, devido a toda incerteza, lentidão e à falta de uma prestação eficiente do Estado na apuração do fato, o que causa na sociedade enorme sentimento de revolta. (CORRÊA, 2013).

Como dizer para uma mãe que teve um filho dolosamente vitimado pela violência letal, que o responsável pelo homicídio não será mais julgado em razão da ocorrência de prescrição penal?! Ou ainda pior, que apesar de julgado, não sofrerá as consequências da condenação, em razão da extinção da punibilidade pela prescrição?!

A prescrição é uma maneira fácil, porém, ineficaz de desafogar o judiciário, que conta com excesso de trabalho para um número bem reduzido de serventuários. Além da falta de pessoal, o valor gasto pelo Estado com todos os trâmites processuais é jogado no lixo quando, após anos de tramitação, investigação e mão de obra (remuneração de juízes, servidores, terceirizados, estagiários, peritos, defensores públicos, promotores, etc.), o processo é extinto pela prescrição, dando aos criminosos a certeza da impunidade, e à sociedade a descrença na justiça. (MARTINS, 2015).

Como já dito, não se olvida que a prescrição seja produto da morosidade do Poder Judiciário, entretanto, há de se considerar a complexidade de se investigar um crime de homicídio, principalmente em razão da ‘lei do silêncio’ que se opera nos bairros mais violentos, o que acaba por delongar determinados procedimentos investigatórios e judiciais, sem, contudo, ser causa justificante de extinção da punibilidade do agente.

Outrossim, é totalmente desproporcional considerar o crime de racismo e de ações criminosas de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, como imprescritíveis e o de homicídio doloso como prescritível.

A Constituição Federal inseriu no *caput* do artigo 5º, uma gama de direitos fundamentais, sendo o mais importante deles a inviolabilidade à vida que, portanto, merece maior rigor na tutela penal, uma vez que sem vida, não há Estado, não há razão para a ordem constitucional e tão menos para o resguardo do direito à igualdade, conforme tutelado pelo crime de racismo.

Nesse sentido, Mara Regina Trippo (2004, p. 132), leciona:

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

A previsão do homicídio doloso, como crime hediondo, é constitucional⁴⁷ e estabelece um mandado de criminalização expresso⁴⁸, assim como a prática de racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, o que reafirma a extrema importância de se proteger a vida, já que o homicídio é um delito considerado de máxima potencialidade ofensiva.

É inadmissível que a prescrição, como limitadora temporal, seja uma fomentadora da impunidade, principalmente no delito em estudo, que já possui tratamento diferenciado, justamente por sua gravidade e dificuldade de investigação.

Aceitar que o ofensor do direito divino seja beneficiado pelo instituto da prescrição penal, e que a vida ceifada meramente caia no profundo esquecimento estatal, é totalmente injusto e fere o preceito basilar insculpido na Constituição Federal, qual seja, a proteção à vida, que além de um bem jurídico fundamental, é uma dádiva de Deus.

Nesse diapasão, com o fim de dar a vida humana o tratamento merecido, bem como uma resposta estatal efetiva à coletividade, conclui-se pela necessidade da reforma do sistema prescricional brasileiro, para incluir no rol de crimes imprescritíveis previstos na Carta Magna, o delito de homicídio doloso, através de Emenda Constitucional.

⁴⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (grifo nosso).

⁴⁸ Segundo Cleber Masson, os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral. (Apud ORTEGA, Flávia Teixeira. O que são os mandados de criminalização, 2016. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/388280706/o-que-sao-os-mandados-de-criminalizacao>>. Acesso em: 22 nov. 2017.)

6 CONCLUSÃO

Ao término desta monografia, após a análise do instituto prescricional brasileiro, dos pontos controvertidos acerca das teorias fundamentadoras, bem como da imprescritibilidade penal no direito comparado, e da crescente criminalidade no Brasil, percebe-se o quão importante é o debate sobre a possibilidade de extensão da imprescritibilidade penal ao delito de homicídio doloso, que ante a sua hediondez, possui mandado de criminalização expresso na Constituição Federal. O tema ainda é muito controvertido no âmbito jurídico e precisa ser amplamente discutido e explorado.

Restou evidente que nenhuma das teorias explanadas no capítulo I, isoladamente, é capaz de fundamentar de forma adequada a existência do instituto da prescrição penal. As divergências verificadas podem significar que efetivamente não haja razão de existir, na maioria dos casos, isto é, não é apenas o fluir do tempo o critério, no direito penal, que deve ser considerado para a extinção da punibilidade.

A prescritibilidade penal é a regra em nosso ordenamento jurídico, entretanto, existem duas exceções que foram amplamente debatidas no decorrer deste trabalho, quais sejam, o crime de racismo e o crime de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, ambos considerados como cláusulas pétreas, e previstos no artigo 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição Federal, respectivamente.

Conforme abordado no capítulo III, não existem óbices para a ampliação do rol de crimes imprescritíveis presentes na Constituição Federal de 1988. Pelo contrário, ao ratificar o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, o Brasil concordou com a imprescritibilidade dos crimes de sua competência, tornando-se assim, adepto à existência de mais hipóteses de crimes imprescritíveis além das previstas na Carta Magna.

O homicídio é considerado um dos delitos mais graves que se pode cometer, tendo em vista que a vida constitui o bem mais precioso que o ser humano possui, razão pela qual é protegida pela Constituição Federal e por Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Entretanto, no Brasil, apesar dos elevados índices de mortes violentas todos os anos e de seus efeitos serem imprescritíveis, o delito ainda é considerado prescritível.

É inadmissível que a prescrição obste o *jus puniendi* estatal. É injustificável declarar a extinção da punibilidade de um culpado, em razão da delonga de determinados procedimentos judiciais, quando a vida, que nunca será restabelecida ou substituída e, tampouco, indenizada de forma justa e equiparada, for violada dolosamente por alguém.

É obrigação do Estado proteger o direito à vida perante eventuais agressões de outros indivíduos. Assim, a omissão estatal e a colocação da pessoa ofendida e seus familiares em situação de desamparo, gera dupla vitimização, posto que além de ter sido vítima de um crime, quando não morre, é obrigada a conviver com a impunidade do agressor.

Enquanto a prescrição for causa geradora de impunidade, a elevação das penas e o aumento do rigor em seu cumprimento não serão suficientes para frear a onda criminosa ascendente. É de extrema urgência e imprescindibilidade a revisão e atualização de nosso Código Penal, que é de 1940, anterior até mesmo a Constituição Federal vigente, para adequá-lo a triste realidade dos dias atuais, trazendo mais segurança aos procedimentos judiciais e à coletividade.

A imprescritibilidade, quando acolhida, é acompanhada da retórica de defesa social. Dotada de impacto imediato, pode ser a resposta estatal eleita para abrandar o alarme coletivo ante a criminalidade atroz, a impunidade de criminosos contumazes e de réus foragidos.

Perfaz-se, portanto, ser plenamente possível estender ao homicídio doloso a característica de crime imprescritível, desde que ocorra por Emenda Constitucional, já que estão em nossa lei maior as duas hipóteses de imprescritibilidade penal.

REFERÊNCIAS

ATLAS da Violência 2017- IPEA e FBSP. Rio de Janeiro, junho de 2017. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30253>. Acesso em: 16 out. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, parte geral: (arts. 1º a 120). 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

_____. **Curso de direito penal**, parte especial: 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

CARDOSO, Luisa Rita. Julgamento de Nuremberg, 2016. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/julgamento-de-nuremberg/>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

CARVALHO FILHO, Aloysio de. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. IV.

CÓDIGO Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 nov. 2017.

CÓDIGO Penal da Venezuela. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo6.pdf>. Acesso em: 28 out. 2017.

CÓDIGO Penal Espanhol. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigospanhol.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2017.

CONSTANTINO, Giuseppe Luigi Pantoja. O Estatuto de Roma e a criação do Tribunal Penal Internacional. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 18 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51507&seo=1>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

Constituição da Nação Argentina de 1994. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>>. Acesso em: 28 out. 2017.

Constituição da República do Paraguai. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/paraguay.htm>>. Acesso em: 28 out. 2017.

CORRÊA, Fabrício da Matta. Da imprescritibilidade do homicídio doloso. Artigo publicado na Revista Jurídica Consulex, em 15 de junho de 2013. Disponível em: <<https://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941677/da-imprescritibilidade-do-homicidio-doloso>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

DAMÁSIO, E. de Jesus. **Direito penal**,: parte geral, 28. ed. rev. São Paulo: Saraiva 2005. v. 1.

Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, que promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dec_reto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 3 nov. 2017.

Decreto nº 40/91 que Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.

DELGADO, Mario Luiz. Cláusula Pétrea e Reforma Constitucional. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI221573,51045-Clausulas+petreas+e+reforma+constitucional>>. Acesso em: 5 nov. 2017.

DIAZ, Claudia López. Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Disponível em: <http://www.juareztares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.

ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência das prisões. Tradução de Raquel Ramallete. 40. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

FRAGOSO, Heleno Claudio. Lições de direito penal: parte geral, 17. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. v. I.

_____. **Medicina Legal à Luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2013.

_____. **Curso de direito penal**: parte especial. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. v. II

_____. **Curso de direito penal**: parte especial, introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. v. II.

GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição penal e impunidade**. 2 tir. Curitiba: Juruá, 2008.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. V.

IHA 2014. Índice de Homicídios na Adolescência: IHA 2014. organizadores: Dorian Luis Borges de Melo, Ignácio Cano - Rio de Janeiro. Observatório de Favelas, 2017.

Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 29 nov. 2017.

Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. Conhecida por Lei Maria da Penha. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

LEI FRANCESA Nº 64-1326 de 26 de dezembro de 1964, referente à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000684761>> . Acesso em: 28 out. 2017.

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

MARTINS, Lorena Roberta de Moraes. Prescrição penal e a impunidade diante dos crimes de homicídio doloso. Publicado em 3 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/prescricao-penal-e-impunidade-diante-dos-crimes-de-homicidio-doloso/>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrine. **Manual de Direito Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. NAÇÕES Unidas no Brasil. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/brasil-tem-nona-maior-taxa-de-homicidio-das-americas-diz-oms/>>. Acesso em: 17 out. 2017.

NORONHA, E. Magalhães, **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Código penal comentado**. 17. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Racismo: uma interpretação à luz da Constituição Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/racismo-uma-interpretacao-a-luz-da-constituicao-federal/5447>>. Acesso em: 25 out. 2017.

OLIVEIRA, Leonardo Minari de. A prescrição penal sob o panorama das teorias do delito. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 121, fev 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14288>. Acesso em: 3 set. 2017.

ORTEGA, Flávia Teixeira. Femicídio (art. 121, § 2º, VI, do CP), 2015. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/337322133/femicidio-art-121-2-vi-do-cp>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

PAULO FILHO, Pedro. O Tribunal de Nuremberg, 2014. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/grandes-causas/o-tribunal-de-nuremberg>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

PORTAL de Direito Internacional. www.cedin.com.br. Resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral das Nações Unidas: Definição de Agressão. Adotada em Nova Iorque – EUA, em 03 de dezembro de 1973. Disponível em: <<http://www.zoom.org.pt/imagens/311/73f999f1/59.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2017.

PORTO, Antônio Rodrigues. **Da prescrição penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RECOUSO, Camila. Prescrição penal, 2014. Disponível em: <<https://camilarecouso.jusbrasil.com.br/artigos/150683257/prescricao-penal>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

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

SUPREMO Tribunal Federal. Câmara Federal de La Plata declara que crimes de corrupção são imprescritíveis. Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=327706>>. Acesso em: 28 out. 2017.

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

ZAFFARONI, Raúl Eugenio e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.