

## **A PRESCRIÇÃO E O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO**

Autores:

ÁRICON DE FARIA MARTINS

ARTHUR CÉSAR DE PAULA RODOVALHO

DANILO PEREIRA DE OLIVEIRA

RICHARD RODRIGUES FARIA

### **RESUMO:**

Para a aplicação da prescrição, existe a necessidade de um encadeamento lógico e sucessivo, pautado em princípios constitucionais e infraconstitucionais, o instituto da prescrição, em qualquer ramo do direito, é princípio de ordem pública e objetiva a estabilização das relações jurídicas. Analisando-se a questão ora posta, resta claro que tal instituto é um importante instrumento jurídico.

Ela auxilia na possibilidade de garantir a Segurança Jurídica, estabilizando as Relações Sociais, bem como as Relações Jurídicas. E isso se torna possível, uma vez que ela influencia a criação e a extinção de Direitos para os indivíduos, nos mais diversos ramos do Direito Pátrio. Trata-se de uma garantia da preservação de relações harmoniosas. Dessa forma, atuando em conjunto com a Segurança Jurídica, a Prescrição é essencial ao funcionamento do Sistema de Normas. A primeira viabiliza a proteção que deve tornar o Ordenamento Jurídico coeso e funcional e garantindo a validade do poder do Estado. A segunda impõe a retaliação a um "status quo" que não é mais útil aos indivíduos e que não protege adequadamente seus direitos.

A passagem do tempo tem reflexos importantes na vida de um modo geral e também dentro do mundo jurídico, o decurso do tempo tem grande influência sobre o mundo do direito, pois, em razão desse evento natural, surgem às relações jurídicas, quer para a aquisição, quer para a perda de direitos. Necessariamente, far-se-á uma análise sobre o direito de punir estatal e sua evolução histórica, passando pelos conceitos de pretensão punitiva e punibilidade.

Não se ignora que a prescrição penal constitui um importante instrumento em poder dos cidadãos no intuito de evitar abusos cometidos pelo Estado, que poderia exercer o direito de punir de maneira "ad eternum", gerando inegável insegurança jurídica. A doutrina apresenta os fundamentos teóricos da prescrição, destacando-se dentre eles o do desaparecimento dos efeitos do delito, o seu esquecimento social, a presunção de bom comportamento do agente e a perda da finalidade da pena (retribuição, prevenção e ressocialização).

Entretanto, afirma-se que o direito fundamental à razoável duração do processo é de titularidade também da sociedade e tem interesse na proteção dos seus membros enquanto réus, mas também interesse em que a excessiva duração do processo não gere impunidade e insegurança, pois, o direito fundamental de segurança também é conferido pela Constituição a todas as pessoas (art. 5º, caput). Dentro do Ordenamento Jurídico, o mecanismo prescricional surge como meio de preservação da liberdade individual e de contenção do "ius puniendi" estatal. Com efeito, a persecução penal não pode se estender eternamente.

Entre o ilícito e a punição há de existir um lapso temporal proporcional, razoável, para que esta ação estatal não se torne um verdadeiro ilícito por si só, ainda autorizado pelo monopólio de punir. Apesar de certo debate doutrinário acerca da natureza jurídica da prescrição, entende-se majoritariamente tratar-se de instituto de direito material, e não

processual, sendo regulado pelo Código Penal. A discussão é atual, e busca chegar a uma conclusão sobre a aplicabilidade da prescrição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prescrição; Segurança Jurídica; Estado.

### **ABSTRACT**

For the application of prescription, there is a need for a logical sequence and succession, based on constitutional and infra constitutional, the institute prescription, in any branch of law, is the principle of public policy and objective the stabilization of legal relations. Analyzing the question now put, it is clear that such an institute is an important legal instrument.

It assists in ensuring the possibility of Legal Security, stabilizing Social Relations and the Legal Relations. And this becomes possible, since it influences the creation and extinction of rights for individuals in various areas of Law Homeland. It is a guarantee of the preservation of harmonious relations. Thus, acting in conjunction with the Legal Security, the prescription is essential to the operation of the System Standards. The first enables the protection that the legal system should become cohesive and functional and ensuring the validity of state power. The second imposes retaliation to a "*status quo*" that is no longer useful to individuals and does not adequately protect their rights.

The passage of time has important consequences in life in general, and also within the legal world, the passage of time has a great influence on the world of law, by reason of this natural event, there are legal relationships, whether to acquire either to the loss of rights. Necessarily far will an analysis of the right to punish state and its historical evolution, through the concepts of punishment and punitive claim.

Do not ignore that prescribing criminal is an important instrument in the hands of citizens in order to prevent abuses by the state, which could exercise the right to punish in an "*ad eternum*" undeniable generating legal uncertainty. The doctrine presents the theoretical prescription, notably among them the disappearance of the effects of the offense, your social oblivion, the presumption of good behavior of the agent and the loss of the purpose of punishment (retribution, prevention and rehabilitation).

However, it is stated that the fundamental right to a reasonable length of proceedings is also owned the company and is interested in protecting its members as defendants, but also concerned that the excessive length of the proceedings does not generate insecurity and impunity, because the fundamental right to security is also conferred by the Constitution to all persons (art. 5, caput). Within the legal system, the mechanism of limitation arises as a means of preserving individual freedom and containment of "*ius puniendi*" state. Indeed, the prosecution can not extend forever.

Between the fault and punishment there exists a time gap proportional, reasonable to state that this action does not become a true illegal per se, although authorized by the monopoly of punishing. Despite some doctrinal debate about the legal prescription, it is understood that this is largely Institute of substantive law, not procedural, being regulated by the Criminal Code. The discussion is current, and seeks to reach a conclusion on the applicability of the prescription.

## **1. AS ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO**

Para o melhor entendimento do tema, necessita-se de definir o que é a prescrição, onde segundo Julio Fabbrini Mirabete:

“A prescrição é a perda do direito de punir do estado pelo decurso de tempo. Justifica-se o instituto do desaparecimento do interesse estatal na repressão do crime, em razão do tempo decorrido, que leva ao esquecimento do direito e a superação do alarma social causado pela infração penal. Além disso, a sanção perde a sua finalidade quando o infrator não reincide e se readapta a vida social”. (MIRABETE, 2001, p.401).

Atualmente o Código Penal ao tratar do tema divide a prescrição em duas espécies: Prescrição antes de transitar em julgado a sentença (artigo 109), e prescrição depois de transitar em julgado a sentença final condenatória (artigo 110). Partindo desta prerrogativa temos:

1. **Prescrição da Pretensão Punitiva** - Pena em Abstrato, a prescrição da pretensão punitiva ocorre antes de transitar em julgado a sentença penal. O reconhecimento dessa espécie de prescrição tem o mesmo efeito de uma sentença absolutória. Logo, o réu continuará sendo considerado primário e de bons antecedentes. A prescrição da pretensão punitiva pela pena em abstrato é regulada pelos prazos previstos no art. 109 do CP.

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: (Redação dada pela Lei nº. 12.234, de 2010).

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

1. **Prescrição da Pretensão Punitiva** - Pena em Concreto existem várias circunstâncias, previstas em um rol exaustivo no art. 117 do CP, que interrompem o curso do prazo prescricional. Logo, a superveniência de uma dessas circunstâncias faz com que o prazo prescricional venha a ser contado novamente, desde o início, desconsiderando-se o prazo anterior. São causas que interrompem a prescrição:

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:

- I- Pelo recebimento da denúncia ou da queixa;
- II- Pela pronúncia;
- III - pela decisão confirmatória da pronúncia;
- IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível;
- V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;
- VI - pela reincidência.

§ 1º - Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles;

§ 2º - Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

O 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).

Dessa forma, existe a possibilidade de que, após interposto recurso único por parte da defesa, e antes de seu julgamento, se verifique a prescrição tendo por base a pena fixada na sentença. Trata-se da chamada prescrição intercorrente.

1. Outra possibilidade de reconhecimento da prescrição com base na pena concreta recebe o nome de **prescrição retroativa**. Ela ocorre quando se verifica o decurso do prazo prescricional, tendo como base a pena em concreto, contada entre a data da denúncia e a data da sentença.
2. **Prescrição da Pretensão Executória**: Quando a sentença penal condenatória transita em julgado, o prazo prescricional passa a ser calculado pela pena em concreto. Entretanto, apenas a pretensão executória do Estado é que prescreve. A pena não será cumprida, mas todos os seus demais efeitos serão mantidos.
3. **Prescrição virtual**: Também denominada prescrição antecipada, em perspectiva ou projetada da pena, não é prevista na lei de forma expressa, tratando-se, pois, de uma criação jurisprudencial e doutrinária, mas que é aceita e aplicada por muitos operadores do direito. Desta forma, quando existem dados sólidos, seguros e concretos, o suficiente para calcular e balizar a pena, passa há existir plena perspectiva de uma sentença condenatória, em que é imputado a pena no mínimo legal ao condenado, ou uma sentença absolutória declarando extinta a punibilidade do agente pela ocorrência da prescrição retroativa (art. 10 § 2º do Código Penal).

O direito penal surge, como o conjunto de normas sistematizadas que tem como objetivo combater a criminalidade garantindo a ordem pública e regulando o poder punitivo do estado. Assim, segundo Júlio Mirabete:

“Ocorrido o crime, nasce para o Estado à pretensão de punir o autor do fato criminoso. Essa pretensão deve, no entanto, ser exercida do determinado lapso temporal que varia de acordo com a figura criminosa composta pelo legislador e segundo o critério do máximo cominado em abstrato de pena privativo de liberdade. Escoado esse prazo, que é submetido a interrupções ou suspensões, ocorre a prescrição da pretensão punitiva, chamada impropriamente de prescrição de ação penal. Nessa hipótese, que ocorre sempre antes de transitar em julgado a sequência condenatória, são totalmente apagados seus feitos, tal como se jamais tivesse sido praticado o crime ou tivesse existido a sentença condenatória”. (MIRABETE, 2011, p.401).

## 1. A VISÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO

A discussão sobre o direito de punir envolve a gênese da formação do Estado onde o homem abdicou de sua liberdade total plena, em troca da eleição de um representante que administrasse e garantisse os interesses de seu povo.

A Prescrição, mais do que mera criação estatal, é um instituto que possui raízes históricas que o consagram, tendo como objetivo, regular a perda do direito de acionar os serviços jurídicos devido a ter como limitador seu objeto, o tempo. Ela surge a partir da noção de “*praescriptio*”, do Direito Romano. O termo deriva do verbo “prescrever”, que significa respeitar o que já estava escrito. O conceito jurídico surgiu com a “Lex Julia de Adulteriis”,

datada de 18 a.C. que estava associada à idéia de perdão. Mas, é apenas com o imperador Justiniano, de Constantinopla, que se atribui à prescrição de seu duplo efeito que é, em um mesmo momento, o poder de extinguir ou de criar direitos.

No tangente a etimologia, conforme explica a historiadora Maria Lacerda da Silva, no site origem da palavra, a prescrição tem assento na expressão latina “PRAESCRIPTIO” que significa escrito antes, ordem, orientação, de “PRAESCRIBERE”, formado por “PRAE”, antes, à frente, mais “SCRIBERE”, escrever, originando-se do Direito Romano primitivo, onde o interessado poderia pleitear um direito a qualquer tempo, entretanto, antes de aparecer no Direito Romano, à prescrição penal já era conhecida pelos gregos, e de acordo com o Direito Grego, o tempo proporcionava a extinção da ação penal, uma vez que pelo decurso daquele, tornava-se difícil fazer a prova dos delitos, as ações porem, eram entendidas como perpétuas.

No direito pretoriano, surgiu a prescrição levando em conta seus requisitos básicos: a inércia do titular do direito e o lapso temporal, após determinado prazo, o réu poderia alegar a chamada exceção de “praescriptio temporis”, considerando a hipótese da carência de ação por parte do autor, por não ter ajuizado em tempo certo. Considera-se a “Lex Iulia adulteriis” a primeira Lei a prever o instituto da prescrição da ação penal pública, porque segundo ela, a ação de acusação pelos delitos de estupro, lenocínio e adultério, prescrevia em cinco anos.

Na formação da máquina estatal, os representantes procuraram ajustar e combater o sistema de infrações delituosas através dos métodos de aplicar punições e impor o julgamento do sujeito. Para garantir todos esses aspectos, segundo Kelsen: “o Estado designa suas finalidades através de um conjunto de normas jurídicas sistematizadas, este Estado é o Estado de Direito.” (1991, p. 274).

Finalmente, tem-se que o instituto da prescrição, como medida limitadora do direito de punir do Estado, com base em seu decurso de tempo, é um principio antigo e de grande importância à sociedade, vez que, visa à paz social, não tendo por escolha, ao se decorrer o prazo determinado, acionar a justiça, ou aplicar a sanção, pois o tempo que o Estado fixou para tornar efetivo o seu direito de punir, prescreveu-se.

### **1. A VISÃO SOCIAL DA PRESCRIÇÃO**

No ordenamento jurídico ao se descrever a norma em seu preceito primário, é definida explicitamente a conduta reprovada, sendo que, implicitamente também é citada a proibição da mesma, ao passo que cometida à conduta prevista na norma penal surge para o Estado a Pretensão Punitiva (*ius puniendi*), e o direito de punir que até então era abstrato passa a ser concreto.

A pretensão punitiva é o ultimato de que o poder-dever de punir do Estado submeta o direito de liberdade do cidadão. O “ius puniendi” do Estado só poderá ser praticado mediante o devido processo legal. De acordo com o artigo 1º do Código Penal, “não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem previa cominação legal”. Após o devido processo legal, gerada a decisão final, o juiz aplicará a pena conferida em abstrato transformando-a em concreta. Transitado em julgado a sentença condenatória, nasce para o Estado o poder-dever de executar a pena em concreto, o *ius executionis*, isto é, a pretensão executória do Estado.

Quanto ao Estado, interessa dominar o princípio do direito de punir, já para o agente do crime em particular, interessa o direito de não ser punido pela lei penal caso se passe o tempo decorrido para a execução da punição, ou seja, a *ius executiones*. Ao âmbito jurídico,

relaciona-se o direito de punir, tanto a parte de direito privado quanto ao direito público (estatal). Muita controvérsia existe no meio jurídico, quanto à extinção da punibilidade, alguns entendem que a prescrição é válida na medida em que o passar do tempo apaga da memória individual ou coletiva fatos acontecidos na sociedade, outros defendem esta, apenas como uma forma de se livrar os criminosos da prisão, atendendo a tal discussão, define-se as características e a função da prescrição no âmbito do estado democrático de direito. A regra geral da prescritibilidade de todas as infrações penais não é absoluta. Conforme a Carta da Constituição de 1988, são imprescritíveis a prática do racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º., incs. XLII e XLIV) (p.789)

## **1. DA PRESCRIÇÃO E A SEGURANÇA JURÍDICA**

A norma Penal incriminadora cria para o Estado o direito de punir em abstrato, sendo o Estado seu único titular. O direito de punir, diacronicamente, pertenceu tanto ao ente privado quanto ao ente estatal (isso se constata ao iniciar uma pesquisa do mesmo em diversos períodos da história; sendo que houve inclusive três fases processuais: vingança privada, justiça privada e processo penal como interesse e controle público), no entanto, o titular contemporâneo desse direito é único e exclusivamente do Estado. A Prescrição, mais do que mera criação estatal, é um instituto que possui raízes históricas que o consagram, tendo como objetivo, regular a perda do direito de acionar os serviços jurídicos devido a ter como limitador seu objeto, o tempo.

Ao analisar o tema, percebe-se que a segurança jurídica, é uma das principais vertentes da administração pública, consolidada na Constituição Federal de 1988 e expresso no caput do art. 2º da Lei n. 9.784/99, sua aplicação à função exercida pelo Poder Legislativo, com o auxílio das cortes, dar-se-á quando restar inoportuna a atuação do controle, tendente a desconstituir atos que se perfazem com o passar dos anos. Pela perspectiva de que o objetivo principal do Estado é alcançar a paz e equilíbrio social, pode-se vislumbrar a importância e a mecânica de funcionamento da Segurança Jurídica, dentro do ordenamento jurídico, pode-se argumentar que a segurança jurídica ascende enquanto princípio norteador dos demais valores do Estado, estando no tocante ao desenvolvimento de suas atividades, indicando o suprimento das necessidades e demandas que surgirem na sociedade.

Além da segurança física, para que possa garantir a proteção esperada, o Estado precisa garantir também a segurança referente às relações jurídicas, tendo em vista que a prescrição se comporta de forma garantidora, protegendo a sociedade do abuso de autoridade dos representantes diretos do povo. Nos dias atuais tem sido grande a discussão em torno de tal instituto, vez que, grande parte das pessoas acredita ser apenas uma medida que estimula a impunidade e tem como objetivo esvaziar as cadeias.

Busca-se ainda identificar o modo como a Prescrição torna efetiva a segurança jurídica. Inicialmente, esses elementos foram analisados individualmente, ressaltando a sua importância dentro do ordenamento jurídico e expondo a sua real finalidade. A segurança se mostra como objeto de funcionamento do sistema de confianças que está inferido na norma. A prescrição limita os direitos, garantindo que a falta do exercício de ação dentro do lapso de tempo correto, extinguindo o nascimento da pretensão. Então, ambos os dimensionamentos enxergaram cada conceito de forma individualizada, evidenciando a sua atuação nos diversos ramos do Direito, uma vez que ela possui efeitos que se espalham por

todo o Ordenamento Jurídico. Como resultado parcial na presente pesquisa, admite-se que a falta de ação gera a extinção da pretensão e dessa forma a prescrição vem como ferramenta de reforço para a garantia da Segurança Jurídica. Além disso, amplia a confiança necessária ao cumprimento das leis vigentes.

Sustenta-se então que o decurso do tempo cicatriza feridas, enxuga lágrimas, alivia sofrimentos e dores, acalma revoltas e faz desaparecer os sentimentos de vingança, além disso, pode-se inferir que o Estado detém a função do direito de punir e que a vingança privada e a justiça com as próprias mãos devem ser afastadas do meio social, garantindo os direitos fundamentais humanos e mantendo a autonomia do estado no Direito de punir, respeitando o tempo decorrido para que possa ou não o crime ser prescritível, sendo o tempo, objeto principal na análise de crimes prescritíveis e imprescritíveis.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao analisarmos o instituto da prescrição, necessário se fez aprofundar-se em sua origem, assim sendo, podemos observar sua evolução no tempo e no espaço, onde tem suas raízes ainda no direito romano e tendo tomado forma com o imperador Justiniano, de Constantinopla, quando atribuiu a ela o poder de criar e extinguir direitos. Embora tenha tomado forma no direito romano, os gregos já conheciam tal instituto já que para os gregos o tempo colocava fim a ação penal por se tornarem remotas as chances de provar. Já no direito contemporâneo tal instituto garante a segurança jurídica, atuando com o limitador do poder estatal que não pode ser eterno.

Assim, com o passar do tempo, o aludido instituto foi ganhando forma tal que se encontra positivada no código penal brasileiro, a saber; temos a prescrição da pretensão punitiva quando a sentença ainda não transitou em julgado, e temos a prescrição da pretensão executória quando a sentença transitou em julgado, insta aqui ressaltar que a pretensão punitiva se subdivide em quatro partes: Prescrição da Pretensão Punitiva propriamente dita; Prescrição Retroativa; Prescrição Superveniente ou Intercorrente e Prescrição Retroativa Antecipada ou Virtual, visto que esta última, apesar de não encontrar fundamentação legal, vêm sendo utilizada pela jurisprudência.

Destarte, do ponto de vista da sociedade, a prescrição é de suma importância, pois, ela tem como escopo limitar o poder estatal para que não fique a sociedade a sua mercê, visto que desde os primórdios o homem abdicou de sua liberdade plena para que o estado de certa forma o proporcionasse segurança aos indivíduos, de maneira que o poder Estatal tenha seus limites, que por sinal são pré-estabelecidos pelo próprio Estado.

Por fim vale enfatizar que a hipótese de que a aplicação de tal instituto implicaria em impunidade e perfeitamente incabível, e deve ser refutada, e que pelo contrário ele atua como agente garantidor da segurança jurídica de forma que não permite que o poder conferido ao Estado não seja eterno.

#### **REFERENCIAS**

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad.: João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LEAL, João Jose. **Direito Penal Geral**. São Paulo: Atlas, 1998.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. v. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

NETO, Pedro Scuro. **Manual de Sociologia Geral e Jurídica**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal I**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TOURINHO, Andréa Martins; DANTAS, Cristiane Müller. **Do instituto da prescrição penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 34, ago. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=965>>. Acesso em: 12 de setembro de 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

Disponível em: <http://origemdapalavra.com.br/palavras/prescricao>>>. Acesso em: 12 de setembro de 2013.