

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JESSYKA ZANELLA COSTA

(IM)PRESCRITIBILIDADE PENAL DO CRIME DE ESTUPRO.

Florianópolis – SC
2017

Jessyka Zanella Costa

(IM)PRESCRITIBILIDADE PENAL DO CRIME DE ESTUPRO.

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa
Co-orientadora: Prof^ª Msc. Fernanda Mambrini Rudolfo.

Florianópolis – SC
2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

(IM)PRESCRITIBILIDADE PENAL DO CRIME DE ESTUPRO.

costajz

19/06/2017

Este trabalho tem como objetivo analisar o instituto da prescrição e imprescritibilidade penal, e ao final, expor os motivos pela não aplicação deste último instituto.

Dedico esse trabalho de conclusão de curso a minha mãe, por toda força que teve em carregar o peso de ser a figura materna e paterna em toda minha vida. Você me fez ser o que eu sou hoje. Obrigada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha mãe, que, apesar dos percalços da vida, se manteve forte e confiante, acreditando que a vida iria mudar.

A Alexandre Moraes da Rosa por aceitar em orientar esse trabalho de conclusão de curso.

À Fernanda Mambrini Rudolfo, por aceitar ser minha co-orientadora e mostrar-se sempre disponível em ajudar a elaborar esse trabalho e aconselhar sobre as situações do dia a dia.

As minhas amigas e aos meus amigos, em especial à Suélen Seledes Rodrigues e à Kethrin Weiss por estarem aqui desde sempre e permanecerem ao meu lado em todos os momentos.

À Liana Pauluka pelas dicas e orientações de autores.

À Aline Ferreira Cesário, Graziela Pauluka de Fátima e Isis Regina de Paula por serem acolhedoras em qualquer momento de dificuldade.

Ao meu companheiro Danilo Policarpo pelo amor, suporte e pela paciência.

*“Às vezes os argumentos políticos estão
acima dos jurídicos”.*
Pepe Mujica, 2012

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a possibilidade de aplicação da imprescritibilidade penal na ocorrência dos crimes de estupro frente aos direitos previstos na Constituição Federal de 1988 e na legislação esparsa. Inicialmente apresenta-se uma abordagem sobre o direito penal, o sistema penal e o instituto de punibilidade. Em seguida, expõe, de forma sucinta, o conceito e fundamentos para a tipificação do crime de estupro, presentes na legislação especial - Código Penal, e na doutrina brasileira. Além de demonstrar as estatísticas nacionais e regionais de crimes praticados e registrados aqui. Aprofundando-se ao tema atinente a este instituto, expõe e analisa o conceito e fundamentos dos institutos de prescrição geral e de imprescritibilidade penal geral e aplicada ao crime de estupro. Ao final, expõe as razões pela não aplicabilidade deste último instituto.

Palavras-chave: Punibilidade. Prescrição. Imprescritibilidade penal. Estupro. Não aplicabilidade.

ABSTRACT

The following essay analysis the possibility of imprescriptibility of rape crimes when opposed to the Federal Constitutional law of 1988 and to wide legislation. Initially, an approach is presented on criminal law, the penal system and the punitive institute. After that, was exposed briefly the concepts and fundaments that typify the rape crime, accordingly to the Criminal Code and the Brazilian doctrine, besides demonstrating the crimes practiced and registered statistically in a nationwide and region wide. Exploring the theme that interests to this institute, the concept and fundaments of the general prescription institute and the general penal imprescriptibility are exposed and analyzed, when applied to the rape crime. By the end, the reasons for non-applicability of the last institute are exposed.

Key-words: Prescription. Penal Imprescriptibility. Rape. Non-Applicability.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LAESER	Laboratório de Análises Econômicas, Sociais e Estatísticas das Relações Raciais
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio
PL	Projeto de Lei
PEC	Proposta de emenda à Constituição
SEPPIR	Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial
SPM – PR	Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República
SINAN	Sistema de Informação de Agravos de Notificação

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
2 DIREITO PENAL, SISTEMA PENAL E PUNIBILIDADE	16
3 O CRIME DE ESTUPRO	21
3.1 Definição e sujeitos.....	22
3.2 Levantamento de dados sobre estupros ocorridos no Brasil e em Santa Catarina.	23
4 DA PRESCRIÇÃO PENAL.....	28
4.1 Natureza jurídica da prescrição penal.....	28
4.2 Fundamentos teóricos.....	29
4.3 Espécies de prescrição penal e sua ocorrência	32
5 DA (IM)PRESCRITIBILIDADE PENAL DO CRIME DE ESTUPRO.....	36
5.1 Considerações gerais.....	36
5.2 Hipóteses de imprescritibilidade penal	39
5.2.1 A prática do Racismo - inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal.....	39
5.2.2 A prática de ação de grupos armados - inciso XLIV do artigo 5º da Constituição Federal.....	39
5.3 A imprescritibilidade penal e os princípios da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima, da proporcionalidade e da necessidade	40
5.4 Projeto de Emenda à Constituição (PEC) 64/2016 que prevê tornar imprescritível e inafiançável o crime de estupro.....	46
6 CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53

INTRODUÇÃO

A sociedade sempre espera uma atuação estatal após a prática de algum delito. O Estado deve apurar o fato e, uma vez identificado o culpado, deve o punir. O decurso de um tempo muito longo entre o fato criminoso e a punição do culpado gera uma sensação de impunidade para sociedade, como também um tempo muito longo em que a pessoa é investigada e processada, mesmo que ao final seja absolvida, já serve como uma espécie de punição. Para tanto, a prescrição penal se apresenta como uma forma de tutelar o descaso estatal na solução de um processo penal.

Essa monografia, por meio de técnica de documentação indireta, envolvendo pesquisa bibliográfica e documental e utilizando-se do método dedutivo, tem por objetivo geral analisar o campo da prescrição e da imprescritibilidade penais, examinando suas naturezas jurídicas, fundamentos teóricos e suas espécies. Mais profundamente, analisa a imprescritibilidade aplicada nos crimes de estupro para, mais além, indicar pela impossibilidade de aplicação da imprescritibilidade penal em tais crimes. É justificável averiguar tal hipótese, pois a Constituição Federal elencou, de forma expressa, apenas dois crimes imprescritíveis: o racismo, disposto no inciso XLII e a ação de grupos armados, disposta no inciso XLIV, ambos do artigo 5º. Desta forma, introduzindo outro crime no rol da imprescritibilidade, tal crime torna-se inconstitucional, não devendo ser recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O estupro é um crime hediondo com previsão no artigo 1º, inciso V da Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos) e tutela a dignidade e a liberdade sexual da pessoa humana. A aplicação da imprescritibilidade penal no crime de estupro está sendo analisada através da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 64/2016, que também prevê torná-lo inafiançável, assunto aquele que será acarado nessa monografia. Há outros projetos em tramitação no Congresso Nacional para tornar outros crimes imprescritíveis, a saber: Projeto de Lei 6240/16 que pretende tornar o crime de desaparecimento forçado da pessoa imprescritível e a PEC 229/2012, que pretende tornar todos os crimes hediondos imprescritíveis.

No Capítulo 2 serão trazidas considerações sobre o Direito Penal, Sistema Penal e Punibilidade, conceituando-os e descrevendo quanto as suas finalidades e objetivos.

No Capítulo 3, o crime de estupro será relatado, expondo sua tipificação, seus agentes e demonstrando um levantamento de dados coletados pelo Fórum das Secretarias de Segurança Pública no Brasil, dispostos no 10º anuário do Fórum das Secretarias de Segurança Pública, publicado no ano de 2016.

No Capítulo 4 é relatada sobre a prescrição penal, sua natureza jurídica, seus fundamentos teóricos e sobre suas espécies.

No Capítulo 5, por sua vez, é tratado especificamente sobre a aplicação da imprescritibilidade penal no crime de estupro, realizando verificação doutrinária sobre o tema e analisando o Projeto de Emenda à Constituição – PEC 64/2016, de autoria do senador Jorge Viana (PT/AC) que pretende alterar o inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal, para tornar imprescritíveis os crimes de estupro.

O objetivo deste trabalho é analisar o instituto da prescrição e imprescritibilidade penal, para verificar a possibilidade de aplicação da imprescritibilidade no crime de estupro.

Adentrando no mundo jurídico, mais especificamente no campo penal, o transcurso do tempo pode ser entendido como a conveniência política de não ser mantida a persecução criminal contra o autor de um delito ou de não ser executada a sanção em face do lapso temporal minuciosamente determinado pela norma.

O Estado, através da prescrição, limita o *jus puniendi* concreto e o *jus punitiois* a lapsos temporais, cujo decurso faz com que considere inoperante manter a situação criada pela violação da norma de proibição violada pelo sujeito.

Profundamente, o propósito de prescrição vai ao encontro de se delongar algo ou alguma coisa, ou seja, tem-se como noção básica a de limitar a resposta do Estado àquele indivíduo que comete uma infração. Ao contrário, temos que a imprescritibilidade é maneada pela noção de indefinitividade, qual seja, vai ao encontro da noção de eternidade.

Por isso, a essência do instituto da prescrição é de limitar a possibilidade de tornar eternamente possível a persecução penal ou uma possível sanção penal, não deixando o indivíduo em uma situação de constante insegurança perante o Estado sancionador, apresentando-se como a regra no ordenamento jurídico brasileiro.

2 DIREITO PENAL, SISTEMA PENAL E PUNIBILIDADE

Em nosso mundo concreto, nada existe por si só, mas existe sendo um produto daquilo que o originou. “Não existe um direito natural, mas há uma lei natural do direito” (BATISTA. 2007, p. 18). Ou seja, nesse sentido o Direito não é algo revelado ao homem, nem descoberto por sua razão, mas sim, produzido por um agrupamento de pessoas e pelas condições concretas em que este agrupamento se estrutura e se reproduz. Especificamente, o Direito Penal¹ legisla para cumprir funções concretas *dentro de e para uma* sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira. Nilo Batista (2007. p. 20-21) afirma que “o direito penal é disposto pelo Estado para a concreta realização de fins; toca-lhe, portanto, uma missão política. [...] de modo amplo, na garantia das condições de vida da sociedade; ou na finalidade de combater o crime”.

É importante conhecer as finalidades do direito penal, pois

conhecer as finalidades do direito penal é conhecer os objetivos da criminalização de determinadas condutas praticadas por determinadas pessoas, e os objetivos das penas e outras medidas jurídicas de reação ao crime, não é tarefa que ultrapasse a área do jurista, como às vezes se insinua. Com toda razão, assinala Cirino dos Santos que “a definição dos objetivos do Direito Penal permite clarificar o seu significado político, como técnica de controle social (BATISTA. 2007, p. 22).

¹Direito penal é o setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas. SANTOS, 2012, p. 3.

O Direito Penal possui uma função conservadora de estruturar e garantir determinada ordem econômica e social, também chamada de controle social. O controle social “não passa de predisposição de táticas, estratégias e forças para a construção da hegemonia, ou seja, para a busca da legitimação ou para assegurar o consenso, em sua falta, para a submissão forçada daqueles que não se integram à ideologia dominante” (BATISTA. 2007, p. 22). Assim, é simples perceber o papel que o direito penal desempenha no controle social.

Além do Direito Penal, há outros conjuntos de normas que funcionam paralelamente a este. São o direito processual penal, a organização judiciária, a lei de execução penal e um conjunto de regras jurídicas pertinentes que se incumbem a realizar o direito penal, chamado de sistema penal, entre outros.

Especificamente sobre o sistema penal, importante mencionar algumas considerações. Vera Regina de Andrade (1999, p. 106) aponta o sistema penal como “o conjunto das agências que exercem o controle da criminalidade ou o controle penal”. Pierangeli e Zaffaroni (2011, p. 32), vão além. Para estes, tal sistema, é um “controle social punitivo institucionalizado”, o que lhe permite incluir casos de ilegalidades estabelecidas como práticas rotineiras ou toleradas.

Para Cirino dos Santos (apud BATISTA. 2007, p. 25), o sistema penal é “constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais, afirmando-se como sistema garantidor de uma ordem social justa.

O sistema penal parece igualitário, mas na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas (BATISTA,

2007, p. 26).

Também é pautado como justo, na medida que busca prevenir o delito, mas na verdade é “repressivo, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais (BATISTA. 2007, p. 26).

Além de se apresentar comprometido com a proteção da dignidade da pessoa humana, quando, na verdade é “estigmatizante, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela” (BATISTA. 2007, p. 26).

Para Vera Batista (2003, p. 54), o sistema penal “está estruturalmente montado para que não opere a legalidade processual e para exercer seu poder com o máximo de arbitrariedade seletiva dirigida aos setores vulneráveis”.

Todo esse conjunto de normas jurídicas serve para regular condutas humanas que são taxadas como criminosas. Uma conduta humana passa a ser ‘ilícita’ quando se opõe a uma norma jurídica ou indevidamente produz efeitos que a ela se opõem (BATISTA. 2007, p. 43). Da oposição entre a conduta e a norma surge uma relação de imputação que traz uma sanção correspondente àquela conduta. Quando essa sanção é uma pena, o ilícito é chamado de crime.

O crime é uma decisão política, um ato legislativo que o vincula a uma pena (BATISTA. 2007, p. 44). Toda a conduta que o legislador sanciona com uma pena não é simplesmente uma ‘conseqüência jurídica’ do crime, mas sim, sua própria condição de existência jurídica.

Dentro de uma sociedade que vive em razão da existência de regras, é conferido ao Estado, através de leis e sanções, quando de um acontecimento que infrinja à uma normal penal, o direito-dever de punir

quem infringir essas normas de conduta, e fazendo a persecução do autor do ato ilícito com o intuito de aplicar-lhe a devida pena.

Desta forma, o Estado exerce seu *ius puniendi* – dever-direito de punir – de maneira limitada, uma vez que tal direito não é eterno. Tal persecução é limitada por várias regras que visam garantir os direitos fundamentais da pessoa humana, dentre delas a prescrição, hi pótese que limita o direito de punir em virtude do tempo transcorrido.

A prescrição é uma das causas extintivas de punibilidade penal.

A punibilidade penal é um instituto do campo da coerção penal que tem como manifestação material a pena. A coerção penal procura evitar novos delitos com a prevenção especial ou a reparação extraordinária (PIERANGELI; ZAFFARONI. 2011, p. 658).

Pierangeli e Zaffaroni (2011, p. 319) indagam se a punibilidade é um elemento que integra o conceito do delito ou se fica fora dele. Após breve análise da doutrina, responde que a “punibilidade não é uma característica do delito, e sim um resultado de sua existência”.

Nos mesmos autores, observa-se que há condutas puníveis (dignas de pena por serem condutas típicas, antijurídicas e culpáveis) e há condutas (penas dentro da coerção penal) que são dignas de sanção, mas que nem sempre são aplicadas.

Nesse sentido, faz-se importante saber quando a coerção penal atuará. As condições de operatividade da coerção penal que têm caráter penal podem consistir em causas pessoais que excluem a penalidade, como nos casos de erro de proibição ou podem ser causas pessoais que extinguem a penalidade, pois fazem cessar a coerção penal que até o momento se havia posta ou poderia ter sido posta em movimento

(PIERANGELI; ZAFFARONI. 2011, p. 319).

O professor BITTERN COURT (1999, p. 394), relata que:

A punição é a consequência natural da realização da ação típica, antijurídica e culpável. Porém, após a prática do fato delituoso podem ocorrer as chamadas causas extintivas, que impedem a aplicação ou execução da sanção respectiva (BITTENCOURT. 1999, p. 394).

De nosso ordenamento jurídico, as causas extintivas da punibilidade, decorrentes de um ato ou fato, ou circunstância de um agente ou terceiro, são: a desistência voluntária e o arrependimento eficaz na tentativa, a graça e o indulto, a morte do agente, a retratação do agente, o perdão judicial, o ressarcimento do dano no peculato culposo e a prescrição da pena.

Este último instituto será abordado neste trabalho, analisando-se, brevemente, sua origem, fundamentos e conceitos. Mais detalhadamente, será analisada a imprescritibilidade penal e as razões para sua não aplicação nos crimes de estupro.

3 O CRIME DE ESTUPRO

A dignidade sexual é um bem jurídico tutelado pelo Código Penal, estabelecendo uma relação protecionista com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Toda, e qualquer pessoa, deve ser respeitada em relação à sua vida sexual, como deve respeitar as opções sexuais alheias. Deve, o Estado, assegurar os devidos meios para que isso ocorra.

A partir dos desdobramentos da ‘Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Pedofilia²’, o Título VI da Parte Especial do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei 12.015/2009, alterou a redação anterior “*Crimes contra os costumes*”- expressão ultrapassada que não refletia mais a realidade do bem juridicamente protegido, e passou a prever os “*Crimes contra a dignidade sexual*”.

Tais crimes possuem relevância jurídica, pois são condutas que se relacionam com o não consentimento da vítima, seja por força de coação ou fraude e com exploração por terceiros.

Importante mencionar que antes da Lei 12.015/2009, o crime de estupro compreendia apenas a conjunção carnal - a introdução do pênis na vagina - forçada praticada contra a mulher. O delito de atentado violento ao pudor, até então tipificado no artigo 214, agora revogado, é que compreendia os demais atos libidinosos impostos mediante violência ou grave ameaça. Tal revogação não aboliu por completo o crime, pois a conduta agora está prevista no artigo 213 do Código Penal, o que se denomina continuidade típico-normativa.

²Relatório Final CPI da Pedofilia. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/pdfs/RELATORIOFinalCPIPEDOFILIA.pdf>. Acesso dia 10 de dez. 2016

De qualquer forma, o crime de estupro, em todas as modalidades, é considerado hediondo com previsão no artigo 1º, inciso V da Lei 8.072/1990.

3.1 Definição e sujeitos

De acordo com a nova redação determinada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o tipo penal agora é descrito no artigo 213 do Código Penal, que assim dispõe:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: [\(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. [\(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#)

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: [\(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. [\(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#)

§ 2º Se da conduta resulta morte: [\(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos [\(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#)

O novo dispositivo legal passou a tipificar a ação de constranger qualquer pessoa (homem ou mulher) a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso. Assim, o conceito de estupro passa a abarcar não só a liberdade sexual da mulher (como era antes da lei), mas também a do homem.

De acordo com Nucci (2014, p. 678), tanto o sujeito ativo quanto o passivo podem ser qualquer pessoa, e o objetivo jurídico aqui tutelado é a liberdade sexual da pessoa humana.

3.2 Levantamento de dados sobre estupros ocorridos no Brasil e em Santa Catarina.

Os dados oficiais das secretarias estaduais de Segurança Pública do Brasil, coletados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública e dispostos no 10º Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, indicam um número absurdo de estupros registrados³ contra pessoas⁴ no Brasil. Só no ano passado, ocorreram, ao menos, 45.460 mil estupros, uma redução de 7,5% em relação ao ano de 2014, quando registraram 50.438 ocorrências. Isso indica que em um dia, 125 pessoas foram violentadas, na sua grande maioria⁵, mulheres.

De acordo com o mesmo estudo, 65% da população brasileira tem medo de ser vítima de agressão sexual. Entre mulheres, esse número aumenta para 85%.

A crença de que a culpa pelo estupro é da vítima é maior entre a população mais velha, com baixa escolaridade e em municípios

³Os dados do Anuário correspondem ao volume de ocorrências policiais registradas e não, necessariamente, indicam o número de vítimas envolvidas.

⁴ Os números são referentes a estupros cometidos contra homens e mulheres, visto que desde 2009, a tipificação de estupro inclui a agressão a homens.

⁵ O Sistema de Informação de Agravos de Notificação - SINAN, mostra que 89% das vítimas são do sexo feminino.

menores. Nesse sentido, 42% dos brasileiros do sexo masculino acreditam que mulheres que ‘se dão ao respeito’ não são estupradas.

Apesar de 1/3 da população acreditar que o estupro é consequência do comportamento da vítima, 91% dos brasileiros acreditam que é necessário ensinar meninos a não estuprar. Este percentual se confirma em todas as faixas etárias, níveis de escolaridade e porte dos municípios.

Em 2011, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA divulgou uma pesquisa que continha o ‘perfil’ das pessoas que mais sofreram abuso sexual no país. 70% das vítimas de estupro eram crianças e adolescentes, desses, 88,5% eram meninas, mais da metade tinha menos de 13 anos de idade e 51% eram de cor preta ou parda. Ou seja, tal ‘perfil’ se alinha com o sexo feminino, de até 13 anos e cor preta ou parda.

Em Santa Catarina, dados de 2014 e 2015 mostram que, naquele ano, ocorreram, em números absolutos, 2.832, enquanto que no ano de 2016 2.695 estupros foram registrados.

Há também amostragem de dados sobre tentativas de estupro⁶, que em 2015 foi de 697 tentativas.

Em 2015, de acordo com o “Balanço 2015: uma década de conquistas”, da Secretaria de Políticas para as Mulheres, o Ligue 180⁷ divulgou um aumento de 129% no número total de relatos de

⁶A Lei Federal 12.015/2009 alterou o conceito de ‘estupro’, passando a incluir, além da conjunção carnal, os atos libidinosos e atentados violentos ao pudor. Logo, tentativa de estupro, passa, também, a incluir ‘tentativa de atentado violento ao pudor’.

⁷ Este é um canal direto de orientação sobre direitos e serviços públicos para a população feminina, servindo também como disque-denúncia, criado pela

violências sexuais (estupro, assédio, exploração sexual) representando uma média de 9,53 registros por dia.

Nas capitais, especialmente em Florianópolis, no ano de 2015, foram registrados 137 estupros, o que representa uma redução de 21,7% em relação ao ano anterior.

Comemorou-se, em 2015, 10 anos de criação do Ligue 180. De acordo com o mesmo Fórum, das ligações registradas, 38,54% foram encaminhadas para outros serviços e destas, 45,88% foram encaminhadas para o Disque 190 da Polícia Militar. Em pesquisa de satisfação sobre os atendimentos, 54% das mulheres discordaram da afirmação ‘Policiais militares são bem preparados para atender mulheres vítimas de violência sexual’. A pior percepção do atendimento feito pela Polícia Militar se dá entre a população com faixa etária de 16 a 24 anos (51%); 25 a 34 anos (56%) e 35 a 44 anos (55%); e 69% com população com ensino superior.

Apesar de 44% da população concordar com a afirmação de que mulheres vítimas de violência sexual encontram acolhimento em delegacias da Polícia Civil, percebe-se que quanto maior a escolaridade, mais crítica é a visão do serviço ofertado. Nesse ponto de vista, 56% da população com ensino superior acredita que a mulher vítima de violência sexual não encontra acolhimento nas delegacias.

Mesmo considerando a redução dos casos de estupros de 2014 a 2015, os números continuam muito elevados. Tanto a repercussão de crimes sexuais cometidos contra mulheres, como o aumento dos relatos

podem indicar que há um avanço em relação ao reconhecimento das graves violações de direitos humanos cometidas contra mulheres.

Contudo, é curioso que os números de relatos de violência no Ligue 180 tenham aumentado em sentido contrário ao da notificação de crimes de estupro. O que pode indicar um reconhecimento maior, por parte das vítimas, de seus direitos ou um sentimento de constrangimento em relatar os abusos a uma autoridade policial.

O que é certo, é que os números ainda são muito alarmantes se levarmos em conta a subnotificação. Assim como a culpabilização das vítimas de estupro, posturas negativas das autoridades e descrenças aos relatos de abuso afetam a decisão das vítimas em denunciar os crimes.

Estudos de diferentes países demonstram que o crime de estupro é aquele que apresenta a maior taxa de subnotificação. O U.S Department of Justice produziu um estudo que verificou que, em 2010, apenas 35% das vítimas dos EUA reportaram o crime à polícia.

A Pesquisa Nacional de Vitimização (2013) verificou que, no Brasil, somente 7,5% das vítimas de violência sexual registraram o crime na delegacia. Em 2014, o IPEA divulgou uma pesquisa de gênero: “Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde”, indicando que apenas 10% de casos são notificados e estima que, no mínimo, 527 mil pessoas sejam estupradas por ano no país.

De fato, os dados apresentados pelas diferentes pesquisas revelam os limites dos registros criminais de estupros e o desafio à prevenção e combate à violência sexual no Brasil. É necessário refletir sobre um novo tipo de política que seja implementada para enfrentar a violência de gênero, devendo as questões de gênero e os direitos das

mulheres estabelecidos como temas transversais em todas as instâncias e corporações policiais e em todos os níveis de atendimento.

4 DA PRESCRIÇÃO PENAL

No Direito Penal, os efeitos decorrentes do fator tempo operam através de três institutos: a perempção e a decadência, que tem seus fundamentos na inércia do ofendido, e a prescrição, que está ligada ao direito estatal de punir.

4.1 Natureza jurídica da prescrição penal

De acordo com Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 643), a prescrição é a perda do direito de exercer a ação penal por fatos puníveis, ou de executar a pena criminal aplicada contra agentes de fatos puníveis, pelo decurso do tempo. São duas espécies: a perda do direito de exercer a ação penal significa a prescrição da pretensão punitiva (*ius puniendi*) enquanto a perda do direito de executar a pena criminal diz respeito à pretensão executória (*ius punitiois*) do Estado. Desta forma, não há mais interesse estatal na repressão do crime, visto o decurso do tempo e porque o infrator não reincide, readaptando-se à vida social.

Etimologicamente, tem-se que a palavra *prescrição* origina-se do latim “*praescriptio*”, do verbo “*praescribere*”, a qual expressa a ideia de escrever antes ou no começo. Sua origem vem do Direito Romano pelo anseio por segurança e estabilidade da sociedade.

A natureza jurídica da prescrição penal tem sido alvo de intensa polêmica doutrinária. Pode-se dizer que três correntes tentam amenizar o conflito: a materialista, a processualista e a mista.

A corrente materialista trata a prescrição penal como instituto de direito material, em consonância com o Código Penal de 1940, lugar em que a matéria foi disciplinada.

Já a corrente processualista entende que a prescrição está ligada ao direito processual penal, sob o argumento de que a ocorrência da prescrição influenciará e será dirigida ao processo, conduzindo-o à extinção.

Por sua vez, a corrente mista identifica que os aspectos da prescrição penal influenciam tanto no direito material, como causa de extinção de punibilidade, quanto o processual, como um obstáculo no processo.

4.2 Fundamentos teóricos

Como já mencionado anteriormente, a prescrição é a perda do poder-dever de punir do Estado, tanto na fase de investigação, quanto na ação penal propriamente dita. Podemos dizer que a prescrição possui duas funções: fixar um parâmetro de atuação dos órgãos de persecução penal e conferir segurança jurídica ao cidadão.

Guilherme Nucci (2014, p. 485) elenca os principais fundamentos teóricos que justificam a existência da prescrição: esquecimento, expiação moral, emenda do delinquente, dispersão das provas e a teoria psicológica.

A teoria do esquecimento baseia-se no fato de que, após o decurso de certo tempo, que varia conforme a gravidade do delito, a lembrança do crime apaga-se da mente da sociedade, não mais existindo o temor causado pela sua prática, deixando, pois, de haver motivo para a

punição. A adoção dessa teoria justifica a proporcionalidade entre a gravidade do delito e a previsão legal acerca do prazo prescricional a ele aplicável.

A teoria da expiação moral funda-se na ideia de que, com o decurso do tempo, o criminoso sofre a expectativa de ser, a qualquer tempo, descoberto, processado e punido, o que já lhe serve de aflição, sendo desnecessária a aplicação da pena.

Tal teoria confere ao criminoso uma ‘culpa’, mas não no sentido técnico-jurídico de elemento subjetivo da Teoria do Crime, mas sim num remorso incrustado na pessoa ocidental pelo cristianismo. Por ser altamente criticada, não possui aplicabilidade prática, eis que a presunção em que se baseia já é uma penalidade - a do tempo necessário à configuração da prescrição.

A teoria da emenda do delinquente tem por base o fato de que o decurso do tempo traz, por si só, mudança de comportamento, presumindo-se a sua regeneração e demonstrando a desnecessidade da pena, inspirada pelas lições da escola positivista. Com essa mudança de comportamento considera-se extinto o interesse estatal quanto à sujeição do delinquente ao aparelho repressor do Estado.

Porém, a constatação dessa mudança depende da inexistência de uma conduta reincidente, conferindo um caráter relativista à prescrição.

A teoria da dispersão das provas lastreia-se na ideia de que o decurso do tempo provoca a perda das provas, tornando quase impossível realizar um julgamento justo muito tempo depois da consumação do delito. Haveria maior possibilidade de ocorrência de erro judiciário, pois o decurso do tempo é grave inconveniente para a

reconstrução do fato criminoso, visto que o decorrer do tempo apaga vestígios e memórias.

Esta teoria fundamenta-se puramente num argumento processual, não apresentando reflexões concernentes ao poder de punir do Estado.

Por fim, a teoria psicológica funda-se na ideia de que, com o decurso do tempo, o criminoso altera o seu modo de ser e de pensar, tornando-se pessoa diversa daquela que cometeu a infração penal, motivando a não aplicação da pena, ou seja, o tempo teria o condão de operar profundas transformações psicológicas sobre o agente.

Para Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 643), o fundamento jurídico da prescrição reside na:

dificuldade de prova do fato imputado (no caso da prescrição da ação penal), ou na progressiva dissolução da necessidade da pena contra o autor (no caso de prescrição da pena criminal aplicada), o que confere à prescrição natureza processual (impedimento de persecução) e material (extinção da pena) (SANTOS. 2012, p. 643).

Segundo Pierangeli e Zaffaroni (2011, p. 645-646), o fundamento da prescrição difere-se de acordo com o posicionamento de cada autor assumir em relação à ‘teoria da pena’. Para ele, que segue a teoria da prevenção especial⁸,

⁸Pierangeli e Zaffaroni (2011, pg. 50-51) afirmam que a pena deve possuir uma preocupação social, uma pena que não cumpre a função preventiva particular, e apenas se limita a uma função simbólica, é uma pena inconstitucional, violadora dos direitos humanos e, conseqüentemente, não se justifica sua imposição.

[...] 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 de execução. Se a ressocialização se produz por si só, sem a intervenção da coerção penal, o cárcere fica sem sentido (PIERANGELI; ZAFFARONI. 2011, p. 645-646).

Sendo qualquer fundamento jurídico adotado para a construção desse instituto, tem-se que o mesmo é uma forma de atuação jurídica em face da inércia estatal em sua tarefa de investigação e apuração do crime.

4.3 Espécies de prescrição penal e sua ocorrência

No Código Penal a prescrição penal subdivide-se em prescrição da pretensão punitiva, disposta no artigo 109 do referido diploma e a prescrição da pretensão executória, disciplinada no artigo 110 do mesmo diploma legal.

A ocorrência da prescrição penal em matéria criminal deve ser reconhecida em qualquer fase da ação penal pelo juiz *ex officio*, ou a requerimento das partes conforme artigo 61 do Código de Processo Penal. Essa classificação tem como fator distintivo o momento em que se consubstancia a prescrição: se antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre a prescrição da ação penal; se depois do trânsito, ocorre a prescrição da condenação.

A prescrição punitiva é regulada a partir da pena máxima abstratamente cominada e verifica-se antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e acarreta a perda estatal da pretensão de obter uma decisão acerca do crime que imputa a alguém (SANTOS, 2012, pg 644). Por isso, não implica responsabilidade ou culpabilidade para o acusado, não reflete nos seus antecedentes e nem marca futura reincidência.

Segundo Pierangeli e Zaffaroni (2011, p. 658):

a decisão que considera extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva não admite posterior discussão sobre o mérito, em qualquer instância, pelos efeitos amplos que produz, extinguindo toda e qualquer consequência jurídica desfavorável ao acusado, que assume a condição de inocente para todos os efeitos legais (PIERANGELI; ZAFFARONI. 2011, p. 658).

A contagem do prazo prescricional considera-se o disposto no artigo 10 do Código Penal, ou seja, o dia do começo computando-se ‘os dias, os meses e os anos pelo calendário comum’, que não se interrompem por férias, domingos e feriados.

Em relação à tentativa, de acordo com o artigo 14 do Código Penal, a prescrição começa a contar do dia em que foi praticado o último ato de execução ou de tentativa e o prazo será extraído da redução mínima, qual seja, um terço.

Já a pretensão executória é regulada pela pena *in concreto*, o Estado perde o poder de executar a pena principal. (SANTOS. 2012, p. 645).

Visto que o Código Penal, ao tratar do termo inicial da pretensão executória, não fez qualquer referência ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a jurisprudência se encarregou de considerar o trânsito em julgado o ponto de partida para o cômputo do prazo prescricional. Nessa prescrição, o trânsito em julgado, para a acusação, limita o poder-dever de punir do Estado e fixa o mínimo e o máximo do prazo prescricional (PIERANGELI; ZAFFARONI. 2011, p. 649).

Os impedimentos dos prazos prescricionais são disciplinados no artigo 116 do Código Penal para a prescrição da pretensão punitiva, enquanto o parágrafo único trata da prescrição da pretensão executória.

Em SANTOS (2012, p 651), temos que:

As causas impeditivas da prescrição são constituídas por pressupostos ou acontecimentos necessários para decidir sobre a existência do crime ou sobre a aplicação da pena, cuja existência impede o curso do prazo prescricional (SANTOS. 2012, p 651).

O legislativo fundamentou tal providência na ideia de que o surgimento de determinados eventos excluem a instauração ou a possibilidade do procedimento, vindo a impedir o decurso do prazo da prescrição.

As causas interruptivas da prescrição estão dispostas no artigo 117 (recebimento da denúncia ou queixa; pronúncia; confirmação da pronúncia; sentença condenatória recorrível; início ou continuação do cumprimento da pena; reincidência).

Tais causas são representadas por acontecimentos processuais ou pessoais que interrompem o curso do prazo prescricional iniciado, cancelam o prazo de prescrição decorrido e determinam o início de novo prazo prescricional integral a partir do dia da interrupção (SANTOS. 2012, p. 652).

5 DA (IM)PRESCRITIBILIDADE PENAL DO CRIME DE ESTUPRO

5.1 Considerações gerais

Como já relatado, o instituto da prescrição penal é a perda do poder de punir estatal pela sua inércia durante um período estabelecido em lei, visto que após esse tempo não haveria mais finalidade na punição, sendo imposta apenas como medida de retribuição de vingança.

Por sua vez, a imprescritibilidade contrapõe-se a esse conceito, possibilitando a punição estatal a qualquer tempo, sem que haja perecimento do direito subjetivo. No entanto, uma das maiores garantias do Direito Penal é a impossibilidade de perseguição ‘*ad aeternum*’. A rigor, seria possível dizer que é um direito do acusado não se ver indefinidamente sob o jugo do aparelho repressivo estatal. Desta forma, a inaplicabilidade da prescrição em relação a determinado crime significa grande insegurança jurídica, submetendo o infrator a eterna ameaça de punição.

Nessa esteira, o Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal já se manifestou:

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

(STF, HC 82.424/RS, Min. Marco Aurélio, p. 919).

É sabido que existem dois casos⁹ de imprescritibilidade penal no ordenamento jurídico brasileiro. Tais casos foram tratados no rol do artigo 5º da Constituição Federal, justamente o artigo que visa assegurar os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Portanto, se somente estas duas modalidades delitivas são imprescritíveis, a contrario *sensu*, os demais são prescritíveis. Desta forma, a Constituição Federal assegurou, mesmo que implicitamente, a prescritibilidade dos crimes em geral ou o direito à prescrição. Assim sendo, a prescrição é reconhecida como um direito fundamental fazendo parte do rol das cláusulas pétreas não podendo ser reformulada nem pelo Poder Constituinte Reformador ou Derivado.

A instituição da prescrição penal ou da imprescritibilidade de determinado crime refere-se, puramente, a uma escolha política

⁹A regra disposta no ordenamento jurídico brasileiro é pela prescritibilidade. No entanto, existe uma corrente que entende ser imprescritível também o crime de tortura, visto que segundo o Estatuto de Roma, os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional são imprescritíveis. Tal estatuto foi recepcionado pelo ordenamento brasileiro através do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Outro dispositivo nesse sentido é a Convenção Interamericana que obriga os Estados Partes a prevenir e punir a tortura. Tal Convenção foi ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 98.386 de 9 de dezembro de 1989. Os defensores da imprescritibilidade alegam que num conflito entre a Constituição Federal e os Tratados Internacionais, deve prevalecer a norma que melhor atende aos direitos humanos. No entanto, a doutrina majoritária entende pela não imprescritibilidade do crime de tortura. CUNHA (2016, pg. 319) defende que tratados com status de norma supralegal, não tem como afastar a garantia implícita constitucional da prescritibilidade, sendo esta um direito fundamental constitucional não podendo ser afastado nem mesmo por emenda à Constituição, quanto menos por legislação ordinária.

influenciada pelos anseios da sociedade, pela doutrina penalista e por diversos fatores culturais e sociais.

A Constituição Federal de 1988, a chamada ‘Constituição Cidadã’, tem por fim a construção de uma sociedade livre e justa, conferindo amparo a um vasto rol de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Assim, num Estado democrático de Direito, deve ser equilibrada pela lei a relação entre o Estado e os indivíduos, como forma de garantir que estes não serão vítimas do arbítrio do poder coercitivo do Estado.

É possível indagar que proteção jurídica buscam as pessoas no sistema penal ao criminalizar determinadas condutas ou na utilização de institutos, como o da imprescritibilidade penal em determinados crimes. A resposta parece fácil: castigo. “O que se busca é o castigo, porque a grande musa dessa discussão parece que é a impunidade. Parece que se trata de punir esta violência” (ANDRADE, 1999, p. 112).

Sendo mais crítica a esse assunto, Vera de Andrade (1999, p. 106) deixa claro sua opinião pela não utilização do sistema penal como busca por uma justiça social sob três fortes argumentos: o sistema penal falhou na a) promessa de proteção de bens jurídicos; b) na promessa de combate à criminalidade; e c) promessa de aplicação igualitária das penas. O sistema penal é um subsistema de controle social, seletivo e desigual, um sistema de violência institucional, que exerce seu poder e seu impacto também sobre as vítimas (ANDRADE, 1999, p. 113).

Por isso a aplicação da imprescritibilidade ameaça as garantias fundamentais de segurança jurídica e até mesmo de ampla defesa, pois submete o indivíduo à eterna ameaça de repressão do Estado, sem se preocupar com os efeitos do tempo sobre os elementos probatórios que

envolvem os fatos, sobre o acusado e sobre a repercussão social do crime.

5.2 Hipóteses de imprescritibilidade penal

O Estado não dispõe de prazos indeterminados para o exercício da pretensão punitiva.

O ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu como regra a prescritibilidade, porém a Constituição Federal elenca duas exceções, quais sejam: crime de racismo (art. 5º, XLII, CF/88) e os delitos praticados por grupos armados civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CF/88).

5.2.1 A prática do Racismo - inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal

A prática do racismo constitui a primeira hipótese de crime imprescritível. Este comando constitucional foi regulamentado pela Lei 7.716/1989, além disso, posteriormente a Lei 8.081/1990 estabeleceu crimes e penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional.

5.2.2 A prática de ação de grupos armados - inciso XLIV do artigo 5º da Constituição Federal

A segunda hipótese determina ser imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o

Estado Democrático. As ações praticadas por organizações criminosas são regulamentadas pela Lei 9.034/1995 que dispôs sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de tais grupos. No entanto, tal diploma legal não definiu o que é uma organização criminosa. É possível encontrar tal definição no art. 2º da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Protocolo de Palermo), promulgada pelo Decreto n. 5.015/2004, definindo um grupo criminoso como um ‘grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material’.

A partir disso, observa-se que o Poder Constituinte Originário definiu apenas tais condutas como imprescritíveis, e a *contrario sensu*, as demais condutas previstas na legislação, prescritíveis. Ou seja, somente os crimes de preconceitos definidos na Lei nº 7.716/1989 e os praticados por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, previstos na Lei nº 7.170/83, ambas previstas no artigo 5º da Constituição Federal, são imprescritíveis.

5.3 A imprescritibilidade penal e os princípios da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima, da proporcionalidade e da necessidade

Se o Poder Constituinte Originário elencou as duas hipóteses constitucionais de imprescritibilidade penal no rol de direito e garantias

fundamentais estabelecidos no artigo 5º, poderia, legitimamente, o Poder Constituinte Derivado Reformador ampliar tais hipóteses incluindo novas condutas imprescritíveis?

Apesar da gravidade em abstrato de tais condutas, nada justifica a criação de exceções à regra da prescritibilidade dos crimes em geral. Estas exceções não contribuem em nada para a solução da impunidade. Qualquer lei que estatuir como imprescritíveis outros crimes além dos já elencados viabilizará, por via indireta, as penas de caráter perpétuo. Ademais, gera um indesejável casuísmo penal. O legislador teria utilizado quais critérios para eleger figuras penais imprescritíveis?

Nesse sentido, Pierangeli e Zaffaroni (2011, p. 645) critica os casos de imprescritibilidade penal sob o fundamento de que:

não existe na listagem penal crime que, por mais hediondo que se apresente ao sentimento jurídico e ao consenso da comunidade, possa merecer a imprescritibilidade, máxime se atentarmos que as expectativas comunitárias de reafirmação da validade da ordem jurídica não perduram indefinidamente (PIERANGELI; ZAFFARONI.2011, p. 645)

Um dos princípios mais importantes sobre os quais se baseia nosso ordenamento jurídico é o princípio da dignidade da pessoa humana. De acordo com Sarlet (2009, p. 52), a tutela de tal princípio implica proteger todos os indivíduos de uma determinada sociedade contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, advindo de autoridade pública ou de particular. Nesse mesmo sentido, o Estado deve também assegurar condições mínimas de existência, proporcionando uma vida saudável e integração com a comunidade, para

que a pessoa tenha participação ativa nos destinos de sua vida e da sociedade a qual pertence.

A dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, tornando-o detentor de direitos e valores singulares.

Em suma, o princípio da dignidade da pessoa humana refere-se ao respeito que é devido a cada cidadão na preservação da sua integridade física e moral.

Ferrajoli (2010, p. 364) ensina que o valor da pessoa humana é a limitação fundamental para a qualidade e quantidade da pena, para o domínio político da República. Tal princípio, contendo feição política e moral, deve agir delimitando a legitimidade estatal nas funções dos direitos fundamentais. Um Estado que não o respeita aplicando penas cruéis, excessivas, que humilham e desrespeitam a pessoa humana, não é só ilegítimo, mas também violador da lei.

Mesmo sendo um princípio não absoluto, visto que a ponderação de bens e interesses é necessária quando do cometimento de um crime, quando ocorre um fato criminoso é necessário preservar bens e garantias asseguradas pela Constituição e legislação infra, referentes ao criminoso. Sua vida, por exemplo, não lhe pode ser ceifada, seu corpo é inviolável à tortura, a sua privação de liberdade jamais poderá ser eterna e o local onde cumprirá sua pena não poderá degradar a sua personalidade. O Estado deve se atentar ao princípio da necessidade, da proporcionalidade e da intervenção mínima para aplicação da pena.

Neste seguimento, é sabido que o direito penal deve intervir apenas quando outros ramos do direito não forem capazes de solucionar o conflito com satisfação. A proteção dos bens jurídicos realizada pelo

direito penal é de natureza subsidiária e fragmentária, ou seja, o direito penal só protege bens apenas em *ultima ratio*. A criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para proteção de determinado bem jurídico.

Para Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 6):

A proteção de *ultima ratio* de bens jurídicos pelo Direito Penal é limitada pelo princípio da proporcionalidade, que proíbe o emprego de sanções penais desnecessárias ou inadequadas em duas direções: a) primeiro, lesões de bens jurídicos com *mínimo desvalor* de resultado não devem ser punidas com penas criminais, mas constituir contravenções ou permanecer na área da responsabilidade civil, como pequenos furtos em lojas, indústrias ou empresas em geral; b) segundo, lesões de bens jurídicos com *máximo desvalor* de resultado não podem ser punidas com penas criminais absurdas ou cruéis - como ocorre com os chamados *crimes hediondos*, esse grotesco produto da imaginação punitiva do legislador brasileiro (SANTOS. 2012, p. 6). (grifo da autora).

Ou seja, o princípio da proporcionalidade mínima impõe que o direito penal não deve se preocupar quando a lesão ao bem jurídico tutelado for diminuta ou quando a sanção for demasiada. O magistrado deverá analisar se a privação de liberdade é adequada ao caso concreto. Se necessária, a pena deve ser ainda proporcional, pois segundo Pierangeli e Zaffaroni (2011, p. 79):

A criminalização alcança um limite de irracionalidade intolerável quando o conflito sobre cuja base opera é de lesividade ínfima ou

quando, não o sendo, a afetação de direitos nele envolvida é grosseiramente desproporcional à magnitude da lesividade do conflito. Já que é impossível demonstrar a racionalidade da pena, as agências jurídicas devem, pelo menos, demonstrar que o custo em direitos da suspensão do conflito mantém uma proporcionalidade mínima com o grau de lesão que tenha provocado. [...]. Simplesmente se afirma que o direito penal deve escolher entre irracionalidades, deixando passar as de menor conteúdo; o que ele não pode é admitir que a essa natureza irracional do exercício do poder punitivo se agregue um dado de máxima irracionalidade, por meio do qual sejam afetados bens jurídicos de uma pessoa em desproporção grosseira com a lesão que ela praticou (PIERANGELI; ZAFFARONI. 2011, p. 79)

Assim, com o passar do tempo a pena deixa de ter qualquer finalidade, sendo ela de prevenção geral ou especial, e consequentemente deixa de ser necessária. Se tornando desnecessária, não há interesse processual e não há violação dos direitos do acusado para proteção dos bens jurídicos pertencentes à comunidade. Não havendo mais conflito, não há necessidade de intervenção do direito penal.

Como já mencionado, ao elencar as únicas duas hipóteses de crimes imprescritíveis no artigo 5º da Constituição Federal, o Poder Constituinte Originário tornou tais previsões como exceções à regra, sendo as demais condutas prescritíveis. Desta forma, admitiu, implicitamente, a prescritibilidade penal como um direito fundamental, não se admitindo emenda constitucional sobre a matéria. Tal preceito está disposto no parágrafo quarto, inciso IV do artigo 60 da Constituição

Federal. Desta previsão constitucional, denota-se que a vedação é imposta desde a deliberação, momento anterior à edição de emenda constitucional. Ademais, está descrito em ‘proposta de emenda tendente a abolir’, o que significa ressaltar não ser necessário que a proposta vise abolir o direito fundamental à prescrição, bastando que tenda a aboli-lo.

Caso ocorra uma proposta de emenda constitucional nesse sentido, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, qualquer parlamentar tem a legitimidade para recorrer na via judicial adequada ao Supremo Tribunal Federal, com vistas a impedir que o Parlamento edite uma norma contaminada pelo vício da inconstitucionalidade.

Neste sentido, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal:

“Proposta de emenda à CF – Instituição da pena de morte mediante prévia consulta plebiscitária – Limitação material explícita do poder reformador do Congresso Nacional. Inexistência de controle preventivo abstrato (em tese) no direito brasileiro” (ADI 466, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-1991, Plenário, DJ de 10-5-1991).

Assim, qualquer parlamentar legitimado pode impetrar mandado de segurança alegando violação do devido processo legislativo, cabendo à Corte realizar o controle de constitucionalidade preventivo¹⁰.

¹⁰Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 56-57): “Não há apenas uma, mas várias formas de controle da constitucionalidade, uma vez que este controle pode ser encarado sob vários aspectos. Um destes concerne ao momento em que intervém. Distingue-se então o controle preventivo do controle repressivo. Aquele opera antes que o ato,

Destarte, se não é possível a edição de emenda constitucional que vise a tentar abolir o direito à prescrição, muito mais está o legislador ordinário impedido de elaborar uma norma nesse sentido.

Portanto, é possível dizer que a imprescritibilidade penal afronta os princípios da dignidade da pessoa humana, da necessidade, da intervenção mínima e da proporcionalidade, fazendo com que o Estado deixa de assegurar os cidadãos contra atos desumanos e degradantes.

5.4 Projeto de Emenda à Constituição (PEC) 64/2016 que prevê tornar imprescritível e inafiançável o crime de estupro

Em novembro de 2016, o senador Jorge Viana (PT-AC) apresentou uma proposta de emenda à Constituição Federal (PEC 64/2016)¹¹ para modificar o crime de estupro e torná-lo imprescritível e inafiançável, visando alterar o inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal, equiparando o crime de estupro ao crime de racismo, sob a

particularmente a lei, se aperfeiçoe; este depois de perfeito o ato, de promulgada a lei”.

¹¹ PEC 64/2016. **Situação:** Plenário do Senado Federal (Secretaria Legislativa do Senado Federal). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127681>. Acesso em 30/05/2017.

justificativa de que abriria a possibilidade de início ao processo penal contra os acusados de abusos sexuais independente da data do ocorrido. Atualmente, a legislação brasileira prevê até 16 anos para a apresentação da denúncia contra os agressores.

O senador arguiu que o Brasil é um dos países em que há mais estupros no mundo e disse que a proposta é uma questão de respeito às mulheres, que, muitas vezes, não denunciam o crime pelas mais diversas questões (medo, violência, intimidação) enquanto os criminosos deixam de ser punidos.

É possível verificar se a aplicação da imprescritibilidade no crime de racismo promoveu a sua extinção? A resposta é não. Também o será para o crime de estupro, pois a necessidade de erradicar o crime de estupro no Brasil perpassa essa questão da denúncia, e tornar o crime imprescritível não altera o quadro nacional.

Apesar de não haver pesquisas que mostram dados anteriores e posteriores à aplicação da imprescritibilidade do crime de racismo quanto a sua reincidência, é possível afirmar que tal situação não se altera formalmente, após a publicação de lei, pois é necessária uma mudança social e cultural na prática. O que assemelha à situação de imprescritibilidade do crime de estupro.

Clarice Costa Calixto (2010, p. 23-25), em artigo intitulado 'Breves reflexões sobre a imprescritibilidade dos crimes de racismo', traz a reflexão de que a decisão do constituinte de desconsiderar o papel garantidor do instituto da prescrição nos crimes raciais foi uma tentativa de pagamento de uma dívida histórica que o sistema jurídico tem com a comunidade negra.

O constituinte, com desmoderada fé nas normas, ao agravar a punição das práticas de racismo “buscou exterminar segregações e preconceitos seculares através da máxima ampliação temporal do poder punitivo estatal, desconsiderando os fundamentos humanitários e de preservação da justiça” (CALIXTO. 2010, p. 26).

A adoção do instituto de prescrição penal ou da imprescritibilidade de determinado delito é regulado por uma escolha política, uma decisão de política criminal que tem bem delimitado a sua data, seus fundamentos e suas tendências da doutrina penalista e/ou autoritárias do governo em exercício.

A Constituição Federal busca a construção de uma sociedade livre e vista, confirmando amparo a um vasto rol de direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, Calixto (2010, p. 24) afirma que:

[...] a imprescritibilidade ameaça as garantias fundamentais de segurança jurídica e até mesmo da ampla defesa, pois submete o cidadão à eterna ameaça da repressão estatal, sem preocupar-se com os efeitos do tempo sobre os elementos probatórios que envolvem os fatos criminosos, sobre o acusado e sobre a repercussão social do crime (CALIXTO. 2010, p. 24).

Mais além, deixa claro que as justificativas sociais e políticas para a criminalização do racismo, enquanto posituação do repúdio à inferiorização pela cor, são óbvias, contudo, o constituinte se dissonou das concepções modernas do direito penal, principalmente àquelas que repugnam a ‘perenização da *persecutio criminis*’ (FERREIRA FILHO. 1990, p. 59).

De acordo com a ONU, o racismo no Brasil é institucional e estrutural. A sociedade branca se prevaleceu sobre a população negra escravizada e segmentada nos piores setores da sociedade. Isto fica claro quando se analisa as estatísticas nacionais.

A aplicação da imprescritibilidade no crime de racismo não desestimula a prática de tal crime, tornando sem efeito sua aplicação.

De acordo com a Pesquisa Mensal de Emprego realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2015, a taxa geral de desocupação foi de 7,9%. Desses, quando segmentados por cor, o número aumenta para 8,8% em relação à população negra e baixa para 7% para a população branca.

Na mesma pesquisa, os negros só são maioria no setor de construção e nos serviços domésticos, áreas que historicamente pagam menores salários e demandam um grau de instrução mais baixo.

Em relação ao cálculo de rendimento médio real, os números apontam um abismo: R\$2.669 para a população branca, enquanto os negros recebem, em média, R\$1.590.

Entre a população negra, a taxa de desemprego é maior que entre os brancos. Segundo dados do estudo Retrato das desigualdades de gênero e raça, do Ipea 2015, enquanto o desemprego atinge 5,3% dos homens brancos, entre os negros, o índice chega a 6,6%.

Em análise focada especificamente nas mulheres, o Mapa da Violência 2015 indica que a taxa de homicídios de mulheres brancas caiu 9,8% enquanto entre as mulheres negras houve um aumento de 54,4%. O chamado “índice de vitimização”, que mede quantas mulheres negras morrem a mais do que brancas no país, chegou a 66,7% em 2013.

Em relação à taxa de desemprego, a diferença é ainda maior.

Entre as brancas, o desemprego é de 9,2%, enquanto entre as mulheres negras, ultrapassa os 12%.

De acordo com a Secretaria de Políticas Públicas de Promoção da Igualdade Racial - SEPPIR, vinculada ao Ministério dos Direitos Humanos, o número de denúncias de racismo dobrou nos últimos anos. Em 2011, a ouvidoria recebeu 219 denúncias. No ano seguinte, esse número passou para 425. Para a então ministra da Igualdade Racial, Luiza Bairros, as denúncias de racismo aumentam pela indignação da sociedade.

Contudo, uma pesquisa realizada em 2011 pelo Laboratório de Análises Econômicas, Históricas, Sociais e Estatísticas das Relações Raciais (LAESER) da Universidade Federal do Rio de Janeiro, com levantamento realizado em tribunais de segunda instância de todo o país, revelou que a quantidade de casos de discriminação racial cresceu nos últimos anos. No entanto, o número de acusados considerados inocentes também aumentou. Entre 2008 e 2010, 66,9% dos 148 processos instaurados por racismo ou injúria racial, teve como vencedores os réus.

Nessa lógica, é possível afirmar que a imprescritibilidade dos crimes raciais não pôs fim a esses crimes, pois o problema se concentra na estrutura da sociedade brasileira, tal modo como é com o crime de estupro.

Em que pese o assunto, há outros projetos tramitando pelo Congresso com o objetivo de aplicar a imprescritibilidade em outros crimes. A saber: a Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado da Câmara dos Deputados, em dezembro de 2016, aprovou um substitutivo ao Projeto de Lei 6240/13¹² que pretende tornar o crime

¹² PL 6240/2013. **Situação:** Aguardando Designação de Relator na

de desaparecimento forçado da pessoa imprescritível. Por esse projeto, o crime não seria hediondo e não estaria sujeito à prescrição penal. Tal projeto está em análise pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania; outro projeto que aguarda análise da referida Comissão é a PEC 229/2012¹³, que torna os crimes hediondos imprescritíveis.

Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=589982>. Acesso em 17 de fev. de 2017.

¹³ PEC 229/2012. **Situação:** Aguardando Criação de Comissão Temporária pela MESA. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563021>. Acesso em 17 de fev. de 2017.

6 CONCLUSÃO

A Constituição Federal deixou claro ao elencar as únicas duas possibilidades de crimes imprescritíveis no Brasil: o racismo e a prática de ação de grupos armados. Desta forma, considerando que são normas constitucionais emanadas do poder constituinte originário, não há incompatibilidade constitucional quanto aos dois crimes previstos na Constituição.

Por outro lado, quando se fala em eventuais normas constitucionais derivadas do poder constituinte derivado reformador, é necessária aferição sobre a compatibilidade com o texto constitucional.

A Constituição Federal em seu art. 5º, incisos, XLII e XLIV, sustenta, expressamente, que somente são imprescritíveis o crime de racismo e as ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o estado democrático de direito, respectivamente.

Após análise e reflexão sobre as considerações feitas neste trabalho, e depois de uma análise das normas legais em vigor no sistema jurídico brasileiro, entende-se que os projetos de lei que pretendem criar novas hipóteses de crimes imprescritíveis são inconstitucionais, por perpetuarem indefinidamente a possibilidade de aplicação de uma pena a um agente.

De igual modo, também seria inconstitucional a proposta de emenda à Constituição, nesse sentido, pois o instituto de prescrição é um direito fundamental, tratando-se, portanto, de matéria protegida por cláusula pétrea. Desse modo, uma eventual ampliação do rol de crimes imprescritíveis ofenderia a taxatividade das hipóteses previstas na Constituição Federal e a proibição de penas em caráter perpétuo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de; BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz. **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3ª Ed. Editora Revan: 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição - fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3ª edição, Editora Saraiva: 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 2ª Ed. Editora Saraiva: 2010.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição Ridendo Castigat Moraes. 2002.

BITENCOURT, César Roberto. **Código Penal Anotado**. Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol.1.14. Ed.Saraiva. São Paulo. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 10ª Ed. Editora Saraiva: 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal, parte geral (arts. 1º ao 120)**. Salvador: JusPodivm, 2016.

FAVERI, Fernanda Cristina Weirich de. **A ilegitimidade das hipóteses de imprescritibilidade penal expressas no texto constitucional.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-ilegitimidade-das-hipoteses-de-imprescritibilidade-penal-expressas-no-texto-constitucional,56938.html>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

FILHO, Roberto Lyra. **Criminalidade e sociedade.** Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal. Jan/Fev/Mar. Ano II. Vol. 5. 1966.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, tomo II.

KARAM, Maria Lucia. **Reflexões sobre a tutela penal da propriedade.** Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 2, n. 4 Jul/Dez 2004.

KARAM, Maria Lucia. **Para conter e superar a expansão do poder punitivo.** Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 Jan/Jun 2006.

LIMA, Maria da Glória Malta Rodrigues Neiva de. **A proteção da igualdade de gênero no ordenamento jurídico nacional e internacional e os mecanismos asseguratórios.** Curitiba: Revista do Tribunal Regional do Trabalho, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal.** Parte Geral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24 ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

VANUSSI, Marcela Bastazini. **A problemática da imprescritibilidade penal nas legislações internas dos estados e no direito penal**. Coimbra, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Direita, Esquerda e Estado Penal**. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/direita-esquerda-e-estado-penal-por-leonardo-isaac-yarochewsky/#_ftnref8>. Acesso em: 15 jan. 2017.