

---

## PRESCRIÇÃO PENAL COMO LIMITE AO PODER-DEVER PUNITIVO ESTATAL

### CRIMINAL LIMITATION AS LIMIT TO THE PUNITIVE POWER-DUTY OF THE STATE

**EDIHERMES MARQUES COELHO**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1995). Atualmente é avaliador ad hoc do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira e professor associado da Universidade Federal de Uberlândia. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: direito penal, processo penal, garantismo, penas e descriminalização.

#### RESUMO

**Objetivos:** o artigo busca analisar o instituto penal da prescrição sob o âmbito do controle social, discutindo, em face do poder-dever punitivo do Estado, a necessidade da punição diante do fator tempo.

**Metodologia:** a abordagem da pesquisa é dedutiva, a técnica de pesquisa é bibliográfica, com foco metodológico crítico propositivo.

**Resultados:** o artigo conclui que o tradicional *jus puniendi* deve ser limitadamente tratado como poder-dever punitivo; que a pretensão punitiva não pode ser dissociada das funções que as penas deveriam cumprir; e que a prescrição penal funciona e deve ser mantida como um limite temporal ao agir punitivo, de modo a resguardar-se a necessidade das penas.

**Contribuições:** este estudo permite repensar o *jus puniendi*, que melhor se configura atualmente como poder-dever de punir, em que o Estado tem o dever de agir em nome de interesses sociais, mas com seu poder limitado pela própria legalidade. Assim, este trabalho discute a prescrição penal como um mecanismo



---

jurídico contra o Estado, limitador do poder-dever punitivo. Para isso, parte-se do princípio da necessidade de pena para analisar o instituto da prescrição penal, configurado como obstáculo funcional a punições desnecessárias pelo decurso do tempo.

**Palavras-chave:** pretensão punitiva; poder-dever de punir; prescrição penal.

## ABSTRACT

**Objective:** the paper analyzes the period of criminal limitation under the scope of social control, discussing, in view of the punitive power-duty of the State, the need for punishment in view of the time factor.

**Methodology:** the research approach is deductive; the research technique is bibliographic, with a propositional critical methodological focus.

**Results:** the paper concludes that the traditional *jus puniendi* should be limited to a punitive power-duty; that the punitive claim cannot be dissociated from the functions that the sanctions should fulfill; the period of criminal limitation works and must be maintained as a time limit when acting punitive in order to safeguard the need for criminal sanctions.

**Contributions:** this study makes it possible to rethink the *jus puniendi*, which is currently best configured as a power-duty to punish, in which the State has a duty to act on behalf of social interests, but with its power limited by its own legality. This paper discusses the period of criminal limitation as a legal mechanism against the State, limiting the punitive power-duty. It is based on the principle of the need for punishment to analyze the period of criminal limitation, configured as a functional obstacle to unnecessary punishment over time.

**Keywords:** punitive pretension; power and duty to punish; period of criminal limitation.

## 1 INTRODUÇÃO

Em abordagens tradicionais de Direito Penal, consagradas ao longo do século XX, trata-se como evidente o papel do Direito Penal como instrumento do controle social e da manutenção da ordem em nome da paz social e do bem comum.



---

Tal concepção, muito presente nos bancos acadêmicos, decorria e decorre de um condicionamento ideológico-cultural simplista, em que se abdica da crítica endógena e exógena ao papel exercido pelo Direito Penal na sociedade.

Em termos de crítica endógena, vê-se que a estrutura normativa penal é claramente valorativa no pior sentido: reflete em vários momentos opções patrimonialistas e/ou moralistas em detrimento de opções humanitárias. Assim, permite-se concluir, por exemplo, a simples comparação entre as penas do roubo com grave ameaça (art. 157, caput, Código Penal brasileiro) e a pena da lesão corporal gravíssima (art. 129, § 2º, Código Penal brasileiro) - numa clara opção patrimonialista; ou a opção pela proibição da eutanásia e do aborto.

Em termos exógenos, o Direito Penal exerce funções simbólicas e políticas de acomodação social. Isto se dá tanto por leis de cunho geral simbólico, ainda que ineficientes, como a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), quanto por alterações pontuais de dispositivos de lei para atender clamores sociais momentâneos.

Ora, com apenas estes dois parágrafos, já se coloca em xeque o suposto caráter de controle social e manutenção da ordem em nome da paz social e do bem comum. Se tais funções são exercidas, isto ocorre dentro de um quadro mais complexo, em que as funções políticas e ideológicas são mais determinantes do que os interesses sociais. Não obstante isso, cada vez mais é perceptível na cultura jurídica dominante e nas atividades pragmáticas do Direito Penal uma incorporação de tais ideias, com ímpetos acusatórios como regra, o que demonstra a dificuldade intelectual e ideológica que permeia a prática penal brasileira na atualidade.

Direito Penal e vida em sociedade sempre andaram juntos, servindo as penas como forma de controle social. A vivência do ser humano em sociedade mostrou-se, desde tempos primevos, necessária para garantir sua sobrevivência em um mundo perigoso por natureza. Entretanto, desde muitos milênios estruturou-se o poder como mecanismo organizativo da vida social. Na medida em que as sociedades tornaram-se mais complexas, pela quantidade de membros e pela estruturação de mecanismos produtivos, as estruturas de poder igualmente



---

tornaram-se mais complexas e distanciaram-se da igualdade social em favor da concentração de poder.

Desde primevos tempos, um Direito Penal rudimentar serviu como meio de dominação social. Diante das agruras da sobrevivência em sociedades que se tornavam mais complexas gradativamente, a acomodação dos atores sociais através de punições era um forte mecanismo de controle político. Vence-se, assim, o romantismo de que os seres humanos abriram mão de suas liberdades em prol de um grande acordo social: ajuste-se ou saia; sobreviva ou morra; aceite, ou seja dominado/escravizado.

Foi exatamente no alicerce de um suposto acordo social que se construiu a pretensa legitimação do poder punitivo estatal, como forma de garantir a coesão interna e externa do sistema jurídico penal. Isso perpassou a história da humanidade, em que poder e direito (penal) transitaram juntos. Um poder que, limitado pelo acordo tácito de convivência, seria quase que ilimitado em suas intervenções para garantir a coesão social. Reside aí uma questão decisiva para a abordagem do Direito Penal contemporâneo, no âmbito do Estado de Direito: quais os limites da atividade estatal punitiva? Especialmente, para os termos desta abordagem, quais os limites temporais para que a intervenção penal seja útil e necessária?

Este trabalho é focado neste último aspecto: a análise do papel punitivo do Estado em face do tempo que conta contra ele para agir, sob pena de não mais existir utilidade em exercer suas pretensões penais. Parte-se, portanto, de uma preocupação com a eficácia e a eficiência da pena, vista sob seu aspecto de intervenção direta na vida do condenado: o que pode de útil gerar a aplicação da pena àquele que cometeu o crime?



---

## 2 JUS PUNIENDI COMO PODER-DEVER PUNITIVO

O mundo presente é marcado pela complexidade de suas relações. Sistemas informatizados, intercomunicação mundial, deslocamentos aéreos interconectados, relações econômicas supra fronteiriças - são algumas das características gerais do mundo contemporâneo. A complexidade macro está relacionada aos problemas de desterritorialização das relações sociais e interpessoais (DELEUZE, GUATARI, 1991, *passim*), já que acelera a multiplicidade cotidiana de percepções. As rotulagens morais são cada vez mais fáceis e cada vez menos fortes, pois rapidamente consumíveis como informação descartável.

Nesse contexto, as condutas criminosas são vistas pelas pessoas como algo fora delas, como 'um mal que me atinge, mas que não sou eu' (ainda que isso não traduza a realidade - COELHO, 2015, p. 32-34). Visualiza-se a conduta criminosa como um mal do qual o indivíduo no seu cotidiano não faz parte. E 'o mal deve ser punido!' - a maioria das pessoas num primeiro momento concordaria com esta frase sem pestanejar.

No entanto, residem problemas na concepção do mal. Boa parte das condutas humanas que poderiam ser avaliadas sob a égide do bem ou do mal dependerá, para essa análise, das percepções culturais e morais de mundo de quem avalia. Ademais, somente se pode falar em punir o mal que já ocorreu, que já se caracterizou como mal, e que, portanto, não se desfaz.

O Direito Penal é fulcrado, na definição dos crimes e das penas que lhes correspondem, na resposta institucionalizada às condutas que recebem a tarjeta jurídica de más. Sua matriz é punitiva:

Na esfera criminal, as finalidades que orientam a aplicação do direito inexoravelmente serão propostas a partir da pena, sobretudo em razão de a sanção criminal estar consolidada historicamente como a categoria de diferenciação do direito penal dos demais ramos. [...] A pena não representa apenas o instrumento mais radical e potente do direito penal; é aquele que o caracteriza como espécie do gênero direito. (CARVALHO, 2015, p. 148)



---

O dilema do Direito Penal está, no entanto, no 'punir para quê?'. Afinal, uma ação estatal, seja qual for, deve atender finalidades de interesse público.

Pois, bem: uma das conquistas da contemporaneidade, do estado de direito, é a superação da punição meramente retributiva. A aflição de uma pena àqueles que cometeram condutas selecionadas pelo legislador penal deveria dizer mais do que somente retribuir o mal causado pelo crime, ainda que a conduta criminosa seja odiosa e, nesse sentido, mereça, sim, uma (re)ação do Estado. Deveria ser útil no sentido de possibilitar ao indivíduo se repensar enquanto indivíduo social, enquanto cidadão.

Tal finalidade, porém, esbarra em diversas dificuldades, que começam pelos condicionamentos culturais e econômicos da esmagadora maioria dos condenados, passam pelas dificuldades materiais e pessoais para a correta imposição das penas e seu efetivo cumprimento, e passam, também, pelo problema do tempo que o Estado demora para agir.

Isso está inserido no problema dos limites da intervenção punitiva sobre a vida social.

Trata-se da tormentosa questão que envolve as tarefas do Estado no âmbito penal, no exercício do *jus puniendi*. Exercício que se refere a um direito de agir do Estado, caracterizador de um poder-dever público objetivo e exercido (em tese) em nome da coletividade. No ensinamento de BERGEL

O direito objetivo é via de regra definido como o conjunto das regras de conduta que regem as relações suscetíveis de se estabelecer numa sociedade com maior ou menor organização. As normas jurídicas sempre correspondem a *prescrições* destinadas a ordenar *relações sociais impondo* determinados *comportamentos* cujo *respeito* é assegurado pela *autoridade pública*. (2001, p. 38).

Ora, sendo o poder-dever de agir punitivo decorrente de um direito objetivo, a intervenção penal contemporânea, por consequência, há de ser marcada pela normatividade regulatória que estabeleça parâmetros públicos para a atuação do Estado. Não obstante isso, mantém-se vivo o problema da extensão e profundidade



---

dessa atuação do Estado no âmbito penal, caracterizável como questão referente aos limites da atuação penal do Estado.

Pois, bem: nas últimas décadas, observam-se claramente três grandes linhas de abordagem do problema dos limites da intervenção penal: a) uma tendência punitivista, defensora do *jus puniendi* como meio de coesão social; b) um movimento minimalista, a advogar a redução do âmbito penal e punitivo, defensor do poder-dever punitivo como mal necessário; c) e as teses abolicionistas, que entendem que o Direito Penal é mero instrumento de dominação e deve ser extinto.

Ocorre que o ser humano é psiquicamente complexo, contraditório e conturbado. O respeito ao outro, assim como a ofensa ao outro estão sempre presentes em nosso agir cotidiano. O que se tem são mecanismos psíquicos prévios capazes de condicionar nossas ações em torno de parâmetros de sociabilidade aceitáveis. Se por um lado não se aceita aqui o mero punitivismo, discurso fácil para simbolicamente punir no outro o que temo em mim mesmo (vide POMMIER, 1989, *passim*), por outro lado a ausência da possibilidade de sanção representa a possibilidade da não limitação ao mal que é latente.

Diante disso, advoga-se como democraticamente adequada a visão limitadora da atividade punitiva estatal como um mal necessário, levando-se à concepção de poder-dever punitivo. O Estado detém um poder, pelo qual pode intervir punitivamente sobre as liberdades individuais. Mas esse poder é um mal necessário, que se justifica exatamente para manter o respeito a todos (o que implica, ressalte-se, respeito às diferenças), que modo que o Estado deve punir apenas nos termos mínimos necessários para garantir o respeito de todos ao outro como sujeito social.

A intervenção punitiva criminal somente se justifica como atuação extrema do Estado sobre a sociedade. Isso decorre do caráter fragmentário e residual das previsões criminais: a esfera punitiva penal somente deve intervir em relações e conflitos sociais em que a intervenção de outras esferas do Direito não seja suficiente. Para que tal ocorresse, o condenado deveria ter uma imposição racional



---

de penas, de modo que a intervenção pena fosse mais do que mera vingança pública.

Destaque-se que as garantias individuais não se opõem às garantias sociais (em que se encontra a segurança pública). O modelo normativo penal - que abrange tanto o Direito Penal quanto o Direito Processual Penal, cada um com suas especificidades - impõe:

[...] às proibições e às penas duas finalidades distintas e concorrentes, que são, respectivamente, o máximo bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviados, dentro do objetivo geral da máxima tutela dos direitos de uns e dos outros, da limitação dos arbítrios e da minimização da violência na sociedade. (FERRAJOLI, 2003, p. 271).

Estado mínimo no âmbito penal, como mecanismo garantidor de todos como sujeitos sociais, significa um Direito Penal focado na intervenção mínima, e um Direito Processual Penal focado nas garantias processuais.

Afinal, a intervenção punitiva realizada através do Direito Penal é a mais dura potencialmente, pois se possibilita a constrição da liberdade - bem jurídico fundamental irrecuperável no tempo de vida de cada um. Todo ato de autoridade destinado a intervir sobre a vida de outro ser humano que não derive estritamente de algo necessário é qualificável como tirania (BECCARIA, 2001, *passim*). E um Direito Penal que não descambe para a tirania depende de parâmetros de necessidade da punição, balizados pela gravidade do crime.

Em virtude disso, como forma de estabelecer tais parâmetros, consiste o Direito Penal num conjunto de regras prévias escritas, que visam a tutela de bens jurídicos relevantes, utilizando, para tal proteção, de penas legalmente criadas e aplicadas pretensamente através do devido processo legal. Contextualmente, o Direito Penal brasileiro encontra as diretrizes de tais regras nos conteúdos normativos constitucionais, especialmente referenciados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

A intervenção penal como precaução a lesões graves a direitos resulta de uma visão utilitarista do Direito Penal, que justifica a esfera limitada de proibição



---

penal, estabelecendo relação com a função preventiva deste para com a sociedade, onde apenas as condutas lesivas a terceiros merecem permanecer sob a ótica desta seara jurídica. Partindo do potencial lesionador dos fatos, a lei deve estabelecer de forma estrita os parâmetros que possibilitam a intervenção punitiva. A caracterização do princípio da estrita legalidade remete-nos à análise de cada uma das garantias penais e processuais nas quais se substancia e implicadas por ele como condições específicas de validade das leis e dos juízos penais (FERRAJOLI, 2002, *passim*).

Diante da percepção de que a intervenção estatal deve ser restrita, a legalidade dessa intervenção seria o mecanismo apto à preservação das liberdades individuais frente à possibilidade de arbítrio.

Não basta que um crime tenha ocorrido para que o Estado possa aplicar uma punição, pois isto representa somente o primeiro degrau da legitimação da atuação punitiva do Estado. A atuação punitiva somente se mostra aceitável diante do direito à liberdade quando obedece aos limites legais prévios e segue os ritos procedimentais balizadores da possível garantia de que a transparência e a igualdade de critérios foram observadas.

Nesse último aspecto reside um sério problema: o sistema punitivo funciona de tal modo que seleciona sua clientela preferencial. Pune-se seletivamente quanto ao tipo de crimes e quanto ao perfil predominante da clientela penal (CARVALHO, 2001, *passim*). Isso faz sobressair, novamente, a necessidade de se limitar a intervenção punitiva, de forma ao menos se minimizar a possibilidade de discrepâncias delas decorrentes.

O fato é que se trata o chamado *jus puniendi*, nas abordagens tradicionais, como um direito do Estado em nome de interesses sociais (a título de exemplo, MIRABETE, 2005; TOURINHO, 2003). Paz e ordem social seriam garantidas através do direito de punir (público subjetivo?) do Estado. Tal concepção não se sustenta diante do fato incontestado de que a vida social é insitavelmente conflituosa, e relacionada a exercícios cotidianos de poder político, econômico e social.



---

Por decorrência, o Estado não possui direito de punir no que tange à simples possibilidade de fazê-lo, mas sim um poder-dever de atuação frente à exclusividade de fazer incidir o Direito Penal diante dos conflitos sociais.

Trata-se de um poder no sentido de que somente ao Estado é dado exercer a punição penal. Trata-se de um dever no sentido de que sua atuação é necessária para evitar a anomia penal, que estimularia as atuações/reações privadas diante de violações graves a direitos.

O poder-dever de punir se configura em três momentos de atuação estatal: a elaboração das leis penais, sujeita às demandas políticas circunstanciais sentidas pelo legislador; a investigação e acusação processual, sujeita aos condicionamentos culturais, inclusive morais, que influenciam os atores do sistema (policiais, acusadores, julgadores); e a execução penal, sujeita às deficiências crônicas (materiais e humanas) do sistema punitivo.

Todos esses momentos dessa atuação traduzem, com as referidas limitações intrínsecas, uma pretensão para o Estado: a pretensão de atuar penalmente. Divide-se a possível atuação penal, no âmbito pragmático (excluída aqui a elaboração das leis, que traduz o âmbito normativo abstrato), em pretensão punitiva e em pretensão executória. A pretensão punitiva envolve a atuação do Estado para investigar e julgar; a pretensão executória envolve a pretensão do Estado para executar as penas decorrentes das condenações.

### **3 PRETENSÃO PUNITIVA: FUNÇÕES DAS PENAS**

Punir ou recuperar; retribuir o mal ou ressocializar o condenado - tais dicotomias pairam no cerne das opções penais. Evidente que tais opções se dão por escolhas culturais e ideológicas, no contexto de sociedades conflitivas. Porém, como visto, para aqueles que entendem o Direito Penal como um mal, mas necessário (FERRAJOLI, 2002), ainda que reduzidas ao mínimo possível de intervenção tais



---

opções são parte da própria lógica penal. Lógica essa que recorre à punição como mecanismo de expiação (direito penal punitivista) ou de ressocialização.

Mal necessário punitivo, ainda que reduzido ao mínimo de intervenção, o Direito Penal recorre assim, na sua matriz de atuação, às penas (com ênfase normativa nas penas privativas de liberdade), entendidas originalmente como retribuição punitiva (repressão), mas revistas como possíveis meios de expiação racional da culpa.

Não é preciso esforço sociológico para se afirmar que a aplicação das penas (condenação ou execução) é seletiva, tanto quanto aos crimes que o sistema pune, como quanto aos segmentos sociais que preferencialmente são punidos. Lembrada tal ressalva, cumpre-se apontar três principais teorias da pena (ROXIN, 1998, p. 16-25), buscando justificativa para a imposição de punições: a teoria da retribuição, a teoria da prevenção especial e a teoria da prevenção geral. No primeiro enfoque, ênfase para a repressão; nos outros dois, ênfase para uma pretensa racionalidade punitiva.

A teoria da retribuição defende a ideia de que o mal causado pelo autor do delito deve ser compensado com a imposição de um mal proporcional a ele. Já que o Direito Penal serviria para o controle social e a manutenção da ordem, o criminoso seria um desviado dessa ordem social pretendida, o qual teria causado um mal, devendo responder por esse mal de forma equivalente ao que causou. A pena seria um fim em si mesmo, na perspectiva de retribuir o mal causado pelo criminoso.

Trata-se de uma fundamentação obscura para as penas: “a teoria da retribuição não nos serve, porque deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como profissão de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante” (ROXIN, 1998, p. 19). Não se trata de ignorar possíveis utilidades da intervenção punitiva, mas esta não se justifica por si mesma. Ademais, mera retribuição representa vingança pública, o que configura resposta demagógica ao crime.



---

Saliente-se que a ênfase normativa nas penas privativas de liberdade, se fundamentada pelo prisma retributivista, acrescenta a dificuldade da pena em propiciar algum nível de reintegração social do condenado:

A reintegração social do condenado não pode ser perseguida *através* da pena carcerária, mas sim deve ser perseguida *apesar* dela, ou seja, buscando fazer menos negativas as condições que a vida no cárcere comporta em relação com essa finalidade. (Baratta, 1991, p. 253)

A teoria da prevenção especial, por sua vez, preconiza que a pena justifica-se pela necessidade de se evitar que o autor de um crime volte a delinquir. A imposição da pena faria com que o indivíduo ficasse isolado do restante da sociedade pelo tempo necessário para que se evitasse o cometimento de novos crimes, e para que ele fosse ressocializado. Isso ocorreria, assim, através da ressocialização, da intimidação e/ou do isolamento do indivíduo.

Em moderada crítica, a teoria da prevenção especial

[...] não é idônea para fundamentar o direito penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e consequências, porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição e porque a ideia de adaptação social coativa, mediante a pena, não se legitima por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutro tipo de considerações. (ROXIN, 1998, p. 22).

Não afasta aqui o autor a prevenção especial como fundamento justificador das penas. Tal teoria não pode por si mesma servir de legitimação punitiva, mas porque precisa ser agregada a outros aspectos. Além disso, como a prevenção especial representa ressocialização, crimes cometidos como fato isolado, como situação sem probabilidade de repetição, relativizariam a utilidade da pena enquanto prevenção especial.

A teoria da prevenção geral, por sua vez, preconiza que a pena se justificaria por sua capacidade intimidatória sobre a generalidade das pessoas. Serviria, portanto, como motivação a que a população se comporte conforme as leis (penais), pela temor/exemplo geral das penas. Tratar-se-ia aqui de referência a funções



---

simbólicas das penas, em que a imposição de sanções exemplares a alguns desestimularia a prática delituosa pelos demais, além de (re)forçar convicções positivas sobre como agir socialmente.

De modo semelhante às críticas anteriores, Roxin entende que a teoria da prevenção geral “não pode fundamentar o poder punitivo do Estado nos seus pressupostos, nem limitá-lo nas suas consequências; é político-criminalmente discutível e carece de legitimação que esteja em consonância com os fundamentos do ordenamento jurídico” (ROXIN, 1998, p. 25). Isso porque isoladamente não seria diferente de entender o Direito Penal como mero instrumento de poder simbólico.

Alternativamente, propõe o autor germânico o que chama de teoria unificadora dialética das penas, baseada no princípio da subsidiariedade do Direito Penal, que incidiria apenas de modo residual em relação às outras áreas do Direito, e no princípio da culpabilidade, a partir da verificação do grau de responsabilidade e reprovabilidade pela prática do fato. No âmbito desses princípios, a prevenção geral e a prevenção especial concatenadas como fundamentos das penas, seriam instrumentais, constituindo-se em formas de desenvolvimento da personalidade do condenado.

Esses pressupostos se justificam por satisfazerem ao requisito de que uma teoria da pena, que corresponda à realidade e possa superá-la,

[...] tem de criar uma ordem que demonstre que, na realidade, um direito penal só pode fortalecer a consciência jurídica da generalidade no sentido da prevenção geral se ao mesmo tempo preservar a individualidade de quem a ele está sujeito; que o que a sociedade faz pelo delinquente também é o mais proveitoso para ela; e que só se pode ajudar o criminoso a superar a sua inidoneidade social de uma forma igualmente frutífera para ele e para a comunidade se, a par da consideração de sua debilidade e da necessidade de tratamento, não se perder de vista a imagem da personalidade responsável para a qual ele aponta. (ROXIN, 1998, p. 45).

Desse modo, as penas indicariam, na conjunção de funções preventivas especiais e gerais, a direção de um (auto)recondicionamento pessoal do condenado para sua própria vida e, por consequência, para sua convivência social.



---

A posição de Roxin, no que respeita às críticas feitas por ele às teorias da pena, é incontestável. Sua proposta de uma teoria unificadora dialética da pena, entretanto, somente se sustenta no âmbito de uma visão que compreenda que o Direito Penal não se justifica por si só, mas sim como um meio de se minorar a intervenção do Estado sobre os direitos individuais. Trata-se da compatibilidade entre as funções teleológicas das penas com as limitações à atuação do Estado, garantidoras das liberdades individuais.

Desse modo, a imposição de penas deve ser vista sob dois critérios: é um recurso último para situações não solucionáveis de outra forma; e deve significar socialmente um mal menor do que o recurso a formas não estatais de conflito. Pelo primeiro aspecto, sobressai a função subsidiária do Direito Penal; pelo segundo aspecto, destaca-se a ideia de que a composição social (pacífica, consensual) de interesses é em regra mais produtiva do que a imposição da punição estatal.

Bem ensina Ferrajoli que

[...] a pena é justificada como *mal menor* – ou seja, somente se menor, menos aflitiva, menos arbitrária – se comparada com outras reações não jurídicas, que, é lícito supor, se produziram na sua ausência; e que, de forma mais geral, o monopólio estatal do poder punitivo é tanto mais justificado quanto mais baixos forem os custos do direito penal em relação aos custos *da anarquia punitiva*. (2002, p. 271)

Essa é uma questão fundamental para os propósitos desta análise. A não existência da possibilidade punitiva é uma hipótese mais perversa ou incerta para as garantias individuais do que sua existência. As penas, enquanto prerrogativa estatal, garantem ao menos uma possibilidade de atuação penal formalmente universalizável (porque encontra-se na lei, destinada a todos, mais fortes e mais fracos), através da institucionalização do punir.

Portanto, o Estado pode agir punitivamente nos limites das leis, de forma que sua atuação se legitime como um dever de agir para que se tenha segurança jurídica e segurança social.



---

É de se salientar que aqui novamente se registra a dicotomia de finalidades gerais do Direito Penal. Vê-se, em especial quanto à possibilidade de imposição de penas, que o Direito Penal

[...] tem como finalidade uma dupla função preventiva, tanto uma como a outra negativas, quais sejam a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas. A primeira função indica o limite mínimo, a segunda o limite máximo das penas. Aquela reflete o interesse da maioria não desviante. Esta, o interesse do réu ou de quem é suspeito ou acusado de sê-lo. (FERRAJOLI, 2002, p. 269).

Trata-se da tensão dialética entre interesses coletivos de segurança frente a interesses individuais - embora comuns a todos os cidadãos - de preservação da liberdade. Isso reflete na legitimidade do próprio Direito Penal:

[...] um Direito Penal legítimo é aquele que representa um limite máximo ao poder punitivo do Estado. Dito em outras palavras, é o Direito que se estrutura como a garantia dos mais fracos contra os mais fortes, quer seja o mais forte representado pelos poderes públicos quer seja pelos particulares. (BICUDO, 2009, p. 184)

Por decorrência, o sistema penal em um estado de direito é limitado e delimitado pelo conjunto de proteções jusfundamentais constitucionalizadas, como instrumentos de garantia de cada um e de todos, das maiorias e das minorias, em uma conjunção dialética entre a liberdade individual e a segurança na preservação de bens e direitos de todos.

A pretensão penal se situa nesse âmbito: a punição é um mal, porque representa fracasso da convivência social diante dos conflitos de interesses. Mas é um mal menor diante da hipótese de sua não existência.

O agir punitivo estatal, assim, não é um direito do Estado, mas um poder-dever, com limites inclusive no próprio ordenamento jurídico.



---

#### 4 A PRESCRIÇÃO COMO LIMITE AO AGIR PUNITIVO

Como se viu, a atuação do estado no âmbito penal, embora necessária, não pode ser ilimitada. Não pode no seu conteúdo, pelas limitações constitucionais e infraconstitucionais garantidoras das liberdades individuais. Mas não pode também ser ilimitada no tempo: para que a punição se justifique como necessária, é preciso que ainda se mostre útil diante do tempo que já transcorreu desde o cometimento do crime, sob o risco de que sua intervenção punitiva se mostre gradativamente desnecessária (HASSEMER, 2005, *passim*).

Assim o Estado tem tempo para agir: tempo para investigar e propor a ação penal. Proposta a ação, há tempo para julgar de forma definitiva o acusado. Julgamento realizado, há tempo para iniciar a execução da pena imposta na decisão. Caso não exerça sua pretensão no tempo cabível, a pena prevista do crime se torna desnecessária, porque perde sua utilidade, suas funções úteis, e passa a ser mera retribuição.

A prescrição consiste num efeito de se extrapolar o tempo disponível para o Estado agir, tempo este que é medido de acordo com a gravidade do crime. Define-se como perda da possibilidade de exercício da pretensão de exercício do poder-dever de punir estatal, em decorrência do decurso de determinado período de tempo.

Tecnicamente, divide-se a prescrição penal em duas formas gerais: prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória. No Código Penal brasileiro o tema está regulado nos artigos 109 a 119.

A prescrição da pretensão punitiva refere-se ao período prévio à constituição do título executório punitivo, que se perfaz com o trânsito em julgado da condenação. É aquela cujo período prescricional se verifica antes de existir sentença penal condenatória, antes de a sentença transitar em julgado, ou, excepcionalmente, antes de se projetar a condenação para a execução da pena. Esta última hipótese ('antes de se projetar a condenação para a execução da pena') refere-se em específico à prescrição intercorrente (superveniente), em que se pode ter uma



---

peculiar situação: a pena (em sua quantidade máxima) já transitou em julgado, mas ainda não pode ser executada por existir recurso pendendo de julgamento.

Definem-se os prazos prescricionais, inicialmente, pelo máximo da pena abstrata prevista em lei para o crime (incluídas aqui as hipóteses legais majorantes ou minorantes). Após a condenação transitar em julgado (ao menos para a acusação: art. 112, I, Código Penal brasileiro), rege-se pela pena fixada na sentença. Em todas as hipóteses os prazos prescricionais são identificados recorrendo-se ao artigo 109 do Código Penal brasileiro.

Divide-se em:

I - prescrição abstrata da pretensão punitiva ('prescrição propriamente dita') – afeta a possibilidade de imposição de pena, já que pode ocorrer em relação a períodos em que ainda não há sentença condenatória concretizando uma pena. O lapso prescricional começa a correr em regra a partir da consumação do crime ou da cessação da atividade criminosa. Interrompido pelo recebimento da denúncia ou queixa (ou, nos casos de competência do Tribunal do Júri, pela pronúncia ou decisão confirmatória da pronúncia), recomeça a correr por inteiro até a publicação da sentença condenatória.

II - prescrição retroativa da pretensão punitiva – pode ocorrer quando há sentença penal condenatória definitiva, ou ao menos não contestada na pena pela acusação, ainda que não tenha transitado em julgado em definitivo (pendente recurso da defesa, ou da própria acusação desde que não verse sobre a quantidade da pena). O lapso prescricional regula-se pela pena concretizada na sentença, contando-se retroativamente da publicação da sentença até o recebimento da inicial (novamente se ressalvam os casos de competência do Tribunal do Júri), e, para os crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.234/2010, do recebimento da inicial até a consumação do fato (vide incisos II a V do artigo 111, Código Penal brasileiro).

III - prescrição superveniente (intercorrente) da pretensão punitiva – tal qual na hipótese anterior, pode ocorrer quando há sentença condenatória não contestada pela acusação (ou desde que o recurso acusatório não verse sobre a quantidade da pena). A diferença é que aqui o lapso prescricional percorre o período de duração do



---

recurso: conta-se do momento em que a sentença condenatória transita em julgado para a acusação até o seu trânsito em julgado definitivo, para a acusação e para a defesa.

A prescrição da pretensão executória, por sua vez, é aquela que se verifica depois de existir sentença penal condenatória transitada em julgado contra o autor do crime. O que prescreve aqui é a pretensão estatal de aplicar ao condenado a pena fixada na sentença. Rege-se pela quantidade de pena fixada na sentença.

Há uma peculiaridade prevista no inciso I do artigo 112 do Código Penal brasileiro: mesmo para a prescrição executória, o lapso prescricional começa a correr a partir do trânsito em julgado para a acusação. Trata-se de uma situação problemática, pois estando o réu a responder solto à ação penal, mas recorrendo da sentença condenatória, a pena fixada não poderia em regra ainda ser objeto de execução. Paradoxalmente, o lapso temporal da prescrição executória já estaria correndo, bastando que o recurso fosse exclusivo da defesa.

Existe, ainda, a possibilidade de contagem de prescrição executória no caso de condenado que, após o início do cumprimento da pena, foge (penas privativas de liberdade) ou abandona o cumprimento (penas restritivas). Neste caso, conta-se tempo para que o Estado imponha o reinício da pena. Quando se tratar de execução interrompida, rege-se o prazo prescricional pelo restante da pena a cumprir.

De um modo ou outro, existe a prescrição em qualquer das suas espécies quando, devido ao transcurso de determinado período de tempo, não pode mais o Estado impor ou executar uma pena pela prática de um crime. O poder-dever punitivo do Estado cessa diante da inércia ou demora deste em agir.

Quando a prescrição se verifica nos primeiros momentos (investigatórios e acusatórios), o Estado perde a possibilidade de exercer a própria pretensão condenatória. A partir de determinado tempo transcorrido - de acordo com a gravidade do crime, como se viu - não há mais sentido em se realizar a condenação do investigado ou acusado. Quando já existe a condenação definitiva e a execução da pena demora a se efetivar, esta igualmente perde seu sentido.



---

Ora, não é preciso nenhum grande esforço para perceber as dificuldades operacionais da pena enquanto punição útil (CARVALHO, 2001, *passim*). Questões estruturais, ligadas aos próprios estabelecimentos penais e sua falta de condições mínimas de bom funcionamento, assim como questões político-culturais, ligadas à estigmatização, à rotulagem e à prisonização, relativizam ou impossibilitam uma aplicação útil das penas, especialmente as privativas de liberdade. Entretanto, além disso, o passar do tempo é um inimigo dessa utilidade, já que distancia a própria consciência fática do ato criminoso praticado.

Inicialmente, o sistema penal padece de pouca eficiência investigatória. Embora os dados oficiais sejam já em si falhos, pois não incluem as 'cifras ocultas' e nem relacionam as condutas criminosas aos processos rotulatórios de controle social (CHRISTIE, 1998, *passim*), o fato é que existe uma baixa elucidação de crimes no Brasil. Ademais, as investigações que têm sucesso são, em boa parte, demoradas. Agregue-se a isso a demora das ações penais, especialmente aquelas em que o acusado não está preso. Conclua-se com a demora ou dificuldade para imposição das penas.

O que se tem, pois, é que a pena, com o passar do tempo, gradativamente perde o seu sentido, torna-se pouco a pouco mera retribuição. Isso mina a legitimidade da punição, que em si já é problemática. A prescrição, nesse quadro, representa um limite ao poder-dever punitivo, resguardando ao menos formalmente a lógica preventiva das penas, sem dissociar o Direito Penal dos contextos simbólico culturais que lhe são ínsitos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Punir o cometimento de crimes é tarefa do Estado, através do respeito dos parâmetros normativos que resguardam a coexistência de interesses públicos e de garantias individuais. É exatamente nisto que reside a possibilidade de legitimação jurídico política do poder-dever punitivo estatal.



---

Mas as penas são aceitáveis quando se mostram potencialmente úteis, preventivamente necessárias. As dificuldades seletivas da aplicação da pena, assim como as dificuldades estruturais do sistema punitivo, são óbices às funções preventivas. Ocorre que a demora na atuação do Estado é também inimiga da necessidade da pena. O que se verifica é que, à medida que o tempo passar, a eficiência punitiva da pena acabará minada, fragilizada.

Esvazia-se na vida do criminoso o sentido do crime cometido, e com isso, esvaziam-se gradativamente as possibilidades pedagógicas da pena. A cada ano que a possível execução da pena vai distanciando-se do momento do cometimento do crime, fica mais fraca sua potencialidade preventiva e ganha força a mera retribuição.

Isso é especialmente sensível quando se tratam das penas prisionais. A prisão estigmatiza socialmente e reifica o ser humano. O isolamento prisional em condições inadequadas antecipa a ineficácia da punição prisional.

O indivíduo que recebe a pena prisional e retorna ao convívio em sociedade possui perspectivas nada estimulantes a partir da atual realidade do sistema prisional brasileiro. A marginalização torna-se um ciclo vicioso: o indivíduo comete um crime que está entre aqueles selecionados pelo sistema para receber punição prisional (primeira estigmatização); o sistema carcerário brasileiro é falho (superlotação, insalubridade, gangues internas) e o Estado, ao punir, agrava o perfil dessocializado; ao retornar à liberdade, a maioria dos indivíduos está em condições estigmatizadas mais graves do que quando começou o cumprimento da pena.

A prescrição é, então, um instituto jurídico que, ainda que limitadamente, diz respeito não à pena meramente retributiva. Impõe-se como limite temporal ao ímpeto punitivo, justificando-se sua manutenção como freio em relação ao poder-dever punitivo e sua decorrente possibilidade de intervenção sobre a liberdade individual. Ao impor ao Estado um prazo para agir até o ponto de impor o início da execução da pena, configura a preocupação político criminal com a necessidade e utilidade dessa pena, para que tenha um mínimo de sentido – utilidade e necessidade - a punição aos crimes.



---

## REFERÊNCIAS

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARATTA, Alessandro. *Resocialización o control social: por un concepto crítico de 'reintegración social' del condenado*. ARAÚJO JR. João Marcelo (org.). **Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. 14. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria geral da pena**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COELHO, Edihermes Marques. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

DELEUZE, Giles; GUATTARI, Félix. **O que é a Filosofia?** Trad. Bento Prado Jr. E Alberto Alonso Muñoz. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hasan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2005.

POMMIER, Gerard. **Freud apolítico?** Trad. Patrícia Chittoni Ramos. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.



ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2005.

PARDO, Vicente José Martínez. *La prescripción del delito*. In: **Revista Internauta de Práctica Jurídica**. Valência, Número 27, Ano 2011, p. 125-142.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

