Conceito

A prescrição é uma **garantia individual** de todo cidadão, regulamentada na Constituição Federal.

Ela é uma garantia porque representa a **perda do direito de punir** do Estado em virtude da sua inércia. O cidadão está mais protegido contra o exercício arbitrário do Estado quando há a prescrição.

Trata-se de uma limitação ao poder-dever do Estado, ao jus persequendi primeiro e à pretensão execução mais tarde, ditada em atenção aos efeitos tempo, pelo simples transcurso, solve situações jurídicas e lhes empresta caracteres definitivos.

Natureza Jurídica

Trata-se de uma **causa extintiva de punibilidade**.

Há controvérsia a respeito de a prescrição ser um instituto de direito processual ou material.

Aqueles que defendem ser instituto de direito **processual** pontuam que a prescrição suspende ou impede o desenrolar do processo.

Aqueles que defendem ser instituto de direito **penal**, portanto, **material**, baseiam-se no fato de que a prescrição tem fundamento na essência e na finalidade da pena, extinguindo o poder de punir do Estado.

Adotamos a teoria de que a prescrição é um instituto de direito **material**, uma vez que se trata de causa de extinção da punibilidade, sendo este tema também de direito material, e ambos regulados pelo Código Penal. Esta também é a posição dominante na doutrina nacional.

Forma de contagem dos prazos

Os seus prazos serão contados na forma do artigo 10 do Código Penal, ou seja, *incluindo-se o dia do início e se excluindo o dia do final*, diferentemente dos prazos processuais, os quais são contados excluindo-se o dia do início e se incluindo o dia do final.

> **Código Penal, art. 10** - *O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.*

Por ser instituto de direito material penal, a prescrição observa os princípios da **irretroatividade maléfica** e **ultratividade benéfica.**

Irretroatividade maléfica: a lei penal não retroage, ou seja, não alcança aqueles a quem lei anterior fora aplicada. Quer-se dizer: norma que tenha surgido recentemente não há de ser aplicada a casos ocorridos em tempo anterior ao de sua vigência se tal aplicação for prejudicar o réu.

Ultratividade benéfica: caso uma lei nova seja mais benéfica ao réu ou ao condenado do que a lei equivalente que lhe fora aplicada antes, a lei nova retroagirá, alcançando-os. Então uma nova lei poderá, sim, ser aplicada a casos antigos se isto for trazer benefício ao sujeito a quem ela se dirige.

Crimes imprescritíveis

Crime imprescritível é aquele para o qual o Estado nunca perderá o direito de punir o indivíduo que o cometeu.

Os crimes imprescritíveis, segundo a Constituição Federal de 1988, são:

- Racismo

> **Constituição Federal, art. 5º, XLII** - *a prática do racismo constitui crime inafiançável e* ***imprescritível****, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;*

Atenção: racismo é diferente de injúria racial!

Racismo consiste na ofensa a uma **coletividade indeterminada de indivíduos** em razão de raça, cor, etnia, origem. Não tem, portanto, um sujeito passivo específico, mas todo um grupo da sociedade. É, por isto, chamado **crime vago.** Além de imprescritível, o racismo é inafiançável.

Já a injúria racial diz respeito a ofensa direta a uma pessoa determinada em razão de raça, cor, etnia ou origem.

- Ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito

> **Constituição Federal, art. 5º, XLIV** - *constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;*

E a tortura?

Segundo o Estatuto de Roma, tratado internacional do qual o Brasil é signatário (além de tê-lo ratificado como norma interna), considera-se a tortura um crime imprescritível.

Todavia, esta disposição não consta na CF/88 e os tribunais superiores têm proferido decisões no sentido de a tortura ser **prescritível**, pois tal ponto do Estatuto de Roma não teria sido recepcionado pela nossa Constituição.

O argumento utilizado pelos tribunais é de que a prescrição é uma das garantias aos indivíduos, de forma que, em proteção aos direitos dos cidadãos, o Tratado Internacional não deveria poder restringi-las.

Por outro lado, constitucionalistas renomados entendem diferentemente, defendendo que a tortura deveria ser, sim, imprescritível, pois desta forma se teria maior proteção aos direitos humanos do que com a garantia contra o possível abuso do poder de punir do Estado, isto é, a observância das garantias individuais estaria mais presente no ato de tornar tal crime imprescritível, protegendo suas vítimas, do que em mantê-lo prescritível, protegendo seus autores. Os constitucionalistas que defendem esta ideia são, entre outros: Paulo Bonavides, Fábio Konder Comparato e Celso Antônio Bandeira de Melo.

Fundamentos da prescrição penal

Porque a prescrição existe?

Primeiramente, cumpre destacar que frequentemente o decurso do tempo leva ao esquecimento do fato: o fato é esquecido e se torna irrelevante sua punição.

Além disso, o decurso do tempo pode levar a uma recuperação do criminoso, a arrependimento, a mudanças de hábitos e de conduta, enfim. Em se considerando que a pena tem a finalidade precípua de ressocializar e recuperar o infrator da norma penal e, caso a pessoa nunca mais tenha infringido a lei penal, não há motivo para que seja preso para ressocialização.

Por fim, ressalte-se que o Estado deve arcar com a sua própria inércia. Já que o Estado não pode subjugar os indivíduos por tempo ilimitado ao processo e à investigação penal, exigir dele determinado tempo para se tomar atitude ante uma infração acaba demandando que o Estado seja proativo em punir e retirar da sociedade os indivíduos que lhe fazem mal.