

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
DIRETORIA DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO

**O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PENAL E
A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA**

HANS ROBERT DALBELLO BRAGA

São Paulo
2014

HANS ROBERT DALBELLO BRAGA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PENAL E
A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Samantha Ribeiro Meyer-Pflug.

São Paulo

2014

BRAGA, Hans Robert Dalbello.

O direito fundamental à razoável duração do processo penal e a prescrição da pretensão punitiva. / Hans Robert Dalbello Braga. 2014.

175 f.

Dissertação (Mestrado), Uninove, 2014.

Orientadora: Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

1. Direito Penal. 2. Tempo. 3. Processo penal.

**O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PENAL E
A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA**

Por

HANS ROBERT DALBELLO BRAGA

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, para a obtenção do grau de Mestre em Direito, pela Banca Examinadora, formada por:

São Paulo, ____ de _____ de 2014.

Presidente: Profa. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, Dra. – Orientadora, UNINOVE

Membro: Prof(a). _____, Dr(a).,

Membro: Prof(a). _____, Dr(a).,

Dedico este trabalho aos meus pais, que sempre me apoiaram de forma pujante, mesmo nos momentos de tribulação e ao meu querido avô Hugo Günther Sikora meu tutor que tanto me ensinou.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Universidade Nove de Julho pelo apoio acadêmico que contribuiu para a realização da presente pesquisa acadêmica.

Agradeço a todos os que me fizeram tomar gosto pela pesquisa do Direito, notadamente do Direito Penal e do Direito Processual Penal, na pessoa do meu amigo o Professor Claudio Mikio Suzuki, exemplo de profissional e docente.

À Professora Doutora Samantha Ribeiro Meyer-Pflug agradeço pela maravilhosa orientação e dedicação, pois a paciência e conhecimento demonstrados foram imprescindíveis para o desenvolvimento da presente pesquisa acadêmica.

Ao Professor Doutor Vladimir Oliveira da Silveira que desde o início demonstrou grande dedicação à pesquisa acadêmica do direito e ao ensino jurídico, fomentando o desenvolvimento da pesquisa científica no Brasil.

À todos os professores que integram o Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho, na pessoa do Professor Doutor Ruy Cardozo de Mello Tucunduva Sobrinho que contribui de maneira pujante para o desenvolvimento da presente pesquisa.

Aos meus caríssimos colegas de curso pela cooperação e solidariedade, bem como pelas críticas construtivas e sugestões acadêmicas que trouxeram maior clarividência.

À todos os amigos de docência da Universidade Nove de Julho que contribuem constantemente para o meu aperfeiçoamento profissional, acadêmico e científico.

À amada Marina Armond pela constante dedicação e, pelos momentos inesquecíveis vivenciados e proporcionados, sem os quais, não seria possível o desenvolvimento desta pesquisa acadêmica.

Aos meus amados pais Roberto Hans Braga e Marilene Dalbello Braga e para meu amado e amigo irmão Érick Sikora Dalbello Braga, aos quais não tenho palavras para descrever a importância e dedicação demonstrados.

*“O tempo é relativo e não pode ser medido
exatamente do mesmo modo e por toda a parte”.*

Albert Einstein (1879 – 1955)

RESUMO

Examina-se o direito fundamental à razoável duração do processo penal previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com o escopo de (re)pensar sua interpretação jurídica, tendo em vista o instituto da prescrição da pretensão punitiva. O estudo percorre a análise da razoável duração do processo penal e sua latente aproximação com o instituto da prescrição penal. Para tanto investiga a possibilidade de adequação teórica entre os dois conceitos. Num primeiro momento são consideradas as concepções de tempo (absoluto e relativo) e, as suas íntimas relações com o direito, mais especificamente com o direito processual penal, haja vista que todos os atos processuais são regidos pelo decurso do tempo. Num segundo momento é abordado diretamente o direito fundamental à razoável duração do processo penal e sua atual imprecisão hermenêutica. Assim, é realizada uma breve análise a respeito da doutrina do prazo fixo e, também da doutrina do não-prazo, bem como das soluções e consequências jurídicas propostas pela academia no caso de não observância do prazo razoável. Num terceiro momento é abordada a prescrição penal e as teorias que lhe fornecem fundamento de validade, assim como o famigerado instituto da imprescritibilidade penal. Ao final examina-se a possibilidade do prazo da prescrição da pretensão punitiva funcionar como limite para a duração razoável do processo penal, tendo em perspectiva as concepções de tempo desenvolvidas anteriormente. A pesquisa realizada utiliza-se do método dedutivo e como técnica de pesquisa a bibliográfica.

Palavras-chave: Razoável duração do processo penal; prescrição penal; imprescritibilidade penal.

ABSTRACT

The research Examines the fundamental right to reasonable duration of the criminal process under the Article 5, paragraph LXXVIII of the Federal Constitution, by the text of the Constitutional Amendment n° 45/2004, with the aim of (re) think their legal interpretation, of the punitive preintention prescription. The study covers the analysis of reasonable duration of the criminal process and its underlying approach to the institution of criminal prescription. To investigate the possibility of the fit of both theories between the two concepts. At first are considered the conceptions of time (absolute and relative) and their intimate relationships with the law, more specifically with the criminal procedural law, considering that all procedural acts are governed by lapse of time. In a second moment is directly addressed the fundamental right to duration of the criminal process and its current hermeneutics inaccuracy. Thus, it held a brief analysis of the doctrine of the fixed term and also the doctrine of non-term as well as the legal consequences and solutions proposed by the academy in the case of non-observance of reasonable time. The third moment it is analysed the criminal prescription and the theories that give it grounds for the legitimacy, as well as the nefarious institution of criminal imprescriptibility. At the end it is examined the possibility of the punitive preintention to limitade the period of reasonable duration of the criminal process, taking into perspective the concepts of time previously developed. The research employed the deductive method and the research through the literature.

Keywords: Reasonable duration of criminal proceedings; criminal prescription; criminal imprescriptibility

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O TEMPO E O DIREITO	14
1.1 CONCEPÇÕES SOBRE O TEMPO.....	23
1.1.1 O paradigma newtoniano de tempo absoluto	27
1.1.2 O paradigma da relatividade do tempo.....	30
1.1.3 O tempo na pós-modernidade.....	37
2. O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PENAL	46
2.1 O TEMPO NO PROCESSO PENAL.....	46
2.1.1 O tempo do julgador	48
2.1.2 O tempo do acusado	52
2.1.3 O tempo da sociedade.....	56
2.1.4 O tempo da lei	59
2.1.4.1 Velocidades do direito penal e tempos do processo penal	61
2.2 O DIREITO DE SER JULGADO NUM PRAZO (TEMPO) RAZOÁVEL.....	64
2.2.1. Doutrina do não-prazo e doutrina do prazo fixo	70
2.3 AS FASES DA PERSECUÇÃO PENAL E O PRAZO RAZOÁVEL DO PROCESSO	78
2.3.1 Termo inicial da contagem do prazo	81
2.3.2 termo final da contagem	86
2.3.3 Prazo razoável e Prisão cautelar	87
2.4. SOLUÇÕES COMPENSATÓRIAS E CONSEQUÊNCIAS DA NÃO OBSERVÂNCIA DO PRAZO RAZOÁVEL	89
3. O PRAZO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA COMO LIMITE PARA A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PENAL.....	94
3.1 A PRESCRIÇÃO PENAL.....	94
3.2 O DIREITO DE PUNIR E O DECURSO DO TEMPO.....	95
3.3 TEORIAS FUNDAMENTADORAS DA PRESCRIÇÃO	99
3.3.1 Teoria do esquecimento.....	101
3.3.2 Teoria da expiação moral	103
3.3.3 Teoria da emenda.....	103
3.3.4 Teoria da dispersão ou do desaparecimento das provas	104
3.3.5 Teoria da presunção de ineficiência do Estado	105
3.4 A IMPRESCRITIBILIDADE PENAL.....	106

3.4.1 A imprescritibilidade penal e o Tribunal Penal Internacional	113
3.5 A NATUREZA DA PRESCRIÇÃO PENAL	115
3.6 O CÁLCULO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA	123
3.7 O PRAZO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA COMO LIMITE PARA A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL	130
3.7.1 A redução dos prazos prescricionais	136
3.7.2 A relativização do prazo da prescrição da pretensão punitiva conforme os sujeitos processuais.....	140
3.7.3 O inimigo dos direitos humanos e o direito à razoável duração do processo penal	146
CONCLUSÕES	159
REFERÊNCIAS	164

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende analisar o direito humano à razoável duração do processo penal e a possibilidade de que a prescrição da pretensão punitiva e suas consequências jurídico-penais e, também processuais, possam viabilizar um processo penal mais eficiente, numa perspectiva garantista e pós-moderna. Assim, é que se objetiva desenvolver a pesquisa, considerando que o decurso do tempo é relevante, tanto para a análise do direito à razoável duração do processo penal como, também para a interpretação do instituto da prescrição da pretensão punitiva.

No primeiro capítulo será realizada uma análise das relações existentes entre o tempo e o direito. O tempo e o direito se relacionam intimamente, um depende, necessariamente, do outro. Destarte, antes de adentrar no objeto fulcral foi feita uma incursão sobre as variadas concepções sobre o tempo e sua relação com o direito, especificamente o direito processual penal.

Ademais, foram analisadas duas concepções distintas sobre o tempo, quais sejam: o tempo objetivo, segundo a qual o tempo corre da mesma forma para todos, cronologicamente, bem como individualmente. Assim, a marcha dos relógios, nessa concepção, é idêntica para todos, bem como a percepção pessoal de passagem temporal; e, a concepção de tempo subjetivo, segundo a qual o tempo não corre de maneira uniforme para todos, o tempo cronológico é distinto para cada indivíduo. Na física o tempo é relativo e corre em marchas diferentes, tendo em vista o movimento referencial. Na sociedade o tempo é cronologicamente idêntico, todavia, corre de forma distinta, levando em consideração a percepção subjetiva de cada indivíduo, ainda mais na sociedade pós-moderna e sua busca constante por velocidade e diminuição do tempo.

Na pós-modernidade, denominada “modernidade líquida”, ou “sociedade do risco” vivencia-se a busca interminável por velocidade, procurando reduzir o tempo. Ademais, a percepção de passagem do tempo para a sociedade é distinta do tempo do processo penal. O tempo do processo penal não é o tempo da vida. O tempo corre em marchas distintas, ou seja, trata-se do tempo subjetivo que somente pode ser compreendido pelo próprio indivíduo inserido na sociedade e, dentre suas idiossincrasias e particularidades pessoais. Assim, pode-se constatar a relatividade do tempo social.

Destarte, pretende-se romper com o paradigma objetivo de interpretação do tempo no processo penal, haja vista a concepção de relatividade do tempo. O escopo é depreender se existe um critério relativo de interpretação da duração do processo penal.

No segundo capítulo se analisou o tempo processual na perspectiva da relatividade. Assim, foi abordada a percepção temporal de cada um dos sujeitos processuais envolvidos no processo penal. Basicamente, abordou-se a percepção temporal do julgador e, sua necessidade de um tempo razoável para reconstrução do fato imputado ao acusado que, aliás, percebe o tempo, no âmbito do Processo Penal, de maneira diversa, bem como o tempo da sociedade, representada pela instituição do Ministério Público.

Nessa perspectiva, analisou-se o direito de ser julgado num prazo razoável, que integrou a Constituição Federal da República a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, ao assegurar aos acusados, em geral, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que resguardem a necessária celeridade de sua tramitação.

Não obstante, é importante salientar que o direito à razoável duração do processo penal remonta aos tratados de direitos humanos. O Pacto de São José da Costa Rica prevê expressamente o direito do acusado de ser julgado sem dilações indevidas, bem como o Pacto de Direitos Civis e Políticos.

Apresente pesquisa prossegue abordando a doutrina do não-prazo e a doutrina do prazo fixo, concluindo que atualmente, nosso país adota a doutrina ou o critério do não-prazo. Ademais, a legislação Processual Penal, em geral, adota a doutrina do não-prazo, o que se caracteriza numa autêntica problemática, ainda mais quando o acusado teve sua prisão cautelar mantida ou decretada.

Sendo assim, é fundamental desenvolver considerações pertinentes sobre o atual paradigma pós-moderno de tempo e o contexto social onde está inserido o Processo Penal.

Portanto, a simples previsão do direito fundamental à razoável duração do processo penal não terá o condão de garantir um processo penal célere, por isso, é importante definir, nesse aspecto, levando em consideração a doutrina do prazo fixo, um prazo global para a duração do processo penal. Entretanto, o prazo deverá ser flexível possibilitando a análise jurídico-processual penal, tendo em vista a concepção de tempo relativo da pós-modernidade.

Ademais, não é suficiente definir o prazo de duração do processo penal. Para além, disso é curial pesquisar a eficácia e a efetividade da observância do prazo supracitado. Assim, pesquisou-se a viabilidade jurídica e teórica, de que a prescrição da pretensão punitiva possa funcionar como limite de duração máxima do processo penal, haja vista que o decurso do

tempo tem como consequência a extinção da punibilidade, bem como a extinção, por via reflexa, do próprio processo penal em curso.

No terceiro capítulo verificou-se a possibilidade jurídica da prescrição da pretensão punitiva atuar como limite delimitador de contagem do prazo de duração razoável do processo penal, pois se a Constituição exige um prazo razoável é obrigatório que exista uma sanção em caso de violação do tempo definido em lei, sob pena de que o princípio da duração razoável do processo penal seja totalmente destituído de eficácia jurídica.

Preliminarmente, analisou-se o instituto da prescrição e suas modalidades, bem como os fundamentos e teorias que fornecem base teórica para a existência do instituto prescricional.

Verificou-se a natureza jurídica do instituto da prescrição da pretensão punitiva, se de direito penal material, se de direito processual penal, ou se de conteúdo misto, ou seja, penal e processual penal, com o escopo de saber: o prazo da prescrição da pretensão punitiva pode ser o limite para o próprio prazo de duração razoável do processo penal.

Ademais, abordou-se o instituto da imprescritibilidade penal, ou seja, aquelas hipóteses, expressamente previstas de não incidência do decurso do tempo como causa de extinção da punibilidade. Tanto as hipóteses expressamente previstas na Constituição da República Federativa do Brasil, como as hipóteses previstas no Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional.

Com efeito, foram analisados os atuais prazos da prescrição da pretensão punitiva, considerados, em geral, muito extensos para o objeto em análise, bem como o sistema de cálculo atual da prescrição da pretensão punitiva, como os prazos, causas de interrupção e suspensão, hipóteses de aumento ou diminuição etc.

Destarte, diante de todos os elementos desenvolvidos, pretendeu-se realizar uma necessária quebra de paradigma com relação ao reconhecimento da inobservância do princípio constitucional da duração razoável do processo penal, com foco no instituto da prescrição da pretensão punitiva e na possibilidade ou não de coaduná-la como marco e consequência da falta de eficiência do Poder Judiciário brasileiro.

Procurou-se definir um prazo considerado razoável, entretanto, tendo em perspectiva o princípio físico e social da relatividade do tempo. Assim, haja vista a concepção relativa e subjetiva de tempo, segundo a qual o tempo corre de forma distinta para cada sujeito processual é necessário interpretar o direito à razoável duração do processo penal, possibilitando o cálculo com base nos tempos variados de cada sujeito processual.

Por fim, analisou-se as hipóteses de imprescritibilidade penal e suas características, conectado-a, diretamente, ao direito penal do inimigo, haja vista as previsões constitucionais e também, decorrentes do Tribunal Penal Internacional.

É importante salientar que não é o escopo da presente dissertação esgotar ou pretender esgotar a temática, ainda mais considerando que a problemática da existência de dilações indevidas pode não ser algo apenas a ser analisado tendo em vista o direito humano mais do que fundamental do acusado, mas, sobretudo, uma problemática da própria administração da justiça.

Por fim, evidencia-se que a linha de pesquisa a que se vincula a presente dissertação é a da “*justiça e o paradigma da eficiência*”, na qual se procura investigar a sustentabilidade do sistema de justiça contemporâneo, sob o prisma do paradigma da eficiência.

É importante ressaltar que a presente dissertação de mestrado utiliza-se do método dedutivo e, como técnica de pesquisa a bibliográfica.

1. O TEMPO E O DIREITO

A Revolução Industrial deflagrada em meados do segundo quartel do século XVIII trouxe modificações substanciais à sociedade, desde então, o conhecimento científico e tecnológico crescem em assustadora progressão geométrica. A sociedade experimentou no século XX, um extraordinário crescimento demográfico, implicando numa maior demanda de consumo. Foram transformações, sobretudo, políticas, sociais, culturais, econômicas, jurídicas, jamais vistas na história datada. É difícil, talvez impossível imaginar como seria a vida cotidiana atual sem automóveis, eletrodomésticos, telefones, computadores, aeronaves, satélites etc.

Tudo se tornou extremamente veloz, a padronização de métodos e rotinas na produção de bens e serviços implicou na diminuição de custos e maior velocidade na geração e entrega destes. A sociedade, extremamente padronizada, produz, transporta, se locomove, litiga e até mesmo comete crimes em maior velocidade. Esse momento histórico, denominado por muitos de "pós-modernidade" é chamado pelo sociólogo polonês ZYGMUNT BAUMAN, de "Modernidade Líquida".

O termo "liquidez" é usado por ZYGMUNT BAUMAN como metáfora, para explicitar o sentido da pós-modernidade¹. A crise das ideologias "pesadas", "sólidas", comuns da modernidade, deu ensejo, do ponto de vista cultural, a um clima fluido, líquido, leve, com as características da precariedade, incerteza e rapidez de movimento.

Portanto, "liquidez" é um termo utilizado por BAUMAN para ilustrar as tecnologias atuais da aceleração do tempo, da fragmentação do espaço e das coletividades que contribuem para o individualismo do ser humano.

Vive-se num período no qual é difícil, quiçá impossível, ficar inerte, num mundo no qual a velocidade impera e, onde as possibilidades são infindáveis. Nessa "modernidade líquida" o valor do mercado e a urgência em consumir é o que interessa, as pessoas buscam respostas rápidas para seus problemas.

Com efeito, a preocupação humana é fazer mais em menor tempo, nessa perspectiva, a palavra de ordem que se enraizou na economia e, agora no direito, é 'eficiência'.

Eficiência é um conceito que engloba o emprego adequado dos meios para a obtenção de resultados. A eficiência se caracteriza como uma relação entre meio (recurso empregado) e

¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 7.

fim (resultado obtido)². No âmbito da ciência da administração, pode-se afirmar que ser eficiente é atingir os objetivos com um mínimo de recursos, isto é, fazer o melhor uso possível do capital, tempo, materiais e pessoas. Contempla-se o "modo de fazer", por conseguinte, trata-se de um conceito operacional, não é um fim de *per se*.

O Estado não passou insensível a essas modificações sociais. As reformas do Estado que se desenvolveram nos últimos tempos foram marcadas pela agregação da concepção de eficiência no setor público em geral, inclusive na perspectiva do Poder Judiciário. A Emenda Constitucional n.º 19 de 4 de junho de 1998, incluiu expressamente, entre os princípios da Administração Pública, o novel princípio da eficiência, que foi insculpido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, decorrência de uma reforma administrativa de natureza veementemente neoliberal.

Destarte, haja vista a fase que vem sendo denominada de pós-positivismo, os princípios passam a ter força normativa. Nesse sentido, em relação à positivação do princípio da eficiência, IRENE NOHARA afirma que com a positivação do princípio supracitado, surge um compromisso jurídico para o Estado, qual seja, o de atuar de maneira eficiente, sendo assim, uma medida absolutamente ineficiente passa a ter certo grau de antijuridicidade³.

A sociedade contemporânea está marcada pela necessidade de rapidez, e essa acaba sendo exigida, também, na resolução dos conflitos sociais. Se o Estado não resolver os conflitos na velocidade e rapidez da sociedade pós-moderna, os cidadãos acabam por buscar o exercício arbitrário das próprias razões o que implica desagregação social e ampliação da violência e, por consequência o aumento de conflitos, gerando a desconfiança no Poder Judiciário.

Infelizmente, o Poder Judiciário sofre uma crise constante de morosidade. Existe, diante dessa lentidão da justiça, um nítido clamor social por eficiência, deseja-se um Judiciário forte e preparado para prover um serviço de qualidade, com celeridade e efetividade. Percebe-se que, no âmbito do Processo Penal, esse clamor social por eficiência, é ainda maior, haja vista o discurso midiático pela redução de garantias penais e processuais penais.

Nesse sentido é que JOSÉ RENATO NALINI indaga: “há esperança de justiça eficiente?”. O autor aponta várias causas da deficiência da justiça brasileira, induzindo à

² NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 192, 193.

³ _____. *Op. cit.*, p. 188.

perplexidade e a inúmeras reflexões⁴. O Estado como destinatário do dever de eficiência, abrange não apenas os órgãos do Poder Executivo, mas também inclui os órgãos e agentes do Poder Legislativo e, do Poder Judiciário, aliás, essa é a leitura que se pode depreender do artigo 37 da Constituição Federal no que tange à gestão do Judiciário, nas suas funções atípicas, que seguem necessariamente os mesmos princípios da Administração Pública⁵.

Se a Emenda Constitucional nº 19/98 foi denominada de *Reforma Administrativa*, a Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, por seu turno, foi batizada de *Reforma do Judiciário*, entretantes, no que tange a essa última, é importante salientar que houve uma característica marcante, qual seja, a preocupação com o tempo, nesse sentido:

Só que houve uma característica marcante no caso do Poder Judiciário: a faceta da eficiência que inspirou a Reforma do Judiciário referia-se, sobretudo, ao aspecto temporal. Por isso, o ponto central da reforma foi o conceito de "celeridade", em contraposição à morosidade.⁶ (Grifo nosso)

A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, não há dúvida de que a eficiência é princípio que deve ser respeitado pelo Poder Judiciário. A propósito disso, são as alterações realizadas pela Emenda supracitada, entre muitas, temos as seguintes: garantia de duração razoável do processo (vide art. 5º, LXXVIII da CF); a proporcionalidade entre a quantidade de demanda e a população de uma determinada unidade jurisdicional com o número de juízes (vide art. 93, XIII CF); vedação de interrupção da atividade jurisdicional por férias coletivas e obrigatoriedade de plantão permanente nos dias em que não houver expediente forense (art. 93, XII CF); a criação da justiça itinerante (vide artigos 107 § 2.º, 115 § 1.º, 125 § 7.º, todos da CF) etc⁷.

Percebe-se a busca do legislador por um modelo ideal de eficiência na prestação jurisdicional. Com efeito, o princípio da eficiência não informa apenas a gestão do Poder Judiciário, em seus atos atípicos, mas também na sua função tipicamente jurisdicional, como consequência de acesso efetivo à justiça.

Todavia, é forçoso indagar: esse discurso aparentemente neoliberal se coaduna ao processo penal num Estado Democrático de Direito? A eficiência que deverá informar o

⁴NALINI, José Renato. Há esperança de justiça eficiente?.in SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (coord.). *Justiça e [o paradigma da] eficiência*. Coleção Justiça, Empresa e Sustentabilidade. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 127-148.

⁵NOHARA, Irene Patrícia. **Op. cit**, p. 169.

⁶_____. **Op. cit**, p. 168.

⁷AZKOUL, Marco Antonio. *Justiça Itinerante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, p. 90.

processo penal está relacionada à garantia da razoável duração do processo, ou à luta constante contra a possibilidade de extinção da punibilidade pela prescrição?

É evidente que o paradigma da eficiência não poderá ser aquele compreendido pela sociedade em geral, ou seja, de que ao Direito Penal e ao Processo Penal caberá combater a criminalidade de maneira, célere, eficaz e segura, sobretudo, eficiente, não sendo necessário que o processo penal assegure as garantias mínimas aos "criminosos", isto porque, o "homem de bem" não necessitará da proteção delas.

Não obstante, este eficientismo procura relegitimar o sistema penal, ou seja, ratificá-lo, ele afirma que se o atual sistema penal não tem bom funcionamento, é porque não é severo, repressivo e rigoroso de maneira suficiente, para que os cidadãos possam conviver de maneira a evitar as medidas penais. O eficientismo penal é conhecido com outras denominações, quais sejam: "*Law and order*" ou "Tolerância Zero"⁸.

Não se pode propugnar por um processo penal 'eficiente' no sentido neoliberal, ou seja, daquela política criminal defendida arduamente pela Criminologia midiática⁹, ou no seu viés fascista de proteção do Estado.¹⁰ Não se pode defender o movimento de "*Law and order*" estadunidense¹¹. É exatamente nesse sentido que o discurso neoliberal se propaga, por meio da imprensa e do discurso expansionista do populismo penal midiático, e de seus espectadores assíduos¹². Divulga-se o novel princípio constitucional da eficiência como uma norma de salvação, a panaceia para todos os problemas sociais, ou como na expressão de FRANÇOIS OST a 'Lei que liberta'¹³.

O Poder Judiciário é indigitado pelo discurso neoliberal como uma função estatal recheada de burocratismo e, por isso, extremamente moroso. Com efeito, o processo, até então visto como a garantia máxima de eficácia dos direitos fundamentais transforma-se pelo

⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. Revista Sequência, n.º 52, p 163-182, julho, 2006, p. 179.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: Conferências de criminologia*. Coordenadores Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 303-345.

¹⁰ _____. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 10.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 302,303.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 31.

¹² GOMES, Luiz Flávio. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo: saraiva, 2013, p. 98/112.

¹³ OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 71.

discurso neoliberal, em um verdadeiro transtorno a ser urgentemente superado e isso, em nome da eficiência¹⁴. Nesse sentido, ALEXANDRE MORAIS DA ROSA disserta:

Em um mundo em que o que conta é número de processos julgados ao final do mês, em que a qualidade é contigência, dado que a importância reside nos *score*, exige-se dos atores jurídicos (magistrados, ministério público, advogados e auxiliares), a lógica do custo benefício¹⁵.

Emerge então, a maior violência ao direito: a "*Law and economics*", ou Análise Econômica do Direito (AED). A "*Law and Economics*" é uma maneira de compreender o direito por meio da aplicação de conceitos da teoria econômica. O direito passa a ser aplicado sob a perspectiva da eficiência econômica¹⁶.

Sobre a Análise Econômica do Direito é imprescindível colacionar um pequeno excerto da obra de MARCELINO JÚNIOR explica:

É esta teoria instrumental que sistematiza e organiza de modo "metodológico" e "científico" a ascendência do econômico sobre o jurídico; que provoca, declara e abertamente, a viragem que torna o Direito em mera técnica de vinculação ao custo-benefício. Esta é a nova lógica pretendida de um Direito econômico. Aqui, o paradigma da eficiência volta a ser o cerne de operacionalização, sendo utilizado em favor de uma justificação do fazer-crer no sistema de Mercado, agora global¹⁷. (grifo nosso)

É interessante que a análise do Direito por meio da Economia encontra antecedentes históricos nas obras de BECCARIA sobre direito penal e, também em BENTHAM acerca das sanções penais que desencorajam condutas valoradas como más, todavia, a Análise Econômica do Direito surge na Universidade de Chicago no século XX, a partir dos anos 60. Com forte influência do liberalismo econômico, tem como precursores, COASE (1960), BECKER (1968), CALABRESI (1970) e principalmente, POSNER (1972).

Destarte, tendo em vista essa Análise Econômica do Direito, o próprio Poder Judiciário, passa a ser visto como óbice ao desenvolvimento do mercado, sempre que se

¹⁴ ROSA, Alexandre Morais da, LINHARES, José manuel Aroso. *Diálogos com a Law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 61.

¹⁵ _____. **Op.cit.**, p. 64.

¹⁶ BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. In: *Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito*. In SILVEIRA, Vladimir Oliveira da.; MEZZARROBA, Orides (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁷ MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 219.

mostra deficiente diante dos interesses econômicos. Como o custo do processo penal é alto e o benefício é baixo, busca-se nos conceitos econômicos a aplicação do processo penal, nesse sentido:

Assim é que quanto menor for o custo (das partes e social), o tempo do processo, bem assim for potencializada a visibilidade das sanções (prevenção geral e especial, positiva e negativa), para efeito do cumprimento das normas jurídicas, mais eficiente do ponto de vista econômico o Sistema Judicial¹⁸.

Nessa perspectiva econômica, o Direito Penal e o Processo Penal passam a ter um papel especial no neoliberalismo e seu princípio maior da eficiência, pois é por meio do controle social rígido e draconiano do *jus puniendi* que se pode atingir o escopo maior, ou seja, a redução do Estado Democrático de Direito e a mitigação das garantias processuais penais, por serem óbices ao desenvolvimento do mercado.

Nessa perspectiva é o que afirma JULIANO KELLER DO VALLE:

O modelo neoliberal utiliza, então, habitualmente o Direito Penal (Máximo e Eficiente) como forma veloz de aplicação da lei criminal certa no âmago do desejo pela punição desenfreada ao inimigo criado e etiquetado (mídia), entre outras palavras, a imposição do autoritarismo *cool* da faxina de classes e daqueles cujo mercado "darwinianamente" não se interessou.¹⁹

É inegável que a questão temporal, no caso a análise do princípio da razoável duração do processo é corolário da eficiência, sob o aspecto da celeridade²⁰, entretentes, a análise do tempo razoável de duração do processo penal, não deve ser realizada sob o prisma do paradigma da eficiência econômica, nesse sentido, abordando mais especificamente o Direito Penal Material ROSA afirma:

(...) A novidade é o surgimento do discurso da **eficiência**, manipulado pelo critério do custo benefício, articulado pelo discurso da Análise Econômica do Direito. (...) O **crime** como componente da realidade passa a ser um mero elemento contábil do "custo país", sem que os dilemas modernos tenham mais a relevância de antes. A **eficiência**, agora, é medida por meio de resultados economicamente mais vantajosos. Desta forma, há uma tendência rumo ao **Direito Penal do Inimigo** (...) Qualquer aproximação, pois, com os discursos da 'Lei e Ordem' não é mera coincidência, dado que reeditam a

¹⁸ ROSA, Alexandre Moraes da, LINHARES, José manuel Aroso. Op. cit, p. 78.

¹⁹ VALLE, Juliano Keller do. *Crítica à Delação Premiada: Uma análise da teoria do garantismo penal*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 132, 133.

²⁰ NOHARA, Irene Patrícia. *Op. cit*, p. 175.

necessidade de Defesa Social redefinindo os tipos penais para difusos bens coletivos, cuja densidade se mostra epistemologicamente impossível, embora sejam eficientes do ponto de vista da **Análise Econômica do Direito**²¹. (Grifos do original)

Destarte, haja vista que eficiência é um conceito operacional, ou seja, fazer mais em menor tempo pode-se afirmar com fulcro na Teoria do Garantismo Penal de LUIGI FERRAJOLI²², que um processo penal "eficiente" é aquele que possibilita a observância do maior número de garantias processuais penais em um prazo razoável de duração. Todavia, surge perplexidade no que tange à duração do processo, afinal, as garantias estão bem definidas, entretanto, o tempo de duração do processo é indefinido, tornando a observância das garantias processuais algo dificultoso.

Com efeito, NORBERTO BOBBIO afirmou que não é mais necessário discutir a natureza dos direitos humanos, o importante agora é discutir a efetividade deles²³, no caso pretende-se debater a efetividade do direito humano mais do que fundamental a razoável duração do processo, principalmente em hipóteses de atemporalidade como os casos de imprescritibilidade penal.

O fator tempo é de fundamental relevância para a existência e afirmação dos direitos, seja para estipular a sua aquisição ou perda, seja para determinar o início ou término de seu exercício. O tempo sempre estará presente, ele necessariamente gera e extingue direitos. Assim como o Direito não pode impedir determinados eventos naturais, como a morte, o direito pode regular as consequências do tempo, todavia, o tempo define os direitos.

Destarte, mesmo os direitos ditos "imprescritíveis" sofrem com o transcurso das areias do tempo. É o caso, dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade e à segurança, cujo termo final se dá com a morte de seu titular, o mesmo ocorrendo com relação ao *jus puniendi* quanto aos crimes de racismo e a prática de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, que, como todo e qualquer crime, resulte na extinção da punibilidade pela morte do agente, conforme o disposto no artigo 107, inciso I do Código Penal brasileiro.

O tempo conseqüentemente reflete no Direito e em todos os atos processuais. O tempo determina a vigência das leis, extingue a punibilidade, define o momento do crime, ou seja,

²¹ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 71, 72.

²²FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

²³BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. ed.13ª, Editora Elsevier, Rio de Janeiro. 2004, p. 25.

torna-se umbilical ao Direito. Todos os atos processuais são regidos pelo tempo. Com efeito, pode-se afirmar que o tempo exerce tanta influência na vida dos seres humanos que o verdadeiro detentor do poder é aquele que está em condições de impor aos demais sua própria temporalidade²⁴.

O tempo pode ser definido como forma de poder, nessa ótica, FRANÇOIS OST afirma que aquele que impõe aos demais a construção temporal é detentor de poder, no caso tal imposição é realizada pelo mercado, que como visto já atingiu até mesmo o Poder Judiciário e sua busca interminável por eficiência. O tempo então seria instrumento de dominação, o tempo é a própria dominação, nesse sentido:

O verdadeiro detentor do poder é aquele que está em posição de impor aos outros componentes sociais a sua construção temporal, como o mercado, por exemplo, que hoje impõe o tempo e dita o compasso para todos os Estados do planeta no âmbito de uma economia mundializada e privatizada²⁵.

Parafraseando o supracitado trecho da obra de FRANÇOIS OST pode-se afirmar que: o verdadeiro detentor do poder é aquele que está em posição de impor aos outros componentes sociais a sua construção temporal, como o Estado, por exemplo, representado pelo Judiciário e sua busca interminável por eficiência, muitas vezes aniquilando direitos humanos fundamentais.

As relações entre o tempo e o direito são extremamente complexas²⁶, talvez tão surreais como a pintura 'A Persistência da Memória' de SALVADOR DALÍ, todavia, há uma interdependência inerente que deve ser compreendida. Nessa perspectiva é que RICARDO J. GLOECKNER indaga: "Considerações jurídicas sobre o tempo ou considerações temporais sobre o direito?"²⁷.

A dialógica entre tempo e direito nos remete diretamente às considerações de FRANÇOIS OST, segundo o qual o direito intervém diretamente a temporalização do tempo, ao passo que o tempo determina a força instituinte do direito:

(...) Defender-se-á que se estabelece um elo poderoso entre temporalização social do tempo e instituição jurídica da sociedade. Em termos mais precisos: o direito afecta directamente a temporalização do tempo, ao passo que, em compensação, o tempo determina a força instituinte do direito. Em termos ainda mais precisos: o direito temporaliza ao passo que o tempo

²⁴ LOPES, Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 199.

²⁵ OST, François. *O tempo do direito*. Trad. de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 27.

²⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009, p. 54.

²⁷ _____. *Op.cit.*, p. 32.

institui. Trata-se, pois, de uma dialética profunda e não de relações que se entrecruzam entre o direito e o tempo. O tempo não permanece exterior à matéria jurídica, como um simples quadro cronológico no seio do qual a sua acção se desenrolaria; da mesma forma, o direito não se limita a impor ao calendário alguns atrasos normativos deixando o tempo desenrolar-se normalmente para tudo o resto. Pelo contrário, é do interior que direito e tempo se trabalham mutuamente. Contra a visão positivista que não pára de exteriorizar o tempo, mostraremos que só é possível <<expressar o direito>><<dando tempo ao tempo>>; longe de se resumir ao compasso formal do seu desenrolar cronológico, o tempo é uma das principais apostas da capacidade instituinte do direito²⁸.

Com o escopo de tentar uma relação mais profunda entre tempo e direito é que o autor supracitado aponta quatro espécies de "*destemporalizações*" que afetam de maneira avassaladora o Direito. São elas: a *eternidade*, a *entropia*, o *determinismo* e a *discronia*²⁹.

A eternidade está presente no Direito, nesse sentido FRANÇOIS OST faz referência à nostalgia da eternidade³⁰. Encontram-se muitas formas de tempo que, sabendo-se precário e finito, aspira a uma infinitude³¹, pode-se citar como exemplo de busca pela eternidade nas próprias cláusulas pétreas, com vedação de emenda constitucional (vide artigo 60, §4.º, incisos I a IV da Constituição Federal), ou até mesmo os direitos humanos e fundamentais com as características da imprescritibilidade e inderrogabilidade³².

O jurista e filósofo belga faz, também, referência à vertigem da entropia, como segunda forma de *destemporalização* possível. A entropia é uma grandeza termodinâmica que mensura o grau de irreversibilidade, pois, de acordo com a segunda Lei da Termodinâmica existem certas transformações irreversíveis. Com efeito, existem certos fatores irreversíveis, instituídos juridicamente, trata-se de romper com o passado sem desvirtuá-lo, sem apagar as marcas que erigiram as instituições também instituintes³³.

FRANÇOIS OST fala de uma dimensão *neguentrópica* do tempo³⁴, como o abandono no decurso do tempo físico cujo movimento irreversível conduz todas as coisas à destruição, assim, quanto mais o tempo passa, mais a energia se dissipa e mais a desordem aumenta.³⁵ Alguns exemplos de tempo, denominados por FRANÇOIS OST de tempo histórico *neguentrópico* são: a vedação ao retrocesso dos direitos humanos, protegendo o passado

²⁸ OST, François. **Op. cit.**, p. 14.

²⁹ Idem, p. 27-41.

³⁰ Idem, p. 27.

³¹ Idem, p. 29.

³² Idem. Ibidem.

³³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit, p. 39.

³⁴ OST, François. **Op. cit.**, p. 31.

³⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, direito e constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 29.

contra um futuro ameaçador, a proibição de retroatividade da "*novatio legis in pejus*" e da "*novatio legis incriminadora*", a ultratividade da lei penal excepcional ou temporária (vide artigo 5º incisos XXXIX e XL da CF e artigos 1.º, 2.º e 3.º do Código Penal brasileiro)³⁶.

A terceira hipótese de *destemporalização* é a tentação do *determinismo*³⁷. Esta terceira forma de *destemporalização* é apontada pelo pensamento determinista gerado pela representação de um tempo homogêneo e uniforme, pleno e contínuo³⁸.

A quarta hipótese de *destemporalização* é o risco de *discronia*³⁹. Isto, pois, quer dizer que o tempo tem durações específicas, ciclos peculiares e uma gama de velocidades diferentes⁴⁰. Destarte, observa-se a necessidade de não outorgar aos indivíduos o ritmo programado da sociedade que convém à fabricação de coisas e que exige um saber técnico associado a uma temporalidade homogênea e contínua⁴¹. Nessa perspectiva, há um direito ao tempo, o direito de cada um a seu tempo, o direito ao seu próprio ritmo⁴².

Essa problemática do suposto *risco de discronia*, e da busca pela sincronia social, será abordada com maior meticulosidade posteriormente, em virtude de sua íntima relação com o objeto fulcral dessa pesquisa, que é exatamente a análise dos vários tempos processuais e também, de hipóteses de atemporalidades jurídicas.

Feita esta análise sobre a enorme complexidade que há nas relações entre tempo e direito, é imprescindível realizar uma digressão às várias concepções de tempo ao longo do processo histórico para compreender a possibilidade ou não de *discronia* no processo penal dentro de uma concepção subjetiva de tempo.

1.1 CONCEPÇÕES SOBRE O TEMPO

As relações entre tempo e direito são íntimas, o tempo rege nossa vida pessoal, profissional e até mesmo o próprio Direito, o tempo define até mesmo quem é o detentor do poder. Todavia, surge uma simples indagação, inerente à própria sociedade, e que sempre foi lançada desde tempos imemoriais, pois, afinal, o que é o tempo?

Nessa perspectiva de perplexidade quanto ao tempo, STEPHEN HAWKING afirma a dificuldade em responder o que é o tempo, mesmo numa concepção positivista:

³⁶ OST, François. **Op. cit**, p. 33.

³⁷ Idem. *Ibidem*.

³⁸ SPENGLER, Fabiana Marion. **Op. cit**, p. 29.

³⁹ OST, François. **Op. cit**, p. 37.

⁴⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Op. cit**, p. 51.

⁴¹ SPENGLER, Fabiana Marion. *Op. cit*, p. 30.

⁴² OST, François. **Op. cit**, p. 39.

O escritor do século XIX Charles Lamb escreveu: "Nada me intriga tanto como o tempo e o espaço. E nada me preocupa menos do que o tempo e espaço, porque nunca penso neles". A maioria de nós quase nunca se preocupa com tempo e espaço, seja lá o que for, mas todos de vez em quando se perguntam o que é o tempo, como começou e para onde está nos conduzindo. (...) Quem adota a posição positivista, como eu, não consegue dizer o que o tempo é. Tudo que se pode fazer é descrever o que se revelou um ótimo modelo matemático para o tempo e dizer quais as suas previsões⁴³.

O vocábulo 'tempo' no vernáculo pátrio é em verdade um substantivo abstrato, de conteúdo indeterminado e de difícil definição léxica. Sua complexidade é enorme, que se discute se o tempo existe realmente ou se existe a partir de outros referenciais como o espaço ou o movimento. Em sua origem etimológica, na mitologia grega, o vocábulo tempo é apontado pela palavra grega "*kronos*".

Cronos é o Deus-tempo, filho de Úrano, o céu, e Gea, a terra⁴⁴. Na mitologia grega Cronos cortou os testículos de seu pai Úrano, tomando o lugar dele no trono e enviando seus irmãos os ciclopes, para o Tártaro. Cronos devorava todos os seus filhos ao nascerem, tal como o tempo que devora todos a cada instante, por tomar conhecimento de uma profecia de que um de seus filhos "Zeus" o destronaria⁴⁵.

Haverá forma mais adequada de se exprimir a aterradora negatividade emprestada ao tempo, do que o mito supramencionado? Cronos se coloca em posição de senhor do tempo, bloqueando as suas saídas, tanto do lado do passado como do futuro, corta os testículos de seu pai e nega o peso do passado, privando-o de quaisquer prolongamentos possíveis e, come seus próprios filhos, privando o futuro de qualquer desenvolvimento. O tempo do tirano esgota-se num presente estéril, sem memória nem projeto⁴⁶.

Era uma vez... Uma frase mágica no começo de uma boa história, no entanto, qual é a história do tempo? As pessoas dizem que o "tempo voa", que "tempo é dinheiro", que "desperdiçamos tempo", que "matamos tempo", que tentamos "economizar tempo". No entanto, o que é o tempo? A humanidade mede o tempo há milhares de anos, utilizando relógios de todas as formas e todos os tamanhos. O relógio é um instrumento de medir o tempo utilizado desde a Antiguidade, os mais antigos eram os relógios de sol, e, também as clepsidras ou relógio de água, assim como as ampulhetas ou relógios de areia. Em que pese as medições do tempo, difícil mesmo é responder o que é o tempo.

⁴³ HAWKING, Stephen. *O universo numa casca de noz*. São Paulo: Mandarim, 2001, p. 31.

⁴⁴ OST, François. *Op. cit*, p. 9.

⁴⁵ Idem. *Ibidem*.

⁴⁶ OST, François. *Op. cit*, p. 10.

As civilizações antigas passaram a contemplar o firmamento com finalidade agrícola e de tal observação pôde-se determinar a passagem do tempo. A sucessão de dias e noites possibilitou aos homens solucionar o problema da medida do tempo, para resolver questões como: quantos dias se passaram desde que ocorreu determinado fenômeno? Quanto tempo falta, para o próximo período de chuvas e de seca? As fases da lua influenciando a criação de períodos como semanas e meses, a sucessão de períodos de chuvas e de seca, determinando os períodos de semeadura e colheita⁴⁷. Diferentes povos criaram calendários, com base nos mais variados fatores, como observações astronômicas, crenças religiosas, valores sociais etc⁴⁸.

Além da preocupação pragmática com o transcorrer do tempo, já na Antiguidade foram realizadas discussões sobre a natureza física e metafísica do tempo.

Para PLATÃO o tempo é uma característica da ordem visível das coisas, tendo sido criado, conjuntamente com o universo e o movimento dos corpos, para ele, a eternidade é atemporal, enquanto a concepção de tempo está ligada à mudanças, às transformações aos movimentos⁴⁹.

ARISTÓTELES, por sua vez, definia o tempo como o número do movimento segundo o antes e o depois. Destarte, o filósofo grego entendia que o movimento dos astros na abóbada celeste definiria o tempo e este, marcaria os demais movimentos, existindo, então, uma dependência entre tempo e movimento. O tempo marcaria o movimento, visto que é seu número, e o movimento marcaria o tempo⁵⁰. ARISTÓTELES afirma que, se nada mudasse, o homem não teria consciência da passagem do tempo, esta percepção só seria possível em virtude do antes e do depois, com efeito, para o filósofo o tempo é o número do movimento e das transformações.

Na alta Idade Média, SANTO AGOSTINHO retoma a concepção de PLATÃO sobre o tempo, indagando: "como pode o tempo passar? Como sei que ele passa? O que é um tempo passado? Onde ele está? O que é um tempo futuro? Onde ele está? O que é o tempo? E a eternidade?"⁵¹. SANTO AGOSTINHO identifica o tempo com a própria existência da alma que se estende para o passado ou para o futuro⁵², afirma, que a rigor, não existem, de maneira

⁴⁷MOURÃO, Ronaldo Rogério de Freitas. *A astronomia e o poder religioso*. Rio de Janeiro: Editora Tecno print, 1987, p. 9, 10.

⁴⁸LE GOFF, Jacques. *História e memória*. Campinas, Unicamp, 1996, p. 485.

⁴⁹PLATÃO. *Timeu, "Coleção os pensadores"*. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 92.

⁵⁰WHITROW, G.F. *O tempo na história: concepções do tempo da pré-história aos nossos dias*. Tradução Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993, p. 57.

⁵¹PALACIOS, Pelyo Moreno (Org); SOUZA NETTO, Francisco Benjamin; NOVAES, Moacyr; MAMMI, Lorenzo; NASCIMENTO, Carlos Arthur R. do. *Tempo e razão 1.600 anos das confissões de Agostinho*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 10.

⁵²Idem. p. 10.

fragmentada, três tempos, ou seja, passado, presente e o futuro, mas, na verdade somente três presentes: o presente do passado, o presente do presente e o presente do futuro.

Na filosofia tomista, também encontram-se considerações sobre a concepção do tempo. SÃO TOMÁS DE AQUINO fez referência à existência de um Deus eterno, dialogando com a concepção aristotélica do tempo. Para o teólogo do cristianismo existem três formas distintas de curso temporal, quais sejam: a dos fenômenos terrenos, com começo e fim bem definidos; a eternidade atemporal, pertencente ao plano divino, e o tempo dos astros e das ideias, com início, mas sem fim determinado⁵³.

Um dos primeiros marcos da ciência moderna foi GALILEU GALILEI, que seguiu a teoria heliocêntrica de NICOLAU COPÉRNICO negando a filosofia natural aristotélica. GALILEU GALILEI, ao assestar a sua luneta para o céu, derruba o universo de ARISTÓTELES⁵⁴. GALILEU GALILEI constatou as oscilações de pêndulos e, a partir disso, pôde desenvolver relógios para medição de curtos períodos de tempo, utilizando pêndulos⁵⁵.

Com base nas ideias de relatividade dos movimentos, movimento compartilhado e composição de movimentos, analisou e fixou a lei de queda dos corpos, pelo qual a velocidade de um objeto em queda livre é diretamente proporcional ao tempo transcorrido, introduzindo o elemento tempo no estudo dos movimentos uniformemente variados, com efeito, constatou que o tempo é uma quantidade mensurável no estudo dos movimentos, inaugurando uma nova ciência a mecânica, ramo da física que estuda os movimentos dos corpos sem se preocupar com suas causas⁵⁶.

É interessante que até época de GALILEU GALILEI, a contagem do tempo concentrava-se basicamente nas comunidades humanas, servindo aos homens, como meio de orientação no espaço social e como modo de regulação de sua coexistência⁵⁷. Destarte, GALILEU GALILEI foi o primeiro a utilizar relógios para medir processos físicos, relacionando tempo e movimento.

Não é o escopo desta pesquisa, realizar a análise de todas as concepções de tempo ao longo da história, no entanto, nenhuma concepção influenciou mais do que o paradigma newtoniano de tempo absoluto. Até mesmo o direito, mais especificamente a teoria geral do processo sofreu e, ainda sofre influência da concepção absoluta de tempo.

⁵³WHITROW, G.F. *Op. cit.*, p. 148.

⁵⁴GROUEFF, Stéphane. *O enigma do cosmo*. Tradução de Vera Pedroso. Rio de Janeiro: Primor, 1978, p. 79, 82.

⁵⁵_____. *Op.cit.*, p. 104.

⁵⁶Idem, *Ibidem*.

⁵⁷ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 8.

1.1.1 O paradigma newtoniano de tempo absoluto

ISAAC NEWTON, matemático e físico inglês, possui uma obra que foi capaz de influenciar o campo da física por quase três séculos. Com uma só lei, ele demonstrou a unidade absoluta do universo⁵⁸.

ISAAC NEWTON nos deu o primeiro modelo verdadeiramente matemático para o tempo e para o espaço em seu *Principia Mathematica*, publicado em 1687, ocupou a cadeira lucasiana em Cambridge, hoje ocupada por HAWKING⁵⁹. ISAAC NEWTON conseguiu a partir de JOHANNES KEPLER e GALILEU GALILEI, reunir leis físicas que foram capazes de dar fundamento às bases metodológicas da física moderna. Nesse sentido:

Não tarda a se apaixonar pelos antigos estudos, multiplica os cálculos, trabalha durante dezessete meses com a sua costumeira obstinação e, após ter escrito, à guisa de preâmbulo, um tratado intitulado *De motu*, conclui, enfim, uma obra a que dá o austero título de *Philosophiaenaturalis principia mathematica*, embora tenha ficado geralmente conhecida com o título abreviado de principia. Falta ainda publicá-la, pois a Royal Society não tem verba para esse fim. Mas Halley, entusiasmado, desembolsa o dinheiro necessário para uma primeira edição, em latim, de 250 exemplares. É a luz, finalmente, o fim de um interminável pesadelo científico, a abertura de uma nova era, na qual, apesar das correções feitas por Einstein, continuamos vivendo e a que se dá correntemente o nome de "era newtoniana"⁶⁰.

A partir dos estudos de GALILEU GALILEI, foi se firmando a concepção de que leis físicas universais governam o movimento dos corpos e podem ser aplicadas aos movimentos ocorridos no planeta Terra.

ISAAC NEWTON começou seus estudos aplicando ao movimento da Lua a Lei da Inércia, a Lei Fundamental e a Lei da Ação e Reação. Em seguida, aplicou as leis de JOHANNES KEPLER, estudou o movimento dos planetas, para depois retomar suas pesquisas sobre o movimento da Lua. Foi assim que ele chegou à Lei da Gravitação Universal⁶¹.

A análise newtoniana foi realmente revolucionária, pois, uma vez dada condições preliminares e as forças que atuam sobre os corpos, possibilitava à ciência moderna o poder

⁵⁸ GROUEFF, Stéphane. **Op. cit.**, p. 114

⁵⁹ HAWKING, Stephen. **Op. cit.**, p. 32

⁶⁰ GROUEFF, Stéphane. **Op. cit.**, p. 125.

⁶¹ NEWTON, Isaac. *Principia: princípios matemáticos de filosofia natural*. Trad. Triste Ricci et al. V.1. São Paulo: Nova Stella/EDUSP, 1990.

de previsão de todos os movimentos até um futuro distante. A Física podia afirmar que todo o futuro do universo está fixado e é calculável.

Isso leva ISAAC NEWTON a afirmar a realidade de um espaço e de um tempo absolutos⁶². ISAAC NEWTON depreendia que o tempo existia de *per se*, sendo a sua própria natureza independente de qualquer outro fator, definindo-o como algo absoluto. Com efeito, para ISAAC NEWTON o tempo absoluto, verdadeiro e matemático, por si mesmo, flui de maneira uniforme sem relação com qualquer outro fator externo e é denominado de duração, por sua vez, o tempo relativo, aparente e comum é algo perceptível e externo, que é obtido por meio do movimento⁶³.

Destarte, ele diferenciava o tempo absoluto, separado de qualquer fator, do tempo relativo, que não é outra coisa, senão a medida do primeiro, nesse sentido:

Pode ser que não haja algo como movimento uniforme, onde o tempo possa ser rigorosamente medido. Todos os movimentos podem ser acelerados ou retardados, mas o fluxo de tempo absoluto não é passível de mudanças. A duração ou perseverança da existência das coisas permanece a mesma, sejam os movimentos rápidos ou lentos, ou até completamente nulos. E, portanto, essa duração deve ser distinguida daquelas que são apenas suas medidas perceptíveis a partir das quais aquela é deduzida através da equação astronômica⁶⁴. (grifo nosso).

Com efeito, no paradigma newtoniano de tempo, o tempo absoluto, verdadeiro e matematicamente demonstrável corre sempre igual por si mesmo e por natureza, sem relação com qualquer outra coisa externa, chamando-se com outro nome, ou seja, duração. Pode-se observar que a concepção de ISAAC NEWTON sobre a natureza do tempo tem implicações, não só no campo das ciências naturais, especificamente da Física, na medida em que o tempo absoluto aparece como fundamento para os cálculos matemáticos do seu sistema, mas, sobretudo, implicações metafísicas e, também sociais, dado que o tempo ganha uma realidade objetiva no mundo.

Assim, percebe-se a influência do paradigma newtoniano de tempo absoluto, pois, a maioria das pessoas visualiza o tempo de uma maneira muito simples, o tempo passa da mesma forma para todos em qualquer lugar, trata-se de um senso comum estabelecido matematicamente por ISAAC NEWTON.

Nesse sentido, AURY LOPES JR. e GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ afirmam:

⁶² Idem, p. 7.

⁶³ Idem. Ibidem.

⁶⁴ Idem, p. 8.9.

Para iniciar, num proposital salto histórico, recordemos que para NEWTON o universo era previsível, um autômato, representado pela figura do relógio. Era a idéia do tempo absoluto e universal, independente do objeto e de seu observador, eis que considerado igual para todos e em todos os lugares. Existia um tempo cósmico em que Deus era o grande relojoeiro do universo. Tratava-se de uma visão determinista com a noção de um tempo linear, pois, para conhecermos o futuro, bastava dominar o presente⁶⁵.

No geral, não apenas o homem médio, mas, também o jurista, parte do reconhecimento de tempo enquanto "realidade", que pode ser fracionado e, medido com exatidão matemática sendo absoluto e uniforme⁶⁶. Destarte, no campo do Direito Processual Penal ainda prevalece o paradigma newtoniano de tempo absoluto, ou seja, o tempo corre de maneira idêntica para todos os sujeitos processuais.

IMMANUEL KANT também tratou sobre o tempo, entretanto, de uma perspectiva distinta de ISAAC NEWTON. Para IMMANUEL KANT, o tempo não existe fora do homem, sendo requisito para descrição do mundo externo, o tempo não seria então, um conceito discursivo ou, um conceito universal, mas uma forma pura da intuição sensível⁶⁷.

Com efeito, IMMANUEL KANT afirma que o tempo é simplesmente uma condição subjetiva da intuição humana, não sendo absolutamente nada, se considerado à parte do sujeito. Assim sendo, para IMMANUEL KANT, embora subjetivo, o tempo não é menos real do que as coisas objetivas que existem fora do homem, no entanto, a realidade do tempo não se confunde com a objetividade das coisas externas ao homem, pois a realidade do tempo somente pode ser percebida na experiência interna do sujeito em relação a si mesmo, ou seja, a realidade do tempo se mostra quando observada por meio da realidade do sujeito⁶⁸.

Entrementes, IMMANUEL KANT parece subordinar o tempo às categorias espaciais, quando pretende definir sua natureza, constatando-se nesse aspecto a influência da física newtoniana sobre o pensamento do filósofo alemão.

⁶⁵LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 1

⁶⁶Idem, p. 10.

⁶⁷KANT, Immanuel. *A crítica da razão pura*. Versão eletrônica. Tradução J. Rodrigues de Merege. Saraiva. 2013.p. 59

⁶⁸KANT, Immanuel. *Op. cit*, p.64.

1.1.2 O paradigma da relatividade do tempo

ALBERT EINSTEIN (1879-1955) nasceu em *Ülm*, sul da Alemanha, posteriormente, recebeu sua formação acadêmica na Escola Politécnica Suíça em Zurique, onde se formou em 1900 como professor de Matemática e Física⁶⁹. Depois de obter sua formação ALBERT EINSTEIN passou a trabalhar em um Escritório de Patentes em Berna na Suíça, no qual tinha a atribuição de avaliar pedidos de patentes de inventores e de redigi-los de forma compreensível⁷⁰.

Todavia, em 1905, ALBERT EINSTEIN escreveu seu primeiro trabalho sobre a teoria da relatividade, cujas concepções trouxeram a necessidade de uma quebra de paradigma completa com as concepções newtonianas sobre os mais variados fenômenos naturais⁷¹. *A priori* é imperioso salientar que o desenvolvimento da teoria da relatividade por ALBERT EINSTEIN, teve enorme influência dos conceitos filosóficos e científicos de IMMANUEL KANT, DAVID HUME e ERNST MACH⁷².

Desde já, é importante ressaltar que o presente trabalho focará o conceito relativo de tempo de ALBERT EINSTEIN. Isto, pois, uma das maiores preocupações de ALBERT EINSTEIN foi exatamente a questão do tempo. A sincronização do tempo, o que é o tempo, como ele é medido, logo se tornaram o grande interesse de ALBERT EINSTEIN.

Entre todos os cerca de 300 (trezentos) artigos científicos publicados em periódicos por ALBERT EINSTEIN, o da Teoria da Relatividade, que foi ampliado no ano de 1916, é o mais popular no meio científico. A expressão "tudo é relativo" tornou-se um chavão para sintetizar as concepções dessa teoria⁷³.

⁶⁹VIEIRA, Cássio Leite. *Einstein - O reformulador do Universo*. Coordenação Marcelo Gleiser. São Paulo: Odysseus Editora, 2003, p. 23/41.

⁷⁰Idem, p. 51.

⁷¹Composta *pela Teoria da Relatividade Especial*, desenvolvida no artigo sobre a *Eletrodinâmica dos Corpos em Movimento*, publicado no dia 5 de junho de 1905, na Revista *Annalen der Physik*, e, posteriormente, complementada pela *Teoria da Relatividade Geral*, no texto *Teoria da Relatividade Geral* publicado em Berlim no ano de 1916, cujo reconhecimento culminou com o recebimento do Nobel de Física, mas pelo trabalho publicado em 1905, pois a relatividade geral ainda enfrentava muita resistência. Mas foi em 1916, com a *Teoria da Relatividade Geral*, que Einstein rompe a base da teoria newtoniana do tempo absoluto, demonstrando a superação das três dimensões para acrescentar o tempo enquanto quarta dimensão, acrescentando a análise da gravidade.

⁷²ROHDEN, Huberto. *EINSTEIN O Enigma do Universo*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2013, p. 34/35.

⁷³VIEIRA, Cássio Leite. Op. cit, p. 75.

ALBERT EINSTEIN rompeu com o paradigma dos conceitos absolutos de tempo e espaço. Para isso, transformou a velocidade da luz numa constante da natureza, bem como no limite de velocidade para todos os corpos com massa⁷⁴.

No segundo, demonstrou matematicamente que a massa de um corpo é, na verdade, uma forma "condensada" de uma quantidade enorme de energia. Essa ideia está representada na famigerada fórmula $E = mc^2$ ⁷⁵. Com efeito, a adoção da velocidade da luz como um limite para todo o universo leva a fenômenos naturais aparentemente estranhos se comparados ao cotidiano⁷⁶.

Dentre todos os fenômenos naturais nos interessa, especificamente, a problemática do tempo, dentro da concepção da Teoria da Relatividade. De certa maneira, a Teoria da Relatividade emerge de uma preocupação em descrever como o universo se apresenta à aqueles que estão em movimento, uns em relação aos outros. Trata-se de uma descrição dos movimentos em função dos sujeitos que se encontram em sistemas distintos, e que são tratados como observadores. Dependendo do observador, é tanto possível afirmar que um corpo está parado ou em movimento. Isso é em verdade um fenômeno bastante simples e comum à percepção humana⁷⁷.

Todavia, a Teoria da Relatividade Especial indica algumas problemáticas que as concepções humanas cotidianas não estão adaptadas a depreender. Uma dessas problemáticas refere-se à própria estrutura do tempo.

ALBERT EINSTEIN demonstrou que diferentes observadores em movimento relativo, possuindo relógios idênticos, terão indicações distintas de tempo em cada um dos relógios, esse efeito recebeu o nome de dilatação do tempo, nesse sentido, ALBERT EINSTEIN exemplifica suas concepções sobre o tempo. É importante advertir que o físico alemão utiliza de exemplos práticos para elucidar sua teoria, senão vejamos:

Até aqui relacionamos todas as nossas considerações a um corpo de referência determinado, que designamos por "leito da estrada". Suponhamos agora que, sobre os trilhos, esteja se movimentando com velocidade constante v um trem muito comprido. Para as pessoas que viajam nesse trem

⁷⁴A velocidade da luz no vácuo é de aproximadamente 300.000 km/s. Um dos conceitos fundamentais da Teoria da Relatividade é de que, na natureza, a máxima velocidade possível é a da luz no vácuo. As variações que ocorrem no espaço, no tempo e na massa não são perceptíveis quando as velocidades são baixas e às quais são aplicáveis as leis de Newton. Mas não se pode aplicar as leis de Newton para compreender movimentos cuja velocidade é próxima à da luz, pois aí ocorrem: contração do espaço na direção do movimento, dilatação do tempo e aumento da massa. A Teoria da Relatividade não invalida a mecânica newtoniana; ela apenas é mais geral, aplicando-se ao estudo de fenômenos que as leis de Newton não conseguem alcançar.

⁷⁵ VIEIRA, Cássio Leite. **Op. cit.**, p. 76.

⁷⁶ Idem. *Ibidem*.

⁷⁷ HAWKING, Stephen. **Op. cit.**, p. 9.

há vantagem em tomar o trem como um corpo de referência rígido (sistema de coordenadas); todos os eventos são, por elas, referidos ao trem. Todo evento que ocorre ao longo dos trilhos ocorre também em um determinado ponto do trem. A definição de simultaneidade também pode ser formulada em relação ao trem, da mesma forma que em relação à estrada. Surge, assim, muito naturalmente, a seguinte questão: dois eventos (por exemplo, os dois raios que caíram em A e B) que são simultâneos em relação ao leito da estrada são também simultâneos em relação ao trem? Mostraremos agora que a resposta deve ser negativa. Quando dizemos que os raios que caíram em A e B são simultâneos em relação ao leito da estrada, isto significa que os raios luminosos que partiram de A e B irão encontrar-se no ponto médio M do trajeto A-B do leito da estrada. Seja M' o ponto médio da distância A-B do trem em movimento. Embora, no momento da queda dos raios, esse ponto M' do trem em movimento coincida com o ponto M, na figura ele se movimenta para a direita com a velocidade V do trem. Se o observador que se encontra em M' no trem não possuísse essa velocidade, ele permaneceria em M. Os raios luminosos provenientes de A e B haveriam de alcançá-lo simultaneamente, isto é, os dois raios haveriam de encontrar-se exatamente onde ele haveria de estar. Na verdade, porém, ele se movimenta ao encontro do raio luminoso procedente de B, ao mesmo tempo que se afasta do raio luminoso procedente de A. Portanto, o observador verá o raio luminoso procedente de B antes de ver o raio que procede de A. Os observadores que se utilizam do trem como corpo de referência devem, por conseguinte, chegar à conclusão de que o raio que caiu em B ocorreu antes do raio que caiu em A ⁷⁸.

Depois de exemplificar ALBERT EINSTEIN chega à seguinte conclusão a respeito da simultaneidade dos fenômenos:

Chegamos a um importante resultado: eventos que são simultâneos em relação ao leito da estrada não são simultâneos em relação ao trem, e vice-versa (relatividade da simultaneidade). Cada corpo de referência (sistema de coordenadas) possui seu tempo próprio. Uma especificação temporal só tem sentido quando se indica o corpo de referência ao qual esta indicação se refere. Antes da Teoria da Relatividade, a física sempre admitia tacitamente que o significado das indicações de tempo era absoluto, isto é, que elas não dependiam do estado de movimento do corpo de referência. Mas acabamos de ver que esta suposição é incompatível com a definição tão natural de simultaneidade; se a rejeitarmos, desaparece o conflito exposto no item 7 entre a lei da propagação da luz no vácuo e o princípio da relatividade. (...) Mas a duração de um determinado evento no vagão, de acordo com as considerações que acabamos de apresentar, não pode ser considerada igual à duração do mesmo evento quando se considera o leito da estrada como corpo de referência. Portanto, não se pode afirmar que, em sua caminhada, o

⁷⁸ EINSTEIN, Albert. *A Teoria da Relatividade Especial e Geral*; Trad. do original alemão Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, 27/28.

homem percorre em relação aos trilhos a distância w num tempo que - medido a partir da estrada - é igual a um segundo⁷⁹.(Grifo nosso)

Para a Teoria da Relatividade o fenômeno natural de dilatação do tempo é essencialmente um fenômeno de medição, possibilitando aplicação em todas as formas de matéria, inclusive, e até mesmo em formas orgânicas.

Se colocássemos um organismo vivo em uma caixa... seria possível providenciar para que o organismo, depois de um vôo arbitrariamente longo, fosse reconduzido ao seu ponto original em uma condição quase inalterada, enquanto os organismos correspondentes, que haviam permanecido nas posições originais, teriam há muito tempo dado lugar a novas gerações. No organismo em movimento o tempo de duração da jornada foi um mero instante, desde que o evento tenha ocorrido com a velocidade aproximada da luz⁸⁰.

Destarte, segundo a Teoria da Relatividade, a passagem do tempo é afetada pelo movimento, ou seja, quanto mais próximo da velocidade da luz um observador se encontrar, tanto mais lento, será a passagem do tempo para ele. É evidente que não nos é perceptível, no cotidiano, esse andar mais vagaroso dos relógios em movimento, pois estamos habituados com velocidades muito menores do que a da luz. Com efeito, a mecânica clássica de Newton pode ser aplicada a velocidades inferiores à da luz⁸¹.

Entretantes, a teoria de ALBERT EINSTEIN deixa claro que o tempo é relativo a cada observador, ou seja, quanto mais rápido ele estiver se movimentando, mais devagar seu relógio andarão quando comparado ao de outro observador⁸².

Com base nessa concepção relativa do tempo, alguns físicos do primeiro quartel do século passado, entre eles, o francês PAUL LAGEVIN, perceberam que essa dilatação do tempo levaria a um paradoxo extraordinário, que ficou conhecido como o famigerado '*paradoxo dos gêmeos*'⁸³.

Na teoria da relatividade, cada observador tem sua própria medida do tempo, isso pode levar ao denominado paradoxo dos gêmeos. Um dos gêmeos (a) parte em uma viagem espacial durante a qual ele viaja próximo à velocidade da luz (c), enquanto seu irmão (b) permanece na Terra. Por causa do movimento dele, o tempo flui mais devagar na espaçonave, conforme visto

⁷⁹ EINSTEIN, Albert. *A Teoria da Relatividade Especial e Geral*. Op. cit, p. 28/29.

⁸⁰ EINSTEIN, Albert, Apud WHITROW G.J. *O que é tempo?* Tradução de Maria Ignez Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2005, p. 113/114.

⁸¹ VIEIRA, Cássio Leite. **Op. cit**, p. 92.

⁸² Idem. *Ibidem*.

⁸³ Idem, p. 93/94.

pelo irmão na Terra. Assim, ao retornar do espaço, o viajante (a2) descobrirá que seu irmão (b2) envelheceu mais do que ele. Embora isso pareça contrariar o senso comum, várias experiências indicaram que, nesse cenário, o gêmeo viajante realmente voltaria mais jovem⁸⁴.

Assim, a concepção de tempo absoluto de ISAAC NEWTON, segundo a qual o tempo passa da mesma maneira para todos em qualquer lugar, por mais sensata que possa parecer, cai por terra diante das concepções da Teoria da Relatividade, isto pois, o tempo pode correr a diferentes marchas. Com efeito, a descoberta de ALBERT EINSTEIN pôs abaixo a concepção de ISAAC NEWTON sobre a realidade do tempo. Para ALBERT EINSTEIN o tempo não é apenas um rótulo para todo o universo, o tempo é vivenciado individualmente, ou seja, no universo todos tem seu próprio tempo que corre a seu ritmo particular. Não existe um só tempo, existem "vários tempos".

ALBERT EINSTEIN percebeu que existe uma íntima relação entre espaço e tempo, é o que ele denomina *espaço-tempo*. Há uma conexão profunda entre o movimento no espaço e a passagem do tempo, incluindo o tempo como a quarta dimensão do universo⁸⁵. Com isto, ALBERT EINSTEIN quebrou o paradigma de que o tempo corre da mesma forma para todos. HAWKING deixa claro que os tempos de duas pessoas coincidiram, apenas se elas estivessem em repouso uma em relação à outra, mas não se estivessem em movimento⁸⁶.

Essa novel concepção do *espaço-tempo* curvo foi denominada de Teoria da Relatividade Geral, para diferenciar da teoria original que não tratava da gravidade. Esta Teoria demonstra que o espaço e o tempo são deformáveis, e isso provocou a maior ruptura na concepção do universo que havia na ciência, inclusive no que tange à geometria euclidiana⁸⁷. Destarte, a Teoria da Relatividade Geral de ALBERT EINSTEIN transformou o espaço e o tempo que eram vistos como elementos passivos em que os eventos apenas ocorrem a participantes ativos na dinâmica do universo⁸⁸.

Como dito, a passagem do tempo em marchas distintas é quase que imperceptível no dia-a-dia, todavia, o princípio da relatividade é real e já foi demonstrado empiricamente⁸⁹. Nesse sentido, a afirmação realizada por ALBERT EINSTEIN, já devidamente demonstrada sobre o comportamento de relógios em um corpo de referência em rotação, como o próprio planeta Terra. Destarte, um relógio colocado no Equador funcionará de maneira

⁸⁴ HAWKING, Stephen. **Op. cit.**, p. 11.

⁸⁵ EINSTEIN, Albert. *A Teoria da Relatividade Especial e Geral*. **Op. cit.**, p. 49/50.

⁸⁶ HAWKING, Stephen. **Op. cit.**, p. 9.

⁸⁷ EINSTEIN, Albert. *A Teoria da Relatividade Especial e Geral*. **Op. cit.**, p. 78.

⁸⁸ HAWKING, Stephen. **Op. cit.**, p. 19/20.

⁸⁹ Idem. *Ibidem*.

imperceptivelmente mais lenta que um relógio colocado em um dos pólos geográficos da Terra⁹⁰.

Aliás, esse efeito do movimento no tempo foi comprovado experimentalmente. Para tanto, foi utilizado um modelo do globo terrestre, devidamente achatado como um disco plano, com o pólo Norte no centro e o Equador na borda, e fixou-se um relógio atômico em cada um desses respectivos pontos. Surpreendentemente, o relógio atômico da borda marcava o tempo mais lentamente que o do centro. O mesmo acontece com qualquer disco em uma vitrola antiga: a cada volta seu centro envelhece mais rapidamente que a borda⁹¹. Mais uma vez, é imperioso ressaltar que a dilatação temporal não se manifesta de maneira apreciável na vida diária do ser humano, pois as velocidades ao qual estamos habituados são muito inferiores à da luz⁹².

Destarte, não há tempo absoluto no universo, tendo em perspectiva os movimentos relativos uniformes. Portanto, não existe um só tempo, mas sim, vários tempos que correm em marchas diferentes.

As concepções do tempo provenientes da Teoria da Relatividade no campo da Física em muito influenciaram a Filosofia. ALBERT EINSTEIN teve discussões penetrantes com filósofos conceituados, como exemplo se pode citar o estadunidense RUSSEL, o alemão HANS REICHENBACH e o francês HENRI BERGSON⁹³. Com este último, ocorreram discussões veementes sobre a natureza do tempo.

Seguindo as modificações nas concepções sobre o tempo na Física, HENRI BERGSON realiza uma distinção entre o tempo como medida e o curso efetivo do tempo. O primeiro é abstrato, resultado dos cálculos, sendo apenas um número, ou seja, o tempo medido nos relógios. Já o segundo, é o experimentado pela consciência, é o tempo concreto que flui, ou seja, a duração⁹⁴.

Assim, para HENRI BERGSON o tempo não é mensurável, no entanto, pode ser experimentado subjetivamente. A duração consiste em uma realidade absoluta, além de toda

⁹⁰ EINSTEIN, Albert. *A Teoria da Relatividade Especial e Geral*. Op. cit, p. 67.

⁹¹ ROHDEN, Huberto. *EINSTEIN O Enigma do Universo*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2013, p. 181.

⁹²"Para efeito de exemplo, pode-se citar os cálculos realizados pelo físico HARALD FRITZCH, da Universidade de Munique (alemanha), para duas situações corriqueiras. Se você se movimentar a 120km/h em seu automóvel, por duas horas, seu relógio, em relação a um que ficou no local de partida, sofrerá uma dilatação temporal de alguns poucos trilionésimos de segundo. Se a viagem for feita de avião - 1.000km/h, por 36 horas -, essa dilatação, em relação a um relógio que ficou em terra, irá registrar um atraso de alguns décimos de milionésimos de segundo". VIEIRA, Cássio Leite. Op. cit, p. 95.

⁹³ VIEIRA, Cássio Leite. Op. cit, p. 203.

⁹⁴ BERGSON, Henry. *Duração e Simultaneidade*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.

medida possível. Com efeito, HENRI BERGSON levanta a hipótese de um tempo único, universal e impessoal no qual todos estão submetidos e, que tem a mesma duração.

As duas hipóteses se equivalem para o matemático. Mas o mesmo não acontece com o filósofo. Pois, se S está em repouso absoluto, e todos os outros sistemas em movimento absoluto, a Teoria da Relatividade implicará tempo múltiplos, todos no mesmo plano e todos reais. Se, ao contrário, nos situamos na hipótese de Einstein, os Tempos múltiplos subsistirão, mas haverá sempre um único real, como nos propomos a demonstrar: os outros serão ficções matemáticas⁹⁵.

ALBERT EINSTEIN e HENRI BERGSON foram contemporâneos e tiveram a oportunidade de confrontar seus trabalhos, discordantes sobre a real natureza do tempo. Nesse sentido, é forçoso citar a dissertação de DANIEL SIQUEIRA PEREIRA que analisou minuciosamente a discussão travada entre o físico alemão e o filósofo francês.

O autor supracitado chegou às seguintes conclusões sobre esse embate histórico: (1) BERGSON cometeu um erro em sua obra *Duração e Simultaneidade* ao tentar transportar sua avaliação sobre a teoria da relatividade especial para a teoria da relatividade geral de EINSTEIN; (2) tal erro não desfaz a tese de BERGSON sobre a fundamentalidade da duração em relação ao tempo físico; (3) em sua tentativa de apontar a essencialidade de um tempo puro com respeito a um tempo espacializado, BERGSON esbarra nos limites da linguagem conceitual que ele mesmo havia compreendido e denunciado em toda sua obra; (4) e ainda assim, permanece a força do pensamento da duração bergsoniano, cujo alcance é tão pouco considerado pela ciência de seu tempo, como pela ciência de hoje⁹⁶.

Não obstante, o tempo é relativo à posição e velocidade do observador, mas, sobretudo a determinados estados mentais do ser humano, afinal, um dia de trabalho pode aparentar ter uma duração maior do que um dia de lazer.

Aliás, o próprio ALBERT EINSTEIN já havia exteriorizado essa concepção relativa de certos estados mentais, na explicação sucinta que forneceu à sua empregada sobre a Teoria da Relatividade, senão vejamos:

Quando um homem se senta ao lado de uma moça bonita, durante, uma hora, tem a impressão de que passou apenas um minuto. Deixe-o sentar-se sobre

⁹⁵BERGSON, Henry. *Duração e Simultaneidade*. Op. cit, p. 32.

⁹⁶PEREIRA, Daniel Siqueira. *A concepção do tempo em Bergson e sua relação com a teoria da relatividade de Einstein*. 2008. 150 folhas. Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, p. 139-144.

um fogão quente durante um minuto somente - e esse minuto lhe parecerá mais comprido que uma hora. - Isso é relatividade⁹⁷.

Diante da Teoria da Relatividade Geral de ALBERT EINSTEIN, e suas concepções sobre a natureza física do tempo e, também, das transformações ocorridas na sociedade em virtude da Revolução Industrial, deve-se indagar a possibilidade de uma leitura diferente do tempo social. Assim, desde a Revolução Industrial, deflagrada em meados do século XVIII, o tempo é acelerado de maneira avassaladora, produzem-se bens e serviços em um ritmo jamais visto, de maneira que a aceleração do tempo corresponde ao atropelamento dos acontecimentos⁹⁸, em busca da 'desejada' eficiência.

Com efeito, na pós-modernidade o tempo exerce, de acordo com NORBERT ELIAS, uma coerção que se presta eminentemente para suscitar o desenvolvimento de uma autodisciplina nos indivíduos, sob a forma de relógios e calendários. É uma pressão que se pode considerar sutil, discreta e desprovida de violência real, mas da qual é impossível fugir.⁹⁹

Destarte, haja vista a concepção relativa do tempo, conforme a Teoria da Relatividade Geral de EINSTEIN é imperioso a análise do tempo como instituição social na pós-modernidade.

1.1.3 O tempo na pós-modernidade

A concepção de tempo objetivo segundo a qual o tempo corre da mesma forma para todos em todos os lugares foi contestada, como se viu, por EINSTEIN e também, por KANT, cada um dentro da sua perspectiva científica. EINSTEIN refutou as concepções metafísicas do tempo e do espaço como grandezas absolutas.

No entanto, NORBERT ELIAS depreende o tempo como uma autêntica construção social que varia conforme as modificações operadas na sociedade. Destarte, para o autor supramencionado, a concepção de tempo se modificou ao longo do passado, e continua se

⁹⁷EINSTEIN, Albert. *Vida e pensamentos*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 100. Apud, LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 2.

⁹⁸SOUZA, Ricardo Timm de. *O Tempo e a máquina do tempo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p. 140/149.

⁹⁹ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 22.

modificando no presente, não de modo histórico, mas de modo estruturado, orientado e, como tal, passível de explicação¹⁰⁰.

Nessa toada, pode-se afirmar que a construção de calendários e de relógios, nada mais é do que um grau de disciplina social, isto pois, por milhares de anos as civilizações antigas não se utilizaram desses instrumentos de contagem do tempo¹⁰¹.

Com efeito, para NORBERT ELIAS o tempo é algo que se desenvolveu em relação a determinados objetivos e a atividades específicas dos seres humanos, nesse sentido, na pós-modernidade, o tempo é um instrumento de orientação indispensável para a realização de variadas tarefas, o tempo seria, então uma instituição cujo caráter varia conforme o estágio de desenvolvimento atingido pela sociedade¹⁰².

O que aconteceu no século XX foi uma passagem de toda uma era da história humana, ou seja, da sociedade de produção para a sociedade de consumo. Por outro lado, houve processos de fragmentação da vida humana. Constantemente as pessoas experimentam a sensação de que as coisas se desfazem com muita facilidade, vive-se um período em que se sente estar sendo atravessado por mudanças constantes, que sequer permitem contarmos o tempo da mesma forma como se fazia antes. Novos vocábulos emergem em nossa vida, como: transitório; mutável; relativo; provável; sensível; múltiplo; horizontal; líquido etc¹⁰³.

A este tempo transitivo em que há uma gama de valores variados e relativos, se pode chamar de pós-modernidade, que parece diluir a modernidade. É interessante que a discussão e crítica sobre o projeto da modernidade e de sua ruína tiveram início com FRIEDRICH NIETZSCHE¹⁰⁴.

NIETZSCHE já anunciava uma crise como jamais houve na face do planeta Terra, a mais profunda colisão de consciências conjurada contra tudo o que até então foi acreditado, exigido, santificado. As palavras do visionário filósofo alemão retratam sua visão de uma crise sem precedentes que viria, qual seja, a crise que previa era da fé religiosa que atravessava a Europa no final do século XIX.

NIETZSCHE foi o primeiro a compreender que "a morte de Deus" daria lugar a algo totalmente novo na história humana, ou seja, a ideia da liberdade absoluta do homem como

¹⁰⁰ ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Op. cit, p. 34.

¹⁰¹ Idem, p. 23.

¹⁰² Idem, p. 15.

¹⁰³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 688-689.

¹⁰⁴ Idem, Ibidem.

única medida do universo¹⁰⁵. O que ele descreveu era nada menos que as dores do nascimento do que muitos chamaram posteriormente de pós-modernidade.

É evidente que existem várias leituras diferentes de *per se* sobre esse período controvertido denominado de pós-modernidade. Entre essas várias leituras é possível citar, as concepções de pós-modernidade de ZYGMUNT BAUMAN, GILLES LIPOVETSKY, JEAN-FRANÇOIS LYOTARD, ANTONY GIDDENS, ULRICH BECK etc.

Entre todos os autores supramencionados é imperioso compreender, de maneira sucinta, as concepções de modernidade de BAUMAN e BECK.

Como citado no primeiro capítulo, a esse momento histórico denominado por muitos de pós-modernidade é chamado por BAUMAN de Modernidade Líquida¹⁰⁶. O termo "liquidez" é utilizado por BAUMAN como metáfora, para ilustrar as tecnologias atuais da aceleração do tempo, da fragmentação do espaço e das coletividades que contribuem para o individualismo dos indivíduos humanos.

A fluidez é a qualidade dos líquidos e gases, que os distingue dos sólidos. Os líquidos, quando sob uma força tangencial ou deformante, sofrem constante mudança de forma. Essa constante mudança é denominada fluxo, propriedade característica dos fluidos. Para os fluidos o que conta é o tempo, e não o espaço, que preenchem apenas momentaneamente. Por terem uma extraordinária mobilidade e inconstância, BAUMAN associa os fluidos à ideia de leveza ou ausência de peso, para ilustrar a natureza da fase em que vivemos na nova modernidade ou pós-modernidade¹⁰⁷. É possível dizer que "desde o momento em que a sociedade moderna começou a considerar-se moderna, as características da modernidade estão em mudança contínua"¹⁰⁸.

Na denominada "Modernidade Líquida" tudo é volátil, as relações humanas não são mais tangíveis, e a vida social, familiar, os relacionamentos amorosos, grupos de amigos, afinidades políticas, perderam consistência e estabilidade. Com efeito, na perspectiva de BAUMAN, trata-se de uma sociedade em que as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo muito mais curto do que aquele necessário para a consolidação de hábitos e rotinas. Destarte, pode-se afirmar que os seres humanos são diferentes dia após dia, vive-se em constante mutação¹⁰⁹.

¹⁰⁵ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Assim falou Zaratustra*. Tradução Carlos Duarte Anna Duarte. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 281.

¹⁰⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

¹⁰⁷ Idem, p. 7-10.

¹⁰⁸ GIORGI, Raffaele De. O Direito na Sociedade de Risco. In: GIORGI, Raffaele De. *Direito Tempo e Memória*. tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: QuartierLatin, 2006, p. 227.

¹⁰⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 15.

Nessa modernidade líquida o valor do mercado e a urgência em consumir é o que interessa, as pessoas procuram respostas urgentes para seus pseudoproblemas. A sociedade de produtores tornou-se uma sociedade de consumidores, isto pois, a forma como a sociedade atual modela seus indivíduos é ditada, sobretudo, pelo papel de consumidor¹¹⁰.

MICHEL MAFESSOLI citado por BAUMAN traz a expressão *tempo pontilhista*¹¹¹, no qual, busca-se viver as pequenas liberdades relativas, vividas no cotidiano, que não projetam em um futuro previsível, porém esgotam-se no ato propriamente dito, em uma espécie de ética instantânea¹¹². *O tempo pontilhista*, presente na maneira de vida da sociedade líquida, caracteriza-se pelas características da alinearidade e aciclicidade, e pode ser entendido como a junção de instantes sempre presentes e desconexos, fragmentado, ou até mesmo pulverizado, numa multiplicidade de instantes eternos. Nesse sentido, qualquer forma de planejamento em longo prazo acaba se tornando inviável, à medida que, assim como os objetos, os desejos também possuem uma obsolescência programada¹¹³.

Na pós-modernidade a mentalidade que prevalece é a de curto prazo, a ideia da flexibilidade, e da eficiência. Os cidadãos passam a existir apenas como consumidores, caso possuam subsídios para a vida consumista, ou reduzidos à exclusão social. Com efeito, emerge uma nova sociedade, é a denominada sociedade do risco.

O sociólogo alemão ULRICH BECK em sua obra "*Risikogesellschaft: Aufdem Weg in eine andere Modern*", tratou sobre a denominada "*sociedade de risco*"¹¹⁴. Segundo o autor supracitado, houve uma profunda ruptura, dentro da modernidade, que rompeu a sociedade industrial clássica, em uma sociedade industrial dos riscos. O desenvolvimento técnico-científico, relativamente recente, fez emergir riscos sociais, políticos, industriais e econômicos, desconhecidos durante o início da revolução industrial. As mazelas da "sociedade de riscos" surgem em virtude do próprio desenvolvimento tecnológico, científico e econômico da civilização. Nesse sentido:

Na modernidade tardia, a produção social de *riqueza* é acompanhada sistematicamente pela produção social de *riscos*. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e

¹¹⁰ _____. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 88.

¹¹¹ MAFESSOLI, Michel. *O instante eterno: o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas*. Tradução de Rogério de Almeida e Alexandre Dias. São Paulo: Zouk, 2003.

¹¹² Idem, p. 23-26.

¹¹³ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 46.

¹¹⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*; tradução de Sebastião nascimento. São Paulo. Editora 34, 2011, p. 23/24.

distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos (...). Na medida em que essas condições se empoe, ocorre que um tipo histórico de pensamento e ação é relativizado ou recoberto por outro. O conceito de “sociedade industrial” ou “de classes” (na mais ampla vertente de Marx e Webber) gira em torno da questão de como a riqueza socialmente produzida pode ser distribuída de forma socialmente desigual e ao mesmo tempo “legítima”. Isto coincide com o novo *paradigma da sociedade de risco*, que se apoia fundamentalmente na solução de um problema similar e no entanto, inteiramente distinto. Como é possível que as ameaças e riscos sistematicamente coproduzidos no processo tardio de modernização sejam evitados, minimizados, dramatizados, canalizados e, quando vindos à luz sob a forma de “efeitos colaterais latentes”, isolados e redistribuídos de modo tal que não comprometam o processo de modernização e nem as fronteiras do que é (ecológica, medicinal, psicológica ou socialmente) “aceitável”?¹¹⁵

A sociedade de riscos é uma nova realidade que se instalou no mundo moderno, influenciando o direito, notadamente o direito penal e o processo penal. Com o aparecimento de meios tecnológicos, como a internet e, sua acelerada propagação de informação, e, ainda os avanços na ciência, possibilitou-se a prática de novas condutas, que antes eram tidas como impossíveis, ou inexistentes e, a necessária utilização de instrumentos processuais novos. Nesse aspecto é interessante citar o seguinte excerto da obra de JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ:

Desde a enorme difusão da obra de Ulrich Beck, é lugar comum caracterizar o modo social pós-industrial em que vivemos como "sociedade de riscos". Com efeito, a sociedade atual aparece caracterizada, basicamente, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade. O extraordinário desenvolvimento da técnica teve, e continua tendo, repercussões diretas e um incremento do bem estar individual¹¹⁶.

ULRICH BECK depreende que para uma sociedade evoluir e haver continuidade na produção de bens e serviços são imprescindíveis tanto o avanço tecnológico como a exploração de novas áreas do conhecimento humano. A crescente industrialização carrega consigo escolhas, e estas são relacionadas às consequências e, logo a realização de sacrifícios. Com efeito, não há dúvidas de que na sociedade de riscos a contagem do tempo é influenciada sobremaneira. Isto significa que os riscos atualmente enfrentados pela sociedade volatizam-se no tempo e no espaço, tanto se pode sofrer hoje as consequências de um fato ocorrido há

¹¹⁵ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 23/24.

¹¹⁶SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 35-36.

algumas décadas, como de uma conduta humana praticada hoje vir a produzir os seus efeitos daqui a há algumas gerações¹¹⁷.

Na sociedade do risco o estado de urgência tende a tornar-se parte da normalidade vivenciada por todos, tudo deve ser necessariamente urgente e não protelado, nesse sentido FRANÇOIS OST:

E que acontece finalmente à relação com o tempo que a sociedade do risco mantém, na medida em que este escapa tanto à previdência como à prevenção? O risco secundário, que introduz a incerteza no centro dos saberes e dos poderes e faz da revisibilidade das opções o novo imperativo categórico, altera profundamente a nossa capacidade de dominar o futuro. Afastando cada vez mais os efeitos danosos futuros da causas presentes presumidas, esse risco incerto produz uma dilatação da duração que frustra as nossas faculdades de antecipação. [...] instala-se então uma crise de confiança, que atinge directamente a ideia do progresso; a inovação e o desenvolvimento são atingidos pela suspeita desde o momento em que surge o medo do risco irreversível. Mas como a imobilidade é inconcebível e não se pode deixar de agir, as nossas sociedades, sob a ameaça constante dos riscos suscitados pelas suas próprias escolhas, são obrigadas a rever incessantemente as suas opções. << Na sociedade do risco, escreve U. Beck, o estado de urgência tende a tornar-se o estado normal¹¹⁸.

Nesse sentido, é interessante salientar os estudos sobre sociedade e moda de GILLES LIPOVETSKY, segundo o qual, vive-se o império do efêmero, em virtude da volatilidade do tempo e à variabilidade constante da moda¹¹⁹. Com efeito, busca-se tudo de maneira urgente e imediata.

Não obstante, é importante ressaltar que vivemos em um momento histórico de muitas velocidades, vive-se no tempo da busca incessante por mais velocidade, numa aceleração constante.

O filósofo francês PAUL VIRILIO é denominado o teórico da Dromologia¹²⁰, nas suas análises não há mais Revolução Industrial e sim Revolução Dromocrática; não há mais democracia e sim Domocracia; não há mais estratégia, e sim Dromologia. É a velocidade como natureza do progresso dromológico que destrói o progresso, é a permanência da luta do

¹¹⁷SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p. 111.

¹¹⁸OST, François. **Op. cit**, p. 346.

¹¹⁹LIPOVETSKY, GILLES. *O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

¹²⁰ O vocábulo 'dromos' tem origem etimológica do grego e significa velocidade. Dromologia é um termo cunhado por PAUL VIRILIO e significa o estudo dos efeitos da velocidade na sociedade.

tempo, toda nova máquina seja logo contraposta a uma outra ainda mais veloz, tornando-se obsoleta antes mesmo de ser aproveitada, o produto está gasto antes de ser usado, ultrapassando assim, na velocidade, todo o sistema de lucro da obsolescência industrial. Tem-se, aqui, a futilidade de uma riqueza desaparecida do progresso dromológico¹²¹.

Para PAUL VIRILIO a velocidade é a alavanca do mundo pós-moderno, nesse sentido AURY LOPES Jr., faz referência a essa velocidade incessante da sociedade pós-moderna e da concepção de tempo subjetivo, haja vista a relatividade do tempo, senão vejamos:

Na perspectiva da relatividade, podemos falar em tempo objetivo e subjetivo, mas principalmente de uma percepção do tempo e de sua dinâmica, de forma completamente diversa para cada observador. Como dito anteriormente, vivemos numa sociedade regida pelo tempo, em que a velocidade é a alavanca do mundo contemporâneo (VIRILIO). Desnecessária maior explanação em torno da regência de nossas vidas pelo tempo, principalmente nas sociedades contemporâneas, dominadas pela aceleração e a lógica do tempo curto. Vivemos a angústia do presenteísmo, buscando expandir ao máximo esse fragmento de tempo que chamamos de presente, espremido entre um passado que não existe, uma vez que já não é um futuro contingente, que ainda não é, e que por isso também não existe. Nessa incessante corrida, o tempo rege nossa vida pessoal, profissional e, como não poderia deixar de ser, o próprio direito¹²².

Com efeito, numa sociedade de muitas velocidades, variadas entre si, também existem muitos tempos diferentes, ou seja, vive-se o momento histórico dos tempos subjetivos, do tempo da relatividade. Estamos diante do *risco da discronia social* da qual fala FRANÇOIS OST¹²³.

Quando os trens passaram a ser utilizados como o principal meio de transporte o tempo passou a representar um problema peculiar. Naquela época, cada cidade possuía sua própria hora, pouco importando qual o horário das outras cidades. No geral, os trens carregavam o horário da cidade de onde haviam partido. Com efeito, quando mais malhas ferroviárias foram construídas e os horários diferentes se deslocavam, cada vez mais houve uma grande preocupação de coordenar de forma concatenada os relógios ao longo de grandes distâncias. Destarte, surgia a necessidade de relógios sincronizados e uma busca pelo determinismo.

¹²¹ VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*. Tradução. de Celso Mauro Parciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p. 56-57.

¹²² LOPES, Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 197.

¹²³ OST, François. *Op. cit.*, p. 37/41.

Entretanto, EINSTEIN percebeu que as tentativas de sincronizar os relógios não passavam de uma criação puramente humana, que não representavam, a verdadeira e autêntica natureza do tempo, qual seja, de que este não é absoluto para todos e, que o tempo é vivenciado de maneira individual, haja vista que todos possuem seu próprio tempo que transcorre a seu ritmo particular. Para EINSTEIN não existe apenas o tempo, existem vários tempos. Dessarte, como na Física, o homem possui seu próprio tempo particular, haveria uma natural *discronia* do tempo social, ainda mais na pós-modernidade, como visto anteriormente.

O risco da *discronia social* é algo inelutável, quiçá, necessário de ser aceito e compreendido. Nesse sentido é imperioso citar FRANÇOIS OST:

[...] o tempo é plural, evidentemente, e o seu domínio é tanto o da simultaneidade como o da sucessividade. Em matéria de tempo, em nós, e à nossa volta, trata-se apenas de ritmos específicos, de durações particulares, de ciclos singulares, de velocidades diferenciadas. Há inúmeras escalas temporais que se sobrepõem, sem que tenham necessariamente os mesmos princípios de encadeamento. O que há de mais normal do que o facto de uma sociedade avançar a várias velocidades? [...] Ora, é forçoso constatar em relação a isto as tensões crescentes que se estabelecem entre os diferentes tempos sociais: tempo do trabalho e tempo do não-trabalho; tempo familiar e tempo profissional, tempo da comunicação e tempo da reflexão... Enquanto certas esferas ganham velocidade e o seu ritmo se acelera formalmente, outras, pelo contrário, parecem abrandar e mesmo parar: que sociedade poderia acomodar-se duravelmente a tais distorções? A este respeito, basta comparar o tempo estagnado de centenas de milhões de seres humanos que vivem abaixo do limiar de pobreza com o tempo das trocas comerciais entre países industrializados, e sobretudo o tempo das trocas financeiras que operam em <<tempo real>> na bula especulativa de praças bolsitas interligadas, em operações vinte e quatro horas por dia. É um facto: o tempo contemporâneo é cada vez mais fragmentado [...]¹²⁴

Ademais, independentemente da leitura adotada sobre a pós-modernidade, seja a Modernidade Líquida de BAUMAN, seja a sociedade do risco de BECK, pode-se afirmar que vivemos no período da *discronia social*, ainda que haja a construção de relógios atômicos muito precisos, no seio social vários são os tempos e ritmos particulares.

Nesse sentido, em face da inexistência de autêntica sincronia social, fato constatado, inclusive pela teoria da relatividade geral de EINSTEIN, ainda que imperceptível no plano cotidiano das velocidades ao qual o ser humano está habituado, é importante, ainda, registrar o direito ao tempo, ou seja, o direito que cada um tem ao seu próprio tempo subjetivo e particular do qual trata OST:

¹²⁴ OST, François. **Op. cit.**, p. 37-38.

Neste contexto, que forma poderia assumir uma tentativa de retemporalização? Tratar-se-ia de lembrar antes do mais uma prerrogativa geralmente negligenciada: o direito ao tempo - queremos dizer o direito ao seu tempo, o direito ao seu ritmo. Cada um, grupo ou indivíduo, deve poder construir a sua história, descobrir a sua <<diagonal>> inédita entre duração e momento, e tomar nessa via as <<iniciativas>> que lhe parecem impor-se. Cada um deve poder reconstruir um passado segundo a sua experiência e construir um futuro segundo as suas expectativas¹²⁵.

Diante da necessária *discronia social*, inerente ao ritmo social atual, deve-se rechaçar o tempo eficiente da sincronia pós-moderna, isto, pois, como na Física, o ser humano possui seu próprio tempo particular.

Não obstante, com fulcro nas concepções das revoluções científicas de THOMAS KUHN¹²⁶, pode-se afirmar que, apesar de todos os instrumentos criados na reforma do judiciário, há uma necessidade urgente de quebra de paradigma no que tange à interpretação do direito à razoável duração do processo, especificamente do processo penal, pois, assim como na sociedade, no Processo Penal não existe uma real sincronia de tempos processuais.

¹²⁵ OST, François. **Op. cit.**, p. 39.

¹²⁶ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeiro e Nelson Beira. 9.ed. – São Paulo: Perspectiva, 2006.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PENAL

Em face de tudo que foi exposto até aqui, principalmente no que tange ao choque entre a concepção de tempo absoluto do direito e o tempo subjetivo com fulcro não só na concepção relativa do tempo físico, mas, sobretudo, do tempo social é que se passa a analisar o conceito de duração razoável do processo penal tendo em vista as mais variadas percepções de passagem do tempo.

Portanto, haja vista a *discronia social*, muito bem retratada por FRANÇOIS OST e da relatividade do tempo físico desenvolvida por ALBERT EINSTEIN é que entendesse necessário (re)pensar o direito fundamental à razoável duração do processo penal, em decorrência da relação inerente que existe entre o tempo e o direito.

2.1 O TEMPO NO PROCESSO PENAL

A sociedade desde a Revolução Industrial é regida pela grandeza tempo. Ademais, buscou-se, até aqui, demonstrar que o tempo é percebido de duas formas distintas: uma primeira concepção puramente objetiva e outra subjetiva. Destarte, verificou-se que a concepção de tempo absoluto, levantada pelo físico inglês ISAAC NEWTON, não tem como se sustentar de *per se*. Não há tempo absoluto, pois, vive-se o tempo da relatividade de ALBERT EINSTEIN.

A sociedade da pós-modernidade é a era da velocidade como se observou, buscando expandir ao máximo seu tempo. Todavia, preliminarmente, pode-se afirmar que o tempo do processo penal se desenrola em um tempo diferente do tempo social. O direito busca acompanhar a velocidade social, no entanto, está anos-luz de distância¹²⁷ do avanço da sociedade.

Vive-se numa sociedade em que o tempo não é uniforme, não é sentido da mesma maneira por todos, vive-se o tempo da *discronia social*. No entanto, o processo penal permanece baseado na concepção de tempo objetivo e determinado, mesmo sabendo que

¹²⁷Ano-luz é uma unidade de distância astronômica que equivale à distância percorrida pela luz no espaço em um ano, sendo de aproximadamente 9,5 trilhões de Km. O que ilustra bem a distância que existe entre a sociedade pós-moderna e a realidade processual penal.

todos os atos processuais são diretamente influenciados pelo curso temporal, a academia permanece vinculada à concepção objetiva de tempo. Não há necessidade de nenhuma *expertise* especial para depreender que o processo penal permanece fechado em seu próprio tempo não se desenvolvendo na mesma velocidade da sociedade.

Com efeito, para discutir as relações existentes entre tempo e processo, é necessário recordar que o tempo do processo não é um tempo ordinário. O espaço judiciário reconstrói, por oposição ao abandono da sociedade, o tempo do processo interrompe o escoamento linear do tempo cotidiano¹²⁸. Valendo-se da famigerada expressão de FRANCESCO CARNELUTTI, não há dúvidas de que o tempo atua como inimigo do processo penal brasileiro¹²⁹.

O tempo é realmente um inimigo do processo, aliás, no que tange à prestação jurisdicional, não importa a época, sempre se discutiu a 'crise do judiciário', discussões que são travadas hoje já eram realizadas na década de 90¹³⁰.

Destarte, a crise do judiciário só tende a ser agravada, e isso, em virtude da obsessão pelo imediatismo, pela urgência ao qual nossa sociedade atual está presa. Com efeito, o Judiciário, influenciado pela busca interminável da urgência, acaba adotando o princípio da eficiência como paradigma de distribuição de justiça.

Ademais, é mister citar o seguinte trecho da obra de GLOECKNER, na qual o autor realiza uma minuciosa análise da sociedade do risco e o processo penal:

No processo penal atual, a exemplo do que ocorre em outros setores da sociedade, a espera é deixada de lado. Em seu lugar se reproduzem a impaciência e a antecipação. [...] O processo penal, nessa conjuntura, aparece como óbice, como estorvo. Já não é necessário para a imposição de pena. Ao perder a sua característica mais preciosa, ser um caminho imprescindível à imposição da sanção, retardando o julgamento e subtraindo o caso das contaminações da evidência, o processo penal começa a ser preenchido com ideais como eficiência, economia processual, celeridade. [...] o princípio da celeridade processual, que acaba ganhando corpo através da emenda constitucional n.º 45. Se for certo que o processo deve ter um fim, ou seja, deve possuir um prazo máximo de duração, mais certo ainda é de que deve durar minimamente. Todo julgamento envolve tempo. Tempo que não pode atropelar garantias. Tempo necessário à defesa, que não pode ser subtraído como se mera obstaculização à eficiência fosse. Tempo não

¹²⁸ SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, direito e constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 41.

¹²⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, 1958, p. 354.

¹³⁰ CENEVIVA, Walter. Afastamento entre o judiciário e o povo: uma reavaliação. In: TEIXEIRA, Fábio de Figueiredo (Coordenador). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 252-274.

passível de negociação e que tampouco pode advir na velocidade da luz, a exemplo da sociedade. Tempo, sobretudo, que nasce para se estender¹³¹.

Não há dúvidas de que o impacto da velocidade e da aceleração na sociedade pós-moderna produzem efeitos no processo penal, o tempo do processo é mais lento do que o tempo da sociedade, não só por uma questão de garantia processual, mas, também porque a sociedade corre em ritmos de tempo variados entre si, enquanto o processo tem como base a concepção de tempo absoluto.

Uma das grandes problemáticas do Processo Penal atualmente é a sua duração, afinal, urge indagar: Quanto tempo ele deve durar? Quanto tempo o acusado pode ter sua liberdade suprimida total ou parcialmente? Quanto tempo a sociedade pretende esperar para ver a aplicação e execução do Direito Penal, e conseqüentemente, se culpado for, ver o acusado preso? De quanto tempo o juiz precisa para decidir um processo determinado?

Destarte, diante da existência dos vários sujeitos processuais, e da *discronia social*, em uma sociedade de tempo relativo, correndo a vários ritmos distintos, não teriam os sujeitos processuais tempos diferenciados? Teriam eles um tempo sincronizado, ou, haveria, como na sociedade uma total *discronia processual*?

A morosidade processual é um indicador de ineficiência da justiça e também uma de suas principais causas. Aliás, as condutas dos sujeitos processuais que, praticadas com abuso e em afronta aos preceitos constitucionais e legais, violam o direito constitucional à razoável duração do processo, até porque, o tempo corre de forma diferente para cada um dos sujeitos envolvidos no Processo Penal, e também, no Processo Civil.

No processo penal, basicamente, intervém três sujeitos processuais, quais sejam: juiz, acusador e acusado, segundo GIOVANNI LEONI sujeitos processuais são os indivíduos entre as quais se constitui a relação processual¹³².

2.1.1 O tempo do julgador

Preliminarmente, é fulcral recordar as sábias lições de PEDRO LESSA, citado por JOSÉ RENATO NALINI:

¹³¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009, p.209-210.

¹³² LEONE, Giovanni. *Trattato di Diritto Processuale Penale*, v.1, p. 247. Apud. LOPES, Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 726.

Tratai bem os juízes, tendo sempre em mente as continuas injustiças com que eles são julgados, devido às paixões e aos interesses contrariados pelas sentenças, e a leviandade e precipitações que presidem as apreciações dos interessados¹³³.

O juiz é a figura central do processo, ou o sujeito “*piú eminente*” da relação processual¹³⁴. O artigo 125 do Código de Processo Civil dispõe sobre certas atribuições do magistrado, entre elas velar pela rápida solução do litígio. O artigo 251 do Código de Processo Penal, também regulamenta a atividade judicante. Tal dispositivo dispõe que ao juiz caberá prover a regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos.

No desempenhar da função jurisdicional, o juiz desenvolve uma atividade judicante, solucionando, em face dos elementos de prova, de avaliar livremente, para formar sua convicção sobre a existência material da infração penal, sobre a autoria e a responsabilidade penal¹³⁵. No processo penal muito se fala do princípio da verdade real, entretanto, é importante afirmar que ninguém detém o monopólio da verdade, ou seja, quando se fala de verdade real ou material, não significa que o juiz deva ter a pretensão de alcançar uma verdade absoluta dos fatos, mas, e apenas, se está fazendo referência aos instrumentos conferidos ao magistrado para, no mínimo, se aproximar da real construção do que realmente ocorreu.

A busca pela verdade processual traduz-se em um valor que legitima a atividade jurisdicional, não se pode considerar como justa uma decisão que não seja baseada em um processo que tenha em perspectiva uma correta verificação dos fatos¹³⁶. É importante salientar que certeza e verdade, embora sejam conceitos que se aproximem não se confundem. A verdade está nos fatos a certeza, por sua vez, está no sujeito, a verdade é una, no entanto, certeza é algo que pode variar subjetivamente.

A certeza, por conseguinte, constitui a manifestação subjetiva da verdade, sendo um estado de ânimo seguro da verdade de uma determinada proposição. Tendo por base a criteriosa doutrina do professor italiano FRANCESCO MAURO IACOVIELLO, pode-se

¹³³ Pedro Lessa, Discursos e conferências, Apud NALINI, José Renato. *Éticageral e profissional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 603.

¹³⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Volume II, Campinas: Millenium, 2000, p. 1.

¹³⁵ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Volume III. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000, p. 289.

¹³⁶ TARUFFO, Michele. *La prova dei fattigiuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 48-49.

afirmar que “a certeza do juiz é a verdade do processo”¹³⁷. A atividade do julgador se assemelha muito à do historiador, isto, pois, os dois profissionais vem reconstruir fatos pretéritos, e isso jamais os conduzirá a uma certeza absoluta, a certeza que o juiz no processo pode alcançar será sempre relativa¹³⁸.

Todavia, o juiz deve estar em busca da verdade, sob pena, de realizar injustiças, aliás, nesse sentido GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ afirma:

Mesmo que se aceite a impossibilidade de se atingir um conhecimento absoluto ou uma verdade incontestável dos fatos, não é possível abrir mão da busca da verdade. Tal renúncia significaria abdicar de uma decisão justa, reduzindo o processo a um mero método de resolução de conflitos de partes, no qual o fim de pacificação social pode ser atingido independentemente do modo de atuação e da exigência de uma reconstrução verdadeira dos fatos¹³⁹.

Percebe-se que o magistrado necessita de determinado tempo para reconstruir o fato pretérito que é o crime, ou seja, assim como o historiador o juiz necessita de certo tempo para constatar os fatos que ocorreram no passado, e sobre eles construir alguma certeza sobre seus elementos e tomar uma decisão e, além disso, resguardar a regularidade do processo e a manutenção da ordem concatenada de todos os atos processuais. Com efeito, a atividade jurisdicional exige tempo, necessita de um prazo razoável.

Não obstante, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), ou seja, a Lei Complementar N.º 35 de 14 de março de 1979, em seu artigo 35, incisos II e III prevê os deveres do magistrado, haja vista o necessário cumprimento dos prazos legais¹⁴⁰. Todavia, muito difícil, quiçá impossível, que os magistrados possam cumprir os prazos previstos nos Códigos de Processo Civil e Penal, no geral, os dispositivos que regulamentam os prazos processuais não tem qualquer eficácia no que tange aos magistrados, haja vista tratarem-se de prazos impróprios.

Os mencionados dispositivos tutelam o bom e célere andamento da justiça, na medida em que estabelece deveres a serem perquiridos pelos magistrados, evitando que os jurisdicionados sejam prejudicados por desídia ou negligência dos julgadores.

¹³⁷ IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 34.

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 55.

¹³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT., pág. 24.

¹⁴⁰ “Artigo 35. São deveres do magistrado: II – não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; III – determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais”.

Ademais, a Resolução N.º 70, de 18 de março de 2008 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dispõe sobre o planejamento e a gestão estratégica do Poder Judiciário. Conforme o disposto no artigo 1.º, inciso IV um dos objetivos estratégicos do Judiciário é exatamente a eficiência operacional, para viabilizar agilidade nos trâmites judiciais e administrativos.

Aliás, a Resolução N.º 135, de 13 de julho de 2011, veio para regulamentar e uniformizar o procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados (trata-se dos PADsMag). Tal procedimento terá aplicação em hipóteses de violação aos deveres expressamente previstos na LOMAN, como por exemplo, a ocorrência de ineficiência na prestação jurisdicional, o escopo é garantir celeridade, utilizando-se para isso, de repressão administrativa.

Os prazos processuais previstos tanto no Código de Processo Civil, como no Código de Processo Penal, talvez fossem adequados, no momento de suas respectivas edições, pois, o número de processos era menor em relação ao volume astronômico que existe nos dias atuais. Atualmente, com esse número extremamente elevado de processos, não há como o magistrado manter seu serviço jurisdicional dentro dos prazos, ainda que conte com assessores excepcionais.

Não se pode outorgar ao magistrado a perspectiva da 'eficiência econômica', pois, este também possui dignidade humana, não se pode exigir que renuncie totalmente à sua vida pessoal pelo trabalho jurisdicional.

Como foi salientado, o magistrado precisa de tempo hábil para decidir os processos com imparcialidade, sob pena de prolar decisões pouco técnicas e fundamentadas de maneira insatisfatória. Ademais, deve ser grande a preocupação com a possibilidade de erro judiciário. A Constituição Federal reflete a preocupação que se deve ter com a mera possibilidade de injustiças, nesse sentido é o disposto no artigo 5.º LXXV, que determina *Ipsis litteris*: "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

Destarte, para que haja diminuição substancial da simples possibilidade da ocorrência de erro judiciário, deve o juiz ter tempo hábil e adequado para julgar, sob pena de, em nome da eficiência, cometer graves injustiças.

Com efeito, essa busca interminável por eficiência na prestação jurisdicional tem o condão de proporcionar inúmeros erros judiciários. Até porque o tempo que o juiz necessita para formar sua convicção sobre os fatos é diferente do tempo da sociedade ou das partes. O juiz deverá formar seu convencimento de maneira serena, não sendo justo, racional e legítimo

exigir do magistrado metas com base na eficiência econômica, sua função jurisdicional não deve ter por base a eficiência econômica, do contrário, não haverá justiça, mas sim, e somente economia do tempo e, fuga de processos administrativos disciplinares de magistrado.

Entretanto, não deve o magistrado exceder os prazos de maneira exponencial, o que se pretende é a razoabilidade que só será encontrada tendo em perspectiva os outros tempos processuais. O tempo do magistrado é diferente dos demais sujeitos processuais, ele é relativo à sua posição no processo. Para o magistrado o tempo correrá de maneira mais vagarosa naturalmente, e isso, em decorrência do princípio da inércia jurisdicional.

2.1.2 O tempo do acusado

O acusado ou réu é o sujeito passivo da ação penal, é o indivíduo contra quem é movida a ação penal seja pública ou privada, nesta última é denominado querelado. O Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, o Código de Processo Penal Militar, traz no seu bojo uma definição precisa do que venha ser acusado: "artigo 69. Considera-se acusado aquele a quem é imputada a prática de infração penal em denúncia recebida"¹⁴¹.

O acusado é o sujeito processual sobre o qual recai a carga acusatória durante o tempo de duração do processo. É sobre os ombros do acusado que recai a pretensão punitiva do Estado, o sujeito passivo da ação penal deverá resistir à pretensão punitiva.

É evidente que a deflagração do processo traz gravames ao acusado, ônus estes que se tornam ainda mais nefastos diante da demora desarrazoada. A honra e a dignidade do indivíduo acusado da prática de uma infração penal são maculadas, além do que a deflagração de uma ação penal pode dar ensejo a várias limitações aos seus direitos individuais, como o necessário comparecimento aos atos do processo e, até mesmo, o risco de ter sua liberdade cerceada cautelarmente e mais, a tensão psicológica com uma situação que pode gerar mudanças quase definitivas na vida do indivíduo. O tempo de duração do processo é um tempo que é desapropriado do acusado¹⁴².

O tempo do acusado é distinto do tempo do julgador, isto, pois, o acusado sofre com a persecução penal. Para o acusado o tempo corre de maneira mais "veloz", ou seja, para o acusado o tempo de duração do processo pode parecer uma "eternidade", já que sobre ele recai toda pretensão punitiva do Estado.

¹⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique RighiIvahy. *Processo Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 197.

¹⁴² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Op. cit.*, p. 343.

O acusado sofre por antecipação com a angústia de ter uma condenação transitada em julgado, aliás essa tensão psicológica é ainda maior e, isso em virtude da possibilidade de sofrer uma medida cautelar real ou até mesmo pessoal, como a decretação da prisão preventiva.

No geral, o medo toma conta do acusado que, ao atuar no processo penal diante de juízes, promotores de justiça, defensores públicos e advogados, encontra-se em uma situação de "inferioridade", desconhecendo, no mais das vezes, as regras dos procedimentos e a linguagem rebuscada utilizada no Direito¹⁴³.

Quando se faz a afirmação de que o tempo do acusado corre de maneira mais rápida, não significa que o procedimento esteja sendo realizado de forma célere, na verdade, significa dizer que o acusado tem uma percepção distinta de tempo, ou seja, para ele a sensação temporal é mais larga, ou seja, tem a sensação de maior duração. Isto ocorre em virtude do sofrimento psicológico antecipado à pena, proporcionado pelo próprio curso do processo penal, quiçá antes do processo penal, até porque o inquérito policial proporciona sofrimento e tensão psicológica com a possibilidade de prisão cautelar (temporária ou preventiva) ou mesmo de ser posteriormente processado.

Nesse diapasão é mister citar AURY LOPES JR.:

O processo penal submete o particular a uma instituição que, em geral, é-lhe absolutamente nova e repleta de mistérios e incógnitas. [...] os membros do Estado - juízes, promotores e auxiliares da Justiça - movem-se em um cenário que lhes é familiar, com a indiferença de quem só cumpre mais uma tarefa rotineira. Utilizam uma indumentária, vocabulário e todo um ritualismo que contribui de forma definitiva para que o indivíduo adquira a plena consciência de sua inferioridade. [...] Tudo isso, acrescido do peso da espada de Dâmocles que pende sobre sua cabeça, leva o sujeito passivo a um estado de angústia prolongada. Enquanto dura o processo penal, dura a incerteza, e isso leva qualquer pessoa a níveis de estresse jamais imaginados. Não raros serão os transtornos psicológicos graves, como a depressão exógena. O sofrimento da alma é um custo que terá de pagar o submetido ao processo penal, e tanto maior será sua dor quanto maior for a injustiça a que esteja sendo submetido¹⁴⁴.

A personalidade do acusado, sua dignidade e liberdade não são levadas em conta, o processo penal é um autentico instrumento de castigo antecipado, *de per se*.

¹⁴³ RIVIÈRE, Claude. *Os Ritos Profanos*. Petrópolis, Vozes, 1997, p. 317.

¹⁴⁴ LOPES JR. AURY. *Investigação preliminar no processo penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 114-115.

A concepção de justiça parece obnubilada por uma concepção autoritária e despótica do Estado, sendo todo meio legítimo para defender a sociedade¹⁴⁵.

O cidadão acusado ou indiciado, apesar de ser considerado presumidamente inocente, conforme o disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República, adquire uma nova identidade, degradada, perde sua identidade anterior e altera sua vida social, sendo considerado "culpado" antes mesmo da sentença penal definitiva.

Para o acusado o processo de estigmatização gerado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é uma punição drástica da alma e, por conta disso, sua percepção temporal é relativamente mais dilatada. Ademais, essa situação é mais grave nos casos de decretação de prisão cautelar. O tempo na prisão, especificamente para o preso provisório, corre muito mais "rápido", ou seja, o tempo passa e parece não terminar nunca, tempo este que lhe é subtraído de maneira institucionalizada. A persecução penal já representa, com a prisão provisória ou sem ela, *de per se* uma pena do processo.

Aliás, LUIGI FERRAJOLI afirma:

[...] Aqui estamos obviamente nos casos de patologia judiciária. Mas de uma patologia que assinala a possibilidade de fazer uso do processo como escopo de punição antecipada, ou de intimidação polícial, ou de estigmatização social, ou de persecuções políticas, ou por todos estes motivos conjuntamente. Em todos os casos, além de cada intenção persecutória em relação ao suspeito, é indubitável que a sanção mais temida na maior parte dos processos penais não é a pena - quase sempre leve ou não aplicada -, mas a difamação pública do imputado, que tem não só a sua honra irreparavelmente ofendida mas, também, as condições e perspectivas de vida e de trabalho; e se hoje pode-se falar de um valor simbólico e exemplar do Direito Penal, ele deve ser associado não tanto às penas mas, verdadeiramente, ao processo e mais exatamente à acusação e à amplificação operada sem possibilidade de defesa pela imprensa e pela televisão¹⁴⁶.

A prisão temporária é assim denominada por ter prazo predefinido em lei quanto à sua duração (vide artigo 2.º da Lei n.º 7.960/1989 e artigo 2.º §4.º, da Lei n.º 8.072/1990). A prisão preventiva, por sua vez, não encontra restrição desta ordem, perdurando, supostamente, enquanto se fizer necessária para o andamento do processo. A prisão preventiva, ao ser utilizada de maneira abusiva, acaba revelando a natureza draconiana do processo penal, isto

¹⁴⁵AQUINO, José Carlos G. Xavier de; e NALINI, José Renato. *Manual de Processo Penal*. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 12.

¹⁴⁶FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 675.

pois, em alguns casos, o tempo de duração da prisão provisória pode, arbitrariamente, ultrapassar o prazo de cumprimento da pena em caso de condenação.

O tempo de duração da prisão provisória para quem sente suas "grades autoritárias" é muito longo, aliás, não há dúvidas de que se trata de uma autêntica punição antecipada¹⁴⁷. A pena privativa de liberdade, assim como a prisão provisória e o próprio processo penal atingem, muito mais a integridade psíquica do indivíduo do que a sua integridade física. Entre os séculos XVIII e XIX manifestou-se uma transformação na pena, que passa das penas corporais às privativas de liberdade e do mero castigo à "correção"¹⁴⁸.

Nesse sentido, são as análises de MICHEL FOUCAULT:

Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce? A resposta dos teóricos - daqueles que abriram, por volta de 1780, o período que ainda não se encerrou - é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições. Mably formulou o princípio decisivo: Que o castigo, se assim posso exprimir, fira mais a alma do que o corpo¹⁴⁹.

Não há dúvidas de que a prisão, seja ela provisória ou decorrente de sentença condenatória com trânsito em julgado, atinge a mente do indivíduo, que porventura terá uma perspectiva temporal distinta. Aliás, CEZAR ROBERTO BITENCOURT trata detalhadamente dos problemas psicológicos que a prisão produz no indivíduo, entre eles pode-se citar: a epilepsia, as oligofrenias, as esquizofrenias, as depressões, as reações explosivas à prisão, as recorrentes tentativas de suicídio etc¹⁵⁰.

Não só o acusado, mas o condenado à pena privativa de liberdade terá uma percepção subjetiva distinta do transcorrer do tempo. Para ANA MESSUTI, a pena é insubstituível, intransferível, única: "ainda que a pena esteja prevista e quantificada, de modo uniforme, objetivo, cada um viverá como própria. Cada um viverá sua própria pena"¹⁵¹.

¹⁴⁷FERRAJOLI, Luigi. **Op. cit.**, p. 715.

¹⁴⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 10.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 252.

¹⁴⁹FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; Tradução de Raquel Ramallete. 41.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 21.

¹⁵⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4.ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 199-203.

¹⁵¹ MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Tradução de Tadeu AntonioDix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44-45.

O tempo da pena escoa-se em comum com o tempo que transcorre livre da pena, o tempo de vida de um ser humano, pois na medida em que são descontados os anos de pena, ou de prisão provisória, igualmente vão se descontando os anos de vida¹⁵².

O Direito Penal está fundamentado na concepção temporal, ou seja, o Direito Penal utiliza-se da passagem do tempo para punir os criminosos, nesse sentido:

No que se refere ao Direito Penal, o tempo é fundante de sua estrutura, na medida em que tanto cria como mata o direito (prescrição), podendo sintetizar-se essa relação na constatação de que a pena é tempo e o tempo é pena. Pune-se através de quantidade de tempo e permite-se que o tempo substitua a pena. No primeiro caso, é o tempo do castigo, no segundo, o tempo do perdão e da prescrição. Como identificou MESSUTI, os muros da prisão não marcam apenas a ruptura no espaço, senão também uma ruptura do tempo. O tempo, mais que o espaço, é o verdadeiro significante da pena¹⁵³.

AURY LOPES JR já identifica a existência do tempo subjetivo do acusado e, porque não o do condenado. Aliás, o autor supracitado já cogita a possibilidade de análise da pena tendo em vista a sociologia do risco e a própria teoria da relatividade.¹⁵⁴ Diante de tudo, percebe-se que o acusado e, também, o condenado, tem seu próprio tempo, subjetivo.

Para o acusado a sensação de duração do processo penal é distinta das sensações dos demais sujeitos processuais e até mesmo da sociedade, pois, como já afirmava ALBERT EINSTEIN, a concepção de passagem do tempo também é influenciada por certos estados mentais¹⁵⁵. No caso do réu, pelo sofrimento passado durante a angustiante demora subjetiva do processo.

2.1.3 O tempo da sociedade

A ser aplicada com eficácia a legislação penal pátria, converteria o país, num enorme presídio e, somente pequena parcela da população, ficaria do lado de fora dos muros da penitência. É impossível não recordar, a propósito, a figura tragicômica do doutor Simão Bacamarte, o médico tão bem retratado por MACHADO DE ASSIS em 'O Alienista'.

¹⁵² MESSUTI, Ana. **Op. cit.**, p. 50-60.

¹⁵³ LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 10.

¹⁵⁴ LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Op. cit.**, p. 10, 11.

¹⁵⁵ EINSTEIN, Albert. *Vida e pensamentos*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 100.

Induzido por seus altíssimos estudos sobre a psique humana, o protagonista do conto foi pouco a pouco ampliando seu critério para a classificação dos doentes mentais; e, em pouco tempo, estava internada no manicômio da cidade a população inteira da vila¹⁵⁶.

É imperioso observar o princípio da intervenção mínima, que informa o Estado em dois momentos distintos: preliminarmente, o legislador na sua atividade legiferante e, em um segundo plano, o Poder Judiciário. O Direito Penal deve intervir minimamente, somente nos casos de ataques mais graves aos bens jurídicos mais relevantes, ele é subsidiário dos demais segmentos do ordenamento jurídico, jamais poderá ser tido como a *prima ratio*¹⁵⁷. Nesse mesmo sentido é o que preconiza ROGÉRIO GRECO¹⁵⁸.

Ademais, o próprio CLAUS ROXIN, ao tratar do princípio da *ultima ratio* e os princípios corolários da fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal afirma:

El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema - como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales etc. - Por ello se denomina a la pena como la "*ultima ratio de la política social*" y se define sumisión como protección **subsidiaria** de bienes jurídicos. Em la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza "**fragmentaria**" del Derecho penal¹⁵⁹. (Grifos do original)

Entrementes, vem prevalecendo no Brasil um Direito Penal, excessivamente intervencionista e preventivo, com fundamento na infusão do medo na população e na sugestão da suposta garantia da tranquilidade social. Em uma visão psicossocial, observa-se a sociedade sendo continuamente provocada pelo discurso do populismo penal midiático¹⁶⁰ com o protagonismo do jornalismo justiceiro requerendo veementemente a expansão do Direito

¹⁵⁶ ASSIS, Machado de, *Helena; O alienista*. São Paulo: Três livros e fascículos, 1984.

¹⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43-45.

¹⁵⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 47-49.

¹⁵⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General*. Traducción e notas Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 65.

¹⁶⁰"Segundo Luis Flávio Gomes o Populismo Penal pode ser definido como o conjunto de técnicas especializadas para obtenção de consenso ou de apoio em torno da expansão de um poder, o punitivo. Quando o populismo penal ou discurso hiperpunitivista é realizado pelos meios de comunicação ele é denominado populismo penal midiático, geralmente realizado por meio de jornalismo justiceiro". GOMES, Luiz Flávio. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53, 99 e 106.

Penal e, no mais, a “super eficiência” do processo penal. Trata-se mais minuciosamente da denominada criminologia midiática, da qual trata EUGENIO RAÚL ZAFFARONI:

[...] existe uma criminologia midiática que pouco tem a ver com a acadêmica. Poder-se-ia dizer que, em paralelo às palavras da academia, há uma criminologia que atende a uma criação da realidade através da informação, subinformação e desinformação midiática [...] o discurso, se é que pode chamar assim, da criminologia midiática atual não é outro senão o chamado neopunitivismo dos Estados Unidos, que se expande pelo mundo globalizado. A característica central da versão atual desta criminologia é proporcionada pelo meio técnico empregado: a televisão¹⁶¹.

Esse discurso *neopunitivista* causa insegurança na sociedade que passa a aceitar como única solução possível o estabelecimento de um sistema legal extremamente repressivo, severo e, acima de tudo, eficiente. Tal sistema penal e processual penal, à força de ser abrangente e rigoroso, acaba por produzir um efeito contrário, qual seja, em vez de garantir as liberdades individuais do cidadão, limita o exercício de tais liberdades. No âmbito do processo penal, como visto anteriormente, tal discurso clama por eficiência, trata-se de um autêntico discurso neoliberal que pretende contaminar o processo penal.

E é nesse rumo que o discurso neoliberal "vende", por meio da mídia o princípio da eficiência como uma norma verdadeiramente "salvadora", uma "lei que liberta", na feliz expressão de FRANÇOIS OST¹⁶². Lei que liberta porque é livremente assumida por todos. Este é o jogo, pois faz-se todos pensarem que através da ação mais eficiente os problemas do Poder Judiciário estariam todos resolvidos e, por conseguinte, libertando-se do "burocrático" e "obsoleto" Estado e entregando-se ao "bondoso"¹⁶³ mercado, todos seriam mais livres e mais felizes. Lembrando LYRA FILHO, jargões desta ordem como "lei que liberta", "mercado que liberta", são tão perigosos quanto aquele "Nacional-Socialismo" que se colocou sobre o nazismo¹⁶⁴.

Muitos seguem praticando e repetindo o discurso efficientista sem se darem conta do que realmente este significa. No geral há um manifesto desconhecimento do direito, isto é, um

¹⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: Conferências de criminologia*. Coordenadores Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 303-305.

¹⁶² OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 71.

¹⁶³ No sentido dado por Agostinho Ramalho Marques Neto. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *O Poder Judiciário na perspectiva da sociedade democrática: o Juiz Cidadão*. In: Revista ANAMATRA. São Paulo, n. 21, p 1994, p. 50.

¹⁶⁴ LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar Direito, Hoje?* Brasília: Nair, 1984, p. 11.

desconhecimento por parte da sociedade quanto ao seu verdadeiro alcance¹⁶⁵. A sociedade obedece e pratica a lei que lhe é ditada, e agora de maneira eficiente, sem realmente compreendê-la, sem se dar conta das consequências desse discurso, cumpre-se a lei como um imperativo categórico moral.

Com efeito, a sociedade pós-moderna clama por eficiência no que tange à resposta penal. A concepção do senso comum social é de que o sistema de Justiça Penal é muito lento e, que o Poder Judiciário é extremamente moroso. Há que se lembrar que o Direito, notadamente o Direito Penal, é uma forma de instituição social de controle do tempo, e a sociedade pós-moderna inserida nessa ideia de tempo curto, na qual o referencial é a velocidade, clama incessantemente por urgência na resolução de conflitos criminais. Para a sociedade o processo penal dura muito tempo de maneira desnecessária, ou seja, não há a menor preocupação com as garantias constitucionais do acusado, para a sociedade o processo penal deve durar o mínimo possível.

Dessarte, a sensação de tempo para a sociedade é diferente do tempo do acusado e do juiz, para a sociedade o tempo corre com mais lentidão no que tange ao processo penal. A sociedade clama por urgência, precisa constatar a punição de maneira muito rápida, isto, pois, o seu tempo relativo é curto, ou seja, para os olhos da sociedade, por exemplo, 1 (um) ano de prisão provisória de um acusado de crime grave é pouco tempo, na verdade pretende-se que o indivíduo permaneça permanentemente preso.

O tempo do Direito é diferente do tempo da sociedade, para esta última a sensação de passagem do tempo, ou seja, de duração é sempre menor, não se conformando com os prazos processuais e, nem mesmo com os prazos prescricionais. Para o acusado, o tempo que passou no cárcere ou sendo processado, ainda que em liberdade provisória é uma eternidade, já para a sociedade em geral o tempo não passa na mesma velocidade, não se conforma, em geral, com a mera possibilidade de prescrição ou de duração razoável da prisão.

2.1.4 O tempo da lei

A lei define o tempo por meio dos prazos que são estabelecidos em lei para que o julgador, por meio do impulso oficial, possa conduzir o processo ao seu termo, que é a prolação da sentença, decidindo então o mérito. O prazo é um espaço de tempo determinado,

¹⁶⁵ CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998, p. 18.

durante o qual deve realizar-se algum ato processual¹⁶⁶. No âmbito do processo penal a contagem dos prazos está estabelecida no artigo 798 do Código de Processo Penal, por sua vez, os prazos de natureza penal terão sua contagem com base no artigo 10 do Código Penal.

Não cabe nesta pesquisa a análise doutrinária dos prazos processuais e dos prazos penais, todavia, é certo afirmar que o Código de Processo Penal traz no seu bojo uma série de prazos, alguns próprios outros impróprios. Denominam-se próprios os prazos sujeitos à preclusão e impróprios os que não estão sujeitos à preclusão, ou seja, destituídos de qualquer sanção processual, apenas sanções administrativas.

Como dito, o Código de Processo Penal faz referências a vários prazos (vide artigos 400, 412, 531 etc.), todavia, pode-se afirmar que tais prazos não acompanham as mais variadas percepções de passagem do tempo. Os prazos legais não refletem o tempo necessário para que o juiz possa decidir o caso penal de maneira imparcial e suficientemente fundamentada na busca pela verdade. Também não se leva em consideração a angústia sofrida pelo acusado durante o transcorrer do processo e, muito menos a necessidade de urgência da sociedade de risco. Com efeito, percebe-se que o tempo para lei resume-se à contagem de anos, meses e dias e nada mais. Não há nenhuma preocupação com a relatividade do tempo, seja ele na perspectiva física ou social.

Não obstante, importa salientar que nessa perspectiva existe gravíssimo paradoxo quando se depara com a inexistência de um tempo absoluto, tanto na ótica da física, como também social ou subjetivo, haja vista a concepção jurídica de tempo. Assim, com relação a essa problemática tormentosa AURY LOPES JR disserta que:

O Direito não reconhece a relatividade ou mesmo o tempo subjetivo, e, como define PASTOR, o jurista parte do reconhecimento do tempo enquanto "realidade", que pode ser fracionado e medido com exatidão, sendo absoluto e uniforme. O Direito só reconhece o tempo do calendário e do relógio, juridicamente objetivado e definitivo. E mais, para o Direito, é possível acelerar e retroceder a flecha do tempo, a partir de suas alquimias do estilo "antecipação de tutela" e "reversão dos efeitos", em manifesta oposição às mais elementares leis da física¹⁶⁷.

Ademais, no plano jurídico a legislação busca tratar de maneira dogmática todos os processos na mesma perspectiva temporal, salvo a distinção procedimental entre rito ordinário, sumário e sumaríssimo. No entanto, percebe-se que o discurso processual penal

¹⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1008.

¹⁶⁷ LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 10.

referente ao tempo de duração do processo, pode variar conforme as velocidades do direito penal.

2.1.4.1 Velocidades do direito penal e tempos do processo penal

Preliminarmente é importante ressaltar as lições de CLAUS ROXIN segundo o qual a discussão a respeito do denominado "*Direito Penal do risco*" foi suscitada com a obra do sociólogo ULRICH BECK sobre a "sociedade do risco" e foi tratado monograficamente pela primeira vez na obra de PRITTIWITZ sobre "*Direito Penal e risco*"¹⁶⁸. A discussão reside em torno de saber, se o Direito Penal ligado ao Estado de Direito, com seu tradicional sistema de garantias, é idôneo para enfrentar os modernos riscos da vida na sociedade pós-moderna.

Neste debate acadêmico há três grupos distintos de juristas, os que consideram imprescindível que o Direito Penal mantenha o seu "âmbito clássico de tutela e seus critérios de aplicação". Há os que divergem radicalmente de tal entendimento e postulam que o Direito Penal se conforme e desenvolva "absolutamente funcionalizado às exigências postas por uma tutela, que assim se espera efetiva, dos mega riscos que ameaçam a subsistência da sociedade". E, finalmente, há aqueles que buscam uma terceira via, propondo que o Direito Penal responda as problemáticas da sociedade conforme "uma política criminal e uma dogmática dualistas"¹⁶⁹.

Na supracitada "terceira via" encontra-se JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ que, pretende emprestar ao Direito Penal "duas velocidades" de atuação. O autor busca demonstrar a possibilidade de coexistirem duas espécies de subsistemas sancionatórios dentro do sistema penal. Assim, propugna que todos os comportamentos ameaçados com pena privativa de liberdade fiquem adstritos ao núcleo clássico do Direito Penal e do Processo Penal. Por outro lado, para um sistema de alcance penal preparado para atribuir sanções de natureza diversa, como penas restritivas de direitos e pecuniárias, pode-se aplicar um procedimento com relativização e flexibilização das garantias penais e processuais penais clássicas¹⁷⁰. O autor espanhol ainda faz referência a uma terceira velocidade do Direito Penal, senão vejamos:

¹⁶⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General*. Traducción e notas Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 61.

¹⁶⁹ SANZO BRODT, Luís Augusto. *Direito Penal, Sociedade e Constituição*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, n.º 94. Julho/Dezembro de 2006, p. 183-184.

¹⁷⁰ SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p. 64-67.

No capítulo anterior ficaram caracterizadas as que, a meu juízo, seriam as "duas velocidades" do Direito Penal. Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal "da prisão", na qual se haveriam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção. A pergunta que há que elaborar, enfim, é se é possível admitir uma "terceira velocidade" do Direito Penal, na qual o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais¹⁷¹.

No ordenamento jurídico brasileiro é possível encontrar essas "duas velocidades" do Direito Penal. A primeira velocidade do Direito Penal é caracterizada pelo respeito às garantias constitucionais clássicas, tanto do Direito Penal como do Processo Penal. Nessa velocidade temos o Direito Penal clássico e prevalência da pena privativa de liberdade, com o processo penal resguardando todas as garantias do acusado. Todavia, a segunda velocidade do Direito Penal, caracterizada pela predominância da substituição da pena de prisão por penas restritivas de direito e pecuniárias e em virtude disso, a flexibilização das garantias penais e processuais penais. Tal modelo ou velocidade de aplicação do sistema penal pode ser encontrado no procedimento dos Juizados Especiais Criminais, conforme as disposições da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Por sua vez, a terceira velocidade do Direito Penal é caracterizada por SILVA SÁNCHEZ como a manifestação do famigerado Direito Penal do Inimigo de GÜNTER JAKOBS. Tal velocidade do Direito Penal fica marcada pelo resgate da pena privativa de liberdade além da total flexibilização e supressão de garantias penais e processuais penais¹⁷². Alguns autores abordam indiretamente a possibilidade de se tratar de uma quarta velocidade do Direito Penal fazendo-se referência ao direito internacional penal¹⁷³.

Não obstante, pode-se perceber que há uma íntima relação entre as supracitadas velocidades do direito penal e os tempos do processo penal, ou seja, quanto maior for a velocidade do direito penal menor será o tempo de duração do processo penal. Isto pois, diante das velocidades do direito penal e da flexibilização das garantias processuais penais haverá uma significativa redução do tempo de duração do processo. O procedimento tornar-se-ia mais célere.

¹⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 193.

¹⁷² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.*, p. 193-201.

¹⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 179-184.

No que tange à segunda velocidade do Direito Penal, veja-se, a propósito, o procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais. Grande parte da academia, no âmbito penal, vem enaltecendo a proposta dos Juizados Especiais Criminais, indigitando dentre outros as seguintes vantagens: desformalização do processo, tornando-o mais célere e eficiente, logo, mais democrático e acessível à sociedade; diminuição da movimentação forense, com imediata resposta estatal etc¹⁷⁴.

Todavia, o que dizer da terceira velocidade do direito penal que imprime ao Processo Penal o denominado por RICARDO JACOBSEN GLOECKNER de "*Processo Penal do Inimigo, o Processo Penal do Risco ou o Processo Penal da Urgência*"¹⁷⁵.

Diante das velocidades do Direito Penal percebe-se a preocupação com a aceleração do Processo Penal. Não é exagero afirmar que existe proporcionalmente relação entre as velocidades do Direito Penal e a consequente aceleração dos procedimentos, havendo então, vários tempos distintos, ou seja, conforme a velocidade do Direito Penal haveria diferentes razoáveis durações do processo penal?

O próprio Direito Penal do inimigo, ou ainda, o Processo Penal do Inimigo, tratado como Direito Penal de terceira velocidade é uma ferramenta eficiente de celeridade processual, ainda que tenha que ser repudiado e considerado inconstitucional. Nesse sentido é importante ressaltar:

O "processo penal do inimigo", que se pode afirmar, é um direito penal de exceção, caracteriza-se, como no modelo do *crime control*, mediante o recurso à celeridade. Acredita-se que esse é o ponto nodal da questão. A grande parte (para não dizer todos) dos procedimentos utilizados para transformar o processo penal em algo eficiente, reside na aceleração do procedimento. *Este reclamo de eficiencia es, ante todo, un reclamo de celeridad*. Conceituando a *contraio sensu*, essa aceleração corresponde ao impedimento de o processo seguir seu curso normal, seja através da assunção da culpabilidade antecipadamente (transação penal); delação premiada e seu respectivo perdão judicial ou abatimento da pena; crimes de perigo abstrato que tornam despiendo um resultado (e as provas desse resultado cujo ônus seria da acusação); inversão do ônus da prova, como ocorre no crime de lavagem de dinheiro no Brasil; prisões cautelares. Esses são alguns dos mais notórios instrumentos de aceleração processual encontrados no processo penal brasileiro, Qualquer que seja a ótica analisada, a utilização desses recursos faz com que o processo se encerre naquele exato momento, torne muito difícil o livramento da carga processual ou ainda, antecipe os efeitos da sentença condenatória¹⁷⁶.

¹⁷⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, ScaranceAntonio, GOMES, Luiz Flávio. *Juizado especiais criminais: Comentários à Lei 9.099, de 95*. 5.ed. São Paulo: Editora RT, 2005, p. 36, 49 e 50.

¹⁷⁵GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Op. cit.**, p. 339.

¹⁷⁶GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Op. cit.**, p. 239.

Não há dúvidas de que há uma íntima relação entre as velocidades do Direito Penal e a duração do processo penal. Assim, existem várias velocidades do Direito Penal, como também existem vários tempos processuais penais.

Todavia, a doutrina em geral, só reconhece '*um único tempo processual*' e busca definir a razoável duração do processo penal tendo em vista esse único tempo, ou seja, o tempo absoluto igual para todos em todos os lugares. A grande questão que se coloca é: não seria possível estabelecer o significado da razoável duração do processo penal e, porque não, do processo civil, levando em conta os tempos processuais distintos dos vários sujeitos processuais?

Para responder tal indagação é forçoso realizar uma análise do direito fundamental à razoável duração do processo penal.

2.2 O DIREITO DE SER JULGADO NUM PRAZO (TEMPO) RAZOÁVEL

É evidente a grande dificuldade da academia e da jurisprudência em estabelecer um significado preciso para o termo "razoável duração do processo", dada a imprecisão dessa expressão. Todavia, é forçoso depreender o que se pode extrair da expressão supracitada, ainda mais no processo penal, pois a liberdade do acusado está em jogo e o tempo que corre jamais retornará.

No capítulo anterior buscou-se demonstrar a íntima relação que há entre tempo e direito, contudo, é mais precisamente no processo que esta relação fica mais próxima. Com efeito, a própria expressão processo sugere a concepção de passagem do tempo como componente fundamental. O vocábulo "*processus*" designa justamente uma sequência progressiva no tempo e, sendo assim, uma sucessão de tempos¹⁷⁷.

É imperioso salientar que a morosidade dos processos penais fomenta nos cidadãos em geral uma situação de dupla mão, traduzida na certeza de uma autêntica injustiça, isto, pois, os acusados são culpados e, portanto, devem ser apenados de maneira célere e tempestiva, ou, por outro lado, são inocentes e devem ser liberados de toda suspeita o mais rápido possível¹⁷⁸. Com efeito, não há dúvidas de que exista um direito humano fundamental à razoável duração

¹⁷⁷PASTOR, Daniel, *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*: una investigación acerca de la excesiva duración del Proceso Penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: AdHoc, 2002, p. 87.

¹⁷⁸PASTOR, Daniel, *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*: una investigación acerca de la excesiva duración del Proceso Penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: AdHoc, 2002, p. 89.

do processo, ou seja, o direito de ser julgado num tempo razoável, ainda mais do processo penal.

Ao analisar o direito à razoável duração do processo, pode-se afirmar tratar-se de um direito humano de primeira geração, inerente às liberdades públicas. O Estado deve ter uma postura abstencionista em relação à esfera de atuação do indivíduo que, por sua vez, ao exigir a prestação jurisdicional fixa ao Estado uma obrigação, não apenas de agir, mas de agir dentro de um prazo legalmente fixado e razoável, o que demonstra que o Estado também está submetido ao império do Direito. É importante citar o que leciona VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA, sobre a primeira geração ou dimensão de direitos humanos:

Os chamados direitos humanos de primeira geração concernem à delimitação da esfera de liberdade do indivíduo em relação ao poder estatal. São as denominada liberdades públicas negativas ou direitos negativos, na medida em que exigem por parte do poder público um comportamento apenas de salvaguarda em relação a tais interesses, sem qualquer interferência efetiva nesta esfera de domínio particular¹⁷⁹.

Todavia, diante das transformações históricas, pode-se afirmar que o direito a razoável duração do processo não pode mais ser interpretado apenas na perspectiva de um direito humano de primeira geração ou dimensão, mas, para, além disso, dentro da concepção maior da sustentabilidade do sistema de justiça, sob o prisma do paradigma da eficiência. O princípio supracitado garante mais que o direito de ação ou de acesso ao judiciário, mas a sua eficiência, celeridade e tempestividade, entretanto, em uma perspectiva garantista, ou seja, de que o processo penal resguarde o maior número de garantias processuais penais em um prazo razoável de duração.

A razoável duração do processo é um direito previsto expressamente na Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, em seu artigo 5.º, inciso LXXVIII, que determina *Ipsis litteris*:

Artigo 5.º (...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹⁷⁹SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143.

Embora o artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal tenha sido insculpido pela Emenda Constitucional 45/04, o direito à razoável duração do processo é inerente ao sistema jurídico, seja como decorrência de outros princípios, como o princípio do devido processo legal, o princípio de acesso à justiça, seja como dogma inseparável à atividade jurisdicional, de maneira que a interpretação sistemática da Constituição já determinava a rápida tramitação dos processos com base na razoabilidade e proporcionalidade, não sendo adequado o cerceamento de um direito em virtude da morosidade estatal.

É mister afirmar que o direito à razoável duração do processo não é uma inovação, isto pois, existe há longa data em várias declarações internacionais e ordenamentos jurídicos alienígenas. A inquietude com a celeridade processual ou rápida e razoável duração dos processos não é nada recente, pode-se encontrar tal garantia em vários documentos históricos. Senão vejamos.

Na Idade Média, o artigo 40 da *Magna Charta Libertatum*, subscrita em 1215, pelo rei John Lackland, determinava que: "A ninguém venderemos, a ninguém recusaremos ou atrasaremos, direito ou justiça". Percebe-se que a preocupação com a lentidão dos processos era relevante já àquela época.

A declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12 de janeiro de 1776, determina ser assegurado o direito de defesa nos processos criminais e, além disso, o julgamento rápido por júri imparcial. À Constituição estadunidense, aprovada em 17 de setembro de 1787, alterada pela da Emenda n.º 6, incluiu o direito a julgamento público e rápido por júri imparcial.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 4 de novembro de 1950, assinada em Roma determina no seu artigo 6º, item 1, que toda pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada com equidade e num prazo razoável. É importante salientar que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos a quem compete o julgamento de causas que envolvam violações aos direitos humanos, por parte dos países signatários, tem precedente no sentido de que a violação à duração razoável do processo deve ser avaliada com base no método tópico, ou seja, à luz das circunstâncias do caso concreto e com referência aos seguintes critérios: a complexidade da causa, a conduta do requerente e da autoridade judiciária e a relevância do objeto para o requerente na disputa¹⁸⁰.

¹⁸⁰*The court reiterates that the reasonableness of the length of proceedings must be assessed in te light of the circumstances of the case and with reference to the following criteria: the complexity of the case, the conducti of the applicant and the relevant authorities and what was at stake for the applicant in the dispute (see, among many other authorities, Frydlender v. France [gc], n. 30979/96, § 43, ECHR 2000-VII) in (SECOND SECTION CASE OF GOTTHÁRD-GÁZ KFT v. HUNGARY (Application n. 28323/04), (STRASBOURG, 5 june 2007)).*

No mesmo sentido, é o disposto no princípio 38 da Resolução da Organização das Nações Unidas que aprova o Conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas Sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão que determina: "a pessoa detida pela prática de infração penal tem direito de ser julgada em prazo razoável ou de aguardar o julgamento em liberdade".

No Brasil, é importante salientar que mesmo antes da Reforma do Judiciário, o direito à duração razoável do processo era reconhecido constitucionalmente, com base no artigo 5º §2º da Constituição da República. Destarte, é viável afirmar que o Brasil ao ratificar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, promulgado por meio do Decreto-presidencial nº 592, de 6 de Julho de 1992, assumiu o dever jurídico de julgar toda pessoa, na esfera penal, em prazo razoável, nesse sentido é o disposto nos artigo 9º, item 3., e artigo 14, item 3., ambos do referido tratado de direitos humanos¹⁸¹.

Da mesma maneira, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, promulgada no Brasil por meio do Decreto presidencial nº 678, de 6 de novembro de 1992, prevê em seu artigo 8.º, item 1., que a duração razoável do processo é uma das garantias judiciais da pessoa humana, não fazendo qualquer exceção¹⁸². No que tange à duração da prisão provisória o artigo 7.º, item 5, determina sua duração razoável.

Destarte, a razoável duração do processo já era considerado um direito fundamental, garantido expressamente, mesmo antes do advento da Emenda Constitucional 45/04. Entretanto, em que pese sua previsão constitucional resta evidenciada a perplexidade no que tange à sua conceituação prática, afinal, qual deve ser realmente a duração razoável de um processo, especificamente de um processo penal?

Percebe-se de forma cristalina que a preocupação com a duração razoável do processo é de ordem mundial¹⁸³. Isto, pois, a morosidade na prestação jurisdicional é fenômeno inerente ao sistema judiciário, possuindo, um custo muito elevado, não só financeiro, bem como social. Nesse sentido, busca-se uma definição razoável para a duração do processo que resguarde não só o direito a razoável duração do processo como também, a ampla defesa, o

¹⁸¹ **Artigo 9.º 3.** Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais **e terá o direito de ser julgado em prazo razoável** [...] e; **artigo 14. 3.** Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, à seguintes garantias mínimas: c) **a ser julgada sem dilações indevidas.**

¹⁸² **Artigo 8.º 1.** Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias **e dentro de um prazo razoável,** por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela [...].

¹⁸³ HOFFMAN, Paulo. *O direito à duração razoável do processo e a experiência italiana*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Reforma do Judiciário. SP: RT, 2005, p. 573.

devido processo legal, e demais garantias processuais, evitando o sofrimento ocasionado pela demora no julgamento.

Evidentemente que o direito de ser julgado em um prazo razoável não deve em hipótese alguma limitar ou sobrepujar demais direitos fundamentais da mesma relevância para uma prestação jurisdicional equânime. Nesse sentido, é o que preleciona CANOTILHO:

Note-se que a exigência de um processo sem dilações indevidas, ou seja, de uma protecção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente 'justiça acelerada'. A 'aceleração' da protecção jurídica que se traduz em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta. Noutros casos, a existência de processos céleres, expeditos e eficazes - de especial importância no âmbito do direito penal mas extensiva a outros domínios [...] é condição indispensável de uma protecção jurídica adequada¹⁸⁴.

O tempo é algo que passa de maneira simplificada. Pode-se afirmar que não é uma opção realista em um mundo de mudanças constantes, efêmeras e relativas. E como tal, o processo penal não possui força e nem possibilidade para se afastar disso. No entanto, o processo penal deve-se manter no seu devido lugar, qual seja, de cumprir sua função constitucional de resguardar os direitos fundamentais do acusado, e mais do que isso, em um prazo razoável.

O processo penal que se arrasta no palco do tempo apresenta-se como verdadeira denegação de justiça, de outro lado, não se pode olvidar que o tempo razoável no qual a justiça deve ser feita entende-se também pela recusa de um processo demasiadamente rápido, pois o processo penal deve dar oportunidade ao devido contraditório e à ampla defesa e em alguns casos à plenitude de defesa. Não nos resta outra saída, senão citar um excerto da obra de FRANÇOIS OST:

Ao mesmo tempo, observa-se uma muito real aceleração de determinados processos judiciais, em resposta ao desejo de uma reacção social imediata, se possível em tempo real, à delinquência: pensamos nomeadamente nos processos de flagrante delito em França, de *guilty plea* nos Estados Unidos, de patteggiamento em Itália, bem como nas diversas medidas que derivam de uma lei belga de 11 de Julho de 1994 relativa precisamente à <<aceleração da justiça penal>>. Se é verdade que um processo que se arrasta assemelha-se a uma negação da justiça, não se deverá esquecer, inversamente, que o <<prazo razoável>> em que a justiça deve ser feita entende-se igualmente como recusa de um processo demasiado expedito. Esquecendo que o

¹⁸⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 499.

processo tem também por vocação dar as suas oportunidades à dúvida e institucionalizar a prudência e o debate, estas reformas apresentam o duplo risco de reduzir as garantias do justicável e deslocar para baixo (do juiz para o Ministério Público, e deste último para o agente policial) a iniciativa do inquérito e da condução dos processos. Mas estes considerandos pouco peso têm - da mesma forma que pôr em causa uma justiça a várias velocidades (ultra-rápida para os pequenos delinquentes, e lenta, quase parada, para os mais poderosos que podem esperar a prescrição) - uma vez que o discurso da segurança invadiu o imaginário social.¹⁸⁵

Assim, não há dúvidas em se reconhecer que os direitos fundamentais do acusado devem ser resguardados dentro de um lapso temporal razoável, garantindo o direito à defesa, à produção de provas e, até mesmo à possibilidade de revisão das decisões. É forçoso harmonizar o princípio da prontidão da pena, que requer urgência na decisão dos casos penais, com os princípios que resguardam os direitos inerentes ao acusado, que precisa de tempo razoável para a utilização de todas as suas faculdades¹⁸⁶. Ademais, é mister ressaltar que o Pacto de São José da Costa Rica garante aos acusados o direito de concessão de tempo para preparação de sua defesa, nos exatos termos do artigo 8º, item 2., alínea "c".

O Pacto de São José da Costa Rica não se contentou em prever expressamente o direito aos meios adequados de manifestação da defesa, senão resguardou, de maneira cumulativa, a garantia de concessão ao acusado de tempo. Conforme afirma AURY LOPES JR. trata-se de garantir o tempo da defesa, na medida em que a eficácia dessa garantia está pendente de tempo para seu preparo. Tem-se uma nítida orientação a ser observada, ou seja, em caso de dúvida, o tempo está a favor do acusado. Isto implica em proibição ao atropelo das garantias fundamentais, impedindo a aceleração antigarantista e, concomitantemente negando a dilação indevida do processo penal¹⁸⁷.

Entretanto, é difícil conciliar o equilíbrio que deve haver entre (de)mora jurisdicional¹⁸⁸ e a aceleração antigarantista do processo penal, bem como a busca incessante por eficiência. Nesse sentido é forçoso trazer a seguinte citação:

¹⁸⁵OST, François. **Op. cit.**, p. 383.

¹⁸⁶PASTOR, Daniel, *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca de la excesiva duración del Proceso Penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: AdHoc, 2002, p. 118

¹⁸⁷LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Op. cit.**, p. 134.

¹⁸⁸(de)mora jurisdicional é um termo cunhado por Aury Lopes Jr., segundo o qual o termo remete ao próprio conceito de 'mora', na medida em que existe uma injustificada procrastinação do dever de adimplemento da obrigação de prestação jurisdicional. Para o autor o termo supracitado é adequado, uma vez que nos remete a ideia de não cumprimento de uma obrigação, no caso a própria prestação jurisdicional devida. LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Op. cit.**, p. 13.

Vimos, assim, os dois extremos da questão "tempo" no processo penal: aceleração antigarantista e dilação indevida. Em ambos, temos a negação da jurisdição, pois não basta qualquer juiz e qualquer julgamento, isto é, a garantia da tutela jurisdicional exige qualidade e, nesse tema, ela está no equilíbrio do direito a ser julgado num prazo razoável, enquanto recusa os dois extremos.¹⁸⁹

Assim, não fica dúvida de que exista o direito fundamental à razoável duração do processo penal. Entrementes, é imprescindível depreender o que seja uma duração (tempo) razoável do processo. A incerteza de um processo penal indefinido no tempo afeta sobremaneira a estabilidade emocional do acusado, pois a indeterminada duração do processo constitui em autêntica antecipação da pena, ainda mais nos casos de decretação de prisão provisória.

Com efeito, é de suma importância a construção jurídica de um critério claro ou critérios para determinar qual o prazo (tempo) razoável de duração do processo penal, sob pena de se ter um direito destituído de qualquer eficácia jurídica.

2.2.1. Doutrina do não-prazo e doutrina do prazo fixo

Preliminarmente é forçoso salientar a vagueza da terminologia utilizada no artigo 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição da República. Advoga-se que o postulado da razoabilidade é de todas as premissas, a expressão que melhor representa critérios técnicos para estabelecer o prazo justo de duração do processo.

Aliás, DANIEL PASTOR afirma que apesar de apresentar uma abertura grande, própria de toda regulação dos direitos fundamentais, a ideia de razoabilidade, possibilita, ao menos em parte, uma precisão insuperável ao estabelecer a concepção de prazo, conceito que é determinado com toda a exatidão metodológica do direito processual penal¹⁹⁰.

Como foi dito é difícil estabelecer um significado cristalino para o termo "razoável duração do processo", em decorrência da vagueza e da imprecisão de tal concepção. A busca pelo estabelecimento claro de critérios no próprio ordenamento jurídico é uma das maneiras

¹⁸⁹ LOPES, Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 221.

¹⁹⁰ PASTOR, Daniel. *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*: una investigación acerca de la excesiva duración del Proceso Penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: AdHoc, 2002, p. 105.

de procurar solucionar tal questão. Entrementes, este procedimento é muito complexo e de difícil solução, muitas vezes restando obnubilado.

Isto, pois, segundo CARLOS MARÍA CÁRCOVA, o direito é "opaco", indeterminado, obscuro¹⁹¹. Vários são os métodos adotados para se estabelecer o significado e o real alcance da expressão que representa o direito ao processo em um tempo razoável. Utiliza-se o método jurídico, que consiste no método hermenêutico clássico, ou então, a utilização do método tópico, que consiste em uma técnica de solucionar a análise baseado na problematização do caso concreto.

Diante do próprio texto constitucional e dos mais variados tratados internacionais de direitos humanos percebe-se que a locução utilizada, ou seja, "razoável duração do processo" não determina nem o que é razoável nem o que venha a ser irrazoável. Percebe-se que estamos diante de um termo vago e, além disso, que exige valoração e uma adequada e pormenorizada interpretação.

Destarte, haja vista a previsão expressa do direito fundamental à razoável duração do processo e sua enorme vagueza léxica, é que surgiram duas correntes acadêmicas quanto à maneira de determinação do prazo (tempo) razoável de duração do processo. A primeira é denominada "doutrina do não-prazo" e a segunda é a "doutrina do prazo fixo".

A Constituição Federal bem como o Pacto de São José da Costa Rica, não fixaram prazos máximos para a duração dos processos nem sequer delegando para que lei ordinária regulamentasse expressamente a matéria¹⁹².

Não há dúvidas de que o sistema brasileiro adotou a denominada "doutrina do não-prazo", persistindo na sistemática tão debatida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos¹⁹³.

Com efeito, diante do próprio texto constitucional e da ausência de legislação regulamentando expressamente o prazo de duração do processo, pode-se afirmar que o Brasil é regido até agora pela "doutrina do não-prazo" e pela falta de critérios que possam demonstrar o que é um prazo razoável de transcurso de um processo. Nesse sentido é interessante a análise feita por AURY LOPES JR.:

Adotou o sistema brasileiro a chamada "doutrina do não prazo", persistindo numa sistemática ultrapassada e que a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem há décadas debatendo. O fato de o Código de Processo Penal fazer referência a diversos limites de duração dos atos (v.g.

¹⁹¹ CÁRCOVA, Carlos María. *La Opacidad del Derecho*. Madrid: Trotta, 1998.

¹⁹² LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Op. cit.**, p. 39.

¹⁹³ Idem. *Ibidem*.

arts. 400, 412, 531 etc.) não retira a crítica, posto que são prazos despidos de sanção. Ou seja, aplica-se aqui a equação prazo-sanção=ineficácia. Portanto, quando falamos em não prazo significa dizer: ausência de prazos processuais com uma sanção pelo descumprimento. Dessa forma, a indeterminação conceitual do art. 5.º LXXVIII, da Constituição, nos conduzirá pelo mesmo (tortuoso) caminho da jurisprudência do TEDH e da CADH¹⁹⁴.

A denominada "doutrina do não-prazo" segue no sentido de que não é necessário a fixação de prazos definidos expressamente pelo parlamento, afirmando que a duração razoável do processo deve ser aferida tendo em vista o caso concreto dado, utilizando-se, para isso, de critérios definidos e objetivos.

Assim, a doutrina do não-prazo institui que os processos não tenham um prazo de duração fixado legalmente. Portanto, é definido o momento do início do processo como o início do prazo "*dies a quo*", geralmente do oferecimento ou do recebimento da peça exordial, no entanto, não é fixado o momento de sua finalização, isto, pois, o prazo total de duração "*dies ad quem*" é o mesmo da duração total do próprio processo.

No geral os tribunais internacionais de direitos humanos adotam a doutrina do não-prazo. Para tal posicionamento o prazo razoável do processo não apresenta, *a priori*, nenhuma consequência processual prática, fundamentando-se na premissa de ser examinado quando o processo for concluído. De acordo com esta posição, o prazo de duração razoável do processo penal não deve ser ajustado em unidades de tempo, como dias, meses ou anos, mas deve ser definido por meio de critérios idôneos para se determinar a razoabilidade ou não da duração do processo. No geral os critérios tem em perspectiva a gravidade do fato imputado, a duração efetiva do processo, a atitude das autoridades jurisdicionais, a complexidade da instrução probatória e a própria conduta do acusado em relação às dilações indevidas¹⁹⁵.

Ademais, no âmbito internacional, foi no caso WEMHOFF vs. ALEMANHA que se pode observar o primeiro passo na direção da definição de alguns critérios para a valoração da duração indevida do processo, por meio do que se convencionou chamar de "doutrina dos sete critérios". Foi neste caso que emergiram as primeiras indagações sobre a razoabilidade no âmbito do processo penal.

Para valorar a situação, a Comissão Europeia de Direitos Humanos sugeriu que a razoabilidade da prisão cautelar e a conseqüente demora jurisdicional fosse analisada considerando-se: a duração da prisão cautelar; a duração da prisão cautelar em relação à

¹⁹⁴ LOPES, Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 206.

¹⁹⁵ PASTOR, Daniel. *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*: una investigación acerca de la excesiva duración del Proceso Penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: AdHoc, 2002, p. 343.

natureza do delito, a pena fixada e a provável pena ser aplicada em caso de condenação; os efeitos pessoais que o imputado sofreu; a influência da conduta do imputado em relação à demora do processo; as dificuldades para a investigação do caso complexidade dos fatos, quantidade de testemunhas e réus, dificuldades probatórias etc.; a maneira como a investigação foi conduzida e; finalmente a conduta das autoridades judiciais.

Os critérios supracitados deveriam ser analisados concomitantemente, com valor e importância relativas. No entanto, a doutrina dos sete critérios não foi acolhida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, mas não foi totalmente descartada, pois tal análise deu ensejo à criação de um referencial mais curto, denominado teoria dos três critérios, quais sejam: 1.º a complexidade do caso; 2.º a atividade processual do acusado e; 3.º a conduta das autoridades judiciárias¹⁹⁶.

É importante ressaltar que os três critérios supramencionados vem sendo utilizados tanto pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, bem como pela Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁹⁷.

Todavia, parcela da doutrina tece críticas veementes à denominada "doutrina do não-prazo", haja vista que o processo de *per se* tem caráter similar à própria pena. Com efeito, se o processo funciona de forma semelhante a pena, então, também como a pena, deve ter uma extensão temporal delimitada expressamente pela lei, com o escopo de satisfazer, plenamente o princípio da legalidade penal¹⁹⁸. Dentre estes autores está DANIEL PASTOR, o qual apresenta duras críticas à famigerada doutrina do não-prazo trazendo várias justificativas para a determinação legal do prazo razoável do processo penal.

DANIEL PASTOR afirma que, mesmo nos processos em que se observa que a duração do processo não foi razoável, não se menciona, em nenhuma hipótese, a partir de que momento precisamente aquele deixou de ser razoável. Destarte, o autor defende a necessidade de que seja realmente fixado as condições temporais máximas do processo, limitando o exercício do *jus puniendi* e, tornando estes prazos insuperáveis¹⁹⁹. O autor afirma que os prazos devem ser reconhecidos de forma direta, clara e inequívoca pelo legislador, eles devem estar expressamente previstos na lei ordinária. Ademais, os prazos não podem ser definidos por meio de critérios puramente hermenêuticos²⁰⁰.

¹⁹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique RighiIvahy. *Processo Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 33.

¹⁹⁷ LOPES, Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 207.

¹⁹⁸ PASTOR, Daniel. *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*: una investigación acerca de la excesiva duración del Proceso Penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: AdHoc, 2002, p. 399.

¹⁹⁹ PASTOR, Daniel. *Op.Cit.*, p. 343-344.

²⁰⁰ PASTOR, Daniel. *Op.Cit.*, p. 362.

Com efeito, o prazo deveria estar expressamente regulamentado, e isso, exclusivamente pela lei ordinária, tratando-se de uma autêntica limitação ao exercício do poder discricionário dos magistrados. Assim sendo, aos magistrados caberia o controle da razoabilidade do prazo sempre a favor do imputado, ou seja, os juízes poderiam declarar o prazo máximo, fixado legalmente, como sendo violado, no entanto, nunca inferior. Portanto, os juízes poderiam até mesmo reduzir o prazo legalmente fixado e o prejuízo por ele ocasionado, e isto, em favor do acusado, mas, não poderiam dilatá-los, isto, pois, significaria conceder-lhe novamente, desta vez, por meio indireto o controle da razoabilidade das leis, ou seja, a faculdade de fixar os prazos máximos²⁰¹.

AURY LOPES JR. aborda com clareza o posicionamento de DANIEL PASTOR, senão vejamos:

PASTOR critica o entendimento dominante do não prazo, como o adotado pelo art. 5.º, LXXVIII, da Constituição brasileira, pois se, inteligentemente, não confiamos nos juízes a ponto de delegar-lhes o poder de determinar o conteúdo das condutas puníveis, nem o tipo de pena a aplicar, ou sua duração sem limites mínimos e máximos, nem as regras de natureza procedimental, não há motivo algum para confiar a eles a determinação do prazo máximo razoável de duração do processo penal, na medida em que o processo penal em si mesmo constitui um exercício de poder estatal, e, igual à pena, às buscas domiciliares, à interceptação das comunicações e todas as demais formas de intervenção do Estado, deve estar **metajudicialmente regulado**, como precisão e detalhe. Assim como o Direito Penal está estritamente limitado pelo princípio da legalidade e o procedimento pelas diversas normas que o regulam, também a duração dos processos deve ser objeto de regulamentação normativa clara e bem definida. Na falta de bom senso por parte dos responsáveis em reconduzir o tempo ao sujeito, devemos partir para uma definição normativa do tempo máximo de duração do processo, a exemplo da pena de prisão²⁰². (grifo do original)

Essa perspectiva de definição clara dos prazos para determinação da razoabilidade de duração do processo penal denomina-se doutrina do prazo fixo. DANIEL PASTOR afirma que viabilizar ao Poder Judiciário e não ao Poder Legislativo a definição dos limites de tempo, é tão ingênuo como autorizar o lobo, e não o pastor, a cuidar das ovelhas²⁰³.

Portanto, de acordo com a doutrina do prazo fixo a duração do processo penal não deve ser definida pela legislação de maneira indeterminada e, deixar à discricionariedade

²⁰¹ PASTOR, Daniel. *Op. Cit.*, p. 470.

²⁰² LOPES, Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 210.

²⁰³ PASTOR, Daniel. *Op. Cit.*, p. 363.

jurisdiccional a determinação do tempo do processo. É imperioso que a lei estabeleça expressamente o limite temporal²⁰⁴.

Aliás, o exemplo mais claro de adoção da doutrina do prazo fixo é o que dispõe o Código de Processo Penal do Paraguai (Ley n.º 1.286/1998) que, em harmonia com o Pacto de São José da Costa Rica, define relevantes instrumentos de controle para impedir a demora na prestação jurisdiccional no âmbito penal²⁰⁵.

A propósito veja o que dispõe a legislação supracitada:

Artigo 136. **CONTROLE DA DURAÇÃO DO PROCESSO.** Toda pessoa tem o direito a uma decisão judicial definitiva dentro de um prazo razoável. Portanto, todo procedimento terá uma duração máxima de 03 (três) anos, contado a partir do primeiro ato do processo. Este prazo só poderá ser prorrogado por seis meses, mas quando exista uma sentença condenatória, a fim de permitir a tramitação do recurso. A fuga ou resistência do acusado interromperá o prazo de duração do procedimento. Caso o acusado compareça ou seja capturado a contagem do prazo será reiniciada.

Artigo 137. **EFEITOS.** Vencido o prazo previsto no artigo anterior o juiz ou tribunal, de ofício ou a pedido de uma das partes, declarará extinta a ação penal, nos termos das disposições deste código. Quando for declarada a extinção da ação penal por morosidade judicial, a vítima deverá ser indenizada pelos funcionários responsáveis e pelo Estado. Se presumirá a culpa dos funcionários atuantes, salvo prova em sentido contrário. Em caso de insolvência do funcionário, o Estado responderá diretamente, sem prejuízo do direito de regresso.

Artigo 138. **PRESCRIÇÃO.** A duração do procedimento não poderá ser superior ao prazo previsto para a prescrição da pretensão punitiva, quando este for inferior ao máximo estabelecido neste capítulo.²⁰⁶

²⁰⁴ PASTOR, Daniel. **Op.Cit**, p. 369.

²⁰⁵ LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Op. cit**, p. 88.

²⁰⁶ **Artículo 136. CONTROL DE LA DURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.** Toda persona tendrá derecho a una resolución judicial definitiva en un plazo razonable. Por lo tanto, todo procedimiento tendrá una duración máxima de tres años, contados desde el primer acto del procedimiento. Este plazo sólo se podrá extender por seis meses más cuando exista una sentencia condenatoria, a fin de permitir la tramitación de los recursos. La fuga o rebeldía del imputado interrumpirá el plazo de duración del procedimiento. Cuando comparezca o sea capturado, se reiniciará el plazo. **Art. 137. EFECTOS.** Vencido el plazo previsto en el artículo anterior el juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, declarará extinguida la acción penal, conforme a lo previsto por este código. Cuando se declare la extinción de la acción penal por morosidad judicial, la víctima deberá ser indemnizada por los funcionarios responsables y por el Estado. Se presumirá la negligencia de los funcionarios actuantes, salvo prueba en contrario. En caso de insolvencia del funcionario, responderá directamente el Estado, sin perjuicio de su derecho a repetir. **Art. 138. PRESCRIPCIÓN.** La duración del procedimiento no podrá superar el plazo previsto para la prescripción de la acción penal, cuando este sea inferior al máximo establecido en este capítulo. **Art. 139. PERENTORIEDAD EN LA ETAPA PREPARATORIA.** Cuando el Ministerio Público no haya acusado ni presentado otro requerimiento en la fecha fijada por el juez, y tampoco haya pedido prórroga o ella no corresponda, el juez intimará al Fiscal General del Estado para que requiera lo que considere pertinente en el plazo de diez días. Transcurrido este plazo sin que se presente una solicitud por parte del Ministerio Público, el juez declarará extinguida la acción penal, sin perjuicio de la responsabilidad personal del Fiscal General del Estado o del fiscal interviniente. **Art. 140. QUEJA POR RETARDO DE JUSTICIA.** Si el juez o tribunal no dicta la resolución correspondiente en los plazos que le señala este código, el interesado podrá urgir pronto despacho y si dentro de las veinticuatro horas no lo obtiene, podrá interponer queja por retardo de justicia. El juez o tribunal, con un breve informe sobre los motivos de su demora, remitirá inmediatamente las actuaciones al que deba entender en la queja, para que resuelva lo que corresponda. El tribunal que conozca de la queja resolverá

Diante dos vários dispositivos do capítulo V do Título I do segundo livro do Código de Processo Penal do Paraguai, é interessante o disposto nos três dispositivos supratraduzidos, quais sejam: os artigos 136 a 138 do Código de Processo Penal do Paraguai. Isto, pois, tais dispositivos legais tem relação direta com o objeto de estudo dessa dissertação. Os três dispositivos chamam a atenção no que tange à análise e adoção da doutrina do prazo fixo.

O artigo 136 do Código de Processo Penal do Paraguai define um prazo fixo de duração máxima do processo penal, que será de 03 (três) anos, sendo que, tal prazo poderá ser prorrogado por mais 06 (seis) meses, no caso de haver sentença condenatória, com o escopo de viabilizar o processamento de eventual recurso interposto pela defesa. É interessante que a fuga do acusado acarretará a interrupção do prazo mencionado.

O artigo 137 do Código de Processo Penal paraguaio determina uma solução processual extintiva²⁰⁷, pois vencido o prazo de 03 (três) anos o juiz, o tribunal, *ex officio* ou mesmo a pedido do acusado deverá declarar a extinção do processo penal. Com efeito, pode-se constatar a adoção da doutrina do prazo fixo.

Ademais, o artigo 138 do Código de Processo Penal é o que causa maior perplexidade, haja vista relacionar os prazos prescricionais com o direito a razoável duração do processo. O dispositivo determina que a duração do procedimento não poderá ser superior aos prazos da prescrição da pretensão punitiva, quando estes forem inferiores ao máximo estabelecido no artigo 138 do Código de Processo Penal. É importante salientar que os prazos prescricionais estão expressamente previstos no artigo 102 do Código Penal do Paraguai (Ley n.º 1.160/97), que determina *in verbis*:

Artigo 102. - Prazos

1.º Os fatos puníveis prescrevem em:

1. quinze anos, quando o limite máximo da pena cominada seja de quinze anos ou mais de pena privativa de liberdade;
2. três anos, quando o limite máximo da pena cominada seja de um a três anos de pena privativa de liberdade ou multa;

directamente solicitado, cuando sea posible, o emplazará al juez o tribunal para que lo haga dentro de las veinticuatro horas de devuelta las actuaciones. Si el juez o tribunal insiste en no decidir, será reemplazado inmediatamente, sin perjuicio de su responsabilidad personal. **Art. 141. DEMORA EN LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES. RESOLUCIÓN FICTA.** Cuando se haya planteado la revisión de una medida cautelar privativa de libertad se haya apelado la resolución que deniega la libertad y el juez o tribunal no resuelva dentro de los plazos establecidos en este código, el imputado podrá urgir pronto despacho y si dentro de las veinticuatro horas no obtiene resolución se entenderá que se ha concedido la libertad. En este caso, el juez o tribunal que le siga en el orden de turno ordenará la libertad. Una nueva medida cautelar privativa de libertad sólo podrá ser decretada a petición del Ministerio Público o del querrelante, según el caso.

²⁰⁷ LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Op. cit.**, p. 88.

3. nos demais casos em tempo igual ao máximo da pena privativa de liberdade cominada.²⁰⁸

Destarte, percebe-se que no Paraguai, uma vez instaurado o processo penal, a possibilidade de incidência da prescrição da pretensão punitiva fica restrita a pouquíssimas hipóteses, pois a determinação de extinção do processo penal prevista no artigo 136 do Código de Processo Penal, em muitas hipóteses, incidirá primeiro. Entrementes, a análise da relação entre a prescrição e a duração razoável do processo penal será abordada em momento oportuno.

Por ora, é importante depreender que existem duas concepções de análise da duração razoável do processo penal, quais sejam: a doutrina do não-prazo e a doutrina do prazo fixo. Percebe-se claramente que existe um "choque" entre a concepção relativa de tempo e a concepção absoluta de tempo, ou seja, o paradigma newtoniano de tempo absoluto e a concepção einsteiniana. Nesse sentido é forçoso citar a sempre lúcida doutrina de AURY LOPES JR.:

O ideal seria abandonar a noção newtoniana de tempo absoluto, à qual o direito ainda está vinculado, para reconduzir o tempo ao sujeito, por meio da concepção de tempo subjetivo, colocando esse poder de valoração nas mãos dos tribunais. Mas, se, por um lado, não seria adequado cientificamente definir rigidamente um tempo universal e absoluto para o desenvolvimento do processo penal (recusa einsteiniana), por outro, a questão não pode ficar inteiramente nas mãos dos juízes e tribunais, pois a experiência com a (ampla) discricionariedade judicial contida na doutrina do não prazo não se mostrou positiva²⁰⁹.

A grande questão é saber qual concepção adotar a doutrina do “não-prazo” ou a doutrina do “prazo fixo”, ou seja, uma concepção subjetiva de tempo ou uma concepção objetiva de tempo.

²⁰⁸Artículo 101.- Efectos 1º La prescripción extingue la sanción penal. Esto no se aplicará a lo dispuesto en el artículo 96.

Artículo 102.- Plazos 1º Los hechos punibles prescriben en: 1. quince años, cuando el límite máximo del marco penal previsto sea de quince años o más de pena privativa de libertad; 2. tres años, cuando el límite máximo del marco penal previsto sea pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa; 3. en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de libertad en los demás casos.

²⁰⁹ LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Op. cit**, p. 85.

2.3 AS FASES DA PERSECUÇÃO PENAL E O PRAZO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Como afirma AURY LOPES JR a preocupação com a razoável duração do processo, em nosso ordenamento jurídico, é relativamente recente. Não existia qualquer dispositivo legal que fizesse referência expressa ao direito de tramitação do processo em um prazo razoável²¹⁰.

Todavia, como visto no primeiro capítulo, com o advento da famigerada Emenda Constitucional nº 45/2004, emergiu previsão expressa do direito à razoável duração do processo penal.

Ademais, a Convenção Americana de Direitos Humanos, já possuía previsão expressa a respeito do direito fundamental ao processo penal em tempo razoável, nesse mesmíssimo sentido é o disposto no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos.

Entretanto, para definir o prazo de duração razoável do processo penal é curial que se defina, efetivamente, em qual fase do processo tal direito deverá ter aplicação. Em sentido amplo, é fundamental definir em que momento da persecução penal incide a cláusula da razoável duração do processo penal.

AURY LOPES JR trata da questão afirmando que:

Após a análise dos parâmetros de aferição da razoabilidade, é necessário estabelecer o âmbito de incidência do direito a um processo no prazo razoável. Em outras palavras, é preciso saber se todo o processo deve se desenvolver num prazo razoável, ou se algumas fases apenas do iter processual devem ter seu curso dentro de um prazo razoável. Cabe indagar, também, se deve ser considerado no computo do prazo processual a fase pré-processual de investigação, anterior ao início do processo propriamente dito. Para efeito de incidência do direito ao prazo razoável, devemos considerar três fases da persecução penal: a das investigações preliminares (inquérito policial no sistema brasileiro); a fase do juízo em primeiro grau de jurisdição; e a fase recursal²¹¹.

É fundamental para a determinação do prazo de duração razoável do processo penal definir o momento inicial ou termo *a quo* de contagem do prazo. Para isto, é importante compreender as fases da denominada persecução penal.

²¹⁰ LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 83.

²¹¹ Idem, p. 84.

Com a prática do crime surgem as denominadas consequências jurídicas do delito²¹². O tipo penal, na definição de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes, justamente por estarem proibidas²¹³. Com a prática da conduta descrita no tipo penal, surgem as consequências jurídicas decorrentes do preceito secundário da lei penal incriminadora, ou seja, a sanção penal.

Entretanto, como se sabe, essas consequências não tem efeito imediato. A pena não poderá ser aplicada e executada imediatamente, sem observância dos princípios constitucionais derivados do Estado Democrático de Direito.

O direito penal, *de per se*, é um conjunto de normas que descrevem os crimes e estabelece as sanções, do qual surge o denominado *jus puniendi*, ou seja, o direito de punir²¹⁴. Uma vez que cabe ao direito penal definir de maneira abstrata as condutas que devem ser consideradas como inseridas no fragmentado grupo das infrações penais e, ainda, cominando as sanções penais é que, aparece o *jus puniendi* em um plano abstrato.

Sendo assim, no momento em que ocorre a prática de uma infração penal, como nos ensina JULIO FABRINI MIRABETE “aquele *jus puniendi* desce do plano abstrato para o plano concreto, pois o Estado tem o dever de aplicar a pena ao suposto autor da conduta proibida”²¹⁵. Entrementes, o direito ou dever do Estado de punir só poderá se concretizar por meio da denominada persecução penal.

Nesse sentido é a lição de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO:

O *jus puniendi* pertence, pois, ao Estado, como uma das expressões mais características da sua soberania. Observa-se contudo, que o *jus puniendi* existe *in abstracto* e *in concreto*. Com efeito, quando o Estado, por meio do Poder Legislativo, elabora as leis penais, cominando sanções àqueles que vieram a transgredir o mandamento proibitivo que se contém na norma penal, surge o dever de abster-se de realizar a conduta punível. Todavia, no instante em que alguém realiza a conduta proibida pela norma penal, aquele *jus puniendi* desce do plano abstrato para o concreto, pois, já agora, o Estado

²¹²PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 13.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 443.

²¹³ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 10.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 399.

²¹⁴ PAULO CESAR BUSATO afirma que inexistente o denominado *jus puniendi*, pois o Estado não é, em realidade, portador de direitos. O Estado não é detentor de direitos, é mero gestor de direitos alheios, no caso dos cidadãos. Assim, para o autor supramencionado não existe um direito de punir, pois o Estado não pode exigir nada para si. São os cidadãos que exigem como direito seu que o Estado empregue o mecanismo de controle social do direito penal. Assim, para o Estado surge apenas o dever de punir e jamais o direito de punir, cf. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19.

²¹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. Atlas, 2008, p. 3.

tem o dever de infligir a pena ao autor da conduta proibida. Surge, assim, com a prática da infração penal, a “pretensão punitiva”. Desse modo, o Estado pode exigir que o interesse do autor da conduta punível em conservar a sua liberdade se subordine ao seu, que é o de restringir o *jus libertatis* com a infligência da pena²¹⁶.

Chegando aos olhos e ouvidos do Estado, representado por seus mais variados órgãos, a denominada *notitia criminis* é umbilical atuar no sentido de, preliminarmente, apurar a suposta prática da infração penal e sua respectiva autoria, para, posteriormente, aplicar a pena justa, proporcional e adequada para aquele que praticou a infração penal.

A persecução penal é a soma das atividades investigatórias realizadas pela polícia judiciária e da ação penal promovida, geralmente, pelo Órgão do Ministério Público²¹⁷. A persecução penal ou *persecutio criminis* consiste na ação de perseguir o crime²¹⁸, trata-se do *iter* que o Estado percorre para satisfazer a pretensão punitiva, que surge no momento da prática delitiva.

A persecução penal pode ser subdividida em três fases ou momentos distintos, com objetivos diferenciados, quais sejam: a investigação preliminar (geralmente realizada por meio do inquérito policial), a ação penal, caracterizando-se como atuação junto ao Poder Judiciário, com a perspectiva de que seja aplicada a devida condenação aos verdadeiros autores da infração penal e, por fim, a execução penal, que consiste na satisfação do direito de punir, reconhecido definitivamente pelo Estado, através da atuação do Poder Judiciário²¹⁹.

Não há dúvidas de que todo acusado de infração penal tem direito a um processo num prazo razoável. No entanto, deve ser definida a fase da persecução penal ao qual incide a cláusula da razoável duração.

No que tange à execução penal, existia dúvidas sobre sua natureza jurídica. Todavia, é evidente que pertence à persecução penal, aliás, a execução penal não tem apenas natureza administrativa, haja vista que a execução penal é uma atividade complexa, que se desenvolve nos planos jurisdicional e administrativo²²⁰. É cristalino que a execução penal constitui parte ou fase integrante do processo penal, nesse sentido é o entendimento de JULIO FABBRINI MIRABETE:

²¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal Volume 1*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 12.

²¹⁷ O ofendido também poderá promover a ação penal, nos casos de iniciativa privada. Trata-se da ação penal pública de iniciativa privada do ofendido.

²¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. Atlas, 2008, p. 56.

²¹⁹ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 138.

²²⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à lei nº 7.210, de 11-7-1984*. 12.ed. São Paulo, Atlas, 2014, p. 2.

Por isso, segundo abalizada corrente doutrinária, a execução penal não se constitui em autônoma ação executiva penal, mas integra o processo penal condenatório com sua última fase, não menos indispensável do que as fases precedentes, à realização do objetivo a que o processo se propõe. Assim, embora não se possa falar em uma ação de execução penal em sentido estrito, não deixa a execução de ser uma fase do processo penal. Deve-se utilizar, portanto, a expressão processo de execução para designar o conjunto de atos jurisdicionais necessários à execução das penas e medidas de segurança como derradeira etapa do processo penal²²¹.

Ademais, o processo de execução penal, também deve respeito ao princípio constitucional do devido processo legal, conforme entendimento de LUIS REGIS PRADO²²². Entretanto, o prazo de duração do denominado processo de execução penal está interligado diretamente à pena cominada na sentença. Significa dizer que o prazo de duração da execução penal, evidentemente, é o tempo de pena aplicado.

Assim, não existe razão lógica para tratar da execução penal para determinação da duração razoável do processo penal, haja vista que o tempo de cumprimento da pena é o patamar máximo de duração do processo de execução penal.

Sendo assim, é fundamental determinar a duração razoável do processo penal, tendo em vista as outras fases da persecução penal, para definir, respectivamente os termos inicial e final da contagem do prazo de duração do processo penal.

Dentro desta perspectiva é imperioso compreender se o prazo de duração do processo, de maneira global, deve, necessariamente, incluir a fase de investigação preliminar, ou seja, o inquérito policial e, também a fase recursal.

2.3.1 Termo inicial da contagem do prazo

Para definir o tempo razoável de duração do processo penal é umbilical definir seu termo “*a quo*”, pois é importante determinar o momento exato de início da contagem temporal.

No geral os autores de processo penal fixam o momento inicial do próprio processo conforme o oferecimento ou o recebimento da peça vestibular (denúncia ou queixa-crime).

²²¹ Idem, p. 17.

²²² PRADO, Luiz Regis. *Direito de execução penal*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 24/25.

Em que pese o Código de Processo Penal não prever, expressamente, qual o momento em que se considere iniciado, predomina o entendimento de que o processo penal somente se inicia com o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, pois o recebimento da denúncia tem efeitos importantíssimos, como, por exemplo, a própria interrupção do prazo da prescrição da pretensão punitiva, conforme prevê o artigo 117, inciso I do Código Penal brasileiro.

Todavia, autores como FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO depreendem que o processo penal tem início com a propositura da ação, ou seja, com a simples oferta da peça acusatória, pois, da decisão que rejeita a denúncia ou queixa-crime (vide artigo 395 do Código de Processo Penal) caberá recurso em sentido estrito, conforme o disposto no artigo 581, inciso I do Código de Processo Penal ou apelação, conforme artigo 82 da Lei 9.099 de 25 de setembro de 1995, no caso dos juizados especiais criminais. Sendo assim, já estará iniciado o processo penal com o simples oferecimento da denúncia ou da queixa-crime²²³.

Nesse mesmíssimo sentido é a posição de GUSTAVO BADARÓ, senão vejamos:

O processo penal tem início com o oferecimento da denúncia ou da queixa, e não com o seu recebimento. Embora sem regra expressa, uma interpretação sistemática do CPP leva a esta conclusão. O artigo 25 do CPP, ao dispor que, na ação penal pública condicionada, “a representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia”, deixa claro que, com o oferecimento da denúncia, já existe o processo, posto que já foi exercido o direito de ação, que, por isso mesmo, torna irrelevante a retratação do ofendido. O fato de o novo artigo 363, caput, prever que com a citação o processo terá “completada a sua formação” não afasta tal conclusão. Oferecida a denúncia, o processo já existe, embora do ponto de vista subjetivo ainda seja uma relação linear entre o juiz e o acusador. Em suma, o processo penal se inicia com o oferecimento da denúncia ou queixa²²⁴.

No entanto, é razoável considerar a posição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, haja vista a necessidade de determinação do termo inicial da contagem do prazo de duração do processo penal.

Para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos o termo inicial para determinação da razoável duração do processo penal seria o momento em que as suspeitas que pesam sobre determinada pessoa começam a ter “repercussões importantes” em sua posição jurídica²²⁵.

²²³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 674.

²²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique RighiIvahy. *Processo Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 421 e 422.

²²⁵ LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p 90.

Conforme o italiano MARIO CHIAVARIO citado por AURY LOPES JÚNIOR pode-se compreender “*repercussões importantes*” como o início formal das investigações²²⁶.

Ademais, AURY LOPES JÚNIOR comentando o enunciado do artigo 5.º, inciso LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil afirma que:

Ao assegurar a razoável duração tanto no âmbito judicial como (e a conjunção “e” é aditiva) também no administrativo, a Constituição coloca como *dies a quo* a abertura do inquérito policial. O correto seria considerarmos a partir do indiciamento. Contudo, recordemos que paira a mais absoluta incerteza acerca do indiciamento e que o Código de Processo Penal – infelizmente – não dedicou nenhum artigo para definir os contornos (como, quando e quem faz? Que consequências gera? etc.) desse importante instituto. Ademais, diante dessa grave lacuna, é praxis policial deixar o indiciamento para o final do inquérito, quando da elaboração do relatório, evitando, assim, que o sujeito passivo assumira a posição de indiciado e receba a proteção que a Constituição assegura a ele (na medida em que é um “acusado em geral”, nos termos do artigo 5.º, LV). Com isso, considerar que o prazo razoável nasce com o formal indiciamento, significaria esvaziar a garantia, na medida em que legitimaríamos a (de) mora de todo o inquérito policial. Assim, o prazo razoável deve ser considerado desde o momento da abertura formal da investigação²²⁷. (Grifo nosso)

Com fulcro na posição supracitada, pode-se afirmar que não existe qualquer relevância em definir o momento de início da “*persecutio criminis in judicio*”, pois, o início da contagem do processo penal, tendo em vista o disposto no artigo 5.º, inciso LXXVIII da Constituição da República, será determinado em momento anterior.

É importante salientar que a posição supra é a mais adequada, haja vista a necessidade de determinar um prazo razoável de duração de todos os procedimentos de natureza criminal, inclusive do inquérito policial.

Como visto AURY LOPES JUNIOR faz referência ao indiciamento, como o momento adequado para considerar-se iniciada a contagem do prazo de duração razoável do processo penal. Naquele momento não existia definição legal do que seria exatamente o indiciamento. Basicamente entendia-se que o indiciamento era a imputação da prática de uma infração penal a alguém na fase do inquérito policial²²⁸.

AURY LOPES JÚNIOR afirma que o indiciamento, na falta de um ato formal e particular só poderá se aperfeiçoar com o interrogatório policial, no caso de indiciado que não

²²⁶ Idem Ibidem.

²²⁷ Idem Ibidem.

²²⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. Atlas, 2008, p. 72/73.

está preso. Já para o indiciado que está preso com a nota de culpa e o mandado de prisão, salvo se já indiciado, passam a constituir o indiciamento formal²²⁹.

Entretanto, atualmente o indiciamento passou a ser um ato formal e privativo da autoridade policial, conforme o disposto no artigo 2.º §6.º da Lei n.º 12.830 de 20 de junho de 2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.

O dispositivo supracitado determina *in verbis*:

Artigo 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Apesar da atual definição do ato de indiciamento, que deverá ser realizado de maneira fundamentada tendo em perspectiva a análise técnico-jurídica do fato, a indicação da autoria, e da materialidade e suas circunstâncias, parece mais adequado considerar, como início da contagem do prazo de duração do Processo Penal o momento de abertura da investigação preliminar, ou até mesmo momento anterior.

No Brasil, a investigação preliminar pré-processual é um encargo da polícia judiciária, exercida por delegados de polícia de carreira conforme determinado pelo artigo 144 §4.º da Constituição Federal, trata-se do inquérito policial.

No ordenamento jurídico brasileiro o inquérito policial tem antecedentes históricos sólidos. A terminologia inquérito policial, no Brasil, surgiu com a edição da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentado pelo Decreto n.º 4.824, de 22 de novembro de 1871, estabelecendo a separação entre a Polícia e o Poder Judiciário. O artigo 42 do supracitado diploma legal determinava que “o inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento do fato criminoso, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices”²³⁰.

O inquérito policial é um procedimento administrativo, de cunho investigatório e caráter inquisitivo, é um conjunto de diligências realizadas com a presidência da autoridade policial com o escopo de apurar a infração penal e sua respectiva autoria, com o objetivo de

²²⁹ LOPES JR. AURY. *Investigação preliminar no processo penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 438, 439 e 440.

²³⁰ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 144.

fornecer os elementos necessários para que o competente autor da ação penal, seja o Ministério Público, seja o ofendido possam oferecer a denúncia ou a queixa-crime.

O inquérito policial está regulamentado nos artigos 4º a 23 do Código de Processo Penal, esses dispositivos regulamentam as atribuições da autoridade policial e o procedimento do próprio inquérito policial, bem como o momento de instauração do procedimento investigatório.

O inquérito policial será instaurado nos momentos definidos nos artigos 5º e 8º do Código de Processo Penal. Existem, precipuamente, cinco maneiras de dar início ao inquérito policial. Ele poderá ser instaurado *de ofício*, quando a autoridade policial, recebendo a *notitia criminis* de uma infração penal de ação pública incondicionada ou condicionada; *por provocação do ofendido*, quando o sujeito passivo reclama a atuação da autoridade policial, isto por meio de requerimento de instauração de inquérito; por *delatio criminis*, quando qualquer pessoa do povo leva ao conhecimento da autoridade policial a ocorrência de uma infração penal que se apura mediante ação penal pública; por requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público e; pela lavratura do auto de prisão em flagrante, nos casos em que o sujeito ativo é encontrado em qualquer das situações descritas no artigo 302 do Código de Processo Penal²³¹.

Ademais, o Código de Processo Penal regulamenta expressamente o prazo de duração do inquérito policial. Em regra, o inquérito policial deve ser concluído no prazo fixado pelo artigo 10 do Código Processual Penal brasileiro, sendo que este prazo será de 10 (dez) dias no caso de indiciado preso ou 30 (trinta) dias, no caso de indiciado solto.

Todavia, quando o indiciado estiver solto, atendendo à complexidade do caso, o prazo de 30 (trinta) dias poderá ser prorrogado a critério e determinação do Juiz competente para o processo, conforme previsão do artigo 10 §3º, do Código de Processo Penal.

No entanto, nos casos de competência da Justiça Federal (vide artigo 109, incisos IV, V, V-A, VI, IX, X e XI da Constituição Federal), existe previsão, conforme o artigo 66 da Lei nº 5.010/66, que o prazo de conclusão do inquérito policial quando o indiciado estiver preso será de 15 (quinze) dias, prorrogáveis por mais 15 (quinze) dias. Nessa situação, a polícia federal deverá apresentar o preso ao juiz e a decisão judicial deverá ser fundamentada, levando-se em consideração a gravidade da medida adotada. Mantém-se o limite de 30 (trinta dias) dias quando o indiciado estiver em liberdade²³².

²³¹NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 165.

²³² LOPES JR. AURY. *Investigação preliminar no processo penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 275.

A lei 11.343/2006 prevê que o inquérito policial, nos crimes de drogas, poderá perdurar por até 30 (trinta) dias em caso de indiciado preso e 90 dias quando estiver solto, podendo haver duplicação desses prazos mediante autorização judicial, conforme previsão do artigo 51 da supracitada lei de drogas.

Com efeito, de acordo com o entendimento capitaneado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, não há nenhum obstáculo legal para que o momento de instauração do inquérito policial seja considerado o termo inicial para a contagem do prazo razoável de duração do processo penal.

Todavia, é razoável que o prazo de duração do processo penal, tenha como termo inicial o dia do próprio fato, pois daí surge o direito de punir, sendo assim, o prazo razoável deverá ser computado a partir do fato delituoso, ainda que a autoria seja desconhecida. Ademais, a data do fato coincide com o termo inicial de contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva, conforme prevê o artigo 111, inciso I do Código Penal brasileiro.

2.3.2 termo final da contagem

Para encontrar e definir o prazo razoável de duração do processo penal não basta apontar o termo inicial, é umbilical definir o termo “*ad quem*”, ou seja, o termo final da contagem do prazo.

Seguindo o entendimento de AURY LOPES JÚNIOR que cita as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos, pode-se afirmar que o termo final da contagem do prazo é o trânsito em julgado da sentença penal, senão vejamos:

O TEDH já decidiu que o termo final é constituído pela sentença que decide sobre o fundamento da acusação, podendo ser esta uma decisão de uma Corte de Apelação, quando esta se pronunciar sobre o fundamento da acusação. Por outro lado, a Comissão Europeia, vai mais além, considerando que para a definição do *dies ad quem* deve se incluir, ainda, a fase de cassação, pois só nesta data a situação do interessado deixa de ser influenciada pela acusação que pesava contra ele. Por fim, é de se ressaltar que a expressão “mérito” deve ser entendida em um sentido amplo. Assim, no caso de uma decisão processual, em virtude de um obstáculo ao exame do mérito, a razoabilidade da duração do processo deve ser considerada em relação ao momento que esta decisão terminativa transitar formalmente em julgado. No processo penal brasileiro, o entendimento não poderá ser

distinto: o termo final do direito ao julgamento no prazo razoável (CR, art. 5.º, inciso LXXVIII) é o trânsito em julgado²³³.

Assim, o prazo razoável de duração do processo penal deve, necessariamente, ter como termo final o dia do trânsito em julgado da sentença penal. Destarte, a fase recursal é computada para o fim de determinar o prazo de duração da razoável duração do processo penal.

Ademais, é importante salientar que prevalece o entendimento de que o recurso interposto de sentença não é uma ação nova dentro do mesmo processo, mas um desdobramento do direito de ação que vinha sendo exercido até a decisão proferida.

Aliás, esta é a posição majoritária na academia brasileira, os partidários desta posição doutrinária entendem que o que ocorre com a interposição de um recurso é um desdobramento do direito de ação, ou seja, dentro do mesmo processo haverá outro procedimento, agora, em fase recursal, tal situação já existe, isto pois, se nova ação houvesse, haveria, no caso, a litispendência²³⁴.

2.3.3 Prazo razoável e Prisão cautelar

A Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, trouxe importantes modificações no que tange às prisões cautelares, os artigos 282 a 350 do Código de Processo Penal foram substancialmente alterados, tendo em vista o disposto no artigo 5º, incisos LXII, LXII, LXIV, LXV, LXVI LXVII e LXVII da Constituição Federal.

Todavia, o dispositivo que abordava o prazo máximo de duração da prisão preventiva, do Projeto de Lei 4.208/2001, que deu origem à legislação supracitada, foi vetado, permanecendo a inexistência de prazo mínimo de duração da prisão preventiva.

O Pacto de São José da Costa Rica, promulgado no Brasil, por meio do Decreto-presidencial nº 678, de 6 de novembro de 1992, que tem natureza supra legal e, que no artigo 7º, determina que toda pessoa presa será conduzida, sem demora à presença de um juiz para que este decida sobre a manutenção da prisão cautelar:

²³³ LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p 94/95.

²³⁴ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 953/954.

Artigo 7.º Direito à liberdade Pessoal

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

A prisão em flagrante deve ser comunicada imediatamente à autoridade judiciária, ou seja, o auto de prisão em flagrante deverá ser remetido ao juiz, conforme prevê o artigo 306 §1º em até 24 (vinte e quatro) horas, após a prisão e, o magistrado deverá conforme prevê o artigo 322, parágrafo único, decidir sobre a possibilidade de conceder ou não liberdade provisória no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, todavia, salvo a prisão temporária, não existe nenhum prazo definido para a duração da prisão cautelar.

O artigo 2º da Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989, trata da prisão temporária e do seu prazo de duração, que será, em regra de 5 (cinco) dias prorrogável por igual período em caso de comprovada necessidade. Todavia, no caso dos crimes hediondos ou equiparados, o prazo será de 30 (trinta) dias prorrogável por igual período no caso de necessidade, conforme o disposto no artigo 2º, §4º da Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990.

Assim, salvo a prisão temporária, não existe prazo definido para a prisão cautelar, especificamente denominada prisão preventiva, conforme artigos 311 e seguintes do Código de Processo Penal.

Os Tribunais pátrios tentaram construir um prazo global para a duração da prisão preventiva, a partir da soma dos prazos que compunham o procedimento aplicável ao caso. Destarte, diante da construção jurisprudencial, se fossem superados os tais 81 (oitenta e um) dias e o imputado continuasse preso cautelarmente, e o procedimento não tivesse sido concluído, haveria consideração de excesso de prazo da prisão cautelar, remediável pela via do *habeas corpus*²³⁵.

No entanto, após as substanciais alterações operadas pelas leis 11.719/2008, e 11.689/2008, os prazos foram alterados. Os prazos atuais podem ser utilizados, todavia, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial não existe nada em termos de limite temporal das prisões cautelares.

Ademais, as súmulas nºs 52 e 21, ambas do Superior Tribunal de Justiça, limitam a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo somente até a prolação sentença e da

²³⁵ LOPES, Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 788.

decisão interlocutória mista de pronúncia, nesse sentido vale citar a obra de AURY LOPES JÚNIOR:

Em que pese, no caso específico, ter-se operado uma necessária reinterpretação da Súmula nº 52 do STJ, ela infelizmente continua em vigor. Como já explicamos em outra oportunidade (...), a súmula cria um termo final anterior à prolação da sentença que é incompatível com o direito fundamental de ser julgado em um prazo razoável, fixado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição. Esse encurtamento do termo final, ou seja, a adoção de um termo a quo anterior ao julgamento em primeiro grau, é incompatível com o direito ao processo penal em prazo razoável, assegurado pelo art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição. O direito à “razoável duração do processo” não pode ser reduzido ao direito à “razoável duração da instrução”. O término da instrução não põe fim ao processo. É chegado o momento de serem canceladas as Súmulas 52 e 21 do STJ, pois incompatíveis com o direito fundamental de ser julgado em um prazo razoável²³⁶.

Não obstante, no Brasil o problema referente às prisões cautelares e o prazo de sua duração é gravíssimo, pois não existe nenhum parâmetro para determinação do prazo razoável de duração da prisão cautelar, apenas e, somente a possibilidade de contagem global dos prazos processuais.

Todavia, é importante que a prisão cautelar possa influenciar na contagem do prazo de duração do processo penal, significa dizer que o prazo de duração do processo deve ser, em geral, menor quando o réu está preso, pois, nestes casos, é imprescindível que o Estado atue com a necessária celeridade, sob pena de poder estar mantendo preso alguém que é presumidamente inocente.

2.4. SOLUÇÕES COMPENSATÓRIAS E CONSEQUÊNCIAS DA NÃO OBSERVÂNCIA DO PRAZO RAZOÁVEL

A Constituição Federal e os tratados e direitos humanos asseguram o direito fundamental à razoável duração do processo. Entretanto, surge perplexidade, pois qual o prazo de duração do processo? Além disso, qual ou quais as consequências jurídicas em caso de inobservância do princípio da duração razoável do processo penal?

O Código de Processo Penal prevê uma série de prazos direcionados ao magistrado, todos eles denominados prazos impróprios, ou seja, não possuem qualquer sanção processual. Por exemplo, o artigo 412 do Código de Processo Penal determina que o procedimento da primeira fase do Júri deverá perdurar por no máximo 90 (noventa) dias, bem como o artigo

²³⁶ LOPES, Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 790.

428 do Código de Processo Penal dispõe que o prazo para realização da sessão de julgamento do Tribunal do júri será de 6 (seis) meses, contado a partir do trânsito em julgado da decisão interlocutória mista de pronúncia, entretanto, caso haja o descumprimento dos prazos supracitados não haverá nenhuma consequência jurídica.

O artigo 403 §3.º do Código de Processo Penal determina que o juiz possui o prazo de 10 (dez) dias para proferir sentença, no caso de necessidade de apresentação de memoriais escritos pelas partes, todavia, tal prazo é destituído de qualquer sanção processual eficaz.

Assim, percebe-se que não existe nenhuma sanção eficaz no caso de não cumprimento dos prazos processuais, ditos “impróprios”. É necessária uma mudança adequada para que o direito à razoável duração do processo penal não caia no vazio e seja totalmente destituído de qualquer eficácia processual penal. Não é suficiente a mera previsão de prazos para a duração do processo ou para determinado ato processual. É imprescindível atribuir consequências jurídicas para o seu descumprimento, que conduzem ao desestímulo e à inibição da sua inobservância pelos órgãos incumbidos da persecução penal²³⁷.

Atualmente existe previsão legal de soluções sancionatórias²³⁸, no sentido de punir administrativamente os servidores, incluindo juízes, membros do Ministério Público e outros, responsáveis pela violação à razoável duração do processo penal²³⁹.

A Constituição Federal, conforme alteração dada pela Emenda 45/2004, além de recepcionar o direito de ser julgado em um prazo razoável, também previu a possibilidade de uma sanção administrativa para o magistrado que der causa a demora, trata-se do disposto no artigo 93, inciso II, alínea “e”²⁴⁰.

Nesse mesmo sentido é o disposto no artigo 35, incisos I e II da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, trata-se da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, bem como o artigo 20 do Código de Ética da Magistratura que disciplinam o dever dos magistrados de observar os prazos legais e garantir a razoável duração do processo. Ademais, o artigo 800 do Código de Processo Penal prevê os prazos para as decisões e despachos, bem como o artigo 801 que prevê a possibilidade de desconto nos vencimentos nos casos de retardamento de prazos.

²³⁷QUEIJO, Maria Elizabeth. *Prescrição: exigência de eficiência na investigação e razoável duração do processo*. In: Prescrição Penal: Temas Atuais e controvertidos – Doutrina e Jurisprudência Volume4. Ney Fayet Júnior (Coord.), Maria Elizabeth Queijo...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 29.

²³⁸LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p 128.

²³⁹ Idem, Ibidem.

²⁴⁰ Idem, Ibidem.

Ademais, a retardação injustificada, pura e simples, dos prazos indicados nos parágrafos anteriores, caracteriza crime de prevaricação, previsto expressamente no artigo 319 do Código Penal.

As consequências jurídicas previstas nos ordenamentos jurídicos são muito variadas²⁴¹. Aponta-se a existência de soluções compensatórias, de natureza civil ou mesmo penal. No âmbito do Direito Civil, faz-se referência à possibilidade de pagamento de indenização por danos materiais e morais, mesmo que não tenha ocorrido prisão cautelar, como analisado no item anterior.

No âmbito do Direito Penal, as consequências podem recair sobre a pena e até mesmo sobre a própria culpabilidade²⁴². AURY LOPES JÚNIOR e GUSTAVO BADARÓ apontam a possibilidade a possibilidade de aplicação de circunstância atenuante genérica de pena, no caso de duração excessiva do processo penal que, poderia, inclusive, conduzir a pena abaixo do mínimo legal mesmo diante da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, nesse sentido vale citar:

Trata-se, pois, de eliminar o plus sancionador que a demora do processo sempre traz. Não se está falando, apenas, na detração em caso de réu preso cautelarmente. Propõe-se mais, mesmo tratando-se de réu solto: a duração irrazoável do processo, que por certo constituiu uma espécie de sanção antecipada, pela incerteza que tal estado acarreta, bem como pelos danos morais, patrimoniais e jurídicos, deve ser considerada circunstância relevante posterior ao crime, caracterizando-se com circunstância atenuante inominada, nos termos do artigo 66 do CP. Assumindo o caráter punitivo do tempo, não resta outra coisa ao juiz senão (além da elementar detração em caso de prisão cautelar) compensar a demora reduzindo a pena aplicada, pois parte da punição já foi efetivada pelo tempo. Para tanto, formalmente, deverá lançar mão da atenuante genérica do artigo 66 do CP. É assumir o tempo do processo enquanto pena e que, portanto, deverá ser compensado na pena de prisão ao final aplicada. Para além dessa indiscutível incidência, somos partidários de que a atenuante pode, dependendo do tempo transcorrido e, conseqüentemente, do grau de violação do direito ao processo no prazo razoável, reduzir a pena abaixo do mínimo legal, estando, neste ponto, completamente equivocada a linha discursiva norteada pela Súmula nº 231 do STJ²⁴³.

²⁴¹QUEIJO, Maria Elizabeth. *Prescrição: exigência de eficiência na investigação e razoável duração do processo*. In: Prescrição Penal: Temas Atuais e controvertidos – Doutrina e Jurisprudência Volume4. Ney Fayet Júnior (Coord.), Maria Elizabeth Queijo...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 29.

²⁴² Na Alemanha, a compensação para a violação ao direito fundamental à duração razoável do processo penal vincula-se à pena a ser aplicada e à culpabilidade. Na Espanha, a compensação das dilações indevidas do processo penal recaem na pena, cf. QUEIJO, Maria Elizabeth. *Prescrição: exigência de eficiência na investigação e razoável duração do processo*. In: Prescrição Penal: Temas Atuais e controvertidos – Doutrina e Jurisprudência Volume4. Ney Fayet Júnior (Coord.), Maria Elizabeth Queijo...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 29.

²⁴³ LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p 124/125.

O autor supracitado afirma que a aplicação da atenuante prevista no artigo 66 do Código Penal terá caráter decisivo para a ocorrência da prescrição, tornando a redução um fator decisivo para fulminar a própria pretensão punitiva, afirmando que esta seria a solução mais adequada em termos processuais penais²⁴⁴.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por unanimidade, deu provimento a uma apelação e absolveram um acusado, com fulcro no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República, bem como no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal brasileiro. Nesse sentido é forçoso colacionar a seguinte ementa:

EMENTA: ROUBO. TRANSCURSO DE MAIS DE SEIS ANOS ENTRE O FATO E A SENTENÇA. PROCESSO SIMPLES, SEM COMPLEXIDADE. ABSOLVIÇÃO. 1. O tempo transcorrido, no caso em tela, sepulta qualquer razoabilidade na duração do processo e influi na solução final. Fato e denúncia ocorridos há quase sete anos. O processo, entre o recebimento da denúncia e a sentença demorou mais de cinco anos. Somente a intimação do Ministério Público da sentença condenatória tardou quase cinco meses. Aplicação do artigo 5º, LXXVIII. Processo sem complexidade a justificara demora estatal. 2. Vítima e réu conhecidos; réu que pede perdão à vítima, já na fase policial; réu, vítima e testemunha que não mais lembram dos fatos. 3. Absolvição decretada. RECURSO PROVIDO²⁴⁵.

Da análise da ementa supratranscrita, pode-se constatar que o relator decidiu pela absolvição do acusado, tendo como base jurídica a dilação indevida e, haja vista a inexistência de uma solução processual extintiva, revestiu-a do caráter absolutório²⁴⁶.

Sendo assim, resta evidenciado que no Brasil não há nenhum instrumento apto a assegurar a necessária duração razoável do processo penal. Como nos ensina AURY LOPES JÚNIOR a melhor solução é a extinção do feito, ou seja, a extinção do processo. Nesse sentido:

A melhor solução é a extinção do feito, mas encontra ainda sérias resistências. Ao lado dele, alguns países preveem o arquivamento (vedada nova acusação pelo mesmo fato) ou a declaração de nulidade dos atos praticados após o marco de duração legítima. Como afirmado no início, a extinção do feito é a solução mais adequada, em termos processuais, na medida em que, reconhecida a ilegitimidade do poder punitivo pela própria desídia do Estado, o processo deve findar. Sua continuação, além do prazo razoável, não é mais legítima e vulnera o Princípio da Legalidade, fundante do Estado de Direito, que exige limites precisos, absolutos e categóricos – incluindo-se o limite temporal – ao exercício do poder penal estatal (...)²⁴⁷.

²⁴⁴ Idem, Ibidem.

²⁴⁵ (Apelação Criminal nº 70019476498, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, julgado em 14/06/2007).

²⁴⁶ LOPES, Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 225.

²⁴⁷ LOPES, Aury. *Direito Processual Penal*. Op. cit, p. 225.

Com efeito, quanto a estas supostas “*soluções processuais*”, o problema é grave. No Brasil não existe nenhum instrumento que viabilize a observância ao princípio da duração razoável do processo²⁴⁸.

Diante dessa problemática é importante indagar se existe algum instrumento processual ou de direito penal material que possa auxiliar na observância do prazo razoável de duração do processo e, desta indagação surge o instituto da prescrição.

Assim, seria possível que o prazo prescricional funcionasse ou auxiliasse na interpretação e aplicação do princípio da razoável duração do processo penal?

A indagação supra, remete diretamente à questão dos prazos prescricionais, que, em geral são muito elevados e, também, à natureza da prescrição penal e quais seus efeitos processuais penais, se é que existem.

Ademais, é imperioso citar o entendimento de ÉRIKA MENDES DE CARVALHO, senão vejamos:

Assim, embora o transcurso prolongado do tempo faça decair a necessidade da pena, isso não pressupõe a eliminação do injusto, pois a prescrição não atua sobre o delito, mas apenas sobre a aplicação do direito. De fato, do ponto de vista que aqui se perfilha, a prescrição do delito tem uma natureza fundamentalmente processual, uma vez que o decurso do tempo, além de afetar a necessidade da pena, opera também sobre a necessidade de um processo. Portanto, embora se reconheça que a prescrição exerça um efeito extintivo da responsabilidade penal (art. 130.6, do Código Penal Espanhol), isso não impede reconhecer que extingue, antes de tudo, a própria ação penal, de modo que a ausência de prescrição do delito funciona, em realidade, como uma condição de procedibilidade²⁴⁹.

Dessa forma, é imperioso investigar a possibilidade jurídica de que os prazos da prescrição penal possam funcionar como limite para o prazo da razoável de duração do processo penal, levando em consideração que a prescrição extingue, não só a punibilidade, mas, sobretudo, a própria continuação do processo penal.

²⁴⁸ LOPES, Aury. *Direito Processual Penal*. Op. cit, p. 228.

²⁴⁹ CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2008, (série ciência do direito penal contemporâneo; V.11), p. 191/192.

3. O PRAZO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA COMO LIMITE PARA A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PENAL

3.1 A PRESCRIÇÃO PENAL

A prescrição no âmbito do Direito Penal é um dos temas mais controvertidos, no entanto, é inegável sua íntima relação com o fator temporal. Basicamente, pode-se afirmar que a prescrição constitui a perda do poder-dever de punir por parte do Estado, seu titular, em razão do natural decurso do tempo, que pode variar conforme a gravidade do crime perpetrado²⁵⁰.

A existência da prescrição é fundamental para o direito, pois nada pode durar eternamente, nada pode perdurar para sempre. Aliás, a prescrição impede a eterna perseguição do Estado contra o autor de um delito. A prescrição impede o eterno suplício de Sísifo, pois o processo penal não poderá ser como a montanha de Hades e, durar pela eternidade.

O mito de Sísifo foi contado por inúmeras culturas. O suplício de Sísifo, no retorno de sua breve estada na Terra dos homens, já estava preparado. Sua draconiana condenação o inscrevia em um tormento para toda a eternidade. Sua sanção era empurrar uma grande rocha para o alto de uma montanha. No entanto, esta rocha, ao atingir o cume da montanha, retornava a cair, num ciclo interminável.²⁵¹ Ele enganou os deuses, imaginou que permaneceria mergulhado na impunidade após trair um segredo. Enganou a morte e retornou ao mundo dos vivos. Todavia, agora, com a pedra mais uma vez rolando ladeira abaixo está tomado pela incompreensão, cabendo-lhe descer novamente, empunhar a pedra, e subir com resignação, repetindo esta tarefa por toda eternidade.

A *Persecutio criminis in judicio* não pode ser como o mito de Sísifo e durar eternamente, num começo e recomeço infundável. Assim, a prescrição penal é fundamental para resguardar o direito do acusado de ter um julgamento em tempo justo. Destarte, é de suma importância depreender os fundamentos e contornos jurídicos do instituto da prescrição.

²⁵⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 516.

²⁵¹ CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Tradução de Ari Roitman e Paulina Watch. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 138.

3.2 O DIREITO DE PUNIR E O DECURSO DO TEMPO

Com a prática de uma infração penal surge para o Estado a denominada punibilidade, a qual se depreende como a possibilidade jurídica de o Estado aplicar uma sanção penal ao autor da infração penal, seja um delito ou uma contravenção penal. Todavia, existem certas causas que afastam a possibilidade do Estado impor qualquer sanção penal são as denominadas causas de extinção da punibilidade.

Em nosso ordenamento jurídico as causas de extinção da punibilidade estão expressamente previstas no artigo 107 do Código Penal brasileiro. Não obstante, dentre o rol exemplificativo do dispositivo *supra*, existem hipóteses que guardam íntima relação com o fator temporal, dentre elas, pode-se citar: a morte do agente; a *abolitio criminis*; a decadência; a perempção, e por fim, a prescrição.

O Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940, reformado pela Lei n.º 7.209 de 11 de julho de 1984, Código Penal, trata a prescrição como causa extinta da punibilidade prevista expressamente no artigo 107, inciso IV, 1.ª figura. Sua regulamentação está disciplinada nos artigos 109 a 118 do Código Penal brasileiro.

De acordo com o penalista brasileiro PAULO QUEIROZ a prescrição é a mais importante causa de extinção da punibilidade, haja vista ser a de incidência mais frequente, podendo atingir tanto a pretensão punitiva quanto a pretensão executória, senão vejamos:

Trata-se da causa mais importante de extinção da punibilidade, uma vez que é a mais frequente, podendo atingir tanto a pretensão punitiva quanto a pretensão executória. Não poderia ser diferente – a extraordinária frequência da prescrição -, haja vista que, diante do excesso de leis penais, aliado à tradicional lentidão do sistema penal, não poderia o Estado pretender ter o controle de coisa alguma, tudo a concorrer para o descrédito dos órgãos e agentes incumbidos da repressão penal. A prescrição constitui assim prova de que, contrariamente ao provérbio, a justiça tarda e falha. Mas não só ela²⁵².

Praticado o delito, surge para o Estado o "*jus puniendi*", ou seja, o direito de punir o autor do fato. Esse direito, entretanto, não é eterno. A persecução penal não pode durar indefinidamente. Com efeito, o Estado, tendo em vista a gravidade do crime praticado e sua pena, estabelece o lapso temporal dentro do qual deverá aplicar e executar a sanção penal. Nesse sentido é o que preleciona CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

²⁵²QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, V.1. 9.ª edição. Bahia: Editora JusPODIVM, 2013, p. 589 e 590.

Com a ocorrência do fato delituoso nasce para o Estado o *ius puniendi*. Esse direito, que se denomina pretensão punitiva, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmoques pairando sobre a cabeça do indivíduo. Por isso, o Estado estabelece critérios limitadores para o exercício do direito de punir, e, levando em consideração a gravidade da conduta delituosa e da sanção correspondente, fixa lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a sanção penal adequada²⁵³.

FERNANDO GALVÃO realça a utilidade social do instituto da prescrição afirmando que tal instituto traz estabilidade jurídica para as relações jurídicas nas quais produz efeitos, pois a eterna possibilidade de punir é causa de intranquilidade social, sendo que a extinção da punibilidade, após o decurso de certo lapso temporal, é medida que contribui para o convívio social harmônico, na medida em que estabiliza as relações humanas²⁵⁴.

Ainda que, não seja simples indigitar um conceito único de prescrição²⁵⁵, pode-se concluir que esta é representada pela relação existente entre o direito e o decurso de tempo e a limitação temporal ao exercício de determinado direito por seu titular.

Afirma-se que a concepção de prescrição da pretensão punitiva tem como causa remota institutos do Direito Romano²⁵⁶, com o escopo de que os processos penais não durassem excessivamente nos seus respectivos prazos²⁵⁷.

Foi com a *Lex Julia de Adulteriis*, no ano de 18 a.C., que se reconheceu a possibilidade de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva pelos delitos que estavam expressamente previstos.²⁵⁸

CESARE BONESANA o marquês de BECCARIA tratou da prescrição em sua obra *Dei delitti e delle pene*, publicada em 1764. Embora em um primeiro momento afirme-se que BECCARIA se opunha à prescrição ao lado de JEREMIAS BENTHAN, em verdade, defendia a necessidade de se estabelecer prazos distintos de prescrição, tendo em perspectiva a gravidade dos delitos:

²⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 809.

²⁵⁴ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 965.

²⁵⁵ Como esclarece Christiano Jorge Santos, o vocábulo prescrição origina-se do termo latino *praescriptio*, cujo significado é "ação de escrever antes ou no frontispício dum escrito; prefácio, introdução. A "pré-escrita" era, no formulário do direito romano, uma espécie de pedido preliminar formulado pelo pretor ao juiz, advertindo-o para observar que o prazo das ações temporárias havia sido ultrapassado, o que tornava desnecessária a análise de mérito. Com o passar do tempo, "a expressão deixou de ter significado meramente formal e ganhou conteúdo material". SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 31.

²⁵⁶ FLORIAN, Eugenio. *Trattatodidirittopenale*. 4.ed. Milano: Vallardi, 1934, p. 1.137 e 1.189.

²⁵⁷ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*. Tradução Santiago SentísMelendo. Buenos Aires: Ediar, 1948. Vol. V, p. 138.

²⁵⁸ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição penal: prescrição funcionalista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 86 e 87.

Quando o delito é constatado e as provas são certas, é justo que se conceda ao acusado o tempo e os meios pra justificar, se isso lhe for possível; é necessário, contudo que tal tempo seja bem curto para não atrasar muito o castigo que deve acompanhar de perto o delito, se se quer que o mesmo seja um útil freio contra os criminosos. Cabe tão-somente às leis determinar o espaço de tempo que se deve utilizar para a investigação das provas do n.º crime, e o que se deve conceder ao acusado para que se defenda. Se o juiz tivesse esse direito estaria exercendo funções do legislador. Quando se trata de crimes horrendos, cuja lembrança perdura por muito tempo na memória dos homens, se os mesmos forem provados, não deve ocorrer qualquer prescrição em favor do culpado que se subtrai ao castigo pela fuga. Tal não é, contudo, o caso dos crimes ignorados e pouco importantes: é necessário determinar um prazo após o qual o criminoso, bastante punido pelo exílio voluntário, possa retornar sem temer novos castigos (...) ²⁵⁹.

Para o supracitado autor, o tempo que o acusado teria para justificar-se a partir do cometimento do delito deveria ser breve, de modo a não prejudicar a prontidão da aplicação da pena o que para ele era um dos principais óbices a pratica dos crimes.

Atualmente, a prescrição é adotada em grande parte dos mais variados ordenamentos jurídicos do mundo. No Brasil o Direito Penal incorporou a prescrição da pretensão punitiva com a entrada em vigor do Código de Processo Criminal de 1832, e a prescrição da condenação pelo Decreto n.º 774, de 20 de setembro de 1890, publicado menos de um mês antes do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, promulgado em 11 de outubro de 1890, por meio do Decreto n.º 847, o qual manteve o referido instituto nos artigos 71, §4.º, e 72, *caput* ²⁶⁰.

O Código Penal brasileiro apresenta duas grandes espécies do gênero prescrição, quais sejam: a prescrição da pretensão punitiva, que se subdivide, em outras três modalidades (prescrição da pretensão punitiva propriamente dita ou prescrição da ação penal; prescrição da pretensão punitiva intercorrente ou subsequente e; prescrição da pretensão punitiva retroativa); e prescrição da pretensão executória.

As duas espécies de prescrição, regulamentadas pelo Código Penal, tem como marco divisório principal o momento do trânsito em julgado. Pois, na prescrição da pretensão punitiva, não há trânsito em julgado para nenhuma das partes, por sua vez, na prescrição da pretensão executória há o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o Ministério Público ou para o querelante, no caso de ação penal pública de iniciativa privada, e também para a defesa.

No geral a sistemática supracitada é encontrada em vários ordenamentos jurídicos. Nesse sentido é o que preleciona FRANÇOIS OST:

²⁵⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 7.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.43/44.

²⁶⁰ SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 35.

Antes mesmo que esta ou aquela infracção seja cometida, podem ser adoptadas leis que instaurem uma prescrição. É então entendido que, devido ao decorrer de um determinado tempo, a sociedade já não tem interesse em proceder judicialmente contra a infracção (fala-se de extinção da acção pública) ou em exigir a execução da pena que teria sido pronunciada, mas que ainda não foi executada. Isto porque se pensa que o tempo terá feito toda a maneira, o escândalo social provocado pela infracção ter-se-á provavelmente extinguido entretanto²⁶¹.

Assim, a prescrição (pela pretensão punitiva como pela pretensão executória) é reconhecida e legitimada na grande maioria dos ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil, sendo considerada como o mais importante óbice à persecução penal e,²⁶² quiçá, corolário do Estado Democrático de Direito.

Ademais, é mister citar a perspectiva de FRANÇOIS OST sobre a ideia de prescrição. O autor *supracitado* trata o instituto da prescrição como uma espécie de “*esquecimento programado*”²⁶³.

A prescrição é um esquecimento programado, pois tal “perda de memória” é definida expressamente pela própria lei. Não obstante, o esquecimento é imprescindível, não apenas para o ser individual, mas, sobretudo, para o próprio organismo social. Aliás, FRANÇOIS OST, trata da necessidade do esquecimento, que no caso da prescrição é expressamente regulamentado, fazendo referência à obra de FRANZ KAFKA²⁶⁴. Nesse sentido:

Só há memória num fundo de esquecimento, escreve Pierre Vidal-Naquet, esse esquecimento ameaçador e contudo necessário. Se o esquecimento, reverso da memória, apresenta essa natureza ambígua, é porque também a memória é necessária (dissemos a que ponto ela era constitutiva do social) e perigosa. No capítulo VII do Procès, Kafka tem esta frase terrível: <<O tribunal nunca esquece nada>>; um tribunal que nunca esquece nada, haverá sinal mais revelador de uma sociedade virtualmente totalitária?²⁶⁵.

A prescrição ou o esquecimento programado é fundamental e, como afirmado anteriormente, está presente em grande parte dos países do mundo, sendo que, os fundamentos que conduzem o Estado a desinteressar-se pelo direito de punir estão além do simples decurso do tempo.

²⁶¹ OST, François. **Op. cit.**, p. 178.

²⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Manual de Derecho Penal*. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2007, p. 691.

²⁶³ OST, François. **Op. cit.**, p. 178 a 182.

²⁶⁴ “o tribunal nunca esquece nada” KAFKA, Franz. *O processo*. 5.ed. São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 186.

²⁶⁵ OST, François. **Op. cit.**, p. 162.

Busca-se uma análise global do referido instituto, tendo em perspectiva as teorias que o fundamentam.

3.3 TEORIAS FUNDAMENTADORAS DA PRESCRIÇÃO

O instituto da prescrição é um dos mais antigos em matéria de Direito Penal e Processo Penal. Com efeito, varias são as teorias que fornecem fundamento de validade para a existência do referido instituto em matéria penal.

CEZAR ROBERTO BITENCOURT trata dos denominados fundamentos políticos da prescrição, apontando outras teorias que fundamentam a existência do instituto²⁶⁶. No entanto, serão abordadas as principais teorias e suas variadas perspectivas metodológicas para embasar a prescrição.

Ademais, é importante salientar a obra de FÁBIO GUEDES DE PAULA MACHADO que, de forma inovadora, abordou as variadas teorias fundamentadoras da prescrição tendo em vista a observância do método jurídico-penal adotado pelos autores²⁶⁷. O autor citado aborda as teorias fundamentadoras as subdividindo conforme o método jurídico-penal adotado por aqueles que as desenvolveram²⁶⁸.

Nesse sentido, aborda as teorias clássicas, quais sejam: teoria do esquecimento; teoria da expiação moral do criminoso ou do remorso; teoria da emenda; teoria da piedade; teoria psicológica, bem como as teorias positivistas: teoria do transcurso do tempo ou teoria do interesse diminuído; teoria da perda do interesse estatal na repressão; teoria da estabilização das situações jurídicas; teoria da dispersão ou do aparecimento das provas; teoria da política criminal, teoria da presunção de negligência; teoria da exclusão do ilícito ou teoria da extinção dos efeitos antijurídicos²⁶⁹.

Os penalistas brasileiros abordam as teorias fundamentadoras da prescrição e, no geral, adotam majoritariamente aquelas relacionadas diretamente com o decurso do tempo.

²⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 809.

²⁶⁷ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição penal: prescrição funcionalista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 88.

²⁶⁸ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Op. cit.*, p. 89.

²⁶⁹ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Op. cit.*, p. 89\99.

ANIBAL BRUNO apontava que “poder-se-ia alegar para justificá-la que nem a razão, nem a humanidade, nem mesmo o interesse social, tornariam admissível deixar pesar sobre o criminoso indefinidamente a ameaça do processo ou da execução da pena”²⁷⁰.

CEZAR ROBERTO BITENCOURT adota, como fundamento político da prescrição o decurso do tempo, afirmando que o decurso do tempo leva ao esquecimento do fato, à recuperação do criminoso, enfraquece o suporte probatório etc²⁷¹.

LUIZ REGIS PRADO também segue afirmando que a prescrição corresponde à perda do direito de punir pela inércia do Estado, que não o exercitou dentro do lapso temporal previamente fixado²⁷². JULIO FABBRINI MIRABETE afirma que a prescrição é a perda do direito de punir pelo decurso do tempo. Justificando a existência do instituto pelo desaparecimento do interesse estatal na repressão do crime, em razão do tempo decorrido, que leva ao esquecimento do crime e à superação do alarma social causado pela infração penal²⁷³.

Nesse mesmo sentido, sustentando que o transcurso do tempo é fator inerente e determinante da prescrição, pode-se citar BASILEU GARCIA, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, JOSÉ FREDERICO MARQUES, JOSÉ DA COSTA JUNIOR, DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, BENTO DE FARIA etc.

Todavia, existem autores que fundamentam a razão de ser da prescrição em motivos de política criminal. Nesse sentido, PAULO QUEIROZ cita os fins político criminais da prescrição:

Sobre a razão de ser do instituto, há muita divergência. Mas é erro dissociá-lo dos fins assinalados ao direito penal mesmo, uma vez que sua justificação tem caráter marcadamente político-criminal. É que, como disse Carrara, a prescrição constitui um modo político de extinção da ação. Com efeito, ao estabelecer determinado prazo para o exercício da ação penal ou para a execução da pena, o Estado julga, segundo critério de política criminal, que, excedido aquele período de tempo, a pena tornar-se-á desnecessária, por não mais servir à prevenção geral e especial de delitos ou outros fins políticos que sejam assinalados. (...) Enfim, tal qual as demais causas de extinção de punibilidade (anistia etc.), a prescritibilidade ou não do crime encerra uma decisão política, mesmo porque o próprio direito penal é um fenômeno político, com fins e limites também políticos.²⁷⁴

²⁷⁰BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – parte geral*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. Tomo 3, p. 210, Apud MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Op. cit.*, p. 89\99.

²⁷¹BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 809/810.

²⁷²PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral*. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 657.

²⁷³MIRABETE, Julio. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 424.

²⁷⁴QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, V.1. 9.ª edição. Bahia: Editora JusPODIVM, 2013, p. 591.

No mesmo sentido, abordando razões de política-criminal é o entendimento de FERNANDO GALVÃO:

Os vários argumentos desenvolvidos pela doutrina para justificar a prescrição são passíveis de críticas. Importa perceber, no entanto, que o instituto da prescrição resulta de opção político-criminal que visa preservar a legitimidade da punição. Nas palavras de Aloysio de Carvalho Filho, “a legitimidade da punição cessa desde o momento em que sua inutilidade se evidencia”. Com efeito, no Estado Democrático de Direito, a ausência de legitimidade da punição é o fundamento mais relevante a sustentar o instituto da prescrição.²⁷⁵

Adotando uma concepção de prescrição com fundamentação metodológica no funcionalismo, está o posicionamento de FÁBIO GUEDES DE PAULA MACHADO:

Disso decorre o afastamento imediato das teorias que fundamentavam a prescrição a partir do esquecimento, da expiação etc., sucedâneas que eram do método naturalista. Portanto, afastada a base ontológica que a sustentava, reconhecido o conteúdo normativo em sua fundamentação, e motivado no ideal democrático que rechaça a pena como instrumento de retribuição do mal perpetrado em razão da prática do crime, para em seu lugar eleger a imposição da pena nos estritos casos de necessidade preventiva, atendendo-se aos preceitos de política criminal, decorre que reconhecida a ineficácia da pena para atender o fim estipulado pela ordem democrática, a mesma não deve ser aplicada por se constituir em uma violação da dignidade da pessoa humana, idêntico raciocínio de deduz no que tange ao deslinde de um processo penal incapaz de atender este mesmo ditame, afirmando-se então na prescrição um instituto genuinamente garantista²⁷⁶.

Entrementes, é mister analisar as principais teorias fundamentadoras da prescrição, dentre elas a teoria do esquecimento, teoria da expiação moral, teoria da emenda, teoria da piedade, teoria psicológica, teoria do transcurso do tempo, teoria do desaparecimento das provas, teoria de política criminal e, por fim teoria da presunção de ineficiência do Estado.

3.3.1 Teoria do esquecimento

Dentre as teorias fundamentadoras da prescrição é importante destacar a teoria do esquecimento, indigitada por muitos como a mais adequada para dar fundamento de validade

²⁷⁵ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 965.

²⁷⁶ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Op. cit.*, p. 205.

para o instituto. Aliás, nesse sentido, como dito anteriormente, é a concepção de FRANÇOIS OST, segundo o qual a prescrição é uma espécie de esquecimento programado²⁷⁷.

Segundo a teoria *supracitada*, extingue-se, com o tempo, a lembrança do crime, perdendo o fato repercussão social em decorrência do que a punição torna-se prescindível, não havendo necessidade de punir, pois as finalidades da pena não mais se concretizam quando passados anos do acontecimento do ilícito²⁷⁸.

Nesse sentido é interessante citar as lições de RENÉ GARRAUD:

O verdadeiro motivo da prescrição penal tem a sua base no direito de punir. Com efeito, tornando-se inútil o castigo muito distanciado do delito ou da condenação, porque a lembrança do fato culposo está apagada e porque a necessidade do exemplo desapareceu, o próprio direito de punir deixa de existir para a sociedade. É, pois, o esquecimento presumido da infração não-julgada, que liberta o culpado das consequências da infração: é o esquecimento presumido da condenação pronunciada que o liberta das consequências da condenação. A cessação da razão de punir motivada pelo fato de a pena não produzir qualquer efeito, relativamente ao autor do delito como relativamente a terceiros, e quando uma perseguição estiver fora de toda a proporção com as dificuldades e incertezas que ofereça a constatação do delito como com a perturbação causada a uma situação adquirida, eis pois o que explica e legitima tanto a prescrição da ação pública como a prescrição da pena. A presunção de esquecimento que resulta do tempo decorrido é fundada, como todas as presunções, na observação dos fatos habituais: é ao mesmo tempo uma presunção invencível porque a lei a estabelecer num fim elevado de utilidade social.²⁷⁹

MARA REGINA TRIPPO afirma que a teoria justifica a relação de proporcionalidade entre os prazos prescricionais e a gravidade do crime, como também vale por conta do sistema de interrupção dos prazos com base em atos processuais ou executórios reveladores da vontade do estado de punir e, ainda, autoriza a exasperação dos prazos prescricionais da prescrição da pretensão executória, pois, após a condenação com trânsito em julgado, já se tem culpa declarada, presumivelmente mais impactante sobre a consciência coletiva do que o juízo de suspeita anterior²⁸⁰.

²⁷⁷ OST, François. *Op. cit.*, p. 178 a 182.

²⁷⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 517.

²⁷⁹ GARRAUD, René. *Compêndio de Direito Criminal. V.2*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 105.

²⁸⁰ TRIPPO, Mara Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 47.

3.3.2 Teoria da expiação moral

A teoria da expiação moral do criminoso ou do remorso baseia-se na premissa de que o longo e demorado desenvolvimento da investigação preliminar e do processo penal provoca no acusado profunda angústia decorrente da reflexão do ocorrido²⁸¹.

Ademais, mesmo que inexista um processo penal, como por exemplo, no caso de autoria desconhecida, também estaria fundamentada a prescrição, por presunção de que o infrator da lei seria tomado de remorso e isso provocar-lhe-ia sofrimento de tal forma que tornaria totalmente desnecessária a devida aplicação da sanção penal²⁸².

De acordo com esta teoria o remorso e todas as atribulações sofridas pelo acusado, durante o curso do prazo prescricional, seriam equivalentes a um substituto da própria reprimenda penal²⁸³.

Assim, em consonância com esta teoria, que está baseada no suposto sofrimento moral do acusado, surge a ideia da compensação da pena pelo sofrimento, em face da aflição e da opressão havidas no transcurso do processo penal, ou seja, haveria uma espécie de afronta ao princípio do *non bis in idem*²⁸⁴.

É interessante salientar o pensamento de BASILEU GARCIA, segundo o qual o simples protraimento da aplicação do direito de punir do Estado, equivale a uma indireta expiação da sua culpa²⁸⁵.

3.3.3 Teoria da emenda

Para MIGUEL REALE JÚNIOR a teoria da emenda pode ser considerada mero corolário da teoria do esquecimento, pois justifica a existência da prescrição, por ser desnecessária a pena transcorrido determinado tempo, pois as medidas de prevenção especial, exigidas após a prática do delito, perdem progressivamente o sentido. Ademais, se o réu ou condenado não voltou a delinquir, passado tanto tempo, operou-se a pretendida ressocialização²⁸⁶.

²⁸¹ SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 43.

²⁸² Idem. *Ibidem*.

²⁸³ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 680.

²⁸⁴ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Op. cit*, p. 91.

²⁸⁵ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 2. Ed. Tomo 2. V.1. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 695.

²⁸⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 518.

A teoria da emenda basicamente sustenta a presunção de recuperação sem a participação efetiva do Estado, inexistindo razão para a intervenção do Estado e aplicação de reprimenda jurídico penal.

CEZAR ROBERTO BITENCOURT não aborda gramaticalmente a teoria da emenda, todavia, fundamenta a recuperação do criminoso com o decurso do tempo, afirmando que com o passar do tempo e da inércia do Estado, a pena perde seu fundamento, esgotando-se os motivos do Estado para desencadear a punição²⁸⁷.

A teoria psicológica está muito próxima da teoria da emenda, haja vista que toma em consideração razões de ordem subjetiva, no entanto, com esta não se confunde, mas busca complemento ofertado pela teoria da emenda.

A teoria psicológica está baseada na mesma premissa da alteração da constituição psicológica do suposto autor do crime em virtude do transcurso do tempo, pois se afastou a relação psicológica entre o fato e o suposto criminoso. Destarte, o indivíduo que praticou o delito será outro diverso daquele anteriormente reconhecido como suposto culpado, sendo assim, estaria justificada a imposição da pena devido à perda de seu valor e finalidade²⁸⁸.

A teoria em análise pode ser encontrada no Código Penal, como se pode constatar pela redução até a metade dos prazos prescricionais em caso de menores de 21 anos, conforme o disposto no artigo 115 do Código Penal. Ademais, na legislação vigente, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, apenas a reincidência é causa interruptiva da prescrição da pretensão executória, conforme previsto no artigo 117, inciso VI do Código Penal.

3.3.4 Teoria da dispersão ou do desaparecimento das provas

A teoria da dispersão ou do desaparecimento das provas tem natureza processual, pois afirma que com o decurso do tempo, sem a devida comprovação do delito e de seus elementos típicos, as provas do crime se perdem ou se enfraquecem, verificando-se sensível prejuízo para a acusação, e também, para a própria defesa do acusado²⁸⁹. Nesse sentido é o entendimento de CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

O decurso do tempo enfraquece o suporte probatório: este fundamento, pode-se dizer, é de direito processual. O longo hiato temporal faz surgir uma dificuldade em coligar provas que possibilitem uma justa apreciação do

²⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Op. cit.**, p. 811.

²⁸⁸ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Op. cit.**, p. 93.

²⁸⁹ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Op. cit.**, p. 96.

delito. A apuração do fato delituoso torna-se mais incerta, e a defesa do acusado mais precária e difícil²⁹⁰.

Na maioria dos casos, o transcurso do tempo inviabiliza a devida produção probatória, e o decreto condenatório não tem como ser sustentado. As provas dispersam-se, tornando incerta a demonstração da responsabilidade do suposto criminoso. MARA TRIPPO defende que:

Nessa linha, a justiça célere é exigida não só pelo princípio da economia processual, como também pelas garantias processuais: devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Quanto maior a distância do fato, mais difícil à Promotoria de Justiça e, mais ainda, ao réu (em regra, sem recursos) comprovarem suas teses e refutarem os argumentos opostos, pelo que maior será a distância entre a verdade e o teor da sentença, maior a probabilidade de erros judiciários²⁹¹.

FERNANDO GALVÃO e CHRISTIANO JORGE SANTOS entendem ser inviável fundamentar a prescrição na teoria da dispersão das provas, pois, quando se trata da pretensão executória, já se terá estabelecida a convicção da autoria do crime e da reprovabilidade de seu autor²⁹².

Ademais, mesmo que a teoria da dispersão das provas seja relevante, esta não seria idônea para justificar prazos distintos de prescrição. Assim, a prova se enfraquece em qualquer processo, não importando a modalidade delituosa e muito menos o tempo de duração da pena privativa de liberdade.

O Código de Processo Penal nos artigos 155 a 250 oferece meios de prova análogos. Portanto, se tal teoria pudesse fundamentar a existência da prescrição, não existiria razão para prazos de prescrição diferenciados, entre si, isto pois, todos seriam idênticos²⁹³

3.3.5 Teoria da presunção de ineficiência do Estado

Para a teoria da presunção de ineficiência do Estado fundamenta-se a existência da prescrição pela desídia dos agentes públicos incumbidos de realizar o *ius perseguendi*, vale

²⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Op. cit.**, p. 811.

²⁹¹ TRIPPO, Mara Regina. **Op.cit.**, p 54.

²⁹² GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 967.

²⁹³ GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 28.

dizer, dos órgãos da polícia judiciária, dos membros do Ministério Público e, em algumas ocasiões, dos órgãos dos Poder Judiciário²⁹⁴.

CEZAR ROBERTO BITENCOURT trata da ineficiência do Estado, quando da análise dos fundamentos da prescrição, senão vejamos:

O Estado deve arcar com sua inércia: é inaceitável a situação de alguém que, tendo cometido um delito, fique sujeito, *ad infinitum*, ao império da vontade estatal punitiva. Se existem prazos processuais a serem cumpridos, a sua não observância é um ônus que não deve pesar somente contra o réu. A *prestação jurisdicional* tardia, salvo em crimes de maior gravidade, não atinge o fim da jurisdição: a justiça. Não há interesse social nem legitimidade política em deixar o criminoso indefinidamente sujeito a um processo ou a uma pena²⁹⁵.

Adota o mesmo posicionamento CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE, apontando a presunção de ineficiência do Estado como fundamento de validade para a existência da prescrição²⁹⁶.

Todavia, é imperioso salientar as ponderações de CHRISTIANO JORGE SANTOS:

De tal maneira, no caso da prescrição da pretensão punitiva, entende-se haver razão no argumento, considerando que o indivíduo apontado como suspeito (indiciado ou réu) pode ser, efetiva e realmente, inocente. Não é justo que a angústia do processo se eternize nesse caso (ressalvadas situações excepcionalíssimas de enorme interesse social), em razão da dúvida que sempre militara a seu favor²⁹⁷.

Não obstante, a teoria da presunção de ineficiência do Estado é importante, pois o *jus puniendi* deve ser realizado dentro de certo lapso temporal, do contrário, haverá violação ao direito fundamental a razoável duração do processo penal.

3.4 A IMPRESCRITIBILIDADE PENAL

No Brasil o Código Criminal do Império, de 16 de dezembro de 1830, determinava expressamente em seu artigo 65 que as penas impostas aos condenados não prescreviam

²⁹⁴ SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 53.

²⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 811.

²⁹⁶ ANDRADE, Christiano José de. *Da prescrição em matéria penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 24.

²⁹⁷ SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 54.

nunca. Todavia, o Código Penal de 1890 e a Consolidação das Leis Penais de 1932, assim como o Código Penal de 7 de dezembro de 1940.

A reforma penal operada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984 trouxe a possibilidade de incidência da prescrição, antes ou depois do trânsito em julgado, sem qualquer exceção.

No entanto, a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, em sentido diametralmente oposto demarcou como possível a não influência do tempo em determinados crimes. O artigo 5º, incisos XLII e XLIV, trouxeram o instituto da imprescritibilidade para o Direito Penal pátrio.

O artigo 5º, inciso XLII definiu a imprescritibilidade da pretensão punitiva ou executória nos crimes de racismo. Atualmente, a Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, com as devidas alterações operadas pela Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997, define os tipos penais referentes à prática do racismo.

Por sua vez, o artigo 5º, inciso XLIV definiu a imprescritibilidade nos crimes praticados por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito. No entanto, em virtude do princípio da legalidade penal, previsto expressamente no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal e, artigo 1.º do Código Penal, é imprescindível que haja tipo penal expresso definindo as condutas consideradas lesivas ao Estado Democrático de Direito, praticadas por grupos armados, civis ou militares.

Ademais, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que foi inserido na ordem jurídica interna por meio do Decreto Presidencial nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, em seu artigo 29, determina, expressamente que os crimes da competência jurisdicional e suplementar do Tribunal não estão sujeitos ao instituto da prescrição.

Preliminarmente, pode-se afirmar que a imprescritibilidade é a ausência de incidência da prescrição, ou seja, “crime imprescritível” é aquele cuja sanção é perene, sendo que o Estado poderá punir o indivíduo a qualquer tempo²⁹⁸.

É forçoso salientar que o crime, como fato jurídico não prescreve. A prescrição é a perda do direito de punir pelo decurso do tempo, sendo assim, o que prescreve é a pretensão punitiva ou executória do Estado.

Vários autores manifestaram-se contrários ao instituto da prescrição. Nesse sentido, pode-se citar JEREMIAS BENTHAM que se posicionava contrariamente à possibilidade de ocorrer prescrição para qualquer tipo de crime²⁹⁹.

²⁹⁸CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3.ed. São Paulo: Forense Universitária, 1997, p. 482.

CESARE BECCARIA, por sua vez, admitia o instituto da prescrição, no entanto, afastando-a no caso de crimes muito graves, cuja lembrança perdura por muito tempo na memória da sociedade³⁰⁰.

EUGENIO FLORIAN afasta totalmente a possibilidade da prescrição no âmbito do Direito Penal, ao considerá-la um verdadeiro prêmio ao delinquente:

Anzitutto La prescrizione rappresenta un premio dato all'abilità, All'áfurberia, All'áricchezza; doti e condizioni queste Che facilitanola fuga. Inoltrela prescrizione si basatuttasudi uma presunzione, la presunzione Che coldecorso del tempo sai cessato l'interesse a punire e sieno disperse e guastele prove del reato. Ora è evidente Che questa presunzione può non corrispondere All'árealtà. Inoltreèpurchiaro, Che per virtú della prescrizione Il reato vien meno no per ragione intrínseca, ma per ragione affatto estrínseca Ed estranea. La colpe volezza, nel senso morale e giuridico, rimane intera³⁰¹.

Na atualidade a doutrina francamente majoritária critica a existência da imprescritibilidade, mesmo havendo previsão expressa na própria Constituição da República.

Na República Federativa do Brasil sempre existiu certo repúdio à adoção da imprescritibilidade em matéria penal. Em nenhuma das constituições republicanas anteriores, foi feita, referência aos denominados crimes imprescritíveis.

Ademais, no Direito Penal, majoritariamente, entende-se ser a imprescritibilidade penal uma autêntica excrescência que ruma contrariamente à orientação contemporânea do direito penal constitucional.

Nesse sentido, pode-se citar CHRISTIANO JORGE SANTOS:

As previsões de imprescritibilidade da Carta Magna de 1988 soaram como acordes dissonantes aos juristas brasileiros, tendo sido argumentado não caber no direito penal moderno a imprescritibilidade, que as normas constitucionais contrariam a doutrina que prega a prescritibilidade em todos os ilícitos penais e a orientação contemporânea do moderno Direito Penal liberal. Não se tem conhecimento de um único jurista que tenha defendido a imprescritibilidade, no país³⁰².

²⁹⁹ BENTHAM, Jeremias. *Traité de legislation civile et criminelle*, 1830, v.2, p. 162, Apud. PORTO, Antonio Rodrigues. Da prescrição penal. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 13.

³⁰⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 7.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.43/44.

³⁰¹ FLORIAN, Eugenio. *Dei reati e delle pene in generale*. In: FLORIAN, Eugenio; POZZOLINI, Alfredo; ZERBOGLIO, Adolfo; VIAZZI, Pio. *TrattadodiDirittoPenale*. V.1. Milano: Vallardi, 1910, p. 428.

³⁰² SANTOS, Christiano Jorge. *Crimes de Preconceito e de Discriminação*. São Paulo: Max Limond, 2001, p. 153.

No mesmíssimo sentido, pode-se mencionar o posicionamento de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, RENÉ ARIEL DOTTI, JULIO FABBRINI MIRABETE, CEZAR ROBERTO BITENCOURT etc. Este último aponta que: “a Constituição Federal, contrariando a orientação contemporânea do moderno Direito Penal liberal, que prega a prescritibilidade de todos os ilícitos penais declarou a imprescritibilidade penal em duas oportunidades”³⁰³.

Na mesma linha é o entendimento de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI:

Todos os tipos de crime deveriam estar sujeitos à prescrição, sem qualquer consideração pela sua natureza ou pela sua gravidade. No entanto, este princípio não vem sendo sufragado por todas as ordens jurídico-penais, e, ainda recentemente, tem-se assistido, em vários movimentos internacionais, a um redobrado esforço em favor da imprescritibilidade – tanto no âmbito do direito penal como no do processo penal -, quanto aos crimes atentatórios à paz e à humanidade, muito especialmente ao genocídio, e a outros, puníveis com pena de morte e de prisão perpétua. Não nos parece existir fundamentação suficiente para isso. 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 (...) e, nem mesmo as exigências de prevenção especial podem perdurar para sempre. Isto não exclui a possibilidade de um juízo de reprovação e até mesmo de repugnância perdurarem, como ocorre, ainda hoje, com os odiosos crimes perpetrados pela Inquisição, pelos nazi-fascistas e durante o stalinismo. Mas isso não se faz perfeitamente suficiente, sob qualquer angulação que se faça do fenômeno, que obrigue a uma punição. Esta, a punição, só poderia encontrar fundamentação na retribuição e no sentimento de vingança, que nos parecem incompatíveis com o direito penal moderno e com um Estado de Direito³⁰⁴.

De acordo com os autores supracitados o instituto da imprescritibilidade penal afronta diretamente as garantias fundamentais do cidadão, pois o deixa vulnerável à eternidade não se coadunando, nem mesmo com as finalidades da pena.

Excetuando-se os sistemas socialistas e totalitários, os quais regulamentavam expressamente a imprescritibilidade penal nos casos de crimes contra a própria personalidade do Estado ou para os crimes políticos³⁰⁵, no direito alienígena, poucas infrações penais foram selecionadas para a pecha da imprescritibilidade penal. Exemplificativamente, pode-se citar os crimes de guerra, assim definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de

³⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Op. cit.**, p. 809.

³⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 10.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 671.

³⁰⁵ CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal. Volume IV*, Rio de Janeiro, 1979, p. 234.

Nuremberg e os crimes contra a humanidade, todavia, nunca se aceitou a imposição da imprescritibilidade penal aos tipos penais comuns, especialmente àqueles que podem ser posteriormente retratados.

Nesse sentido, dispôs a Convenção sobre a imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968, à qual, diga-se de passagem, não foi ratificada pelo Brasil:

ARTIGO 1º

São imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos, os seguintes crimes:

1. Os crimes de guerra, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas resoluções nº3 (I) e 95 (i) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946, nomeadamente as "infrações graves" enumeradas na Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 para a proteção às vítimas da guerra;
2. Os crimes contra a humanidade, sejam cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas resoluções nº3 (I) e 95 (i) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946; a evicção por um ataque armado; a ocupação; os atos desumanos resultantes da política de "apartheid"; e ainda o crime de genocídio, como tal definido na Convenção de 1948 para a prevenção e repressão do crime de genocídio, ainda que estes atos não constituam violação do direito interno do país onde foram cometidos³⁰⁶.

De acordo com CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO, entre os considerandos da *supracitada* Convenção, estão as justificativas de que tais delitos são considerados os mais graves no âmbito do Direito Internacional³⁰⁷.

Aliás, atualmente, o Direito Penal Internacional também só aceita a imprescritibilidade penal para os delitos excepcionais, ou seja, genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de agressão, delitos estes de competência jurisdicional complementar do Tribunal Penal Internacional, conforme o disposto nos artigos 5.º e 29 do Decreto Presidencial n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002, por meio do qual o Brasil promulgou o famigerado Estatuto de Roma. Abordando a questão ventilada FRANÇOIS OST afirma que:

Nos casos de crimes mais graves, a propósito dos quais já não se admite que o tempo apague a sua lembrança, impõe-se a instituição do imprescritível. Forjando o conceito de <<crime contra a

³⁰⁶ Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/genocidio/conv68.htm> acesso em 11 de julho de 2014.

³⁰⁷ MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 10.ed. RJ: Renovar, 1994, p. 735.

humanidade>>, os juristas associados ao processo de Nuremberg obtiveram o efeito de fazer recuar, virtualmente ao infinito, os limites do esquecimento (prescrição) e do perdão (amnistia). (...) A instituição dessa forma de memorial jurídico prossegue vários objectivos: permitir apesar da oposição geral (aqui, sobretudo, numa corrida contra o tempo) que se faça justiça em relação aos crimes que atacam mais directamente a humanidade do homem (no duplo sentido daquilo que há de humano nele, e de humanidade entendida como colectividade do género humano), apresentar um testemunho pedagógico em relação às gerações mais jovens e contra as teses revisionistas, lutar, por meio da acumulação de provas e arquivo dos testemunhos, contra a amputação de uma parte do passado dos povos vítimas de genocídio, *apartheid*, deportação, assassinato colectivo e outros crimes contra a humanidade³⁰⁸.

Em 17 de setembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal decidiu um caso extremamente importante que envolvia questões referentes ao racismo, liberdade de expressão, a dignidade dos judeus e a vedação à prática do racismo. No caso, trata-se do Habeas Corpus n.º 82.424 do Rio Grande do Sul, impetrado em favor do paciente Siegfried Ellwander que teria supostamente praticado o crime previsto no artigo 20 da Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989³⁰⁹.

No julgamento do remédio constitucional supramencionado, embora os onze ministros do Supremo Tribunal Federal tenham ratificado que o racismo é, efetivamente, um crime imprescritível, alguns deles fizeram questão de consignar em seus respectivos votos posicionamentos contrários à imprescritibilidade penal³¹⁰.

Não há perplexidade de que esta imprescritibilidade penal atribuída aos crimes de racismo aberrava veementemente contra nossa tradição jurídico-penal, sendo que, a outra hipótese definida na Constituição da República, que determina a imprescritibilidade, referente à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, diz respeito à defesa das instituições constitucionais e ao Estado Democrático de Direito, o que, na prática, só teria aplicabilidade se o suposto grupo armado, civil ou militar, for efetivamente derrotado, pois, caso vencedor, nenhuma punição lhe será imposta, sequer num futuro longínquo.

Ademais, é importante salientar que a Constituição Federal no artigo 5º, inciso XLIII não impôs a imprescritibilidade sequer aos crimes hediondos, definidos assim, na Lei n.º

³⁰⁸ OST, François. **Op. cit.**, p. 180.

³⁰⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 199.

³¹⁰ STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

8.072 de 25 de julho de 1990, no seu artigo 1.º, não se olvidando dos crimes assemelhados a hediondo, tais como a tortura, tráfico ilícito de drogas e o terrorismo.

Todavia, vários são os países que ainda adotam o instituto da imprescritibilidade penal. A Constituição alemã não tratou expressamente da imprescritibilidade, entretanto, o Código Penal alemão de 15 de maio de 1871, em seu §78, inciso II estabelece serem imprescritíveis o genocídio e o homicídio qualificado³¹¹.

Na Argentina, não há, expressamente, previsões de imprescritibilidade penal, lá a imprescritibilidade penal decorre de tratados internacionais devidamente ratificados³¹². Na Espanha, o único crime definido como imprescritível é o genocídio, previsto no artigo 607 do Código Penal espanhol³¹³. Na França, há previsão expressa da imprescritibilidade penal para os crimes contra a humanidade, que estejam previstos no Código Penal francês³¹⁴.

No Brasil, parte da doutrina defende a imprescritibilidade penal aos crimes de racismo e à ação de grupos armados civis ou militares contra o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, pode-se citar CELSO LAFER:

Existe um nexu estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento, como explica Alain Laquièze (Le Debat de 1964 sur l'imprescriptibilités crimes contre l'humanité. In: Droits, 31, Paris, PUF, 2000, p.19). A memória das praticas racistas que dificultam, na História do Brasil, a criação de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos – valores supremos do País consagrados no Preâmbulo da Constituição – é o que o constituinte quis preservar, para impedir sua reincidência. Por isso conferiu, no artigo 5.º, XLII, ao crime da prática do racismo, o peso e a gravidade da imprescritibilidade. (...) O crime de Siegfried Ellwanger, por apontar nesta direção do mal, não admite o esquecimento³¹⁵.

No mesmo sentido é o entendimento de CHRISTIANO JORGE SANTOS, afirmando ser possível a criação de novas hipóteses de imprescritibilidade penal até mesmo por meio de legislação infraconstitucional.

Entrementes, como se analisará a imprescritibilidade penal, viola diretamente o direito humano mais do que fundamental à razoável duração do processo penal.

³¹¹ SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 104.

³¹² SANTOS, Christiano Jorge. *Op. cit.*, p. 106.

³¹³ SANTOS, Christiano Jorge. *Op. cit.*, p. 107.

³¹⁴ SANTOS, Christiano Jorge. *Op. cit.*, p. 112.

³¹⁵ LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 88.

3.4.1 A imprescritibilidade penal e o Tribunal Penal Internacional

Após a segunda grande guerra mundial foi criado pelos aliados o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, bem como o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, ambos para julgar e punir as atrocidades cometidas durante a guerra³¹⁶.

O Tribunal Militar Internacional de Nuremberg teve seus trabalhos “jurisdicionais” iniciados em 20 de novembro de 1945, encerrando-se em 1.º de outubro de 1946. Aproximadamente 06 (seis) após o início das atividades do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg inicia-se os julgamentos dos processos do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, em 3 de maio de 1946³¹⁷.

Os tribunais supracitados são autênticos tribunais de exceção, criados após os fatos, sofrendo até os dias atuais, críticas doutrinárias, nesse sentido, é imperioso citar JOANISVAL BRITO GONÇALVES por meio de DAVID AUGOSTO FERNANDES:

Na visão de J. Brito Gonçalves o Tribunal de Nuremberg foi essencialmente político, por ter o vitorioso demonstrado sua força e por haver dado satisfação ao sentimento de indignação da humanidade, ao desparatar as atrocidades cometidas pelos vencidos. Por outro lado, vale registrar que os vencedores também praticaram várias atrocidades, haja vista o caso dos oficiais poloneses mortos pelos soviéticos durante a guerra, além da existência de campos de concentração nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha³¹⁸.

Posteriormente, nos anos de 1993 e 1994, foram criados pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas os Tribunais *ad hoc*, para a ex-Iugoslávia e Ruanda respectivamente, para julgar atrocidades que os governos daqueles Estados não foram capazes de fazer³¹⁹.

Entre os anos de 1949 e 1954, iniciou-se a primeira tentativa para criação de uma Corte Penal Internacional permanente. Todavia, somente no ano de 1998, na cidade de Roma foi aprovado o Estatuto da Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)³²⁰.

³¹⁶JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito internacional penal: mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23.

³¹⁷BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: Sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*. Tradução Luciana Pinto Venâncio. Barueri. Editora Manole, 2004, p. 24/27.

³¹⁸FERNANDES, David Augusto. *Tribunal Penal Internacional: A concretização de um sonho*. RJ: Renovar, 2006, p. 55.

³¹⁹MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementariedade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 53.

³²⁰FERNANDES, David Augusto. *Op. cit*, p. 139/145.

Ademais, para a entrada em vigor eram necessárias 60 (sessenta) ratificações, que ocorreu em abril de 2002. Por sua vez, o Brasil aderiu por meio do Decreto legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, sendo que, o Estatuto de Roma foi promulgado através do Decreto presidencial n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Posteriormente, cumprindo o disposto no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a Emenda Constitucional n.º 45/04, incluiu o §4º no artigo 5.º da Constituição Federal, segundo o qual o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional.

O Tribunal Penal Internacional com jurisdição complementar conforme determinado no artigo 1º do Estatuto de Roma é competente para julgar, conforme artigos 5.º a 8.º e 8º *bis*, os seguintes crimes: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e, por fim, crimes de agressão³²¹.

Conforme o artigo 29 do Estatuto de Roma, não haverá prescrição aos crimes da competência do Tribunal Penal Internacional. É importante salientar que no Projeto inicial, no capítulo referente aos princípios gerais do Estatuto de Roma não constava a cláusula da imprescritibilidade penal. Todavia, no texto final foi incluída a imprescritibilidade penal³²².

No geral o fundamento para a imprescritibilidade penal dos crimes da competência do Tribunal Penal Internacional é a própria gravidade em abstrato. Nesse sentido vale citar MARRIELLE MAIA:

A prescrição penal constitui, desde a Antiguidade, uma renúncia da pretensão punitiva, em suas origens disposta pelos juízes e logo pelos sistemas penais nacionais como regra em relação a delitos considerados comuns, mas não àqueles considerados atroz. É um princípio geralmente reconhecido, já que os prazos fixados em muitos sistemas nacionais de justiça penal para o processamento de delitos comuns não são aplicáveis no caso das violações graves de direito internacional. A esse respeito a Convenção das Nações Unidas sobre a imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, estipula que esses crimes não prescrevem, independentemente de quando tenham sido cometidos³²³.

Destarte, independentemente do decurso do tempo o Tribunal Penal Internacional poderá julgar os crimes de sua competência. Todavia, o próprio Estatuto de Roma determina

³²¹ O crime de agressão aguarda ratificação dos Estados para possibilidade de exercício da jurisdição, cf. RC/Res.6 of 11 June 2010.

³²² MAIA, Marrielle. Op. cit, p. 67.

³²³ MAIA, Marrielle. Op. cit, p. 75/76.

no seu artigo 67, item 1. alínea “c” que todo acusado terá o direito de ser julgado sem atrasos indevidos.

Sendo assim, no âmbito do direito internacional penal, também permanece a perplexidade no que tange ao conflito entre a imprescritibilidade penal e o direito à razoável duração do processo penal.

3.5 A NATUREZA DA PRESCRIÇÃO PENAL

Diante de tudo que foi exposto, ficou evidenciada a necessidade de determinação normativa do prazo (tempo) de duração razoável do processo penal, de qual seu termo inicial e final de contagem e, quais as consequências da não observância do prazo razoável.

Ademais, vislumbrou-se a relativização do tempo, não só do tempo físico cronologicamente definido e relativo, mas, sobretudo, do tempo social, que corre a marchas diferentes, o que não é distinto no âmbito do processo penal com seus mais variados atores.

Para alguns o correto seria rechaçar a noção de tempo absoluto à qual o processo penal está preso, para dirigir o tempo ao sujeito, através da concepção de tempo relativo e subjetivo. Todavia, se por um lado não é adequado definir rigorosamente um tempo absoluto e universal para a duração do processo penal, por outro, o cálculo não pode ficar adstrito à discricionariedade jurisdicional, pois a experiência da doutrina do não prazo não se mostra positiva³²⁴.

Assim, é imprescindível definir um critério normativo para a duração do Processo Penal, tendo em perspectiva as duas concepções de tempo, ou seja, o tempo absoluto de duração do processo penal, com prazo definido (doutrina do prazo fixo) e o tempo relativo de duração do processo penal, (doutrina do não-prazo), com possibilidade de cálculo do prazo levando em conta a sua razoabilidade e, mais, sua relatividade.

Diante dessa problemática, surge, então, o instituto da prescrição penal, mais especificamente a prescrição da pretensão punitiva, que, assim como o direito à razoável duração do processo, tem como principal fundamento o decurso do tempo. Destarte, busca-se depreender a possibilidade do prazo da prescrição da pretensão punitiva funcionar como limite para a razoável duração do processo penal, haja vista que o primeiro possibilita a

³²⁴ LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Op. cit.**, p. 85.

utilização de um critério normativo de prazo fixado na lei, e, ainda, viabiliza a relativização do tempo de duração do processo penal conforme o caso e o sujeito processual.

Ademais, é fundamental harmonizar a latente contradição que há no bojo do texto constitucional. A Emenda Constitucional n.º 45/04, acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º, resguardando o direito fundamental a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, todavia, define, também, aparentemente em linha oposta, a imprescritibilidade penal aos crimes de racismo e aos crimes praticados por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito (vide artigo 5º, incisos XLII e XLIV), bem como a imprescritibilidade penal dos crimes da competência do Tribunal Penal Internacional (artigo 5º, § 4º e artigo 29 do Decreto n.º 4.388/2002, que promulgou o Estatuto de Roma).

Assim sendo, traçando-se um paralelo entre os institutos da imprescritibilidade e da razoável duração do processo, é que se pode sugerir a latente contradição. Em verdade, há um momento em que a prescrição da pretensão punitiva acaba por determinar o prazo razoável do processo, pois, se inexistentes ou dilatados demais os prazos prescricionais, o Estado acabaria por ser ainda mais moroso na condução dos processos. Porque o tempo é o fator determinante, a morosidade estaria implantada como regra.

Ademais, com a Emenda Constitucional n.º 45/04, não restam mais dúvidas de que a atividade jurisdicional deve respeitar, necessariamente, o princípio da duração razoável do processo penal. Nesse sentido, é que dispõe expressamente o artigo 5º, inciso, LXXVIII da Constituição da República.

É mister ressaltar, que mesmo antes da Reforma do Judiciário, operada pela Emenda Constitucional *supracitada* o direito a uma duração razoável do processo já era reconhecido constitucionalmente, com base no artigo 5º §2º da Constituição Federal.

Dessarte, é viável afirmar que o Brasil ao ratificar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, assumiu o dever jurídico de julgar toda pessoa, na esfera penal, em prazo razoável, nesse sentido é o disposto no artigo 9º item 3., do Decreto n.º 592, de 6 de Julho de 1992. E não é só, também em 1992, o Brasil ao tornar-se signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, por meio do Decreto n.º 678, 6 de novembro de 1992, momento em que reiterou tal obrigação, conforme o que está previsto no artigo 8º, item 1., do famigerado Pacto de São José da Costa Rica.

A razoabilidade condutora do tempo máximo para o trâmite do processo penal, dentro dos parâmetros garantistas constitucionais, cinge-se à prudência, à sensatez, à moderação para avaliar o caso concreto, dentro de suas particularidades³²⁵.

Do princípio da razoável duração do processo, erigido ao nível de Direito Fundamental, extrai-se, como regra geral, que o processo penal está sujeito a um marco temporal, a um prazo razoável, que não pode ser ultrapassado e que é fixado de acordo com o caso concreto, considerando a gravidade do delito objeto da persecução penal e a sanção a ele correspondente.

Para fins de prescrição, esse marco temporal razoável para a duração do processo pode ser aferido objetivamente, estando expressamente previsto no artigo 109 e também no artigo 110, ambos do Código Penal. Assim sendo, só se torna possível realizar a persecução penal dentro desse lapso temporal, dentro do qual o Estado estará legitimidade a atuar, no exercício do seu direito de punir.

O processo penal não possui prazo fixo para sua duração, o prazo, em verdade, é estabelecido com fulcro nas especificidades da espécie, variando dentro dos limites outorgados pela lei, que se relacionam imediatamente com a gravidade do delito e com a sua pena respectiva.

O respeito a esse lapso temporal é compulsório, porque a excessiva demora do processo penal ofende não só o princípio da duração razoável do processo, como também vulnera o devido processo legal e a segurança jurídica, violando, com efeito, a própria dignidade da pessoa humana.

O processo traz gravames drásticos ao acusado, ônus estes que se tornam ainda mais nefastos diante da sua demora desarrazoada. A honra e a própria dignidade do indivíduo são maculadas, além do que a deflagração de uma ação penal pode dar ensejo a várias limitações de direitos individuais, como o necessário comparecimento aos atos do processo e também, a tensão psicológica com uma situação que pode mudar a perspectiva de vida do indivíduo. O processo criminal deve ser encarado mais do que como um meio de efetivação do *jus puniendi*, sobretudo, como um instrumento de garantia do indivíduo contra os arbítrios estatais, contra a persecução penal totalmente intempestiva.

Consequentemente, a excessiva demora impõe ao Estado o dever de reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, abandonando seu direito de punir, por ter violado um direito

³²⁵NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 333.

fundamental, ou seja, a duração razoável do processo penal. Aliás, nesse sentido é o entendimento de CEZAR ROBERTO BITENCOURT³²⁶.

Com efeito, preliminarmente é importante compreender a natureza do instituto da prescrição, tratado majoritariamente como instituto de direito penal material, para posteriormente apresentar a viabilidade jurídica de tratar o prazo da prescrição da pretensão punitiva como limite para a duração razoável do processo penal.

Como já foi dito a prescrição é uma dentre as causas de extinção da punibilidade expressamente tratadas pelo Código Penal brasileiro, mais especificamente em seu artigo 107, inciso IV, 1.º parte. No entanto, ainda que prevista expressamente como causa de extinção da punibilidade no diploma repressivo brasileiro, é importante descrever sua natureza, se de direito penal material ou se de direito processual penal. Embora produza vários efeitos no processo penal, é considerada, pela doutrina francamente majoritária, como matéria inerente ao direito penal, pois extingue o *jus puniendi* de titularidade do Estado.

Tratar da natureza jurídica da prescrição não é tarefa fácil, no entanto, é importante para fixar a relevância do instituto como marco definidor de duração do processo penal. Inúmeros são os posicionamentos sobre a natureza jurídica da prescrição penal, prevalecendo, tanto no Brasil, como no estrangeiro a posição de que a prescrição tem natureza umbilicalmente de direito penal material. A mera posição topográfica do instituto, inserido no próprio Código Penal pátrio, não é, de *per se*, suficiente para determinar a natureza jurídica, se material ou processual penal, ou simplesmente mista sendo tanto material como processual. Destarte, pode-se constatar que existem três correntes para a natureza jurídica da prescrição, basicamente, as discussões em torno a natureza jurídica da prescrição seguem no sentido de ser o instituto de direito material, de direito processual ou de natureza mista.

Para a primeira corrente que defende ser o instituto da prescrição de natureza material, leva em conta, principalmente, que a prescrição é proveniente de uma renúncia do Estado em punir o pretense autor do delito. Desta forma, tanto a prescrição da pretensão punitiva como a prescrição da pretensão executória estão relacionadas à exclusão da própria pena.

Esta posição é defendida pelo penalista alemão FRANZ VON LISZT. Para este autor a prescrição é circunstância extintiva da pena. Não só impedindo o processo como também extinguindo o direito de punir³²⁷.

³²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 15.ed. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 811.

³²⁷ LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução José Hygino Duarte Pereiro. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Ed., 1899. Tomo I, p. 476/477.

O autor italiano VINCENZO MANZINI sustentava que a prescrição pertence ao Direito Penal implicando em uma autêntica renúncia do Estado da potestade de punir, mas as formalidades pelas quais tal renúncia vem efetuada, fazem parte do Direito Processual Penal³²⁸.

No Brasil a doutrina tende a defini-la como instituto de direito material, a propósito é oportuno o entendimento de CEZAR ROBERTO BITENCOURT: “Para o ordenamento jurídico brasileiro, contudo, é instituto de direito material, regulado pelo Código Penal e, nessas circunstâncias, conta-se o dia do seu início”³²⁹. Também adotam esta posição JULIO FABBRINI MIRABETE, MAGALHÃES NORONHA, BASILEU GARCIA E DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, dentre muitos outros.

Por sua vez, existem autores que alocam a prescrição como autêntico instituto de direito processual penal, principalmente a doutrina alemã.

Nesse sentido vale citar:

Schönke, Rosenberg, Lourié, entre outros, afirmam que possui a prescrição caráter processual, conduzindo à extinção do processo, sendo então um obstáculo para este, o que, considerar a prescrição como sendo de caráter de Direito material é uma contradição com a Justiça e a lógica. Esta teoria vem recebendo a adesão constante de adeptos, mormente na Alemanha.³³⁰

Aliás, nesse mesmíssimo sentido é o entendimento do penalista funcionalista CLAUS ROXIN, segundo o qual a prescrição é instituto inerente ao direito processual penal e, não matéria de direito penal material. Critica até mesmo, as posições, segundo o qual a prescrição seria instituto de natureza mista ou híbrida, senão vejamos:

Si se reconoce que la falta de necesidad de pena o la prioridad de determinadas finalidades extrapenal es pueden plasmarse no solo em el Derecho material, sino también em el derecho procesal, de ahí se deriva que es incorrecta la teoría de la “doble naturaleza”, según la cual determinadas instituciones jurídicas pertenecen tanto al Derecho material como al Derecho processual. Esta teoría es defendida por una posición bastante extendida sobre todo respecto de la prescripción, considerando la desaparición de la necesidad de pena operada por el transcurso del tiempo como razón jurídico-material, y em cambio las dificultades probatorias crecientes com el tiempo como razón procesal de la exclusión de la pena. Tal explicación indica correctamente las razones de la prescripción; pero como la falta de necesidad de pena, cuando se basa em circunstancias ajenas al

³²⁸ MANZINI, Vincenzo. *Istituzioni di diritto processuale penale*. 12. Ed. Padova: Cedam, 1967, p. 13.

³²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 15.ed. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 809.

³³⁰ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Op. cit*, p. 136.

complejo del hecho, es asimismo um punto de vista procesal, de la misma no se puede deducir uma “doble naturaleza”. La verdad es que tanto la extinción de la necesidad de pena como la desaparición de la prueba conducen conjuntamente a la conclusión de que en lós casos de prescripción el castigo estaria contraindicado a efectos preventivos, pro que um proceso que llevara a cabo com médios probatórios inidôneos solo provocaria nueva intranquilidad social y no contribuiria em nada a la estabilización de la paz jurídica³³¹.

Com efeito, CLAUS ROXIN compreende que a prescrição é um instituto alheio ao fato típico, antijurídico e culpável, sendo, portanto inerente ao direito processual penal³³². No entanto, há uma terceira corrente segundo a qual a prescrição é instituto misto ou híbrido. A corrente mista entende que a prescrição possui tanto natureza material como processual penal. Não obstante, as justificativas tal posicionamento são subdivididas em dois grupos.

Para o primeiro grupo de autores é possível justificar a natureza mista da prescrição em decorrência dos efeitos que tal instituto determina, atingindo diretamente as duas esferas a esfera jurídico penal, bem como a processual penal. Nesse sentido, segue o penalista alemão, HANS WELZEL, ao sustentar que:

Os efeitos da prescrição não se explicam unicamente pela desapareção progressiva das provas, senão pela paulatina extinção da necessidade punitiva em virtude do transcurso do tempo. Por isto, a prescrição tem, pelo menos um caráter duplo: é tanto causa de extinção jurídico-material da pena, como obstáculo processual para a persecução³³³.

Por sua vez o segundo grupo de autores entende que a prescrição poderá ser tanto instituto de direito material como de direito processual penal, dividindo tal análise conforme a espécie de prescrição, ou seja, a prescrição da pretensão punitiva ou a prescrição da pretensão executória. Segundo ERNEST VON BELING a prescrição da pretensão punitiva é de autentica natureza de Direito Penal e a prescrição da pretensão executória é processual³³⁴.

EDMUND MEZGER compreende que a prescrição da pretensão punitiva é de caráter misto e a prescrição da pretensão executória é de caráter processual³³⁵.

HANS-HEINRICH JESCHECK depreende que a prescrição punitiva é de caráter híbrido e a prescrição executória e de natureza jurídico-penal³³⁶.

³³¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General*. Traducción e notas Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 990/991.

³³² MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Op. cit.*, p. 140.

³³³ WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: parte general*. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1976, p. 359.

³³⁴ VON BELING, Ernest. *Derechoprocesal penal*. Barcelona: Labor, 1943.

³³⁵ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Tradução da 2. Ed. Alemã de 1933 por José Arturo Rodríguez Munõz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1948. Volume II, p. 403.

É importante salientar que a discussão sobre a natureza jurídica da prescrição tem razão de ser na impossibilidade de retroatividade das leis processuais quando esta for benigna ao acusado, conforme o famigerado princípio do *tempus regit actum*, previsto expressamente no artigo 2.º do Código de Processo Penal brasileiro que determina *Ipsis litteris*: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

Em que pese a previsão do Código de Processo Penal, pode-se afirmar que existem vários sistemas de aplicação da lei processual no tempo, quais sejam: o sistema da unidade processual; o sistema das fases processuais; o sistema ou teoria do isolamento dos atos processuais; e o sistema das denominadas normas de garantia no processo penal.

No sistema da unidade processual a lei vigente durante o trâmite do processo deverá ser aplicada até o trânsito em julgado, mesmo após sua revogação. No sistema das fases processuais a lei acompanha o processo até o final de sua fase (fase postulatória, instrutória e fase decisória), com efeito, a lei, ainda que tenha sido revogada será aplicada até o término da fase em que estiver tramitando o processo. No caso do sistema ou teoria da isolamento dos atos processuais, ou princípio do *tempus regit actum* as normas processuais penais tem aplicação imediata, independente de serem benéficas ou prejudiciais ao acusado, tão logo passasse a *vacatio legis*, sem prejudicar os atos processuais já praticados, eis que não retroagiria jamais, salvo quando se trata-se de norma mista, ou seja, que tem natureza penal e processual penal, caso em que se aplica as regras do Direito Penal intertemporal, previstas expressamente na Constituição Federal (vide artigo 5º incisos XXXIX e XL), assim como nos artigos 1.º, 2.º parágrafo único do Código Penal brasileiro³³⁷.

No entanto, o sistema das normas de garantia no processo penal segue em sentido contrário. De acordo com tal sistema as normas processuais que sejam antigantistas ou prejudiciais ao acusado não devem retroagir seguindo a sistemática da irretroatividade da lei penal ou princípio da vedação à *novatio legis in pejus*.

Nesse sentido é o que afirma o argentino ALBERTO BINDER, segundo o qual as leis de organização processual devem cumprir sua função de garantia³³⁸. Todavia, sempre que a lei processual penal dispuser de maneira mais benéfica ao acusado, como por exemplo,

³³⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado derecho penal – parte general*. 4.ed. corrigido e ampliado. Tradução José LuisManzanaresSamaniego. Granada: Comares, 1993, p. 822.

³³⁷ LOPES, Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 257.

³³⁸ BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 95.

umentando os prazos para a defesa, deverá retroagir para alcançar fatos do passado, trata-se do princípio da retroatividade da *novatio legis in mellus*³³⁹.

Nesse diapasão é importante citar AURY LOPES JR.:

Pensamos que o Princípio da imediatidade contido no art. 2.º do CPP, assim aplicado, não resistiria a uma filtragem constitucional, ou seja, quando confrontado com o art. 5.º, XL, da Constituição. A questão foi muito bem tratada por PAULO QUEIROZ e ANTONIO VIEIRA, que lecionam que a irretroatividade da “lei penal” deve também compreender, pelas mesmas razões, a lei processual penal, a despeito do que dispõe o art. 2.º do Código de Processo Penal, que determina, como regra geral, a aplicação imediata da norma, uma vez que deve ser (re)interpretado à luz da Constituição Federal. Isso porque não há como se pensar o Direito Penal completamente desvinculado do processo e vice-versa. Recordando o princípio da necessidade, não poderá haver punição sem lei anterior que preveja o fato punível em um processo que o apure. Tampouco pode haver um processo penal senão para apurar a prática de um fato aparentemente delituoso e aplicar a pena correspondente. Assim, essa íntima relação e interação dão o caráter de coesão do “sistema penal”, não permitindo que se pense o Direito Penal e o processo penal como compartimentos estanque. Logo, as regras de retroatividade da lei penal mais benéfica deve ser compreendidas dentro da lógica sistêmica, ou seja, retroatividade da lei penal ou processual penal mais benéfica e vedação de efeitos retroativos da lei (penal e processual penal) mais gravosa ao réu.³⁴⁰

Aliás, é imperioso ressaltar o sistema garantista do jurista italiano LUIGI FERRAJOLI, denominado garantista, cognitivo ou de legalidade estrita, o famigerado sistema penal SG, com seus 10 (dez) axiomas ou princípios penais e processuais penais que funcionam sistematicamente, a saber: *Nulla poena sine crimine; Nullumcrimensine lege, Nulla Lex (poenalis) sinenecessitate; Nulla necessitas sine injuria; Nulla injuria sineactione; Nullaactiosine culpa; Nulla culpa sine iudicio; Nullum iudicium sineaccusatione; Nullaacccsatio sineprobacione; Nullaprobatio sine defensione*³⁴¹.

O garantismo penal é o sistema não só de Direito Penal material, mas, também de Direito Processual Penal, onde cada axioma está interligado diretamente ao outro sucessivamente³⁴². Com efeito, percebe-se que os princípios e, até mesmo as regras de direito material e de direito formal se comunicam entre si, podendo coexistir em perfeita harmonia, até porque o direito é um todo indivisível.

³³⁹ BINDER, Alberto M. **Op. cit.**, p. 98/99.

³⁴⁰ LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 259/260..

³⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 91.

³⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Op. cit.**, p. 92.

Diante disso, pode-se afirmar que a discussão sobre a natureza jurídica da prescrição perdeu a razão de ser, pois mesmo que considerada como instituto de Direito Processual, poderá ser admitida como norma processual de garantia.

Entretanto, dentre as três posições que definem a natureza da prescrição, a mais adequada é aquela que define o instituto da prescrição como misto ou híbrido, pois apesar de ter natureza material, havendo renúncia por parte do Estado e da sociedade ao direito de aplicação da norma penal incriminadora, não deixa ter consequências processuais penais, constituindo um autêntico impedimento processual³⁴³.

Sendo assim, não resta nenhuma dúvida de que a prescrição da pretensão punitiva pode funcionar como autêntico marco para a definição normativa da razoável duração do processo penal, conforme a construção que será realizada oportunamente.

3.6 O CÁLCULO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

A prescrição da pretensão punitiva é subdividida em três modalidades distintas, a saber: a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita; a prescrição da pretensão punitiva retroativa; e a prescrição da pretensão punitiva superveniente ou intercorrente. Cada uma delas possui uma forma distinta de cálculo, senão vejamos.

A prescrição da pretensão punitiva propriamente dita é calculada com base no máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada no preceito secundário do tipo penal. Sendo assim, tendo em perspectiva a pena máxima cominada no preceito secundário do tipo legal de crime e os prazos previstos no artigo 109 do Código Penal defini-se o prazo da prescrição da pretensão punitiva propriamente dita. Urge salientar que o prazo previsto no artigo 109, inciso VI do Código Penal, foi alterado pela Lei n.º 12.234, de 5 de maio de 2010, passando de 2 (dois) anos para 3 (três) anos.

Assim, vejamos os prazos previstos, expressamente no Código Penal:

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

- I – em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);
- II – em 16 (dezesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não exceder a 12 (doze);
- III – em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);

³⁴³ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Op. cit.**, p. 157.

- IV – em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);
 - V – em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano, ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);
 - VI – em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.
- Parágrafo único. Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.

Ademais, subsiste o prazo de 2 (dois) anos em duas hipóteses distintas, quais sejam: para a pena de multa, quando for a única pena cominada ou aplicada, conforme determinação do artigo 114, inciso I do Código Penal³⁴⁴; e para o crime de porte de drogas para consumo pessoal, previsto expressamente no artigo 28, *caput*, da Lei 11.343/2006, conforme o disposto no artigo 30 da referida legislação penal especial.

Ainda com relação ao cálculo da prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, é forçoso salientar que as causas de aumento e diminuição de pena influem na contagem do prazo, bem como a regra prevista no artigo 115 do Código Penal, que trata da redução do prazo pela metade, no caso de senilidade e da menoridade relativa, respectivamente na data da sentença ou na data do fato.

O Código Penal define ainda o termo inicial de contagem da prescrição da pretensão punitiva, as causas suspensivas, bem como as causas interruptivas da prescrição, conforme artigos 111, 116 e 117, todos do Código Penal brasileiro.

O artigo 111 do Código Penal trata do termo inicial de contagem do prazo prescricional:

- Artigo 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:
- I – do dia em que o crime se consumou;
 - II – no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;
 - III – nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;
 - IV – nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido;
 - V – nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houve sido proposta a ação penal.

³⁴⁴Salienta-se que a pena de multa é cominada como única sanção, exclusivamente nas contravenções penais, ou a única aplicada, no caso de substituição da pena privativa de liberdade, cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 685.

O prazo da prescrição da pretensão punitiva é suscetível de suspensão ou de interrupção. Na primeira o lapso temporal anterior à causa suspensiva ou impeditiva computa-se quando da continuação da contagem, haja vista o disposto no artigo 116 do Código Penal:

Artigo 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I – enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

II – enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

Parágrafo único. Depois de passado em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

Além das hipóteses previstas no artigo 116 do Código Penal, suspende-se o curso do prazo pelo indeferimento ou pela ausência de deliberação do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados sobre o pedido de licença para processar senador ou deputado federal, conforme previsão do artigo 53 §§ 3.º e 5.º da Constituição Federal.

Suspende-se também o curso do prazo prescricional se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, conforme determinação do artigo 366, caput, do Código de Processo Penal, nesse sentido a Súmula 415 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça determina que o período de suspensão poderá durar até o máximo da pena privativa de liberdade cominada no tipo penal.

Também a expedição de carta rogatória para citação do réu no estrangeiro, em lugar sabido, suspende o prazo prescricional até seu cumprimento, conforme previsão do artigo 368 do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei 9.271/1996. Ademais, durante o prazo de suspensão condicional do processo não correrá a prescrição, conforme determinado no artigo 89, §6.º, da Lei n.º 9.099/1995.

Por outro lado, as hipóteses de interrupção estão previstas no artigo 117 do Código Penal:

Artigo 117. O curso da prescrição interrompe-se:

I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II – pela pronúncia;

III – pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI – pela reincidência.

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

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

No que tange às causas interruptivas o Código Penal determina que cessada a causa interruptiva do prazo prescricional, a contagem deste reinicia-se por inteiro, ou seja, o período anteriormente decorrido não é computado³⁴⁵.

Existe, também, a prescrição da pretensão punitiva superveniente ou intercorrente, que ocorrerá somente após a sentença condenatória recorrível. Assim, somente quando houver uma sentença condenatória em primeiro grau é que poderá incidir a denominada prescrição superveniente.

A prescrição da pretensão punitiva intercorrente ou superveniente será orientada pela pena concreta, aplicada na sentença condenatória recorrível, caso haja trânsito em julgado para a acusação ou tenha o recurso sido improvido, conforme determina o artigo 110 §1.º, primeira parte, do Código Penal.

Aliás, a súmula nº 146 do Supremo Tribunal Federal determina que: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”. Há posicionamento no sentido de que quando o recurso do Ministério Público não tiver o escopo de aumentar a pena, mas buscar, por exemplo, a revogação da suspensão condicional da pena, a imposição de medida de segurança ou a agravação da pena de multa, também poderá se regular pela pena em concreto³⁴⁶.

A possibilidade de reconhecimento dessa modalidade de prescrição da pretensão punitiva decorre do princípio da *reformatio in pejus*, previsto no artigo 617, última parte, do Código de Processo Penal, pois em recurso exclusivo da defesa não será possível agravar a pena do condenado.

A prescrição da pretensão punitiva na modalidade superveniente tem como termo inicial a publicação da sentença condenatória recorrível. Esta modalidade de prescrição ocorre, basicamente, por dois motivos, primeiro em decorrência da morosidade na intimação do acusado da sentença condenatória, conforme artigo 392 do Código de Processo Penal, e em virtude da demora no julgamento do recurso interposto pela defesa.

Por fim, é mister citar a prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa. Referida modalidade de prescrição da pretensão punitiva é calculada tendo como base a pena

³⁴⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 13.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 600.

³⁴⁶ JESUS, Damásio de. *Direito Penal, volume 1: parte geral*. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 775.

aplicada na sentença condenatória, conforme determinado pelo artigo 110, §1.º, segunda parte e, súmula 146 do Supremo Tribunal Federal.

Nosso ordenamento jurídico previa que a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regular-se-ia pela pena aplicada, admitindo-se como termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia, nesse sentido era o disposto no revogado § 2.º do art. 110 do Código Penal, que determinava *in verbis*: “A prescrição de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa”.

Essa modalidade de causa extintiva da punibilidade foi revogada pela Lei n.º 12.234, de 5 de maio de 2010, a qual entrou em vigor no dia 6 de Maio de 2010, não podendo retroagir para prejudicar os acusados, sob pena de violação à garantia fundamental insculpida no artigo 5.º, inciso XL, da Constituição Federal, e artigo 2.º, parágrafo único, do Código Penal.

Nesse sentido, é forçoso citar Paulo Queiroz:

Já vimos que em 5 de Maio de 2010 entrou em vigor a Lei n.º 12.234, que modificou a prescrição quanto ao seguinte: [...] b) vedou a contagem da prescrição (retroativa) entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia. E por se tratar de lei prejudicial ao réu, só poderá ser aplicada às infrações penais cometidas posteriormente à sua entrada em vigor, por força do princípio da irretroatividade da lei³⁴⁷.

Destarte, com o advento da Lei n.º 12.234/2010, que alterou o artigo 110 §1.º e revogou seu §2.º, a prescrição regulada pela pena em concreto, não poderá ter por termo inicial data anterior ao recebimento das peças vestibulares. Todavia, permanece a possibilidade de incidência do prazo prescricional, com base na pena em concreto, no período compreendido entre a sentença condenatória recorrível e o recebimento da denúncia ou da queixa-crime.

É imperioso ressaltar que o magistrado que prolatou a sentença condenatória, não poderá reconhecer o instituto da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, pois já esgotou sua atividade jurisdicional. Entretanto, o Provimento 3/1994, da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo/SP, recomendava ao magistrado que,

³⁴⁷QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral, V.1.* 9.ª edição. Bahia; Editora JusPODIVM, 2013, p. 599.

constatada a prescrição, declarasse a extinção da punibilidade, por economia processual, ainda que já tenha proferido a sentença condenatória³⁴⁸.

Aliás, o artigo 61 do Código de Processo Penal determina que o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício, em qualquer fase do processo.

ROGÉRIO SANCHES CUNHA afirma que a prescrição retroativa não poderá ter como termo inicial data anterior ao recebimento da peça exordial, pois a investigação merece um limite temporal mais amplo, norteado exclusivamente pela pena em abstrato, sendo que a prescrição retroativa penaliza somente a demora judiciária, não mais sancionando a demora na investigação preliminar³⁴⁹.

Tal argumento, todavia, não pode prosperar, pois a prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, tendo como termo inicial data anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa-crime é um autêntico instrumento a serviço de uma prestação jurisdicional mais célere.

Ademais, costumeiramente é alegado que a prescrição retroativa seria autêntico instrumento a serviço da impunidade, todavia, tal assertiva não tem qualquer fundamentação teórica. Nesse sentido vale citar:

(...) Contudo, o que o legislador não percebe, ou finge não perceber, é que a mazela da impunidade está ligada umbilicalmente à atuação ineficiente ou, até mesmo, à inércia do Estado, e não ao instituto da prescrição. A mudança deve se dar, portanto, não no ordenamento jurídico-penal, mas na forma de atuação do Estado. A prescrição retroativa, assim como o instituto da prescrição como um todo, ao contrário do que se pensa, não gera impunidade, prestando-se, dentre outros objetivos relevantes, a trazer segurança jurídica ao indivíduo, já que serve como limitadora ao *jus puniendi* estatal. Dessa forma, a prescrição, que acarreta a extinção da punibilidade é garantia que o jurisdicionado possui contra o Estado que realiza a persecução penal a destempo. A prescrição retroativa, assim como o instituto da prescrição como um todo, ao contrário do que se pensa, não gera impunidade, prestando-se, dentre outros objetivos relevantes, a trazer segurança jurídica ao indivíduo, já que serve como limitadora ao *jus puniendi* estatal. Dessa forma, a prescrição, que acarreta a extinção da punibilidade, é uma garantia que o jurisdicionado possui contra o Estado que realiza a persecução penal a destempo. Com base, então, em argumentos equivocados, é que foi promulgada a Lei nº 12.234/2010, extinguindo parcialmente a prescrição retroativa. Em prol desse objetivo, tão comum atualmente, de enrijecer a todo custo o sistema punitivo para supostamente se combater à impunidade, o legislador abriu mão, como de costume, do

³⁴⁸ MASSOM, Cleber. *Direito Penal esquematizado – Parte geral – volume 1*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 966.

³⁴⁹ CAMPOS JÚNIOR, Nadir de. et al. *Prescrição Após a Lei Nº 12.234 de 05/05/2010*. APMP, São Paulo, 2010, p. 31.

rigor técnico-científico indispensável, violando direitos constitucionalmente assegurados³⁵⁰.

Ademais, é imperioso salientar o instituto implícito da prescrição virtual, antecipada ou em perspectiva. Esta modalidade de prescrição da pretensão punitiva não está prevista expressamente na lei, todavia, vem sendo utilizada por grande parte da doutrina e da jurisprudência pátrias.

O instituto supramencionado é uma construção puramente doutrinária e jurisprudencial, consistente em decretar a extinção da punibilidade com fulcro na possibilidade de que, mesmo na hipótese de eventual sentença penal condenatória, inevitavelmente ocorrerá a incidência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa.

Todavia, com a edição da lei nº 12.234/10, esta possibilidade tornou-se de difícil configuração prática, salvo, em relação aos fatos consumados ou tentados antes da entrada em vigor da mencionada legislação ordinária. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 438, que determina *in verbis*:

É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

O Supremo Tribunal Federal também não admite, em geral, a aplicação da prescrição virtual, por ausência de expressa previsão legal³⁵¹. Nesse sentido vale citar a obra de FERNANDO GALVÃO:

Contrariamente ao cabimento da prescrição pela pena em perspectiva, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “não se admite a prescrição retroativa por antecipação, uma vez que, além de inexistir previsão legal, não se pode, antes da sentença condenatória, presumir a pena frente às circunstâncias do caso concreto” (HC 76.153). No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 438³⁵².

³⁵⁰ HOMEM, Marcela Garcia. *Lei n. 12.234/10: A inconstitucionalidade da extinção parcial da prescrição retroativa*. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012, p. 18.

³⁵¹ MASSOM, Cleber. *Direito Penal esquematizado – Parte geral – volume 1*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 972.

³⁵² GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.10054

ROGÉRIO GREGO é contra a possibilidade de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa, com base na pena em perspectiva³⁵³. Entretanto, propõe uma solução distinta:

Dessa forma, perguntamos: Por que levar adiante a instrução do processo se, ao final, pelo que tudo indica, será declarada a extinção da punibilidade, em virtude do reconhecimento da prescrição? Aqui, segundo nosso raciocínio, o julgador deverá extinguir o processo, sem julgamento do mérito, aplicando-se o artigo 267, VI do Código de Processo Civil, uma vez que, naquele exato instante, pode constatar a ausência de uma das condições necessárias ao regular exercício do direito de ação, vale dizer, o chamado interesse-utilidade da medida³⁵⁴.

O autor propõe, nos casos, de possibilidade de reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição virtual a aplicação do artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil, ou seja, a extinção do processo sem resolução do mérito com base não manifesta ausência de interesse de agir.

É importante salientar que a utilidade do processo penal traduz-se na eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do autor. Se, de plano, for possível perceber a inutilidade da persecução penal “*in judicio*” aos fins a que se destina, dir-se-á que inexistente interesse de agir. É o caso de se oferecer denúncia quando, pela análise da pena provável de ser cominada na sentença, se eventualmente comprovada a culpabilidade do acusado, já se pode antever a ocorrência da prescrição retroativa³⁵⁵.

3.7 O PRAZO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA COMO LIMITE PARA A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL

De acordo com HANS KELSEN é fundamental libertar a ciência jurídica de tudo que lhe possa ser estranho. Nesse sentido, o autor supracitado afirma que:

De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente tem uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreender delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a

³⁵³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 739.

³⁵⁴ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 741.

essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto. (...) A Teoria Pura do Direito, como específica ciência do Direito, concentra – como já se mostrou – a sua visualização sobre as normas jurídicas e não sobre os fatos da ordem do ser, quer dizer: não a dirige para o querer ou para o representar das normas jurídicas, mas para as normas jurídicas como conteúdo de sentido – querido ou representado. Ela abrange e apreende quaisquer fatos apenas na medida em que são conteúdo de normas jurídicas, quer dizer, na medida em que são determinados por normas jurídicas. O seu problema é a específica legalidade autônoma de uma esfera de sentido³⁵⁶.

O direito não é uma coisa *de per se*, ou seja, não existe ontologicamente, trata-se de uma criação do homem. O direito é o que dizemos que ele é, pois o direito diz respeito ao homem, não está no fato ou na norma em si, mas na consciência do homem, sendo assim, é criado e recriado constantemente, sendo-lhe, dado distintos significados, a cada momento de sua produção segundo um dado contexto histórico-cultural e social³⁵⁷.

Audaciosamente, pode-se afirmar que não existe direito. Aliás, o próprio pensamento kelseniano se aproxima do pensamento nietzscheano. Nesse sentido, vale citar a dissertação de mestrado de HENRIQUE GARBELLINI CARNIO:

A noção de ficção jurídica no pensamento de Kelsen assumidamente tomada na Teoria Pura do Direito é valiosamente proveitosa para a análise nietzscheana da inexistência de um direito e de uma justiça em si que se estruturam a partir da instituição de lei. O entrecruzamento do pensamento dos autores tanto na abordagem sobre o processo de formação do direito, como na impressão da distância que os separa no modo de se considerar a sua positividade, reforça a compreensão do direito como uma ficção³⁵⁸.

FRIEDRICH NIETZSCHE afirma que: “não existem fenômenos morais, apenas uma interpretação moral dos fenômenos”³⁵⁹. E, finalmente escreveu: “minha sentença principal: não há fenômeno moral, mas, antes, apenas uma interpretação moral desses fenômenos. Essa interpretação é, ela própria, de origem extramoral”³⁶⁰.

Sendo assim, se não existem fenômenos morais, mas apenas uma interpretação moral dos fenômenos, tampouco existem fenômenos jurídicos, mas só uma interpretação jurídica

³⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. 8.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 1,2,113 e 114.

³⁵⁷ QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral, V.I*. 9.ª edição. Bahia; Editora JusPODIVM, 2013, p. 37.

³⁵⁸ CARNIO, Henrique Garbellini. *Kelsen e Nietzsche: aproximações do pensamento sobre a gênese do processo de formação do direito*. 2008. 213 folhas. Dissertação (mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 191.

³⁵⁹ NIETZSCHE, Friederich. *Para além do bem e do mal*. trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2011, p.92, aforismo 108.

³⁶⁰ NIETZSCHE, Friederich. *Vontade de Poder*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 153.

dos fenômenos, pois nada é onticamente jurídico, lícito ou ilícito, mas socialmente construído, em direito nada é dado, tudo é construído³⁶¹.

Ademais, haja vista o direito à razoável duração do processo penal pode-se dar a seguinte sentença principal: Não há nenhum direito à razoável duração do processo penal, mas, antes, uma interpretação temporal do Processo Penal. Essa interpretação é, ela própria, de origem extrajurídica.

Assim, surge a possibilidade de interpretar o direito à razoável duração do processo penal, tendo em perspectiva os prazos da prescrição da pretensão punitiva e suas consequências jurídicas, pois o direito não é dado mas criado e desenvolvido, tendo em vista a concepção de que o ser humano é fim de tudo.

No segundo capítulo desta pesquisa foi visto que não existe, atualmente, um prazo definido de duração do processo penal, até porque, existe discussão sobre a adoção da denominada doutrina do não-prazo e da doutrina do prazo-fixo.

Destarte, diante da necessidade de estabelecer um prazo para a duração do processo penal, levando em consideração a concepção de tempo relativo e da necessária definição de uma consequência jurídica para a não observância do prazo de duração do processo, é que surge a seguinte indagação: É possível utilizar os prazos da prescrição da pretensão punitiva como limite para a duração razoável do processo penal?

Só é possível realizar efetivamente a persecução penal dentro do lapso temporal definido no Código Penal, ao qual se denomina como prazo prescricional, dentro do qual o Estado estará legitimado a atuar, no exercício do seu *jus punendi*. Como visto, o processo penal não possui prazo determinado para sua duração. Em verdade, o prazo é estabelecido com fundamento na prescrição. Consequentemente, a excessiva demora impõe ao Estado o dever de reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, abandonando seu direito de punir, por ter violado um direito fundamental, ou seja, a duração razoável do processo penal.

A problemática é saber: se a duração do processo penal deverá ter como base os prazos prescricionais. Nesse sentido, AURY LOPES JÚNIOR, afasta por completo tal possibilidade, senão vejamos:

Não existe limite algum para a duração do processo penal (não se confunda isso com prescrição), (...). No Brasil, os prazos previstos para a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (pela pena aplicada ou *in abstracto*) são inadequados para o objeto em questão, pois excessivos (principalmente pela

³⁶¹QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral, V.1*. 9.^a edição. Bahia; Editora JusPODIVM, 2013, p. 37.

pena em abstrato). Ainda que se cogite de prescrição pela pena aplicada, tal prazo, em regra, está muito além do que seria uma duração razoável do processo penal. Devemos considerar ainda, diante da imensa resistência dos tribunais em reconhecer a prescrição antecipada, que o imputado terá de suportar toda a longa duração do processo, para só após o trânsito em julgado buscar o reconhecimento da prescrição pela pena concretizada.³⁶² (Grifo nosso)

1

Para o autor supracitado o único óbice para o reconhecimento do prazo da prescrição da pretensão punitiva como limite para a duração do processo penal, é exatamente, a circunstância de que os prazos prescricionais são muito extensos.

Todavia, atualmente, os prazos prescricionais são os únicos limites de duração do processo penal. O ordenamento jurídico pátrio não reconhece nenhuma solução compensatória para a inobservância do princípio da duração razoável do processo penal, restringindo-se, no caso das prisões cautelares, à determinação de ocorrência de constrangimento ilegal e, por conseguinte, de sua revogação, sem prejuízo do prosseguimento normal do processo penal.

Em sentido diametralmente oposto ao de AURY LOPES JÚNIOR, é o entendimento de MARIA ELIZABETH QUEIJO, senão vejamos:

(...) Nesse quadro, quer-nos parecer que a prescrição, sobretudo na modalidade retroativa, entre a data do recebimento da denúncia ou queixa e a data da publicação da sentença condenatória, bem como a prescrição intercorrente, podem contribuir para a duração razoável do processo. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, pela prescrição, evita-se a “eternização da persecução penal”. A esse respeito, na doutrina, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio sustenta que a prescrição retroativa é instituto neutro, que “vincula os agentes da persecução penal à rapidez, sem supressão das etapas procedimentais próprias à arguição da defesa e sem mitigação da persecução penal”. Ou seja, por um lado, “é instrumento contra a prevaricação porque impulsiona a persecução penal rápida e efetiva, de outro, é garantia de liberdade porque proíbe persecução espraiada no tempo”. Admitir-se a persecução penal sem prescrição, sem dúvida, dificulta a observância da duração razoável do processo³⁶³. (Grifo nosso)

Para a autora a prescrição é a limitação temporal para que o Estado possa exercer sua pretensão punitiva ou a pretensão executória, ou seja, a prescrição outorga ao Estado, nas várias fases da persecução penal, que seja eficiente.

³⁶² LOPES, Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 211.

³⁶³ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Prescrição: exigência de eficiência na investigação e razoável duração do processo*. In: Prescrição Penal: Temas Atuais e controvertidos – Doutrina e Jurisprudência Volume4. Ney Fayet Júnior (Coord.), Maria Elizabeth Queijo...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 30.

Ademais, depreende que o referido instituto não está voltado à impunidade, como se costuma afirmar, mas, sobretudo, impõe ao Estado um atuar eficiente, dentro do limite temporal que foi por ele próprio definido e previamente estabelecido. Nesse sentido, conclui:

A partir das reflexões apresentadas sobre o tema, é possível concluir que a prescrição desenvolve importante papel no Estado Democrático de Direito. Por um lado, estabelece limites para que o Estado desenvolva as atividades de persecução penal, não deixando a seu alvedrio o tempo em que ocorrerão. De outra parte, constitui-se em elemento impulsionador da otimização da investigação e da própria duração razoável do processo, impondo ao Estado obediência ao princípio da eficiência, de envergadura constitucional. Nesse contexto, a prescrição retroativa, a mais criticada das modalidades de prescrição, é a que se mostra mais apta a impor eficiência ao Estado na persecução penal. (...) É tempo de dar efetividade ao princípio da eficiência na Administração Pública, notadamente junto aos órgãos incumbidos da persecução penal. E, nesse aspecto, a prescrição tem muito a contribuir³⁶⁴.

Destarte, diante dos argumentos supracitados percebe-se que o único obstáculo para o reconhecimento do prazo prescricional como limite da duração razoável do processo penal é exatamente a circunstância de que tais prazos sejam muito dilatados.

Todavia, dentre as consequências jurídicas da demora na prestação jurisdicional, especificamente na seara penal, matéria abordada no segundo capítulo, a extinção da punibilidade é a mais razoável e adequada, pois, assim como o princípio da razoável duração do processo penal, está baseada na concepção de passagem do tempo.

Com a sentença declaratória de extinção da punibilidade ter-se-ia efeitos penais, no caso, o desaparecimento da possibilidade jurídica de imposição de qualquer reprimenda penal, bem como efeitos processuais, pois o processo será extinto sem qualquer resolução do mérito, em decorrência da inobservância do dever de prestação jurisdicional tempestiva.

O grande óbice ao cumprimento e observância do princípio insculpido no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição da República é, justamente, a ausência de qualquer sanção. No entanto, adotando-se o prazo prescricional como parâmetro para determinação da violação da razoável duração do processo penal, haverá a mais adequada das consequências jurídicas, qual seja, a extinção da punibilidade e, conseqüentemente a extinção do próprio processo penal em curso.

³⁶⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Prescrição: exigência de eficiência na investigação e razoável duração do processo*. In: Prescrição Penal: Temas Atuais e controvertidos – Doutrina e Jurisprudência Volume4. Ney Fayet Júnior (Coord.), Maria Elizabeth Queijo...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 31.

O Poder Judiciário deve zelar pela celeridade do processo penal, haja vista o direito à razoável duração do processo penal e, secundariamente manter obediência ao princípio da eficiência, conforme o disposto no artigo 37, *caput* da Constituição Federal. Destarte, o prazo da prescrição da pretensão punitiva como limite para a duração do processo e suas consequências jurídicas, serve como sanção ao Estado desidioso, bem como resguarda o direito fundamental dos acusados.

Em sentido diametralmente oposto AURY LOPES JÚNIOR afirma que:

A melhor solução compensatória para a violação do direito à duração razoável do processo é a extinção do feito. O poder que o Estado exerce no processo penal deve ser condicionado no tempo, sob pena de tolerarmos mais uma forma de autoritarismo: a aplicação das penas processuais sem qualquer limite de tempo (o que não se resolve pela prescrição, não só pelo excesso de tempo necessário para sua efetivação, mas também porque possui fundamento e objeto diversos)³⁶⁵.

A ocorrência da prescrição da pretensão punitiva atinge num primeiro momento o próprio direito de punir do Estado e, em consequência, extingue o direito de ação, ainda que a processo tenha se iniciado, por meio do direito de ação, não existindo mais o “*jus puniendi*”, o processo perde seu objeto principal.

Pode-se argumentar que a prescrição tem início ainda que não haja processo instaurado, ou seja, o termo inicial da prescrição da pretensão punitiva que ocorre, em regra, com a consumação do fato delituoso (vide artigo 111, inciso I do Código Penal), sendo assim, não poderia funcionar como limite do que ainda não existe, no caso, o próprio processo penal.

Todavia, mesmo antes do início do processo penal o Estado demonstrou ineficiência, seja na descoberta da autoria, seja na promoção da ação penal, sendo assim, com a declaração da extinção da punibilidade, ocorre, de maneira cautelar a tutela do direito a razoável duração do processo penal.

Ademais, no aspecto processual penal, o decurso do tempo dificulta sobremaneira a produção da prova e sua realização. Eis que pelas regras de experiência, o pleno domínio dos fatos e circunstâncias de conhecimento pela testemunha perdem clareza, certeza e segurança. Com efeito, perdem qualidade e fragiliza a defesa, aproximando-se muito mais da possibilidade de alcançar-se um édito condenatório eivado de erros³⁶⁶.

³⁶⁵ LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p 94/95.

³⁶⁶ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição: a identidade no tempo e a proporcionalidade*. In: Prescrição Penal: Temas Atuais e controvertidos – Doutrina e Jurisprudência Volume 3. Ney Fayet Júnior (Coord.), Paulo Queiroz...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 37.

No segundo capítulo desta pesquisa fez-se referência ao Código de Processo Penal do Paraguai (Ley n.º 1.286/1998) que, em harmonia com o a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, define importantíssimos mecanismos de controle para impedir a demora na prestação jurisdicional no âmbito penal.

O artigo 136 do Código de Processo Penal do Paraguai define prazo fixo de duração máxima do processo penal, que será de 3 (três) anos, sendo que, tal prazo poderá ser prorrogado por mais 6 (seis) meses, no caso de haver sentença condenatória.

O artigo 137 do Código de Processo Penal paraguaio determina uma solução processual extintiva, pois vencido o prazo supracitado o magistrado ou o tribunal, *ex officio* ou mesmo a pedido do acusado deverá declarar a extinção do processo penal.

Ademais, o artigo 138 do Código de Processo Penal relaciona diretamente os prazos prescricionais com o direito à razoável duração do processo. O dispositivo determina que a duração do procedimento não poderá, ser superior aos prazos da prescrição da pretensão punitiva, quando estes forem inferiores ao máximo estabelecido no artigo 138 do Código de Processo Penal.

Sendo assim, haja vista a experiência paraguaia, não resta dúvidas da possibilidade jurídica do prazo da prescrição da pretensão punitiva funcionar como autentico delimitador da duração do processo penal.

Como analisado o único óbice para isto seria a excessiva dilação dos prazos prescricionais, que realmente não atendem ao objeto em análise, qual seja, a garantia da duração razoável do processo penal.

3.7.1 A redução dos prazos prescricionais

Atualmente existe uma tendência natural em aumentar os prazos da prescrição da pretensão punitiva. A propósito a Lei nº 12.234/10, alterou o artigo 109, inciso VI do Código Penal, aumentando de 2 (dois) para 3 (três) anos o prazo da prescrição nos casos de tipos penais cuja pena máxima cominada em abstrato seja inferior a 1 (um) ano.

A legislação supramencionada revogou o §2º do artigo 110, inviabilizando a incidência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa com termo inicial antes da denúncia ou da queixa-crime. Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula nº 438 que veda a prescrição virtual.

Ademais, a Lei nº 12.650/2012, incluiu no artigo 111, o inciso V que determina o termo inicial da prescrição da pretensão punitiva nos crimes contra a dignidade sexual, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos.

No geral os argumentos favoráveis ao aumento dos prazos prescricionais e, também à criação de regras restritivas da incidência da prescrição penal repousam em discursos de política criminal efficientistas e voltados ao combate da criminalidade e da suposta impunidade, senão vejamos:

A prescrição penal, cujos fundamentos a tornam indispensável a qualquer sistema penal democrático, constitui, não obstante, uma forma qualificada de impunidade, e, ademais, sua incidência patológica faz com que seja a função primordial do Direito Penal de proteção social relegada ao plano de mera manifestação de propósitos, motivo por que se deve envidar todos os esforços no sentido de reduzir a sua ocorrência ao mínimo possível. Se o dever de proteção impõe ao legislador a concepção e a manutenção de sistemas penais preventivos e sancionatórios eficazes, na medida em que a sanção se faça necessária para a prevenção especial e geral, revelam-se inconstitucionais, por malferimento ao princípio da vedação à proteção insuficiente, os contornos do sistema penal que apresenta rupturas e antinomias, como são os exíguos prazos prescricionais previstos no Código Penal e a prescrição retroativa. Com o advento da Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007, inserindo o acórdão confirmatório da sentença condenatória como marco interruptivo da prescrição, e da Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010, que aumenta o prazo de prescrição para os delitos cuja pena máxima seja inferior a um (1) ano e reduz o âmbito de contagem do prazo para o aperfeiçoamento da prescrição retroativa, que não poderá mais retroagir da data da denúncia ou queixa, antevê-se salutar redução de casos de prescrição penal. Por conseguinte, estará o Direito Penal ganhando em eficiência e funcionalidade, e o Poder Judiciário resgatando sua função relevante de pacificação social³⁶⁷.

Todavia, argumentos de tal espécie não podem prosperar, haja vista que o acusado não poderá sofrer qualquer ônus em virtude da ineficiência do Poder Judiciário. Ademais, todos os acusados possuem o direito fundamental a um processo realizado em prazo razoável, bem como a uma prestação jurisdicional eficiente e célere.

O princípio da razoável duração do processo penal impede políticas criminais tendentes a aumentar os prazos da prescrição ou restringir sua incidência. Nesse sentido é forçoso citar a seguinte análise acadêmica:

³⁶⁷ VAZ, Paulo Afonso Brum. *O fim da farrá da prescrição penal: Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007, e Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.36, jun. 2010. Disponível em: <[HTTP://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edição036/pauloafonso.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edição036/pauloafonso.html)>

Ainda que a missão de estabelecer prazos seja difícil ante a complexidade de fatos, provas, burocracias necessárias ao bom desenvolvimento da marcha das práticas públicas, somando-se às dificuldades permanentes na prestação da tutela jurisdicional em razão de fatores administrativos e outros que não nos cabe aqui apreciar, o certo é que o reverso não há de trazer dúvidas acerca da concordância no seu afastamento. Isto é, reformas legislativas ampliadoras dos prazos para a prática de atos pelos servidores públicos em todos os níveis, o mesmo ocorrendo para as partes do processo etc., facilmente serão apontados como inconstitucionais à luz da flagrante violação do princípio constitucional da duração razoável do processo. Decorre que, por assimetria, reformas legislativas que extingam prazos para a realização de atos, permitindo a sua prática ulterior ou até mesmo a possibilidade permanente de sua realização, que se aproximaria de uma perpetuidade, ou que elevem os prazos já fixados em lei hão de ser considerados inconstitucionais dada a notória derivação e manifesta negativa do princípio constitucional³⁶⁸.

Assim, haja vista a necessidade de determinar o prazo de duração do processo e tomando como exemplo a legislação penal e processual penal da República do Paraguai é importante a adoção de uma política criminal voltada à redução dos prazos da prescrição da pretensão punitiva, com o escopo de assegurar a razoável duração do processo.

O prazo da prescrição da pretensão punitiva é um meio adequado que garante a celeridade de tramitação do processo penal, tendo em vista as consequências jurídicas dela derivadas. Na verdade o prazo da prescrição é o próprio prazo de duração do processo penal. Sendo assim, é imprescindível adequar os prazos do artigo 109 do Código Penal, tendo em perspectiva o comando constitucional.

Aliás, CESARE BECCARIA a seu tempo, já afirmava que o processo deve ser conduzido sem dilações indevidas:

Da duração do processo e da sua prescrição

Quando o delito é constatado e as provas são certas, é justo que se conceda ao acusado o tempo e os meios para se justificar, se isso lhe for possível; é necessário, contudo, que tal tempo seja bem curto para não atrasar muito o castigo que deve acompanhar de perto o delito, se se quer o mesmo seja um útil freio contra os criminosos. Um mal compreendido amor da humanidade poderá condenar de saída essa presteza, a qual, contudo, será aprovada pelos que houverem meditado sobre os inúmeros perigos que as prolongadas procrastinações da legislação fazem correr à inocência³⁶⁹.

³⁶⁸ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição: a identidade no tempo e a proporcionalidade*. In: Prescrição Penal: Temas Atuais e controvertidos – Doutrina e Jurisprudência Volume 3. Ney Fayet Júnior (Coord.), Paulo Queiroz...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 35/36

³⁶⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 7.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.43.

Entretanto, seguindo, nesse aspecto a posição de AURY LOPES JÚNIOR³⁷⁰, não se pode concordar quando o autor distingue duas espécies de delitos e a eles atribui regras de probabilidade para distinguir a duração dos processos.

CESARE BECCARIA afirma que os crimes mais graves são mais raros, devendo diminuir-se a duração do processo, porque a inocência do acusado é mais provável do que o delito. No entanto, deve-se prolongar o tempo da prescrição. Todavia, nos delitos menos graves e mais comuns, é preciso prolongar o tempo dos processos porque a inocência do acusado é menos provável, e diminuir o tempo fixado para a prescrição, pois a impunidade é menos rigorosa³⁷¹.

Ademais, é imperioso salientar a problemática das denominadas causas interruptivas da prescrição, expressamente previstas no artigo 117 do Código Penal, pois, determinam que a contagem do prazo prescricional tenha novo início, ignorando-se o prazo anterior. Nesse sentido é forçoso citar:

Ainda sobre esta leitura, determinadas cláusulas de suspensão e/ou interrupção da prescrição funcionam como antinomias à duração razoável do processo. Permitidas serão aquelas que se referirem às razões de justiça material e segurança jurídica³⁷².

As causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva estão expressamente previstas no artigo 117, incisos, I, II, III e IV do Código Penal, e são elas: o recebimento da denúncia ou da queixa-crime; data da publicação da decisão interlocutória mista de pronúncia; data da sessão de julgamento em que o Tribunal competente, negou provimento do recurso em sentido estrito do acusado, em que, impugnando a decisão de pronúncia, requereu sua despronúncia ou absolvição sumária; data da publicação da sentença condenatória ou do acórdão confirmatório da sentença condenatória recorrível.

O Código Penal da República do Paraguai, também prevê causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva, conforme o disposto no artigo 104 do diploma alienígena supracitado. Sendo assim, não existe necessidade de revogação das causas interruptivas da prescrição para a redução dos prazos prescricionais, para isso, basta modificar o cálculo da prescrição da pretensão punitiva, adotando-se, assim, um novo paradigma.

³⁷⁰ LOPES, Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 202.

³⁷¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 7.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.43/45.

³⁷² MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição: a identidade no tempo e a proporcionalidade*. In: Prescrição Penal: Temas Atuais e controvertidos – Doutrina e Jurisprudência Volume 3. Ney Fayet Júnior (Coord.), Paulo Queiroz...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 36.

Preliminarmente, é forçoso definir um prazo único, assim como realizado pelo Código de Processo Penal da República do Paraguai, nesse ponto, adotando-se a doutrina do prazo fixo. Tendo como modelo a legislação acima citada, o prazo “global” será de 3 (anos), podendo ser prorrogado por mais 06 (seis) meses, no caso de haver sentença condenatória, para viabilizar o julgamento de eventuais recursos ordinários ou extraordinários, haja vista o disposto no artigo 136 do diploma processual penal paraguaio.

Portanto, o prazo da prescrição da pretensão punitiva será, regra geral, de 3 (três) anos prorrogável por mais 6 (seis) meses. Todavia, tendo como paradigma o artigo 138 do Código de Processo Penal do Paraguai e o artigo 102 §3º do Código Penal do Paraguai³⁷³, o tempo da pena privativa de liberdade cominada será o próprio prazo da prescrição, no caso, para garantir a duração razoável do processo penal, o prazo deverá ser o máximo da pena cominada em abstrato no preceito secundário dos tipos penais, cuja pena seja inferior a 3 (três) anos.

No entanto, como o termo inicial de contagem do prazo razoável de duração do processo ocorre com a instauração do inquérito policial, ou de qualquer investigação preliminar, pode-se afirmar que os atuais prazos prescricionais previstos no artigo 109 do Código Penal incidirão até este momento.

Ademais, é possível relativizar os prazos supracitados de acordo com o tempo dos sujeitos processuais que atuam no processo penal, como será visto no item seguinte.

3.7.2 A relativização do prazo da prescrição da pretensão punitiva conforme os sujeitos processuais

Como visto nos capítulos anteriores o tempo é relativo, existe a denominada *discronia processual*, pois o tempo dos sujeitos processuais não é subjetivamente idêntico, como devidamente abordado. O tempo dos sujeitos processuais é diferenciado, assim, o tempo do juiz é subjetivamente distinto do tempo do acusado, ainda mais se este estiver no cárcere, bem como o tempo da sociedade representada pela instituição do Ministério Público que requer o tempo da urgência.

³⁷³ Artículo 102.- Plazos 1º Los hechos punibles prescribenen: 1. quince años, cuando el límite máximo del marco penal previsto sea de quince años o más de pena privativa de libertad; 2. tres años, cuando el límite máximo del marco penal previsto sea pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa; 3. en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de libertad en los demás casos.

Assim, os prazos prescricionais podem variar conforme o tempo dos sujeitos processuais, ou seja, o prazo de duração razoável do processo penal será calculado, levando em consideração a relatividade existente no Processo Penal.

O artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal faz expressa referência ao postulado da razoabilidade. As principais delimitações do objeto do direito ao processo sem dilações indevidas se assenta na estrutura da noção vaga e imprecisa do que seja razoável.

O vocábulo razoável provém de razão, do verbo latim “reri”, que significa pensar, julgar, crer, cuidar³⁷⁴. Segundo MOACYR MOTTA DA SILVA a razoabilidade atua na esfera dos valores da sociedade, com destaque para o valor de justiça. Para o autor a razoabilidade não remete a solução única, todavia, há uma pluralidade de possíveis soluções. A razoabilidade reconhece a viabilidade de falhas e a existência de limitações do pensamento racional, e sua aplicação não deve ser entendida como abandono da teoria positivista³⁷⁵.

LUÍS ROBERTO BARROSO afirma que o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça³⁷⁶. Ademais, adverte que:

Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema³⁷⁷.

Nesta perspectiva, segundo FÁBIO DE OLIVEIRA pode-se conceituar a razoabilidade da seguinte forma:

Razoabilidade é a norma constitucional que estabelece critérios formais e materiais para a ponderação de princípios e regras, com o eu confere lógica aos juízos de valor e estreita o âmbito da discricionariedade com base na pauta prevista pela Constituição, estando essencialmente ligada ao bom senso mais do que ao senso comum³⁷⁸.

³⁷⁴ SOUZA, Francisco Antonio de. *Novo dicionário Latim Português*. Porto: José Lelo e Edgar Lelo, 1965, p. 851.

³⁷⁵ SILVA, Moacyr Motta da. O *princípio da razoabilidade, como expressão do princípio de justiça, e a esfera de poderes jurisdicionais do juiz*. Revista Novos Estudos Jurídicos, Ano V, n.º8, Abril de 1999, p. 10/11.

³⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista dos Tribunais. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, 23.ed. (1998), p. 69

³⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 373.

³⁷⁸ OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios - O princípio constitucional da razoabilidade*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.183/184.

Destarte, tendo como base o postulado da razoabilidade, pode-se realizar um juízo de relativização no que tange ao prazo da razoável duração do processo penal, no caso, o prazo da prescrição da pretensão punitiva. A razoabilidade determina que as condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos sejam consideradas para determinação do prazo razoável de duração do processo penal.

No segundo capítulo abordamos o tempo subjetivo de cada sujeito processual, portanto, o tempo subjetivo do juiz, o tempo do acusado e, por fim o tempo da sociedade. Por conseguinte, se a sensação de passagem do tempo no Processo Penal é subjetiva e, se os prazos da prescrição da pretensão punitiva, desde que reduzidos, devam ser considerados como limite do prazo razoável de duração do processo penal, pode-se afirmar que o prazo prescricional deve ser devidamente relativizado, tendo em vista a atuação de cada um dos sujeitos processuais.

Adotando-se sistemática semelhante ao Código de Processo Penal do Paraguay nosso ordenamento jurídico teria um prazo global de 3 (três) anos prorrogável por mais 6 (seis) meses para a interposição de recursos e, nos casos de tipos penais cuja pena máxima cominada em abstrato seja inferior a 3 (três) anos, o prazo será o da própria pena privativa de liberdade cominada no preceito secundário do tipo penal.

Assim, haja vista a relatividade do tempo processual, é importante que os prazos supracitados possam variar conforme o caso concreto. Desse modo, o prazo deve variar levando em consideração o tempo e a atuação de cada sujeito processual.

Destarte, diante disso, percebe-se a possibilidade jurídica de adoção, concomitantemente, tanto da doutrina do prazo fixo, como da doutrina do não prazo. Assim, a complexidade do caso, a atividade processual do acusado, que obviamente não poderá se beneficiar de sua própria demora, a conduta das autoridades judiciárias como um todo, bem como a aplicação do princípio da razoabilidade devem influir no prazo global delimitado com os fundamentos jurídicos alienígenas expostos acima.

Em caso de flagrante desídia jurisdicional, ou seja, quando ocorrer inobservância desmotivada dos prazos processuais, expressamente previstos no Código de Processo Penal, por culpa do juiz ou de serventuários da justiça, o prazo prescricional, que, regerá geral, será de 3 (três) anos prorrogável por mais 6 meses deverá ser reduzido conforme o atraso do Poder Judiciário. Assim, se o juiz atrasou 6 (seis) meses para prolatar sentença, o prazo deve ser reduzido com base neste atraso, retirando da contagem do prazo o tempo de atraso do juiz. Entrementes, em casos de ausência de culpa do juiz o prazo global deve ser mantido normalmente, sem qualquer redução.

Ademais, é imperioso ressaltar que o cumprimento dos prazos processuais pelo magistrado é um dever legal, bem como um dever ético. Nesse sentido é o entendimento de JOSÉ RENATO NALINI:

Muitas providências foram tomadas pelo legislador. Uma série de leis processuais recentes abre oportunidade a um protagonismo novo para o juiz brasileiro. Dependerá dele se valer desses instrumentos para tornar o processo efetivo e célere, ou esvaziá-lo como já ocorreu em relação a outras propostas. Tudo, na verdade, depende do juiz. Ele é o impulsor do processo. Ele sabe e tem consciência de que, a despeito das deficiências estruturais, da falibilidade do ordenamento, das carências materiais crônicas, mesmo assim há condições de se realizar uma justiça melhor. A chave da mudança está na ética. E se algo se pode fazer para que o juiz abrevie o tempo dos processos é leva a sério o compromisso ético de solucionar as lides postas sob sua apreciação, na certeza de que revestem aflições humanas. O judiciário conhece apenas uma dimensão do tempo: o passado. Ante uma ocorrência qualquer, busca-se reconstituí-la mediante a utilização de uma ciência reconstrutiva – o processo -, e a melhor decisão será a capaz de reconstituir o *status quo*. Talvez por isso o Judiciário não compartilhe da aflição das partes por uma solução célere. E, pior ainda, a imersão no passado impediu o Judiciário de atuar prospectivamente, programando-se e planejando-se como poder do Estado. É importante que o juiz se conscientize dessa realidade quando empossado e nunca mais venha a perdê-la de vista. É conveniente temperar a velha advertência que procura incrementar o antagonismo entre a celeridade e a segurança, como se não fora possível uma decisão adequada proferida em prazo razoável. Decisão adequada, muito diferente de decisão perfeita. A perfeição não é obra da falível contingência humana³⁷⁹.

O atraso do Poder Judiciário deve ser demonstrado por meio de processo administrativo disciplinar, no entanto, não deve haver necessidade de condenação com trânsito em julgado no âmbito administrativo para que ocorra a redução do prazo prescricional, pois no processo penal vigora o princípio do “*in dubio pro reo*”.

Sendo assim, basta que existam indícios razoáveis de autoria e prova da existência do atraso judicial para determinação da redução do prazo global da prescrição da pretensão punitiva.

Os processos administrativos disciplinares são precedidos, em geral, por uma investigação preliminar, conforme os artigos 8º a 10 da Resolução 135, de 13 de julho de 2011, do Conselho Nacional de Justiça. Conforme determinado pelo artigo 13 da Resolução do Conselho Nacional de Justiça o processo administrativo disciplinar de magistrado pode ser deflagrado, por determinação do próprio Conselho Nacional de Justiça, por acolhimento de

³⁷⁹ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 713/714.

proposta formulada pelo Corregedor Nacional ou por deliberação do seu Plenário, ou por determinação do Pleno ou Órgão Especial Administrativo, mediante proposta do Corregedor, todavia, em todos os casos, existem, minimamente, indícios mínimos de atraso por parte do juiz, ainda mais para que o processo disciplinar seja instaurado.

Ademais, o prazo global da prescrição da pretensão punitiva poderá ser reduzido em caso de desídia ou omissão do Ministério Público. A sociedade, representada pelo *Parquet*, é a maior interessada na apuração do fato delituoso em tempo razoável. Assim, os atrasos ocorridos por culpa do Ministério Público devem funcionar, também, como critério para redução do prazo prescricional.

A sociedade vive o tempo da urgência, ainda mais no caso do processo penal, pois exige de maneira midiática que o acusado seja condenado o mais breve possível, sendo assim, a inobservância dos prazos processuais pelo promotor de justiça deve gerar a redução do prazo prescricional.

Entretanto, no caso de atraso injustificado por parte de ambos, Juiz e Ministério Público, deve incidir a redução, com base naquele que maior atraso ocasionou ao trâmite regular do processo penal.

Ademais, o comportamento do acusado e de seu defensor deve, necessariamente, influir no prazo prescricional. A conduta do acusado pode gerar demora do processo, com a utilização de expedientes procrastinatórios injustificados. Assim, esta influência deve determinar o aumento do prazo da prescrição da pretensão punitiva, ou simplesmente mantê-lo com base no prazo global, mesmo que haja atraso por parte do julgador, numa espécie de compensação temporal.

O abuso do processo também integra o rol das causas de sua morosidade. Por conseguinte, por meio de atos abusivos, entendidos como aqueles praticados com total desvio de finalidade, o acusado mal intencionado consegue lograr êxito em protrair a conclusão do processo penal, tornando-o moroso e obtendo sucesso no seu desiderato de protelar o *iter* processual, com o escopo máximo de alcançar a prescrição da pretensão punitiva, ainda que na modalidade retroativa.

Atos como a interposição de recurso destituído de fundamentação, apresentação reiterada de requerimentos protelatários (como cópias, certidões, etc.), arrolamento de testemunhas que nada conhecem a respeito dos fatos da causa, pedido de realização de perícia

desnecessária ou de expedição de carta rogatória para ouvir alguém que já faleceu, certamente podem ser definidos como abusivos³⁸⁰.

No processo penal não é possível punir o acusado por litigância de má-fé. Todavia, existe projeto de lei que pretende incluir tal possibilidade. Trata-se do Projeto de Lei nº 7.357/10, que pretende incluir no projeto de reforma do Código Processo Penal o conceito e a punição por litigância de má-fé.

Não é possível confundir o instituto da litigância de má-fé, com a possibilidade de aumento ou manutenção do prazo prescricional no caso de demora judicial ocasionada pelo próprio acusado, cujo objetivo é possibilitar o cálculo do prazo razoável de duração do processo penal.

O instituto jurídico da litigância de má-fé é próprio do processo civil, insculpido nos artigos 16 a 18 do Código de Processo Civil, não havendo qualquer disposição semelhante no Código de Processo Penal. É imprescindível salientar que inconfundíveis o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal, aliás, nesse sentido AURY LOPES JR, destaca que: “São a ausência de liberdade e a relação de poder instituída (em contraste com a liberdade e igualdade) os elementos fundantes de uma diferença insuperável entre o processo civil e o penal”³⁸¹.

O processo penal não autoriza a aplicação de qualquer sanção por suposta litigância de má-fé, por manifesta ausência de previsão legal. Ademais, não é o caso de aplicação das disposições do Código de Processo Civil por analogia, conforme o artigo 3º do Código de Processo Penal, pois o escopo primordial do processo penal é totalmente diverso do processo civil. Neste caso haveria violação manifesta ao princípio da ampla defesa, previsto expressamente no artigo 5º, inciso LV da Constituição da República.

Assim, o aumento do prazo da prescrição da pretensão punitiva, tendo em vista o comportamento protelatório do acusado não deve ser interpretado como sanção processual, por outro lado, deve ser analisado como possibilidade de calcular o prazo razoável do processo conforme as circunstâncias do caso concreto, ou seja, conforme o tempo subjetivo. O aumento terá como base o tempo acumulado de atrasos ocasionados pelo próprio acusado ou possibilidade de compensação em relação aos atrasos, também ocasionados pelo Órgão Jurisdicional.

Ademais, é imperioso considerar o tempo em que o indivíduo permanece preso cautelarmente. A prisão provisória é exceção e só deverá ser decretado em casos de extrema

³⁸⁰ DUARTE, Ricardo Quass. *O tempo inimigo no processo civil brasileiro*. São Paulo: LTr, 2009, p. 110.

³⁸¹ LOPES JR, Aury. 35/36.

necessidade, pois o acusado mantém seu estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É imprescindível que o processo penal seja célere quando se trata de acusado preso provisoriamente.

A noção subjetiva de celeridade é distinta para os sujeitos processuais o que parece muito eficiente para o Poder Judiciário é considerado extremamente moroso para o acusado que está encarcerado. Demorar 2 (dois) meses para julgar uma ordem de habeas corpus pode parecer normal ao Poder Judiciário e, até célere, entretanto, para o acusado que permanece preso esse tempo parece uma eternidade.

Sendo assim, conclui-se que o Poder Judiciário deve ser extremamente célere nos processos em que o indivíduo está preso. Diante disso, o tempo de prisão provisória, além da possibilidade de aplicação da detração, deve também funcionar como instrumento apto a possibilitar o cálculo da prescrição da pretensão punitiva e, portanto, do prazo razoável de duração do processo.

Dessa forma, o tempo de prisão deve ser computado para reduzir o prazo da prescrição da pretensão punitiva pelo mesmo tempo em que o acusado permaneceu preso provisoriamente, aguardando a prolação da sentença ou acórdão condenatório definitivo.

3.7.3 O inimigo dos direitos humanos e o direito à razoável duração do processo penal

É forçoso analisar o aparente conflito existente entre o direito fundamental à razoável duração do processo penal e os casos expressamente previstos de imprescritibilidade penal, ou seja, a colisão entre princípios fundamentais e regras de direito doméstico e internacional no que tange à imprescritibilidade penal.

A Constituição Federal trata do direito fundamental à razoável duração do processo penal no artigo 5º, inciso LXXVIII, no entanto, em sentido oposto regulamenta duas hipóteses de imprescritibilidade penal, conforme previsto no artigo 5º, inciso XLII e XLIV. No mesmo sentido, o Estatuto de Roma determina, no artigo 29 que os crimes de sua competência são imprescritíveis e, por outro lado, determina no artigo 67, item 1, alínea “c” que todo acusado terá o direito de ser julgado sem atrasos indevidos.

É imperioso salientar que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos também trata, expressamente, a respeito do direito à razoável duração do processo penal, conforme o

disposto no artigo 8.º, item 1, bem como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos no artigo 9º, item 3. Sendo assim, surge uma colisão entre normas jurídicas de escalão constitucional e internacional. Com efeito, existe colisão entre princípios e regras expressamente previstas na Constituição da República e em tratados de direitos humanos.

A análise dos tratados internacionais que tratam sobre direitos humanos deve ser realizada, tendo em perspectiva os §§ 2.º e 3.º do artigo 5º da Constituição Federal. Em relação à natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos e sua hierarquia em relação ao direito doméstico, existem basicamente quatro correntes, entretanto, serão destacada três dessas correntes.

Segundo alguns juristas, os tratados de direitos humanos tem hierarquia supraconstitucional. Destarte, em caso de conflitos com o direito doméstico, prevalecem sempre os tratados. Entre os defensores dessa corrente destacam-se AGUSTIN GORDILHO, HILDEBRANDO ACCIOLY, MAROTTA RANGEL, ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS. Segundo tais autores, o direito internacional é superior ao Estado tendo, com efeito, supremacia sobre o direito interno.

Todavia, no momento, com o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.343-1 de São Paulo, de relatoria do Ministro ANTONIO CEZAR PELUSO, em 03 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal majoritariamente decidiu que os tratados de direitos humanos tem natureza jurídica supralegal, ou seja, são superiores às leis infraconstitucionais, sendo inferiores apenas à Constituição. E ainda, esse entendimento foi manifestado no julgamento do Habeas Corpus n.º 90.172-SP, em junho de 2007, no Supremo Tribunal Federal, em sintonia com o voto do Ministro Relator GILMAR FERREIRA MENDES.

No entanto, é forçoso salientar que mesmo que a corrente da supralegalidade dos tratados seja, no momento, defendida majoritariamente no Supremo Tribunal Federal, ela não é unânime, sendo importante ressaltar a posição do Ministro CELSO DE MELLO, no Habeas Corpus 87.585-8 TO, em seu voto proferido em 12 de março de 2008 e ratificado no Recurso Extraordinário supracitado, afirmando que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional. O Decano do Supremo Tribunal Federal foi acompanhado pelos Ministros ANTONIO CEZAR PELUSO, EROS GRAU e ELLEN GRACIE.

De acordo com o entendimento capitaneado pelo Ministro CELSO DE MELLO, os tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil em data anterior a da Emenda Constitucional n.º 45 de 30 de dezembro de 2004, que incluiu o § 3.º no artigo 5.º da Constituição, assumem caráter materialmente constitucional, em decorrência do disposto no § 2.º do artigo 5.º da Constituição. Nesse sentido é a posição de renomados autores sobre

direitos humanos, dentre eles pode-se citar: FLÁVIA PIOVESAN³⁸², VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI³⁸³, CELSO LAFER³⁸⁴, ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE³⁸⁵, dentre outros.

Os autores supracitados sustentam, com sólida fundamentação teórica, que os tratados de direitos humanos assumem, na ordem doméstica brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que os tratados internacionais em matéria de direitos humanos, celebrados pelo Brasil antes do advento da Emenda Constitucional 45/2004, como ocorre, por exemplo, com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual do bloco de constitucionalidade.

Nesse sentido, é imperioso citar as lições de Flávia Piovesan³⁸⁶:

Reitere-se que, por força do art. 5.º, §2.º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do 'quorum' de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O 'quorum' qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a 'constitucionalização formal' dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valor, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela. [...] Vale dizer, com o advento do §3.º do art. 5.º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do §2.º do art. 5.º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do §3.º do mesmo

³⁸² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 7.ª ed., 2006, p. 55/77.

³⁸³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: RT, 2.ª ed., 2007, p. 682/702.

³⁸⁴ LAFER, Celso. **Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. Barueri: Editora Manole, 2005, p. 16/18.

³⁸⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos Vol. I**. Porto Alegre: Fabris, 2.ª ed., 2003, p. 513.

³⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 71/74.

dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal. (Grifo nosso)

Igual entendimento é perfilhado por CELSO LAFER³⁸⁷, no sentido da natureza materialmente constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Com efeito, tal como observa CELSO LAFER, há três diferentes situações concernentes a referidos tratados internacionais.

Os tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil, e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição revestem-se de índole constitucional, pois formalmente foram recepcionados nessa condição, conforme a redação do §2.º do artigo 5º da Constituição de 1988, da mesma forma, os tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil entre a data da promulgação da Constituição e a superveniência da Emenda Constitucional 45/2004, assumem caráter materialmente constitucional, pois essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no denominado bloco de constitucionalidade.

Todavia, os tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Estado brasileiro em data posterior à da promulgação da Emenda Constitucional de 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o procedimento previsto no artigo 5º § 3º da Constituição.

ANDRÉ RAMOS TAVARES, além de atribuir qualificação constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos cujo processo de incorporação ao ordenamento doméstico tenha observado o procedimento previsto no §3.º, também sustenta que os tratados internacionais sobre a mesma temática, celebrados pela República Federativa do Brasil em data anterior à da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, foram recepcionados com natureza material de norma constitucional³⁸⁸.

Para JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, a abertura constitucional a normas oriundas de outros centros transnacionais ou infraconstitucionais é uma realidade que deve necessariamente acontecer, pois robustece as imbricações do direito constitucional com o direito internacional e, especialmente, pelo fato de engrandecer o princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo irradiador de direitos humanos fundamentais³⁸⁹.

³⁸⁷ LAFER, Celso. Op. cit., p. 15/18.

³⁸⁸ TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47/48.

³⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, Livraria Almedina, 6.ed. revista, p. 982.

O artigo 5º, §2º da Constituição da República é exemplo clarividente de cláusula constitucional aberta, haja vista, que viabiliza o alargamento do denominado bloco de constitucionalidade, que incorpora aos direitos positivados na Constituição aqueles direitos humanos decorrentes de tratados internacionais, que por sua vez, não possuem forma constitucional, mas são veementemente direitos materialmente constitucionais. Destarte, a abertura constitucional às normas resultantes de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos visa realizar o que a Constituição em seu artigo 4.º II, determina ao mencionar a prevalência dos direitos humanos.

Por conseguinte, depreende-se no presente artigo que aos tratados de direitos humanos celebrados antes do advento da Emenda nº 45/2004 aplicar-se-á o disposto no §2.º do artigo 5º da Constituição, que lhes confere natureza de norma materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam a concepção de bloco de constitucionalidade.

Dessarte, face ao novo cenário doutrinário e jurisprudencial, é umbilical nova visão jurisprudencial, de maneira que o Pretório Excelso ratifique, em caráter majoritário, o entendimento manifestado pelo Ministro decano CELSO DE MELLO garantindo natureza constitucional aos tratados de direitos humanos preexistentes à emenda constitucional 45, só assim, a Constituição da República será plenamente aplicada em respeito aos direitos humanos fundamentais.

Não obstante, é forçoso enfrentar a questão referente aos princípios constitucionais, pois, atualmente, na hermenêutica constitucional reconhece-se a hegemonia dos princípios, "convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais"³⁹⁰.

Este novel constitucionalismo, renovado em suas fontes e, também resultado da modificação hermenêutica que se consolidou no século passado, impõe uma nova teoria da norma, que se afaste da construção positivista tradicional de HANS KELSEN, HEBERT HART, NORBERTO BOBBIO e outros positivistas. Esta nova concepção é resultado de uma gama de teorias contemporâneas, também denominadas de pós-positivistas ou neoconstitucionalistas, destacando-se alguns autores como ROBERT ALEXY e RONALD DWORKIN³⁹¹.

³⁹⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 78.

³⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo*. In: *Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Vol 1, n.4, Porto Alegre, 2006, pp. 224-225.

É importante considerar a indagação de RONALD DWORKIN a respeito de não existir nenhuma resposta correta em certos casos controvertidos, o que ficaria à discricionariedade do julgador³⁹². Por outro lado, tratando-se de aparente colisão entre direitos fundamentais, compreendemos pela possibilidade de resposta penal adequada.

Nesta seara temos o aparente conflito entre o direito à razoável duração do processo penal e a imprescritibilidade penal, pois se a prescrição poderá funcionar como limite da razoável duração do processo penal, não é possível que persista casos de imprescritibilidade, ao menos, durante o curso do processo penal.

Dentro de uma concepção deontológica, pode-se afirmar que as normas de direito fundamental ou são regras ou são princípios ou, entretanto, possuem ainda a dúplici característica de princípios-regras. Conforme ROBERT ALEXY tanto as regras como os princípios são normas³⁹³, as duas são expressões deônticas básicas do mandato, da permissão e da proibição. Para o autor *supra*, “os princípios são sempre razões *prima facie*, enquanto as regras, a menos que se tenha estabelecido uma exceção, são razões definitivas”³⁹⁴.

Com efeito, os princípios apresentam razões que podem ser afastadas por situações contraditórias. Os princípios não possuem conteúdos extensivos em face dos princípios colidentes e das possibilidades reais. Todavia, com as regras a situação é totalmente diferente, as regras possuem um mandamento definitivo, tem extensão de seu conteúdo no âmbito de suas possibilidades fáticas e jurídicas, caso contrário, vale somente aquilo que ela prescreve³⁹⁵. Sendo assim com base nas lições de ROBERT ALEXY, as regras podem ser denominadas de “*comando de definição*”, enquanto os princípios de “*comando de otimização*”³⁹⁶.

RONALD DWORKIN, por sua vez, da início à sua teoria, criticando veementemente o positivismo jurídico. Para o filósofo do direito, o positivismo é um sistema de regras que desconhece o papel relevante que exercem os princípios, que não são regras³⁹⁷. Assim, ressalta que a distinção entre princípios e regras é de natureza lógica³⁹⁸. RONALD

³⁹²DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luíz Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 175-180.

³⁹³ALEXY, Robert. *Op. cit.*, pp. 86-87.

³⁹⁴ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 104.

³⁹⁵Idem. *Ibidem*.

³⁹⁶ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luiz Afonso Heck. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 132

³⁹⁷DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

³⁹⁸DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 39.

DWORKIN enfatiza que os princípios possuem a dimensão do peso e da importância, as regras, por sua vez, não. As regras limitam-se à dimensão da validade.

Com efeito, quando existir colisão entre dois princípios, o hermenêuta deverá levar em consideração a força relativa de cada um. Com relação às regras, não se pode dizer que uma regra é mais importante que a outra, em um determinado ordenamento jurídico. Portanto, caso duas regras entrem em conflito, uma delas é considerada inválida. Todavia, no caso de conflito na aplicação de princípios, o julgador deverá levar em consideração o peso relativo de cada um dos princípios em jogo. Entretanto, no caso de conflito entre princípios e regras, o julgador também deverá proceder a uma avaliação quanto ao peso e importância do princípio em questão. Inclusive, a literalidade da norma pode ser desatendida pelo juiz, no caso concreto, quando esta viola um princípio que, no caso específico é considerado relevante³⁹⁹.

Destarte, quando houver contradição entre regras e princípios, a resolução do conflito é facilmente alcançada. Nestes casos, deve-se aplicar o critério que determina a superioridade hierárquica dos princípios constitucionais sobre as regras. Portanto, os princípios constitucionais, pela característica de serem normas gerais e fundamentais, devem necessariamente prevalecer sobre as regras constitucionais ou infraconstitucionais, apenas em condições muito específicas deve ser aplicada a regra e ser afastado o princípio constitucional. No caso em análise, existe colisão entre o “*mandamento de otimização*” referente à duração razoável do processo penal e a regra específica da imprescritibilidade penal.

De acordo com a regra da imprescritibilidade penal o indivíduo que praticar um crime poderá ser processado e sentenciado a qualquer momento, ou seja, não ocorrerá a extinção da punibilidade pelo decurso do tempo, antes ou durante o processo penal. Desta forma, no que tange aos crimes ditos “imprescritíveis” vigora o conceito da eternidade, pois o tempo não poderá impedir a pretensão punitiva, salvo pela morte do agente. Assim, caso o indivíduo seja processado criminalmente e o processo tenha uma longa duração, haja vista a inexistência atual de qualquer sanção processual às dilações indevidas, não haverá nenhum efeito, ou seja, o processo, em tese, pode durar indefinidamente, em flagrante violação ao princípio da razoável duração do processo penal.

Dessa forma, diante da possibilidade jurídica da prescrição da pretensão punitiva funcionar como limite para o prazo de duração do processo, caso haja redução dos prazos prescricionais, é imperioso adequar as duas regras, quais sejam a regra da imprescritibilidade e o princípio da razoável duração do processo penal.

³⁹⁹CALSAMIGLIA, Albert. Prólogo *in*: DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 9.

Destarte, a regra da imprescritibilidade penal prevista na Constituição da República, bem como a regra prevista no Estatuto de Roma deve ser ajustadas ao direito humano mais do que fundamental de qualquer acusado de se ver processado em um prazo razoável. Assim, a imprescritibilidade penal só poderá produzir seus efeitos desejáveis antes do início de contagem do prazo de duração razoável do processo, que como visto no segundo capítulo, deve ter início, conforme entendimento capitaneado pelos precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a partir da instauração de uma investigação preliminar, ou seja, aqui no Brasil do momento de instauração do inquérito policial, possibilitando que essa seja mais uma das hipóteses de interrupção do prazo da prescrição da pretensão punitiva.

Durante o curso do processo penal não pode haver imprescritibilidade penal, pois haveria flagrante ofensa ao princípio da razoável duração do processo. Sendo assim, mesmo os crimes definidos como imprescritíveis terão a possibilidade de declaração de extinção da punibilidade caso não sejam observados os prazos prescricionais, abordados anteriormente, e tendo como base, o sistema adotado no Código de Processo Penal do Paraguai.

No âmbito do Tribunal Penal Internacional a questão é mais problemática, pois todos os princípios e regras, previstos no Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, são voltados à proteção dos direitos humanos, nos casos de graves violações perpetradas por indivíduos quando os Estados forem omissos ou não demonstrem interesse em punir tais pessoas, ou ainda, não puder fazê-lo⁴⁰⁰.

Afirma JOSÉ CRETELLA NETO que a primeira razão para a criação do Tribunal Penal Internacional, bem como os mecanismos que viabilizem o processo de indivíduos acusados da prática de crimes internacionais é a suposta exigência inafastável de que não se deve esquecer as mais graves atrocidades cometidas contra integrantes do gênero humano as quais representam violações que chegam a negar a própria existência da dignidade da pessoa humana como núcleo irradiador dos direitos humanos⁴⁰¹. No caso trata-se da relação inerente entre direito e memória⁴⁰².

Assim, se existe essa suposta necessidade de não se esquecer do que ocorreu no passado, a prescrição não teria sentido, pois determina o denominado esquecimento programado, do qual fala FRANÇOIS OST. Todavia, o Tribunal Penal Internacional, que tem o objetivo de proteger os direitos humanos, acaba violando esses próprios direitos humanos.

⁴⁰⁰ FERNANDES, David Augusto. *Tribunal Penal Internacional: A concretização de um sonho*. RJ: Renovar, 2006, p. 173.

⁴⁰¹ CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 192.

⁴⁰² SARAPU, Daniel Vieira. *Direito e memória: uma compreensão temporal do direito*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 121.

O Tribunal Penal Internacional excepciona as características dos direitos humanos aos indivíduos acusados e, eventualmente, condenados pela prática dos crimes internacionais definidos no Estatuto de Roma, como por exemplo, adotando a pena de prisão perpétua (vide artigo 77, item 1, alínea “b”), ou, impossibilitando o esquecimento do delito, com a vedação expressa de incidência da prescrição, conforme prevê o artigo 29 do referido Estatuto, o que viola, inclusive, o direito humano, previsto em vários tratados de direitos humanos do processo penal em um prazo razoável, pois destituído de qualquer sanção, caso a prescrição não possa ser reconhecida.

Os direitos humanos apresentam certas características que são inerentes a qualquer indivíduo da espécie *homo sapiens sapiens*, ou seja, são direitos morais inerentes ao ser humanos pelo simples fato de pertencer ao gênero humano.

Entre estas características pode-se citar aquelas enumeradas por VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA, quais sejam: a universalidade; a inalienabilidade, a irrenunciabilidade, a imutabilidade, e finalmente, a imprescritibilidade e a inviolabilidade dos direitos humanos, pois eles, não se perdem por decurso do prazo nem podem ser desrespeitados por indivíduos ou autoridades públicas⁴⁰³.

Entretanto, ao que parece fundamenta-se que é possível a relativização dos direitos humanos, nos casos de crimes graves praticados por indivíduos contra os direitos humanos. Nesse sentido ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS afirma:

Assim, ficou consagrada uma nova forma de relacionamento entre a proteção dos direitos humanos e o direito penal, com foco, em especial, no revigorado desejo do direito internacional dos direitos humanos pela repressão penal aos violadores de direitos humanos. A punição penal dos violadores de direitos humanos é benéfica, do ponto de vista do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em virtude de dois fatores: (i) impede novas violações por parte do mesmo agente (prevenção especial) e (ii) inibe que a impunidade incentive novas violações de direitos humanos por parte de outros agentes (prevenção geral)⁴⁰⁴.

E, mais, o autor supracitado reconhece a possibilidade de aplicação do direito penal do inimigo aos indivíduos que praticam crimes graves contra os direitos humanos, senão vejamos:

Porém, é necessário cautela no uso do instrumento penal (associado a controle e repressão) na área dos direitos humanos. De fato, é inegável o uso

⁴⁰³ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 231.

⁴⁰⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 228/229.

em várias situações do direito penal como forma de controle social e combate ao “inimigo”, em especial na área da expansão do direito penal, de cunho meramente simbólica. Mas o que se discute na proteção jurídico-penal dos direitos humanos é justamente o contrário: para que os direitos humanos sejam emancipatórios e universais é necessário que os autores das violações sejam punidos a fim de que seus exemplos não se propagem ou os responsáveis não repitam a conduta em futuras ocasiões. Não é vingança ou retribuição, mas sim o desejo de implementação dos direitos humanos como vetor de tolerância e respeito, uma vez que a tutela penal dos direitos humanos aplica-se diretamente no cotidiano de pessoas vulneráveis a inúmeros abusos e violações. Basta ver os casos de abuso de autoridade, tortura, execução sumária, desaparecimentos forçados, violência de gênero, discriminação e violência racial, entre outros, que, pela gravidade, não poderiam ter a tutela penal substituída por outra. Além disso, o combate a impunidade dos violadores dos direitos humanos relaciona-se com respeito a universalidade e igualdade dos direitos humanos⁴⁰⁵.

Diante do que foi citado não há mais dúvidas, de que os Estados tem um novo inimigo, quem seja: o denominado “*violador dos direitos humanos*”, que segundo a doutrina humanista merece repressão exemplar, pois é inimigo do gênero humano, e assim, se justifica a possibilidade de pena de prisão perpétua e, além disso, da imprescritibilidade penal em virtude do “*combate da impunidade*”.

Busca-se a eliminação do inimigo, no caso dos supostos “*violadores dos direitos humanos*”, nesse sentido é interesse citar ZYGMUNT BAUMAN, quando exemplifica o papel dos judeus:

Internacionalistas por natureza, digamos assim – se viam lançados no papel de arautos da paz e extintores da beligerância. Esse desempenho originalmente apreciado ricocheteou de forma vingativa contra eles assim que os reinos se transformaram em verdadeiros Estados nacionais e nacionalistas: o propósito da guerra passou a ser a destruição do inimigo e o patriotismo substituiu a lealdade ao rei enquanto o sonho da supremacia silenciava os anseios de paz⁴⁰⁶.

A imprescritibilidade penal está fundamentada, tanto no âmbito doméstico, quando a Constituição Federal trata dos crimes de racismo e das ações de grupos civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, bem como no âmbito internacional, nos casos de crimes de genocídio, crimes de agressão, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, no direito penal do inimigo.

O direito penal do inimigo tem base no funcionalismo sistêmico ou radical de GÜNTER JAKOBS, que segundo o qual a função primordial do Direito Penal é a proteção da

⁴⁰⁵ Idem, Ibidem.

⁴⁰⁶ BAUMAN, ZYGMUNT. *Modernidade e Holocausto*. RJ. Jorge Zahar. 1998, p. 74.

norma, ou seja, reafirmar a vigência da norma, no caso da prática de um crime⁴⁰⁷. Nesse aspecto é importante citar:

Em conformidade com a localização da violação normativa e da pena no plano do significado, e não das consequências externas do comportamento, não se deve considerar a evitação de lesões de bens jurídicos como função da pena. Sua função é, antes, a confirmação da eficácia da norma, devendo a eficácia ser equiparada ao reconhecimento. O reconhecimento de que a norma será violada pode também ocorrer na consciência; nesse caso, a expectativa (aquela do agente futuro também) é no sentido de que a violação normativa por parte do agente será, então, novamente confirmada como razão do conflito, mas não a confiança normativa da vítima. Em todo o caso, a pena faz com que a norma continue sendo efetivamente um modelo idôneo de orientação. Resumindo: a função da pena é a preservação da norma enquanto modelo de orientação para contatos sociais. Conteúdo da norma é uma oposição à custa do infrator contra a desautorização da norma⁴⁰⁸.

Assim, todo o sistema penal se dobra em função de promover a estabilidade da norma que, por outra, é exatamente a função da pena identificada e denominada de prevenção geral positiva⁴⁰⁹. GÜNTHER JAKOBS fundamenta a necessidade do direito penal do inimigo, afirmando que o direito penal do inimigo pode e deve ser utilizado, todavia, deve ser limitado ao necessário⁴¹⁰.

Com efeito, GÜNTHER JAKOBS reconhece dois direitos penais, ou seja, o direito penal do cidadão, na qual, são asseguradas as garantias penais e processuais penais e, o direito penal do inimigo com o objetivo de eliminar indivíduos, definidos como perigos, restringindo ou aniquilando garantias penais e processuais penais⁴¹¹.

No caso da suposta proteção dos direitos humanos, por meio do Tribunal Penal Internacional, o inimigo, é o “*violador dos direitos humanos*”. Ademais, para afastar qualquer perplexidade possível o próprio GÜNTHER JAKOBS reconhece que a punição internacional ou nacional de vulnerações dos direitos humanos é, *de per se*, manifestação autêntica do direito penal do inimigo, nesse sentido vale um trecho da obra do autor supracitado, que apesar de extenso demonstra a posição do autor frente à denominada justiça internacional penal:

⁴⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 15.ed. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 115.

⁴⁰⁸ JAKOBS, Günter. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 26/27.

⁴⁰⁹ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 244.

⁴¹⁰ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 64.

⁴¹¹ Idem, p. 28/29.

(...) na atualidade, a suposição corrente de que em todo o mundo existe uma ordem mínima juridicamente vinculante no sentido de que não devem tolerar-se as vulnerações dos direitos humanos elementares, independentemente de onde ocorram, e que, ao contrário, há que reagir frente a tais vulnerações, mediante uma intervenção e uma pena. O tribunal para a antiga Iugoslávia, em Haia, o Estatuto de Roma e Código Penal Internacional são consequências dessa suposição. Ao se examinar com mais vagar a jurisdição internacional e nacional que com isso se estabelece, percebe-se que a pena passa de um meio para *manutenção* da vigência da norma para ser um meio de *criação* de vigência da norma. Isto não tem porque ser inadequado, porém é necessário identificá-lo e processá-lo teoricamente. (...) Por isso, frente aos autores de vulnerações dos direitos humanos, os quais, por sua parte, tam pouco oferecem uma segurança suficiente de ser pessoas, *de per se*, permite-se tudo que seja necessário para assegurar o âmbito <<comunitário-legal>>, e isto é de fato o que sucede, conduzindo primeiro uma guerra, não enviando como primeiro passo à polícia para executar uma ordem de detenção. Agora, uma vez que se tem um infrator, troca-se o Código Penal e Código de Processo Penal, como se fosse um homicídio por raiva ou de conflito cidadãos parciais destas características. Portanto, declara-se ser o autor uma pessoa para poder manter a ficção da vigência universal dos direitos humanos. Seria mais sincero separar esta coação na criação de uma ordem de direito a *manter* uma ordem: o <<cidadão>> Milosevic faz parte *daquella* sociedade que o coloca ante um tribunal como o era o <<cidadão>> Capeto. Como é evidente, não me dirijo contra os direitos humanos, com vigência universal, porém seu estabelecimento é algo distinto de sua garantia. Servindo ao estabelecimento de uma Constituição Mundial <<comunitário-legal>>, deverá castigar aos que vulneram os direitos humanos; porém, isso não é uma pena contra pessoas culpáveis, mas contra inimigos perigosos, e por isso deveria chamar-se a coisa por seu nome: direito penal do inimigo⁴¹².

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI também aborda o Direito Internacional Penal, como autêntica manifestação do direito penal do inimigo:

Acreditamos que, apesar de não fazer parte do núcleo do tema colocado, não podemos passar por cima da afirmação de que o direito internacional penal é direito penal do inimigo e não do cidadão. O direito internacional penal vai se configurando para reduzir um âmbito de poder sem controle, que, por momentos, parece muito próximo ao bellum de Hobbes. É contraditório pretender que, justamente quando o direito penal começa a realizar um esforço de contenção da violência neste campo, seu resultado não sejam penas mas sim pura coação contra *inimigos*⁴¹³.

Ademais, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI afirma que a imprescritibilidade penal é necessária no âmbito de manifestação do direito penal do inimigo na justiça internacional

⁴¹² Idem, p. 43/46.

⁴¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 179, 183.

penal, pois a grande maioria dos funcionários públicos que são acusados da prática dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, se protegem com o poder estatal, sendo assim, o poder punitivo só pode ser exercido sobre eles quando perdem este poder, o que pode levar muito tempo⁴¹⁴.

RICARDO JACOBESSEN GLOECKNER aborda o denominado direito processual penal do inimigo, no qual a busca pelo princípio da eficiência é condição indispensável⁴¹⁵. Ademais, a imprescritibilidade penal viabiliza que o denominado “*violador dos direitos humanos*” ou “*inimigo dos direitos humanos*”, possa ser punido a qualquer tempo, mesmo que o processo se arraste por anos, poderá ele ser condenado e apenado conforme as determinações do Estatuto de Roma.

Assim, como no âmbito doméstico, é necessário adequar tal violação ao direito humano fundamental à razoável duração do processo, e isto, pode ser realizado, admitindo-se a imprescritibilidade até o termo inicial da contagem do prazo de duração do processo penal, pois a partir daí, necessariamente, deverá ser reconhecida a possibilidade de declaração da extinção da punibilidade, e, conseqüentemente a extinção do processo, caso haja o decurso do tempo definido como garantia de qualquer ser humano.

⁴¹⁴ Idem, p. 182.

⁴¹⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009, p. 284/291.

CONCLUSÕES

1.O Poder Judiciário sofre uma crise interminável de morosidade. Sendo assim, existe enorme clamor social por uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficiente. Entretanto, no processo penal este clamor social por eficiência é decorrente de uma criminologia midiática, preocupada com a rápida aplicação da pena;.

2.A Emenda Constitucional nº 45/04, teve como característica marcante a preocupação com o aspecto temporal. Ademais, o princípio da eficiência é uma exigência normativa e, deve ser observado pelo Poder Judiciário.

3.O princípio da razoável duração do processo é decorrente do princípio da eficiência, tendo em vista o aspecto da celeridade, todavia, a análise da duração razoável do processo penal, não pode ser realizada sob o prisma do paradigma da eficiência econômica, mas do garantismo penal. Assim, um processo penal eficiente é aquele que viabiliza a observância do maior número possível de garantias processuais penais em um prazo razoável de duração.

4.Existe uma íntima relação entre tempo e direito, na qual o direito afeta diretamente a temporalização do tempo, e o tempo, por sua vez, determina a força instituinte do direito, ou seja, tempo e direito estão intimamente ligados.

5.É muito difícil conceituar a grandeza tempo, tarefa que vem sendo perseguida por inúmeros pensadores desde os primórdios da civilização. Assim, é mais importante depreender as concepções de tempo do que determinar exatamente o que seja.

6.O tempo não é absoluto, ou seja, não corre de maneira uniforme para todos. Na física, na sociedade, no homem e no processo penal o tempo é relativo. Ainda que cronologicamente idêntico, o tempo social corre em marchas distintas, vivemos em uma sociedade de tempos relativos, que são vivenciados individualmente.

7.A sociedade da pós-modernidade é regida pela grandeza tempo, procurando aumentar cada vez mais o seu tempo. Percebe-se que o tempo tem enorme influência na sociedade. Assim sendo, restou demonstrado que o tempo é constatado tendo em perspectiva duas concepções distintas a objetiva e a subjetiva. Destarte, constatamos que a concepção de tempo absoluto, defendida por ISAAC NEWTON, não tem como se sustentar. Não existe o tempo absoluto, a bem da verdade, vive-se o tempo da relatividade conforme ALBERT EINSTEIN.

8.O tempo é plural, ou seja, trata-se de ritmos distintos, de durações específicas e particulares que são percebidas subjetivamente. Há um direito, geralmente esquecido, chamado por FRANÇOIS OST de o direito ao tempo, ou seja, o direito ao seu tempo, o

direito que cada um tem ao seu ritmo particular e individual, trata-se da denominada *discronia social*. Portanto, é importante, em que pese os instrumentos trazidos pela reforma do judiciário, trazer um novel paradigma à interpretação pertinente às relações entre o tempo e o direito, ou seja, é forçoso o desenvolvimento de um novo modelo de entendimento no que tange ao direito à razoável duração do processo penal.

9. Como na sociedade pós-industrial, no processo penal o tempo não é absoluto. No processo penal o tempo é relativo, ou seja, subjetivo sentido individualmente. Assim, a sensação de passagem do tempo é subjetiva para cada um dos sujeitos processuais. O tempo do julgador é distinto do tempo do acusado, assim como, este é diferente do tempo da sociedade, geralmente, representada pelo Ministério Público. O primeiro necessita de tempo razoável para reconstruir o fato pretérito que é o crime, o segundo tem a sensação de que o tempo corre de maneira veloz, ou seja, para o acusado o tempo passa muito rápido, pois alguns dias preso pode aparentar subjetivamente a passagem de anos, assim como alguns anos de processo podem parecer uma eternidade. Por fim, a sociedade sente o tempo de maneira vagarosa, pois exige o tempo da urgência. Para a sociedade o acusado deve ser punido rapidamente.

10. O processo penal possui seu próprio tempo, distinto do tempo da sociedade. O tempo do processo deve ser interpretado levando em consideração o tempo subjetivo dos sujeitos processuais. Nesse rumo, destaca-se que o acusado possui o direito à duração do processo penal em um tempo (prazo) razoável, sob pena de transformar-se em autêntica sanção antecipada, algo que é vedado, haja vista o princípio da não-culpabilidade ou estado de inocência. Com efeito, é de suma importância a construção jurídica de um critério claro para determinar qual o prazo (tempo) razoável de duração do processo penal, sob pena de se ter um direito destituído de qualquer eficácia jurídica.

11. Tanto o Tribunal Europeu de Direitos Humanos quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos depreendem que o princípio da razoável duração do processo penal não é regulamentado por um tempo específico. O princípio supra não pode ser visto como uma categoria indeterminada, assim, existe o esforço dos tribunais internacionais no sentido de determinar alguns critérios, embora vagos e imprecisos para fixação do tempo razoável.

12. Diante da imprecisão com relação à previsão do direito a um processo em tempo razoável, surgiram duas correntes doutrinárias a respeito do direito analisado, a primeira é denominada de doutrina do não-prazo e a segunda é a doutrina do prazo fixo. Ademais, conforme previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição da República, conclui-se que, aparentemente, o Brasil adotou a doutrina do não-prazo, pois, atualmente, não existe prazo

definido expressamente no ordenamento jurídico. Entrementes, é fundamental que seja definido um método de calcular o prazo da duração razoável do processo penal, levando em consideração a denominada *discronia processual*, ou seja, a diferente sensação de passagem do tempo para cada um dos sujeitos envolvidos na relação jurídico-processual penal. O sistema de definição do prazo razoável de duração do processo deve levar em consideração o princípio da relatividade do tempo processual.

13. Diante da necessidade de definir qual o prazo máximo de duração do processo penal é imperioso determinar o termo inicial de contagem do prazo, bem como seu termo final. Nesse sentido, é curial que o termo inicial do prazo seja o momento de instauração do inquérito policial e, o termo final o próprio trânsito em julgado da sentença penal, incluindo na contagem do prazo a denominada fase recursal.

14. É fundamental que o tempo de prisão provisória seja levado em consideração no cálculo do prazo de duração do processo penal, sob pena de violação veemente do direito do acusado à um processo sem dilações indevidas, pois o curso processual deve ser mais célere quando o acusado estiver preso cautelarmente.

15. Não é suficiente, *de per se*, definir o prazo razoável de duração do processo penal, ou o critério de determinação de tal prazo, é importante que a inobservância do prazo acarrete consequências jurídicas relevantes, como por exemplo, a própria extinção do processo penal.

16. Diante de todas as soluções compensatórias e sancionatórias para os casos de inobservância do prazo processual a extinção da punibilidade e, conseqüentemente, do próprio processo penal é a que se apresenta mais adequada.

17. Todos os tipos de crimes deveriam, necessariamente, estar sujeitos aos efeitos da passagem do tempo, sem qualquer consideração sobre a sua natureza ou gravidade. O instituto da imprescritibilidade penal afronta diretamente as garantias do cidadão, notadamente o direito à razoável duração do processo penal, pois o deixa completamente vulnerável à eternidade não se ajustando às finalidades da pena;

18. Podemos afirmar que a discussão a respeito da natureza jurídica da prescrição perdeu razão de persistir, pois se considerada como instituto de direito processual, poderá ser considerada como norma processual de garantia. Todavia, a posição que parece mais adequada é considerar a prescrição como instituto misto ou híbrido, tanto de Direito Penal material, bem como de Direito Processual Penal, pois havendo renúncia por parte do Estado e da sociedade ao direito de aplicação da norma penal incriminadora, não deixa de ter consequências processuais, constituindo autêntico impedimento processual penal à

continuação do processo penal, tendo em vista o decurso do tempo e a inobservância do direito ao processo penal sem dilações indevidas;

19. A prescrição da pretensão punitiva pode funcionar como autêntico marco de definição normativa da razoável duração do processo penal. Todavia, os prazos prescricionais, atualmente regulamentados no Código Penal são muito extensos para tal objetivo. Percebe-se que o único óbice para o reconhecimento do prazo da prescrição da pretensão punitiva como a própria duração razoável do processo penal é que estes são extremamente dilatados. Entretanto, no momento os prazos prescricionais são os únicos limites de duração do processo penal.

20. A prescrição é a limitação temporal para que o Estado possa exercer sua pretensão punitiva, assim, a prescrição determina uma atuação eficiente por parte do Estado, haja vista que seu efeito é a extinção da punibilidade e do próprio processo penal em curso.

21. Entre as consequências jurídicas da demora na prestação jurisdicional, especificamente na seara penal, a extinção da punibilidade é a mais razoável e adequada, pois, assim como o princípio da razoável duração do processo penal, está baseada na concepção de passagem do tempo. Assim, com a sentença declaratória de extinção da punibilidade ter-se-ia efeitos penais, no caso, o desaparecimento da possibilidade jurídica de imposição de qualquer reprimenda penal, bem como efeitos processuais, pois o processo será extinto sem qualquer resolução do mérito, em decorrência da inobservância do dever de prestação jurisdicional tempestiva.

22. A incidência da prescrição da pretensão punitiva atinge primeiramente o direito de punir do Estado e, por consequência, extingue o direito de ação, ainda que o processo tenha tido início perde seu objeto principal.

23. O Brasil deve utilizar como paradigma a definição legal de tempo razoável, conforme o disposto no Código de Processo Penal do Paraguai que define um prazo fixo de duração máxima do processo penal. Não obstante, haja vista a necessidade de determinar o prazo de duração do processo e tomando como exemplo a legislação penal e processual penal da República do Paraguai é importante a adoção de uma política criminal voltada à redução dos prazos da prescrição da pretensão punitiva, com o escopo de assegurar a razoável duração do processo.

24. Não há necessidade de revogação das causas interruptivas da prescrição para a redução dos prazos prescricionais, basta alterar o cálculo da prescrição da pretensão punitiva, adotando-se um novo paradigma, com fundamento no novel princípio jurídico da relatividade.

Assim, é fundamental definir um prazo único o qual denominamos como *prazo global*, nesse ponto adotando a doutrina do prazo fixo. Entrementes, os prazos prescricionais podem variar conforme o tempo subjetivo dos sujeitos processuais. Assim, o prazo prescricional, ou seja, o prazo de duração do processo penal será calculado, tendo em vista a relatividade processual penal. Com efeito, os prazos prescricionais podem variar conforme o caso concreto, adotando-se, nesse aspecto a doutrina do não-prazo.

25. A imprescritibilidade penal prevista tanto na Constituição da República Federativa do Brasil como no Estatuto de Roma devem ser ajustadas ao direito fundamental à razoável duração do processo penal. Destarte, a imprescritibilidade penal só poderá ocorrer antes do início de contagem do prazo de duração razoável do processo penal, ou seja, a partir da instauração de qualquer investigação preliminar.

26. Os Estados na sociedade pós-moderna possuem um novo inimigo, denominado como “*violador dos direitos humanos*”, que segundo a doutrina dos direitos humanos merece punição exemplar a qualquer tempo. Assim, o Tribunal Penal Internacional é uma autentica manifestação de direito penal do inimigo.

27. Sendo assim, a regra da imprescritibilidade penal, além de violar o direito fundamental à razoável duração do processo penal, é característica necessária de um direito penal do inimigo, que deve, necessariamente, ser rechaçado pela comunidade jurídica, sob pena de total violação das conquistas garantistas realizadas a partir do período da ilustração.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luiz Afonso Heck. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ANDRADE, Christiano José de. *Da prescrição em matéria penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. Revista Sequência, n.º 52, p 163-182, julho, 2006.
- AQUINO, José Carlos G. Xavier de; e NALINI, José Renato. *Manual de Processo Penal*. São Paulo, Saraiva, 1997.
- ASSIS, Machado de, *Helena; O alienista*. São Paulo: Três livros e fascículos, 1984.
- AZKOUL, Marco Antonio. *Justiça Itinerante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.
- BADARÓ, Gustavo Henrique RighiIvahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT. 2003.
- _____. *Processo Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- _____. *Processo Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista dos Tribunais. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, 23.ed. (1998).
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- _____. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- _____. *Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. *Modernidade e Holocausto*. RJ. Jorge Zahar. 1998.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: Sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*. Tradução Luciana Pinto Venâncio. Barueri. Editora Manole, 2004.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 7.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*; tradução de Sebastião nascimento. São Paulo. Editora 34, 2011.

BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. In: *Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito*. In SILVEIRA, Vladimir Oliveira da.; MEZZARROBA, Orides (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BERGSON, Henry. *Duração e Simultaneidade*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4.ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. ed.13^a, Editora Elsevier, Rio de Janeiro. 2004.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMPOS JÚNIOR, Nadir de. et al. *Prescrição Após a Lei Nº 12.234 de 05/05/2010*. APMP, São Paulo, 2010

CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Tradução de Ari Roitman e Paulina Watch. Rio de Janeiro: Record, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina, 6.ed. revista.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos Vol. I*. Porto Alegre: Fabris, 2.^a ed., 2003.

CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, 1958.

CARNIO, Henrique Garbellini. *Kelsen e Nietzsche: aproximações do pensamento sobre a gênese do processo de formação do direito*. 2008. 213 folhas. Dissertação (mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal. Volume IV*, Rio de Janeiro, 1979.

CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2008.

CENEVIVA, Walter. Afastamento entre o judiciário e o povo: uma reavaliação. In: TEIXEIRA, Fábio de Figueiredo (Coordenador). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3.ed. São Paulo: Forense Universitária, 1997.

CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DUARTE, Ricardo Quass. *O tempo inimigo no processo civil brasileiro*. São Paulo: LTr, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luíz Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes.2005.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.

EINSTEIN, Albert. *A Teoria da Relatividade Especial e Geral*; Trad. do original alemão Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

_____. *Vida e pensamentos*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Volume III. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000.

FERNANDES, David Augusto. *Tribunal Penal Internacional: A concretização de um sonho*. RJ: Renovar, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FLORIAN, Eugenio. *Trattatodidirittopenale*. 4.ed. Milano: Vallardi, 1934.

FLORIAN, Eugenio. *Dei reati e delle pene in generale*. In: FLORIAN, Eugenio; POZZOLINI, Alfredo; ZERBOGLIO, Adolfo; VIAZZI, Pio. *TrattadodiDirittoPenale*. V.1. Milano: Vallardi, 1910.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; Tradução de Raquel Ramalhete. 41.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 2. Ed. Tomo 2. V.1. São Paulo: Max Limonad, 1954.

GARRAUD, René. *Compêndio de Direito Criminal. V.2.* Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado.* Salvador: Editora JusPODIVM, 2009.

GIORGI, Raffaele De. O Direito na Sociedade de Risco. In: GIORGI, Raffaele De. *Direito Tempo e Memória.* tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: QuartierLatin, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico.* São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal.* 14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, ScaranceAntonio, GOMES, Luiz Flávio. *Juizado especiais criminais: Comentários à Lei 9.099, de 95.* 5.ed. São Paulo: Editora RT, 2005.

GROUEFF, Stéphane. *O enigma do cosmo.* Tradução de Vera Pedroso. Rio de Janeiro: Primor, 1978.

GUARAGNI, Fábio André. *Prescrição penal e impunidade.* Curitiba: Juruá, 2000.

HAWKING, Stephen. *O universo numa casca de noz.* São Paulo: Mandarim, 2001.

HOFFMAN, Paulo. *O direito à duração razoável do processo e a experiência italiana.* In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Reforma do Judiciário. SP: RT, 2005.

HOMEM, Marcela Garcia. *Lei n. 12.234/10: A inconstitucionalidade da extinção parcial da prescrição retroativa.* Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione.* Milano: Giuffrè, 1997.

JAKOBS, Günter. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade.* Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito internacional penal: mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado derecho penal – parte general*. 4.ed. corrigido e ampliado. Tradução José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal, volume 1: parte geral*. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KAFKA, Franz. *O processo*. 5.ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

KANT, Immanuel. *A crítica da razão pura*. Versão eletrônica. Tradução J. Rodrigues de Merege. Saraiva. 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. 8.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeiro e Nelson Beira. 9.ed. – São Paulo: Perspectiva, 2006.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2005.

LE GOFF, Jacques. *História e memória*. Campinas, Unicamp, 1996.

LEONE, Giovanni. *Trattato di Diritto Processuale Penale*, v.1, p. 247. Apud. LOPES, Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIPOVETSKY, GILLES. *O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Ed., 1899.

LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Investigação preliminar no processo penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar Direito, Hoje?* Brasília: Nair, 1984.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição penal: prescrição funcionalista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MAFFESOLI, Michel. *O instante eterno: o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas*. Tradução de Rogério de Almeida e Alexandre Dias. São Paulo: Zouk, 2003.

MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementariedade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1948.

_____. *Istituzioni di diritto processuale penale*. 12. Ed. Padova: Cedam, 1967.

MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus Editora, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Volume II, Campinas: Millenium, 2000.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *O Poder Judiciário na perspectiva da sociedade democrática: o Juiz Cidadão*. In: Revista ANAMATRA. São Paulo, n. 21, p 1994.

MASSOM, Cleber. *Direito Penal esquematizado – Parte geral – volume 1*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: RT, 2.^a ed., 2007.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 10.ed. RJ: Renovar, 1994.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Tradução de Tadeu AntonioDix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Tradução da 2. Ed. Alemã de 1933 por José Arturo Rodríguez Munõz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1948. Volume II.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. Atlas, 2008.

_____. *Execução Penal: comentários à lei nº 7.210, de 11-7-1984*. 12.ed. São Paulo, Atlas, 2014.

_____. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2008

_____. *Código Penal interpretado*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOURÃO, Ronaldo Rogério de Freitas. *A astronomia e o poder religioso*. Rio de Janeiro: Editora Tecno print, 1987.

NALINI, José Renato. Há esperança de justiça eficiente?.in SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (coord.). *Justiça e [o paradigma da] eficiência*. Coleção Justiça, Empresa e Sustentabilidade. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEWTON, Isaac. *Principia: princípios matemáticos de filosofia natural*. Trad. Triste Ricci et al. V.1. São Paulo: Nova Stella/EDUSP, 1990.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Assim falou Zaratustra*. Tradução Carlos Duarte Anna Duarte. São Paulo: Martin Claret, 2012.

_____. *Para além do bem e do mal*. trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2011.

_____. *Vontade de Poder*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios - O princípio constitucional da razoabilidade*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

_____. *O tempo do direito*. Trad. de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PASTOR, Daniel, *El Plazo Razonable en El Proceso del Estado de Derecho*: una investigación acerca de la excesiva duración del Proceso Penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: AdHoc, 2002.

PALACIOS, Pelyo Moreno (Org); SOUZA NETTO, Francisco Benjamin; NOVAES, Moacyr; MAMMI, Lorenzo; NASCIMENTO, Carlos Arthur R. do. *Tempo e razão 1.600 anos das confissões de Agostinho*. São Paulo: Loyola, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 7.ª.ed., 2006.

PEREIRA, Daniel Siqueira. *A concepção do tempo em Bergson e sua relação com a teoria da relatividade de Einstein*. 2008. 150 folhas. Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.

PLATÃO. *Timeu, "Coleção os pensadores"*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 13.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Direito de execução penal*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PORTO, Antonio Rodrigues. *Da prescrição penal*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *Prescrição: exigência de eficiência na investigação e razoável duração do processo*. In: *Prescrição Penal: Temas Atuais e controvertidos – Doutrina e*

Jurisprudência Volume4. Ney Fayet Júnior (Coord.), Maria Elizabeth Queijo...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral, V.1*. 9.^a edição. Bahia: Editora JusPODIVM, 2013.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RIVIÈRE, Claude. *Os Ritos Profanos*. Petrópolis, Vozes, 1997.

ROHDEN, Huberto. *EINSTEIN O Enigma do Universo*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da, LINHARES, José manuelAroso. *Diálogos com a Law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General*. Traducción e notas Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

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

_____. *Crimes de Preconceito e de Discriminação*. São Paulo: Max Limond, 2001.

SANZO BRODT, Luís Augusto. *Direito Penal, Sociedade e Constituição*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, n.º 94. Julho/Dezembro de 2006.

SARAPU, Daniel Vieira. *Direito e memória: uma compreensão temporal do direito*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Moacyr Motta da. O *princípio da razoabilidade, como expressão do princípio de justiça, e a esfera de poderes jurisdicionais do juiz*. Revista Novos Estudos Jurídicos, Ano V, n.º8, Abril de 1999, p. 10/11.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: QuartierLatin, 2007.

SOUZA, Ricardo Timm de. *O Tempo e a máquina do tempo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

SOUZA, Francisco Antonio de. *Novo dicionário Latim Português*. Porto: José Lelo e Edgar Lelo, 1965.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, direito e constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo*. In: *Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Vol 1, n.4, Porto Alegre, 2006.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fattigiuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal Volume 1*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Manual de processo penal*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

VALLE, Juliano Keller do. *Crítica à Delação Premiada: Uma análise da teoria do garantismo penal*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *O fim da farra da prescrição penal: Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007, e Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.36, jun. 2010.

VIEIRA, Cássio Leite. *Einstein - O reformulador do Universo*. Coordenação Marcelo Gleiser. São Paulo: Odysseus Editora, 2003.

VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*. Tradução. de Celso Mauro Parciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

VON BELING, Ernest. *Derechoprocesal penal*. Barcelona: Labor, 1943.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: Conferências de criminologia*. Coordenadores Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 10.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Manual de Derecho Penal*. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: parte general*. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1976.

WHITROW, G.F. *O tempo na história: concepções do tempo da pré-história aos nossos dias*. Tradução Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

_____. *O que é tempo?* Tradução de Maria Ignez Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2005