

PRESCRIÇÃO DA PENA EM PERSPECTIVA

Bacharel em Direito Carolina Chiari e Doutor Silvio Carlos Alvares

RESUMO

Elaborado pelo método histórico, dedutivo, indutivo e comparativo, este trabalho vem mostrar ao leitor a grande relevância de se aplicar a prescrição da pena em perspectiva, pois possibilita uma maior agilidade ao Poder Judiciário, evitando o empenho de tempo em processos inviáveis, tendo como base para a sua aplicação os Princípios da celeridade e economia processual.

Palavras-Chave: Prescrição retroativa antecipada. Falta de interesse de agir. Trancamento da ação sem julgamento do mérito. Arquivamento do Processo.

O direito penal no Brasil tem função conservadora funcionando como um meio de garantia do controle social, visando o equilíbrio entre o poder-dever de punir do Estado com o direito de liberdade inerente a todos os indivíduos.

Mas, afinal, o que isso tem a ver com o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa? Diria que a partir do instante que se percebe que o Direito Penal exerce uma finalidade bem mais política do que jurídica, toda e qualquer

pretensão punitiva deverá ser sempre pautada em uma razão de utilidade social, que traga benefício à coletividade. E ao que parece, toda vez que um processo penal não pode alcançar o seu final natural, que é ter sua sentença executada, o mesmo só traz prejuízo para a sociedade, pois não tem utilidade alguma. (DE VARGAS, 2005, p. 346).

Dessa forma, podemos perceber que o desenvolvimento de processos que não irão alcançar ou trazer benefícios a sociedade, além de mostrar a falta de efetividade do poder judiciário em solucionar os processos de forma ágil, trará também mais prejuízos e desgastes a sociedade.

6.1 Conceito

A prescrição da pena em perspectiva é modalidade de prescrição da pretensão punitiva (prescrição da ação).

A prescrição da pena em perspectiva também é conhecida como prescrição virtual, prescrição projetada, prescrição precalculada, prescrição hipotética e ainda prescrição retroativa antecipada. Entretanto, essa não possui amparo legal, mas, vem sendo muito utilizada pelo Poder Judiciário, através da aplicação do juízo de probabilidade para salvaguardar os princípios da celeridade e economia processual.

O juízo de probabilidade acerca da imposição de pena máxima tem base em um argumento indutivo. De fato, não se tem notícia de que algum Tribunal do país – por piores que fossem os antecedentes e a culpabilidade do réu, bem com as conseqüências do crime – tivesse aplicado a pena naquele limite. (Sylvio Baptista, Recurso em sentido estrito 70005159371, Sexta Câmara Criminal de Porto Alegre, 28 de Novembro de 2002).

Esse instituto encontra razão no caso de uma ação já estar fadada ao fracasso desde a sua propositura, posto as circunstâncias inerentes à infração penal cometida e os

bons antecedentes do réu, visando desafogar a já tão lenta máquina judiciária; sendo possível dessa forma, dar mais agilidade aos processos em se tem maior clamor público, aduzindo-se assim um melhor controle social.

A partir das análises realizadas, verificamos que a relutância no reconhecimento da falta de interesse de agir diante da constatação da incidência futura do instituto da prescrição retroativa corrobora com a morosidade e o emperramento do sistema judiciário, uma vez que a tramitação de um processo cujo resultado está fadado a inutilidade ocasiona o atraso na tramitação e efetiva prestação jurisdicional em outro processo viável e útil. (HANNUSCH, 1999, p.46).

No que se refere à prescrição retroativa antecipada não estamos abordando aquela que ocorre somente após a fixação da sentença penal, esgotada a possibilidade de recurso para o Ministério Público ou querelante, e sim aquela que pode ser aplicada a qualquer momento, desde que ausente o interesse de agir pertencente ao Estado; pois todo o processo visa à aplicação de uma sentença penal condenatória e o cumprimento da mesma, o que não ocorrerá quando todo o procedimento tiver sido inútil devido ao excesso de tempo empenhado para a apuração do delito.

Aquela que se baseia na pena *provavelmente* aplicada ao indiciado, caso haja processo e ocorra a condenação. Levando-se em conta os requisitos pessoais do agente e também as circunstâncias componentes da infração penal, tem o juiz, por sua experiência e pelos inúmeros julgados semelhantes, a noção de que será produzida uma instrução inútil, visto que, ainda que seja o acusado condenado, pela pena concretamente fixada, no futuro, terá ocorrido a prescrição retroativa. (NUCCI, 2007, p. 157).

Como podemos analisar a prescrição da pena em perspectiva poderá ser aplicada a qualquer momento, desde que através da análise da conduta do réu e de todas as circunstâncias da infração, tenha-se uma projeção de que o crime prescreverá sem a possibilidade de aplicação da sanção pretendida.

6.2 Forma de aplicação

A prescrição hipotética pode ser aplicada a qualquer momento, desde que antes de prolatada a sentença penal, e ausente o legítimo interesse de agir do Estado.

Assim, a prescrição virtual é o reconhecimento da prescrição retroativa antes do recebimento da peça inicial da ação penal ou da prolação da sentença, visto que, antevendo-se as circunstâncias do caso concreto, a pena que eventualmente seria aplicada já estaria fulminada pelo instituto da prescrição retroativa. (ARAÚJO, 2007, p.2).

Para analisar a falta do interesse de agir, o juiz, ao receber o inquérito policial relatado ou as informações necessárias para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público ou queixa pelo ofendido, onde já verificou a culpabilidade, as circunstâncias e conseqüências do crime, o motivo, o comportamento da vítima e os antecedentes do indiciado; mesmo que tenha sido a avaliação sobre as circunstâncias, efetuada de forma precária, o juiz ao receber qualquer daquelas já tem condições de analisar de acordo com o artigo 59 e 68 do CP, se aquelas são favoráveis ou prejudiciais ao acusado, se existem agravantes ou atenuantes na prática do crime. Portanto, terá o mesmo a possibilidade de avaliar a provável pena a ser aplicada, se esta ficará ou não próxima do mínimo legal fixado pela prática¹.

Seguidos estes passos, chegaremos a uma provável pena “definitiva”, possibilitando a verificação futura da extinção da punibilidade do agente pela prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa, de acordo com o artigo 109 do CP.

Ficando constatada, a provável ocorrência da prescrição retroativa na modalidade precalculada. O juiz não receberá a denúncia, ou a queixa com base no artigo 395, III do CPP², posto a falta de interesse de agir. Pois a utilidade prática do processo não será alcançada.

Interesse de agir, ou seja, deve haver necessidade, adequação e utilidade para a ação penal. A necessidade do *devido processo*

¹ “Sendo favoráveis ao acusado as moduladoras do art. 59 do CP e não havendo circunstâncias outras, operativas ou modificativas a considerar, deve a pena aproximar-se do mínimo legal”. (TARS, RT 681/390).

² Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

[...]

III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.

legal para haver condenação e submissão de alguém à sanção penal é condição inerente a toda ação penal. Logo, pode-se dizer que é presumido esse aspecto do interesse de agir. [...] Quanto ao interesse-utilidade, significa que a ação penal precisa apresentar-se útil para a realização da pretensão punitiva do Estado. (NUCCI, 2007, p. 152).

A aplicação pode se dar mesmo quando não tiver ocorrido o desenvolvimento de todas as fases processuais entre uma causa interruptiva da prescrição e outra, sendo essas: entre o recebimento da denúncia ou queixa e a sentença de pronúncia; entre a pronúncia e seu acórdão confirmatório; entre a pronúncia ou seu acórdão confirmatório e a sentença condenatória; ou do recebimento da denúncia ou queixa a data da publicação da sentença, o juiz pedirá o trancamento da ação sem julgamento do mérito e seu conseqüente arquivamento, pois nítido torna-se a falta de interesse de agir pelo Estado, posto que ao final o objeto principal da ação não alcançará a finalidade esperada.

Para melhor entendimento no que tange a prescrição da pena em perspectiva reconhecida no curso do processo, utilizaremos a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Bauru – SP, nos autos do processo sob o número 579/02, interposto pelo Ministério Público contra os autores que praticaram crime ambiental.

VISTOS.

Os autores foram denunciados pela prática do delito tipificado no artigo 54, §2º, inciso II e §3º, c.c. o parágrafo único do artigo 3º, todos da Lei nº 9.605/98, por fatos ocorridos no início do ano de 2000.

A denúncia foi recebida em 15 de setembro de 2006 (fls. 1546).

Na audiência de interrogatório, os Defensores pediram a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa antecipada, com o qual não concordou o Ministério Público.

Instados a se manifestarem, os Defensores argumentaram a carência da ação, por falta de interesse de agir e pediram a rejeição da denúncia.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

A pena do delito imputado aos acusados é de 01(um) a 05 (cinco) anos de reclusão; observando o artigo 109 do Código Penal, a prescrição ocorrerá em quatro anos se a pena for até dois anos e em doze anos, se a pena for de cinco anos.

Caso os réus venham a ser condenados, a pena a ser aplicada ficaria no mínimo legal, ou próxima dele, mas jamais ultrapassaria dois anos de reclusão, diante da primariedade e antecedentes dos réus e teria como prescrição o prazo de quatro anos, nos termos do artigo 109, inciso V, do Código Penal.

O feito ainda está em seu início, sendo que os réus ainda não foram interrogados. Muitas testemunhas deverão ser ouvidas, movimentando - se toda a máquina judiciária, tomando tempo dos funcionários, do Ministério Público, dos Juízes e eventualmente dos Tribunais Superiores, com sucessivos recursos e pedidos, e com dispêndio de custas.

Tudo isto é um dever do poder público, porém deve se levar em conta o resultado obtido com todo esses trabalhos, pois não se justifica este desgaste, quando afinal todo o trabalho seria inútil, pois a punibilidade do crime seria julgada extinta, sem nenhuma consequência penal para os envolvidos.

Assim, pelos princípios da celeridade e economia processual, verifica-se que não há justa causa para o prosseguimento desta ação penal, afastando-se o interesse de agir do Estado, que compreende não somente a ação penal, mas também a execução da sentença.

Assim, impõe - se o arquivamento dos autos pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, em sua modalidade retroativa antecipada, que retira do órgão acusatório

o legítimo interesse de agir, pois, entre a data do fato e o recebimento da denúncia, decorreram mais de seis anos.

Isto posto, **DETERMINO** o trancamento do feito, sem julgamento do mérito, por falta de justa causa, com fundamento nos artigos 647 e 648, inciso I do Código de Processo Penal.

Após o Trânsito em julgado, arquivem-se os autos, com as formalidades de praxe.

P.R.I.C.

Bauru, 26 de julho de 2007.

BENEDITO ANTÔNIO OKUNO

JUIZ DE DIREITO

Passaremos à análise da sentença prolatada pelo digno magistrado.

O crime pelo qual os autores foram denunciados, como faz menção a sentença está previsto na lei 9.605/98, tratando de Crimes Ambientais. O mencionado artigo 54, §2º, II e § 3º estão previstos no Capítulo V, Seção III que trata “Da Poluição e Outros Crimes Ambientais”, *in verbis*:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

[...]

§ 2.º Se o crime:

[...]

II – causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

[...]

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

§ 3.º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave o irreversível.

Já o artigo 3º parágrafo único encontra-se no Capítulo I, nas Disposições Gerais, *in verbis*:

Art. 3.º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co–autoras ou partícipes do mesmo fato.

O Ministério Público na audiência de interrogatório negou o pedido formulado pelos procuradores dos réus no que tange a extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição retroativa antecipada e pela conseqüente rejeição da denúncia. Para os mesmos, nítida era a falta de interesse de agir do Estado; dada a carência da ação diante do transcurso de tanto tempo entre o cometimento do crime e o recebimento da denúncia.

A pena imposta para o delito praticado seria de no mínimo 1 (um) ano e no máximo 5 (cinco) anos de reclusão; de acordo com o artigo 109, V e III do CP, o prazo prescricional mínimo para essa pena seria de 4 (quatro) anos podendo alcançar o marco de 12 (doze) anos.

Conforme enuncia o artigo 6º da lei 9.605, *in verbis*:

Art. 6.º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:

I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente;

II – os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da

legislação de interesse ambiental;

III – a situação econômica do infrator, no caso de multa.

Conforme prescreve o artigo mencionado combinado com o artigo 59 e 68 do CP, caso fossem os réus condenados, a pena não seria a máxima prevista no tipo penal, qual seja, 5 (cinco) anos de reclusão, e sim a mais próxima do mínimo legal não excedendo a 2 (dois) anos de reclusão, posto os mesmos possuírem bons antecedentes e serem primários³. Concluindo-se, que o prazo prescricional não ultrapassaria 4 (quatro) anos. (art. 109, V do CP).

A ocorrência do crime deu-se no início de 2000, e a denúncia foi recebida somente em meados de setembro de 2006, fato que provocou a primeira causa interruptiva do prazo prescricional. (art. 117, I do CP). Entretanto, entre as datas mencionadas houve o transcurso de mais de seis anos, podendo-se afirmar que o prazo prescricional máximo de 4 (quatro) anos já teria sido excedido, ocorrendo assim a prescrição no que tange a punibilidade dos autores, impedido o Estado de aplicar-lhes as penas previstas no tipo.

Nos autos do processo e conforme afirma a sentença, evidente se torna que a persecução criminal mal teve o seu início, pois não ocorreu nem mesmo o interrogatório e nem as oitivas das testemunhas, apesar de já ter movimentando toda a máquina judiciária e seus servidores, empenhado gastos excessivos com as custas que o movimento de um processo demanda.

Apesar, de ser um poder-dever do Estado o direito de punir o infrator, deve-se levar em conta que o resultado esperado não seria alcançado, posto que ao final a punibilidade estaria extinta pelo transcurso do prazo prescricional, não podendo ser aplicado aos autores à penalidade que prescreve o crime, desenvolvendo-se desta forma um desgaste desnecessário ao poder judiciário, principalmente no que se refere ao tempo gasto em uma demanda inútil, fracassada, enquanto outros crimes de maior gravidade e utilidade pública poderiam ser solucionados.

Assim, como afirma o próprio magistrado na decisão prolatada, pelos princípios da economia e da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII da CF), desnecessário se torna o prosseguimento da ação penal, não existindo o interesse de agir do Estado, tanto na

³ “Favoráveis, em sua maioria, as moduladoras do art. 59 do CP, ao agente, deve o apenamento básico aproximar-se do mínimo legal, impondo-se, em se cuidando de injustificável exacerbação, seu redimensionamento”. (TARS, JTARGS 104/64).

ação penal como também na execução da sentença.

Com apoio na doutrina, sempre entendi viável o reconhecimento da inexistência do interesse de agir, em face daquilo que se convencionou chamar ‘prescrição antecipada’ ou ‘prescrição virtual’, ou seja, quando verifica que em face de pena a ser concretamente aplicada ocorrerá a ‘prescrição retroativa’ (CP, art. 110, §§ 1º e 2º). Isto porque, tendo embora o acusado direito a uma sentença de mérito, nosso sistema Processual Penal, inspirado no princípio da economia processual, determina, como regra, o encerramento do processo, antes mesmo do julgamento do mérito, sempre que ocorrer uma causa extintiva da punibilidade, ou outra causa que prejudique o exame do mérito da ação, como, *verbi gratia*, na hipótese da inutilidade de virtual provimento jurisdicional. (art. 43, III, do CPP). (Luiz Antonio Guimarães Marrey, Protocolado 15553/00, art. 28 do CPP, I.P. 222/97, Comarca de Guarulhos, 01.03.2000).

O interesse de agir ou o legítimo interesse é necessário para o início da ação penal ou continuidade da mesma, diante da necessidade de adequação e a utilidade que a ação penal representa a quem a propõe e ao Estado, que é o encarregado de julgá-la.

Do princípio da economia processual, significando, na prática, que o Estado se nega a desempenhar a atividade jurisdicional quando o processo, no caso concreto, não é necessário e quando o provimento pedido não é adequado para atingir o escopo da atuação da vontade de lei. (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNADES, 1994, p.65).

Há interesse-utilidade sempre que houver um benefício prático e jurídico ao autor da demanda, pois devem ser considerados “os altos custos sociais, econômico e políticos de uma ação penal”, percebendo-se “o grande prejuízo de se aceitar como legítimo, e portanto profícuo para o processo, um interesse inadequado. (MORAES, 2000, p.86).

Impondo-se ao final, o trancamento do feito, sem julgamento do mérito, por falta de justa causa (art. 647 e 648, inc. I do CPP), com o conseqüente arquivamento dos autos processuais e cessação da coação ilegal por meio de *Habeas Corpus*, diante do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa antecipada, pois inexistente, tornou-se o interesse de agir, por ter transcorrido entre a data do fato e a do recebimento da denúncia um prazo superior a seis anos.

Fato este que não excluirá da apreciação do poder judiciário a propositura de uma nova ação penal ou reabertura do processo arquivado, se fatos novos forem apresentados, ocorrendo alteração quanto à definição jurídica do fato, e conseqüentemente majoração na quantidade da pena a ser aplicada, modificando o prazo prescricional previsto no artigo 109 do CP.

“Se a imputação, conforme a prova produzida, transformar-se a ponto de permitir a imposição de pena mais severa, é preciso abrir vista ao Ministério Público, a fim de que ocorra o aditamento da denúncia ou queixa”. (NUCCI, 2007, p. 652).

Possível se torna também a propositura de ação de reparação de danos cognitiva moral e/ou material (art. 5º, V da CF, art. 67, I do CPP e art. 927, parágrafo único do CC), pelo ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros (art. 63 do CPP) ou pelo Ministério Público, quando o titular da ação de reparação de dano for pobre (art. 68 do CPP), posto não ter ocorrido o exame do mérito quando do arquivamento do feito. A ação civil poderá ser interposta também em relação ao responsável civil. (art. 64 do CPP c/c art. 932 do CC).

Ainda no que se refere ao crime praticado em comento, este é ambiental e de ordem metaindividual⁴. Desta forma a responsabilidade do causador do dano é objetiva pura (art. 14 da lei 6938/81), ou seja, basta a existência do dano e a identificação não do causador, mas da atividade causadora do dano (teoria do risco), para que a responsabilidade civil seja-lhe diretamente imputada, devendo o mesmo abarcar com a integralidade do dano ambiental percebido, indenizando assim as vítimas atingidas pelo ato ilícito praticado e também com a devolução deste bem que é comum a todos, consagrando-se dessa forma o princípio mais utilizado do Direito Ambiental, sendo o do

⁴ Os interesses metaindividuais são passíveis de serem qualificados, ou no rol de interesses individuais homogêneos ou interesses coletivos ou interesses difusos. Sendo este um interesse cuja titularidade não é estritamente de um só homem.

poluidor pagador⁵. (art. 225, § 3º da CF).

Evidente torna-se a necessidade de trancar uma ação penal sem sua resolução, ou não ocorrer o recebimento da denúncia ou das peças de informação quando ausente a falta de legítimo interesse de agir, evitando-se a tramitação de um processo penal destinado ao perecimento, com empenho de gastos excessivos do erário e dos serventários públicos, pois este, ao final, não alcançará o fim esperado, pois impossível a aplicação da sanção penal prevista, gerando conseqüentemente a sensação de impunidade, impedindo, ainda, a apuração de outros crimes viáveis.

6.3 A doutrina e a jurisprudência

Por se tratar a prescrição projetada de uma aplicação não disciplinada em lei, ainda existem divergências no que tange a doutrina. Já no que se refere à jurisprudência, esta ainda se encontra em fase de conhecimento e de formação, posto que somente agora os órgãos de segunda instância começaram a tomar conhecimento através dos recursos postulados, da aplicação utilizada pelos juízes de primeiro grau. Mas já existem pareceres tanto a favor como contra a aplicação do mencionado instituto, prevalecendo esse último.

Os juízes que são contra a aplicação argumentam que este instituto é estranho ao sistema penal, e que ele impede o desenvolvimento do devido processo legal, conseqüentemente não se desenvolve o contraditório e a ampla defesa, ferindo-se dessa forma princípios consagrados pela Constituição Federal, os quais asseguram uma aplicação mais justa ao caso concreto. Argumentam ainda que o réu tenha direito a uma sentença de mérito, passível de mostrar a sua inocência.

Já os que são a favor da aplicação da prescrição da pena em perspectiva argumentam que de nada adianta a postulação e conseqüente julgamento de um processo inviável desde sua propositura, porque claramente não será apurado a tempo de não ocorrer a prescrição, causa está extintiva de punibilidade, impossibilitando, ao final a aplicação da pena prevista para o caso concreto, desempenhando-se dessa forma

⁵ Aquele que polui deve reparar o dano que causou ao ambiente, o reconstituindo, o recuperando, e ainda deve indenizar o individuo que sofreu lesões pelo dano causado a aquele.

um trabalho inútil, que ao final não teria aplicação alguma, *mutatis mutandis*, seria nadar, nadar e morrer na praia.

Se pela pena em perspectiva assim como pelo tempo transcorrido já se vislumbra, com segurança, que a punibilidade concreta já foi alcançada pela prescrição retroativa não se justifica movimentar a máquina judiciária para se alcançar nada no final. (GOMES, 2005, p.174).

“Assim, não vejo porque, verificando-se na situação em concreto que a ação penal levará ao “nada jurídico”, ao “zero social”, desperdiçando tempo e recursos do Estado, não aplicar a prescrição de uma pena projetada e virtual”. (Sylvio Baptista, Recurso em sentido estrito 70005159371, Sexta Câmara Criminal de Porto Alegre, 28 de Novembro de 2002).

Argumentam ainda que pelo fato do processo ter finalidade pública e não privatista, se o processo for inútil para o Estado, o mesmo não deve se desenvolver, pois ele é utilizado para que o Estado se utilize do seu poder-dever de punir e não para o acusado mostrar suas virtudes. Portanto, se o processo não for útil ao Estado, sua existência é jurídica e socialmente inútil.

Como já mencionado os doutrinadores também divergem quanto à aplicação desse instituto. Os que são contra a aplicação do mesmo, alegam que esse gera a impunidade, pois o processo não chega ao final, não se desenvolve, não sendo possível dessa forma a apuração de todos os fatos, ocorrendo um juízo de probabilidade do que ao final seria aplicado ao caso concreto.

Já os que são a favor da aplicação do instituto, argumentam que de nada adianta o desenvolvimento de um processo natimorto, pois, inutilmente haveria dispêndio de tempo e dinheiro por parte do poder judiciário, que ao final não verificaria a punibilidade, extinta pelo transcurso excessivo de tempo. E ainda que muitos processos com maior clamor público deixariam de serem apurados, gastando-se tempo com processos fracassados, gerando uma sensação ainda maior de impunidade perante a sociedade.

É o desrespeito ao mandamento proibitivo de uma regra penal (motivo) que autoriza a deflagração (ou manutenção) da ação penal (meio) que, por sua vez, tem como objetivo "restringir o *jus libertatis* com a inflicção da pena" (finalidade). Mas o que

acontece quando se sabe, com antecedência, que a prescrição fatalmente ocorrerá? O Estado emprega um meio (ação penal) que não tem qualquer finalidade, pois o investigado ou acusado não será, em hipótese alguma, atingido por sanção penal. Regressando ao que dissemos no início, estaremos diante de um legítimo caso em que energia, tempo e dinheiro são gastos inutilmente. (TAYLOR, 2007, p.6).

Argumentam ainda que a instauração ou continuidade de uma ação penal que não alcançará os fins objetivos esperados pelo Estado vai de encontro com o ordenamento jurídico, ou seja, é inconstitucional porque fere, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, pois de nada adianta existir a previsão legal, mas a decisão ser desproporcional.

E ainda, que estamos diante de um Estado Democrático de Direitos e não perante um Estado Democrático de Leis, indo de encontro com os que argumentam que o fato do instituto da prescrição da pena em perspectiva não estar presente no ordenamento jurídico não pode ser aplicado.

6.4 Direito comparado

No que se refere à persecução criminal em outros países percebemos que todos estão caminhando para que o seu desenvolvimento se dê da forma mais célere e ágil na prestação da tutela jurisdicional, “onda renovatória do processo que vai em busca de resultados e tenta ultrapassar tecnicismos exagerados”. (PORFIRIO, 2003, p. 117).

A Constituição Italiana foi emendada em 23/11/1999, para possibilitar a aplicação no direito interno, da Convenção Européia dos Direitos do Homem, introduzindo-se dessa forma em seu artigo 111, a cláusula do *giusto proceso*, que veio consagrar as garantias: de regra da legalidade processual, também no sentido substancial; do contraditório, inclusive na formação da prova; do juiz imparcial; do reforço à defesa, garantindo-se a efetividade da defesa de ofício e a duração do processo em prazo razoável. Tais mudanças foram introduzidas devido às várias condenações no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, por violação do prazo razoável que um

processo deve ter. Mencionada aplicação se dá também na Constituição Espanhola.

Já a Constituição Portuguesa em seu artigo 32, n.2, dispõe que o direito a processo célere vem conjugado com a presunção de inocência. *In verbis*: “Todo o argüido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.

No direito Americano também se fala em direito à celeridade processual, só que para eles esse direito tem duplo direcionamento, sendo estes o direito de punir e o direito de liberdade, mas tal duplicidade acaba por favorecer sempre o Estado, ou seja, mencionado direito representa uma antecipação da condenação e seus respectivos efeitos, ao invés de assegurar o estado de liberdade, suprimindo-se dessa forma direitos e garantias do acusado.

O Código de Processo Penal Paraguaio é ainda mais rigoroso quanto ao controle da duração razoável do processo, pois em seu artigo 136 e 137 consta que a tramitação do processo não pode exceder o prazo de três anos, desde o primeiro procedimento praticado, pois se assim ocorrer terá que ser declarada extinta a ação penal de ofício ou a requerimento da parte.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edvandro Silva. Prescrição retroativa antecipada. **Wiki-iusperdia**. São Paulo, 6 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.wiki-iusperdia.com.br/article.php?story=20071106105615416>>. Acesso em: 19 jul. 2008.

DE VARGAS, Róbson. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. O Direito de ação. São Paulo, v. 13, n. 55, p. 339-363, jul./ago. 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: parte geral – culpabilidade e teoria da pena. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005. v. 7.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 3 ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 1994.

HANNUSCH, Diolinda Kurrle. **A prescrição retroativa no processo penal**: uma abordagem a partir da falta de interesse de agir. 1999. 277 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 1999.

MORAES, Maurício Zanoide. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: Parte Geral e Parte Especial. 3. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

_____. **Código de Processo Penal comentado**. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

PROFIRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. Celeridade do processo, indisponibilidade da liberdade no processo penal e prescrição retroativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 45, p. 115-133, out./dez. 2003.

TAYLOR, Daniel Westphal. A decretação antecipada da prescrição e o princípio da proporcionalidade. Uma relação jurídica necessária. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 12, n. 1610, 28 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10707>>. Acesso em: 01 ago. 2008.