



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
4ª VARA CÍVEL
RUA SORBONE 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

SENTENÇA

Processo Físico nº: **0023989-11.2008.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Falência de Empresários, Sociedades Empresariais, Microempresas e Empresas de Pequeno Porte**
 Requerente: **Ministerio Publico do Estado de São Paulo**
 Requerido: **Gilberto Carlos de Oliveira e outro**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Daniel Felipe Scherer Borborema**

O presente processo criminal possui nulidades absolutas.

O acusado Gilberto, após citado pessoalmente, não apresentou a resposta, e, apesar de requerimento do MP nesse sentido (fls. 172), o processo tramitou sem que o defensor nomeado ao acusado apresentasse a resposta em questão antes da instrução, o que é imprescindível. A resposta do art. 396-A do CPP foi relegada a momento muito posterior (fls. 226/229), inversão tumultuária do processo que acarreta efetivo prejuízo à defesa. Frise-se que a própria defensora nomeada somente tomou conhecimento de sua nomeação em 16/07/12, após a realização de atos instrutórios, fato salientado pela causídica às fls. 226. Com todas as vênias ao MM. Juiz prolator da decisão de fls. 233/235, não se pode falar em preclusão no que tange à apresentação da resposta à acusação, como constou no último parágrafo de fls. 234. O magistrado valeu-se de princípios do direito processual civil no processo penal e, ao fazê-lo, deu causa a nulidade processual.

Não bastasse a nulidade acima, observamos às fls. 185/186, 200/201, que atos instrutórios foram realizados sem a participação de defensor em relação a qualquer dos acusados. A defesa técnica é obrigatória no processo penal. A nulidade é evidente.

Em consequência das conclusões acima, declaro a nulidade de todos os atos processuais praticados após a decisão de fls. 173, que não adotou as providências necessárias para que as respostas à acusação fossem apresentadas antes do início da instrução.

Seria o caso, em princípio, de se dar prosseguimento ao processo a partir da decisão de fls. 173, com instrução, debates e julgamento.

Todavia, a ação penal está fatalmente fadada ao insucesso.

Impõe-se o reconhecimento da prescrição em perspectiva.

Aos acusados imputa-se o delito previsto no art. 186, VI do DL. nº 7.661/45, cuja pena cominada é de 06 meses a 03 anos (cumpra frisar, considerada tal pena, que teriam direito à suspensão condicional do processo, o que não foi observado).

A denúncia foi recebida em 11/05/2010 (fls. 93), há mais de 04 anos, o que significa que, mesmo que fosse proferida a sentença na presente data – o que não ocorrerá, pois em razão da nulidade manifesta, acima declarada, ainda haverá de se refazer toda a instrução - os acusados somente não seriam beneficiados com a prescrição retroativa (art. 110, §§ 1º e 2º, CP) caso a sentença lhes impusesse uma pena superior a dois anos (art. 109, IV e V, CP).

Impossível que isto ocorra, na hipótese em comento.

Os acusados são primários e de bons antecedentes (fls. 273 e ss.).

Não há possibilidade alguma, consideradas as circunstâncias do delito, de serem identificadas circunstâncias judiciais negativas ou agravantes ou majorantes que possam levar a pena mínima – de 06 meses – a mais que 02 anos.

Nesse contexto, fica sem propósito o processo penal.

A questão envolve interpretação harmoniosa do direito processual, na sua



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
4ª VARA CÍVEL
RUA SORBONE 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

perspectiva instrumental de atividade que busca a produção de resultados úteis aos interesses em conflito, bem como a análise do processo sob a ótica dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade.

A declaração da prescrição com base na pena virtual, ou em perspectiva, baseia-se no justificado e amparado prognóstico da ocorrência futura da aludida causa de extinção da punibilidade, porque, nas circunstâncias dos autos, verifica-se que a condenação imposta ao(s) réu(s) perderia por completo qualquer eficácia, pela incidência da prescrição retroativa, modalidade de prescrição criticada por parte da doutrina, mas de expressa previsão legal. Não haveria amparo razoável para se prosseguir com o andamento do feito se não haverá utilidade na prestação jurisdicional. Falta interesse de agir.

Nesse sentido:

"De nenhum efeito a persecução penal, com dispêndio de tempo e desgaste do prestígio da Justiça Pública, se, considerando-se a pena em perspectiva, diante das circunstâncias do caso concreto, se antevê o reconhecimento da prescrição retroativa na eventualidade de futura condenação. Falta, na hipótese, o interesse teleológico de agir, a justificar a concessão ex officio de habeas corpus para trancar a ação penal" (TACrimSP, RT 669/314).

É no mesmo sentido a orientação doutrinária.

Confira-se passagem de artigo da lavra de DANIEL WESPHAL, Promotor de Justiça em Santa Catarina ("A decretação antecipada da prescrição e o Princípio da Proporcionalidade - Uma relação necessária", artigo publicado em Jurid - Publicações Eletrônicas):

Na generalidade das profissões, toda ação humana é direcionada a um fim previamente traçado. Para alcançá-lo, são despendidos energia, tempo e dinheiro. O gasto é justificado, portanto. Todavia, na área jurídica, berço de princípios como o da proporcionalidade e o da eficiência, por muitas vezes consomem-se todos aqueles bens da vida a que antes nos referimos - energia, tempo e dinheiro - com prévia ciência da inutilidade do esforço.

Mais do que em qualquer outro ramo do direito, é no processo penal que essa equação desproporcional verifica-se. Demandas são iniciadas ou desenvolvidas com o objetivo (declarado) de alcançar-se a condenação do réu quando sabido de antemão que elas não terão um resultado útil, pois, ainda que a acusação logre sucesso, a pretensão punitiva estatal ver-se-á fulminada pela prescrição no momento em que definida a pena do acusado...

E, quando perscrutada sob a ótica da proporcionalidade, a manifestação estatal representada pela propositura ou manutenção de uma ação penal quando sabido de antemão que posteriormente verificar-se-á a prescrição da pretensão punitiva estatal na forma retroativa, falha já no primeiro teste, mesmo que o ato seja revestido de legalidade.

A conclusão é, aliás, elementar. 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. Nada,


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
4ª VARA CÍVEL
RUA SORBONE 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

salvo o fetiche pelo positivismo e a incapacidade de leitura das normas penais à luz da Constituição Federal, justifica essa postura, ultrapassada não só do ponto de vista científico mas também quando nos damos conta dos gastos que envolvem a empreitada.

Refutamos, então, a tese, professada inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido da não aceitação do instituto da prescrição antecipada em virtude da inexistência de previsão legal que o ampare.

Nosso Estado é de Direito e não de Lei. E Direito, desde o descobrimento da força normativa dos princípios, não se resume à mera aplicação irracional do que está inscrito em norma ordinária.

Ainda menos sedutores são os argumentos, também abraçados pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o instituto não pode ser utilizado porque (a) obsta que o réu prove a sua inocência ou porque (b) no decorrer da ação penal poderá o Ministério Público comprovar a não primariedade ou outra circunstância judicial desfavorável aos recorridos, como pontuado no RHC 86.950/MG.

É preciso acordar para a realidade. Ignorar o suplício que é um processo penal e se fiar no simplório argumento de que o réu tem direito a provar sua inocência beira à hipocrisia.

Em primeiro lugar, porque o argumento é falacioso: se isso fosse verdade, a prescrição retroativa (a real, não a antecipada), embora decorrente de norma expressa (artigo 110, parágrafo primeiro, do Código Penal), não poderia ser decretada quando houvesse recurso exclusivo da defesa (e, note-se, nesse caso estaríamos lidando, supostamente, com o princípio constitucional da inocência, que prevaleceria frente à norma de lei ordinária).

Depois, porque, a par da falha do argumento, o problema é muito fácil de ser contornado: basta que, antes da decretação da prescrição, o investigado ou réu seja intimado para que informe se concorda com a providência. Caso sua anuência não seja colhida, o processo segue em frente.

De outro lado, é verdade que no decorrer da ação poderá o Ministério Público, eventualmente, trazer aos autos algum fato que acarrete o aumento da pena do réu.

Disso não há dúvida. É necessário, todavia, manter os pés no chão. Quando defendemos a decretação antecipada da prescrição, não estamos admitindo que a providência seja tomada quando houver qualquer espécie de hesitação acerca do que ocorrerá futuramente.

O instituto deve ter aplicação reservada às hipóteses em que é incontestável que a continuidade da investigação ou do processo será inútil, na medida em que inevitável a posterior decretação da prescrição na forma retroativa.

E, sabe qualquer um que lida com processo penal e não mente a si mesmo, existem numerosas ocasiões em que, mesmo se admitindo a possibilidade de durante o processo surgir alguma circunstância que acarretará o aumento da pena (o que é exceção - em geral, antes mesmo da propositura da ação o Ministério Público já tem condições de saber se existem circunstâncias que pesam contra o réu), ainda assim ocorrerá a prescrição retroativa.

Aliás, como bem pontua Róbson de Vargas ao tratar das dificuldades de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
4ª VARA CÍVEL
RUA SORBONE 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

se avaliarem certas circunstâncias judiciais na fase inquisitorial: avaliações sobre circunstâncias como conduta social e personalidade do agente normalmente são precárias nesta fase, mas, diga-se de passagem, que diferente não é na própria instrução do feito na fase judicial.

Portanto, é somente nas ocasiões em que evidente a ocorrência futura da prescrição - e somente nelas - que a extinção da punibilidade poderá ser decretada antecipadamente. Por fim, é oportuno assinalar que o princípio da proporcionalidade se projeta tanto sobre o ato judicial que recebe ou permite a continuidade da ação penal quanto sobre os atos ministeriais que promovem sua propositura ou impulso.

Sobre o assunto, aliás, é perfeita a análise realizada por Denílson Feitoza Pacheco: O princípio da proporcionalidade é aplicável toda vez que ocorre uma intervenção em um direito fundamental... No presente estudo, concentramo-nos especificamente nos direitos fundamentais das pessoas ou entes sujeitos à persecução criminal...

'Mutatis Mutandis', essas regras são aplicáveis às medidas administrativas e judiciais de intervenção em direitos fundamentais, ou seja, às intervenções persecutório-administrativas (delegado de polícia, promotor de Justiça, procurador da República, encarregado de inquérito policial-militar, CPI etc.) e judiciais (juiz, tribunal, conselho de justiça militar etc.)...

Assim, com base nos elementos existentes, conclui-se que, fatalmente, haverá a prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa no presente caso, não se justificando a continuidade da persecução penal, impondo-se a extinção do processo de imediato, com o reconhecimento da prescrição virtual ou em perspectiva.

Ante o exposto, **julgo extinta a punibilidade** dos acusados pela prescrição, com fulcro no art. 107, IV, primeira figura do Código Penal.

Transitada em julgado (a) façam-se as comunicações necessárias (b) expeçam-se as certidões de honorários, no máximo (c) arquivem-se.

P.R.I.

São Carlos, 17 de outubro de 2014.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
 CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**