

FELIPE RAPALLO MUSCO

**APLICAÇÃO DO *PLEA BARGAIN* EM AUDIÊNCIAS DE
CUSTÓDIA: ESTUDO DE CASO**

Análise de caso submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto

**Florianópolis
2018**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Musco, Felipe Rapallo

Aplicação do plea bargain em audiências de
custódia : Estudo de caso / Felipe Rapallo Musco ;
orientador, João dos Passos Martins Neto, 2018.
150 p.

Dissertação (mestrado profissional) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de
Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em
Direito, Florianópolis, 2018.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Audiências de Custódia. 3. Plea
Bargain. 4. Colaboração premiada. I. Martins Neto,
João dos Passos. II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III.
Título.



**UNIVERSIDADE FEDERAL
DE SANTA CATARINA**

Centro de Ciências Jurídicas

Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito

Campus Universitário Sertão João David Ferreira Lima - Trindade

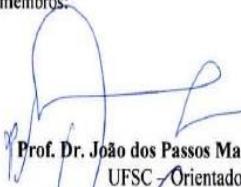
88040-900 - Florianópolis - Santa Catarina

Fone: (48) 3233-0390 - E-Mail: mpd.ufsc@gmail.com

Aplicação do Plea Bargain em Audiências de Custódia: estudo de caso

FELIPE RAPALLO MUSCO

Esta Dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:


Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto (Videoconferência)
UFSC – Orientador

Prof. Dr. Orides Mezzaroba
Coord. do Programa de Mestrado
Profissional em Direito


Prof. Dr. Alexu de Oliveira Pinto Júnior
UNIVALI – Membro


Prof. Dr. Jose Isaac Pilati
UFSC – Membro


Prof. Orides Mezzaroba
Coordenador do Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito

Florianópolis, 28 de setembro de 2018.

AGRADECIMENTOS

Ao Grande Arquiteto do Universo, cujos planos mirabolantes às vezes podemos não compreender imediatamente, mas que sempre culminam em uma obra irretocável quando se analisa o todo, um verdadeiro *Monet* da existência individual. Que continue sempre iluminando meu caminho!

À minha mãe, que sempre admirou a carreira de Professor – para a qual o Mestrado é um primeiro passo –, e que durante toda a minha vida me permitiu ter a estrutura que fosse necessária para que eu pudesse atingir meus objetivos, relegando a mim apenas a parte mínima de me esforçar e de não desistir.

Ao Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto, que me auxiliou e, acima de tudo, aceitou orientar um projeto completamente diferente das linhas de pesquisa usuais do Direito, mesmo expondo-se a eventuais críticas; e ao Prof. Dr. José Isaac Pilati, por ter acreditado na ideia mirabolante a ele exposta por mim na entrevista de ingresso no Programa de Mestrado, e se interessado em saber mais, resultando na minha aprovação.

Ao Juiz de Direito e Me. Jean Thiago Vilbert Pereira, que não apenas acreditou nesta “ideia louca”, mas me ajudou a desenvolvê-la e, mesmo com os riscos atinentes a implementar uma mudança desta magnitude, dispôs-se a aplicar na prática o que até então eram meras conjecturas teóricas nossas.

Aos Juízes de Direito Rafael Sandi, Marcelo Volpato de Souza, Rafael Brüning e Renato Guilherme Gomes Cunha, com quem tive a honra e o privilégio de trabalhar na extinta Unidade de Apuração de Crimes Praticados por Organizações Criminosas da Grande Florianópolis, por apoiarem e incentivarem meu aperfeiçoamento através do Programa de Mestrado, e por contribuírem, cada qual, com ensinamentos valorosos de gestão e aprendizado, que muito me ajudaram ao longo do caminho; e um agradecimento especial ao Dr. Rafael Brüning, que escolheu seguir trabalhando comigo – agora na 4ª Vara Criminal da Comarca da Capital – e continuou sempre incentivando minha fascinação pela Academia com ênfase na prática, concordando e aperfeiçoando as ideias mirabolantes de gestão que continuamos a implementar diariamente.

Ao Hermann, meu incansável Tenente – e Center preferido –, que tantas vezes segurou sozinho o Forte, seja na Unidade de Apuração de Crimes Praticados por Organizações Criminosas da Grande Florianópolis, seja agora na 4ª Vara Criminal, para que eu pudesse participar de aulas, cursos, trabalhos, artigos e todas as outras necessidades desta longa caminhada. Não conheço, no Judiciário catarinense, um Servidor pelo qual eu brigaria mais para poder tê-lo sempre em minha equipe.

E, por fim, à minha amada Larissa, que me ajudou a voltar a trilhar um caminho em busca do sucesso quando eu mais precisei desta ajuda; que está sempre ao meu lado e que me apoia incondicionalmente, independentemente da maluquice que eu queira fazer ou escrever; que me obriga a estudar, pesquisar e argumentar cada ponto exaustivamente, até que não haja lacunas teóricas ou práticas; que me estende a mão e me dá ideias quando preciso de ajuda no trabalho; mas, acima de tudo, que *acredita* em mim. Este é mais um passo na caminhada rumo ao objetivo final que, apesar de ainda longe, hoje sei que *vou* atingir. Nada disso seria possível sem você.

"Never go to court".
(Harvey Specter)

A aprovação do presente estudo de caso não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Instituição de Ensino à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

Com o sistema penal em crise, constantemente o Poder Judiciário – e indiretamente o Poder Legislativo também – busca formas de redução de custos e, principalmente, *tempo*, abreviando ritos processuais para obtenção de maior celeridade e, conseqüentemente, de uso mais racional dos recursos, inclusive humanos, à disposição. Estas ferramentas, diversas vezes, envolvem a garantia de “vantagens” à Defesa, visando ofertar o que seria uma “troca justa” – encurtamento do processo criminal em troca de melhor resultado ao acusado e, ainda que de forma indireta, à sociedade, pelo não-encarceramento. Porém, na contramão desta ideia, o Conselho Nacional de Justiça, ao determinar a realização, em âmbito nacional, de audiências de custódia para todos os presos em flagrante – substituindo a antiga análise em gabinete do procedimento e da necessidade de manutenção ou não da prisão durante sua tramitação –, efetivamente criou uma nova etapa processual, incluindo uma *audiência*, notoriamente elevando o custo do procedimento como um todo, além de tornar necessária toda uma adaptação, de *diversos* órgãos, à nova realidade. Nesta esteira, muitos vêm estudando formas de dar a este “ato processual novo” uma maior efetividade a médio ou longo prazo, buscando aglutinar em sua realização a prática de outros atos processuais, tentando abreviar o tempo de duração da persecução penal e derrotar a ideia de que referida audiência é apenas “um mal necessário”, no sentido de ser “mera determinação a ser cumprida”, ainda que “inócua” – uma reclamação constantemente ventilada internamente. Com base nesta premissa, o presente trabalho busca combinar a referida ideia de abreviação processual com a efetividade máxima possível, processualmente falando, da audiência de custódia, culminando com a aplicação – de fato – do instituto do *Plea Bargain*, retirado da *Common Law*, bem como na demonstração detalhada de sua eficácia e eficiência, conforme visto em experiência prática realizada no Estado de São Paulo, e, através do método indutivo, além de garantir o arcabouço teórico necessário para demonstrar que tal instituto, ao contrário do que preconiza a doutrina clássica, não apenas se coaduna com o direito processual penal brasileiro moderno, mas que é, inclusive, possível de aplicação somente com base na “legislação” – aqui

compreendida em sentido amplo, representando qualquer normatização – brasileira hoje existente, embora, ao final, se recomende a sua normatização ou, ao menos, o estabelecimento de diretrizes básicas para a réplica da experiência estudada.

Palavras-chave: Audiência de custódia. *Plea Bargain*. *Plea Bargaining*. Justiça negociada. Acordo de não-persecução penal. Análise econômica do Direito. Teoria dos jogos. Confissão. Pena abaixo do mínimo legal.

ABSTRACT

With the penal system in complete crisis, Brazilian Justice – and, indirectly, the Legislative houses – seek ways to reduce costs and, chiefly, *time*, abbreviating due process rites in lieu of celerity and, consequently, a more rational use of the scant resources, including human resources, available. These so called “tools”, often times, include guaranteeing advantages for the Defense, so that a “fair trade” is offered – shortening criminal due process in exchange for a better end result for the accused and, even if indirectly, to society as a whole, due to non-incarceration. However, apparently going *against* this idea, the National Council of Justice has determined, nationwide, that judges host “arrestment hearings” for every person that was flagrantly arrested while committing a crime – instead of the old analysis in office by the judge, where he/she would assess the legality of the procedure and the necessity to maintain the incarceration while prosecuting –, effectively creating a new step in criminal due process, including a *hearing*, notoriously elevating the procedure’s cost as a whole, while forcing a *host* of Public Organs to adapt to a new reality. Because of this, a lot of people have been studying ways to make this “new step” more effective medium to long term, seeking ways to concentrate other solemn acts into this hearing, so as to abbreviate the prosecution as a whole and lay to rest the idea that said act is “a necessary evil”, as in “an order from above that must be followed”, even if it’s “innocuous” – a current complaint. Based on this premise, this work intends to combine that idea of abbreviating the rite with maximum effectiveness, technically speaking, with the arrest hearing, culminating with the *de facto* application of the Common Law institute denominated Plea Bargain, as well as demonstrating in detail its effectiveness and efficiency, as seen in São Paulo, where the idea was put to the test, and, through the inductive method, aside from giving the theory the support needed to demonstrate that said institute, despite being shunned by Brazilian classical doctrine, not only falls in line with our modern idea of criminal due process, but is even possible to implement based solely on current “legislation” – loosely comprehended here as every kind of normative rule, although, at the end, it will be recommended that it be specifically regulated,

or, at least, that a few guidelines are established, so as to replicate the studied experience.

Keywords: Arrest hearing. *Plea Bargain*. *Plea Bargaining*. Negotial Justice. Penal non-persecution agreement. Economic analysis of Law. Games theory. Confession. Sentence below the legal minimum.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CGJ – Corregedoria Geral da Justiça

CGJ/SC – Corregedoria Geral da Justiça de Santa Catarina

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

GAECO – Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado

GP – Gabinete da Presidência

FONAJUC – Fórum Nacional de Juizes Criminais

DEAP – Departamento de Administração Prisional

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

STF – Supremo Tribunal Federal

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TRF – Tribunal Regional Federal

TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO E CONCEPÇÃO DA PREMISSA	17
1. APLICAÇÃO DO PLEA BARGAIN NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: EXPERIÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO	36
2. EMBASAMENTO TEÓRICO DA APLICAÇÃO DO PLEA BARGAIN NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	56
3. CODIFICAÇÃO, “REGULAMENTAÇÃO” E <i>GUIDELINES</i> PARA A APLICAÇÃO INDIRETA DO PLEA BARGAIN	83
CONSIDERAÇÕES FINAIS	104
REFERÊNCIAS	111
ANEXO I	118
ÍNTEGRA DA ENTREVISTA RALIZADA COM O JUIZ DE DIREITO JEAN THIAGO VILBERT PEREIRA EM 28/06/2018 SOBRE OS PROCEDIMENTOS ADOTADOS PELO MAGISTRADO PARA A IMPLANTAÇÃO DO PROJETO E RESULTADOS OBTIDOS NA COMARCA DE SUA TITULARIDADE	118
ANEXO II	130
CARTA DE INTENÇÕES ENVIADA PELO MAGISTRADO JEAN THIAGO VILBERT PEREIRA À POLÍCIA MILITAR NA COMARCA DE SANTA CRUZ DAS PALMEIRAS/SP.....	130
ANEXO III	134
EXEMPLO DE EXPEDIENTES UTILIZADOS PELO MAGISTRADO PARA O JULGAMENTO APÓS A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	134

INTRODUÇÃO E CONCEPÇÃO DA PREMISSA

Em 15 de dezembro de 2015, através da Resolução n. 213, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) finalizou o processo de instituição daquela que – talvez inadvertidamente – possa vir a ser reconhecida como a maior alteração da história recente do Processo Penal brasileiro, desde a modificação do rito dos crimes submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri – e suas mudanças correlatas –, através da Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008.

Tal resolução, em verdade, nada mais é do que a determinação da efetivação de uma garantia advinda do julgamento de Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, na qual o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o essencial descumprimento da previsão do artigo 7º do Pacto de *San Jose* da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) – admitido no ordenamento jurídico pátrio por intermédio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992 –, de que toda e qualquer pessoa presa em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença de um Juiz.

Estatuem os referidos artigos do Pacto:

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada 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.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. (grifei)

Diante dessa situação, tida por “irregular” à partir do reconhecimento mencionado, o STF determinou que os juízes do Brasil passassem a realizar, no prazo de 90 (noventa) dias – contados de seu julgamento –, as denominadas “Audiências de Custódia”, que consistiam na apresentação da pessoa presa à autoridade judiciária, no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas de sua prisão, para que, somente após a sua oitiva, e considerando a condição pessoal do conduzido, bem como as circunstâncias do delito supostamente praticado e até mesmo *a situação do Sistema Prisional local*, o magistrado aplicasse os preceitos do art. 310 do Código de Processo Penal (CPP), decidindo pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, seu relaxamento, ou a concessão de liberdade provisória, com ou sem a aplicação de medidas cautelares – outra faceta profundamente alterada, recentemente, no nosso Processo Penal.

Extrai-se do mencionado acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por

maioria e nos termos do voto do Relator, deferir a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão [...]. (ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 09/09/2015)

O Projeto de implantação nacional das referidas audiências foi levado a cabo pelo então presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Ricardo Lewandowski, que rebatizou o instituto de “Audiências de Apresentação”, buscando retirar a pecha de que o ato dirigia-se à confirmação da prisão – pelo emprego do vocábulo *custódia*. Porém, a verdade é que o “novo” nome simplesmente não obteve receptividade, razão pela qual, doravante, tratar-se-á o instituto pelo seu nome “usual”, aquele que é comumente empregado pelos operadores do Direito na prática, ou seja, *Audiência de Custódia*.

As Audiências de Custódia, como mencionado anteriormente, estão regulamentadas na Resolução n. 213/2015 do CNJ; e, em Santa Catarina, pelas Resoluções Conjunta GP/CGJ n. 6 (de 04/09/2015) e CM n. 1 (de 20/04/2016).

Estabelece a Resolução 213:

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições legais e regimentais;
CONSIDERANDO o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas, bem como o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica);
CONSIDERANDO a decisão nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal, consignando a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente;

[...] CONSIDERANDO a decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 do Supremo Tribunal Federal, declarando a constitucionalidade da disciplina pelos Tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente;

[...] CONSIDERANDO que a prisão, conforme previsão constitucional (CF, art. 5º, LXV, LXVI), é medida extrema que se aplica somente nos casos expressos em lei e quando a hipótese não comportar nenhuma das medidas cautelares alternativas;

CONSIDERANDO que as inovações introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, impuseram ao juiz a obrigação de converter em prisão preventiva a prisão em flagrante delito, somente quando apurada a impossibilidade de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, com ou sem medida cautelar diversa da prisão;

CONSIDERANDO que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes;

[...] RESOLVE:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

[...] § 4º Estando a pessoa presa acometida de grave enfermidade, ou havendo circunstância comprovadamente excepcional

que a impossibilite de ser apresentada ao juiz no prazo do caput, deverá ser assegurada a realização da audiência no local em que ela se encontre e, nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, deverá ser providenciada a condução para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação.

[...] Art. 3º Se, por qualquer motivo, não houver juiz na comarca até o final do prazo do art. 1º, a pessoa presa será levada imediatamente ao substituto legal, observado, no que couber, o § 5º do art. 1º.

Art. 4º A audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante.

[...] Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

I - esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial;

II - assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito;

III - dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio;

IV - questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares;

V - indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;

VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando

sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;

VII - verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que:

- a) não tiver sido realizado;
- b) os registros se mostrarem insuficientes;
- c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado;
- d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito;

VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;

IX - adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades;

X - averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar.

§ 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, perguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer:

- I - o relaxamento da prisão em flagrante;
 - II - a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;
 - III - a decretação de prisão preventiva;
 - IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.
- [...]

Deixa-se de citar especificamente, aqui, as Resoluções do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por se tratarem somente de normas regulamentadoras e de implantação gradativa, eis que, até o momento da elaboração deste trabalho, não atingia todas as Comarcas do Estado.

A criação e implantação do instituto, portanto, englobava duas grandes frentes: de um lado, determinava ao magistrado que levasse em conta, no momento de sua decisão, a *política criminal local com base na situação do Sistema Prisional* que há muito se sabe ser absolutamente inadequado aos fins a que deveria se destinar; de outro, era uma forma *direta* de coibir agressões e abusos por parte das Autoridades Policiais responsáveis pelos flagrantes, infelizmente extremamente comuns no Brasil, tomando-se pelos relatos que se colhem daqueles que já foram em algum momento flagrados na prática de um delito, ainda que de forma *imprópria* ou *presumida* (art. 302, III e IV, CPP).

Claro que o prazo exíguo determinado no julgamento da ADPF não tinha como ser cumprido, o que motivou o CNJ a, quando da edição da Resolução n. 213/2015, viajar por todo o Brasil, participando ativamente da implantação do instituto, devendo-se aqui fazer a ressalva de que, para a realidade de Santa Catarina, existem duas questões de grande relevância a serem consideradas: primeiro, que o Estado, até o momento do início da elaboração deste trabalho, não havia implantado o instituto em suas 111 (cento e onze) Comarcas, sendo que somente 14 (quatorze) delas realizavam as mencionadas audiências (Araranguá, Blumenau, Chapecó, Concórdia, Criciúma, Indaial, Itajaí, Jaraguá do Sul, Joinville, Lages, Mafra, Tijucas e Videira), o que pode afetar alguns dados empíricos colhidos, se comparado com Estados de implantação ampla – embora seja improvável, considerando-se que a amostragem foi colhida na Comarca de maior movimento forense no Estado¹; e,

¹ O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a partir de 15/10/2018, realizará Audiências de Custódia regionalizadas, atingindo todas as 111 Comarcas, através da seleção de Comarcas-Sede (a experiência está em fase de testes, atingindo Criciúma – juntamente com Forquilha, Içara, Lauro Müller, Urussanga e Orleans –, São Miguel do Oeste – incluindo Itapiranga, Descanso e Mondaí – e São José – em conjunto com Biguaçu).

segundo, que Santa Catarina ainda aplica o instituto *somente para prisões em flagrante*, e não para *qualquer* prisão, entendendo-se por sua desnecessidade em caso de prisões temporárias – por sua própria natureza – ou preventivas – que já contam decisão judicial prévia.

O segundo ponto destacado acima é de extrema importância para este trabalho, pois é com base nessa especificidade que se desenvolveu toda a ideia nele imbuída, eis que, conforme mencionado, os casos de cumprimento de mandado de prisão expedido por Autoridade Judiciária não são submetidos a Audiências de Custódia, eis que o entendimento do Estado de Santa Catarina é o de que *já houve a decisão fundamentada acerca da necessidade da medida*, não havendo, portanto, motivação a justificar sua imediata reanálise e, inclusive, podendo tal instituto configurar quebra de hierarquia, eis que outro magistrado – por exemplo, durante o Plantão forense – estaria efetivamente analisando uma decisão proferida por Juiz de mesma hierarquia, o que é expressamente vedado fora das hipóteses excepcionais do Juízo de Execuções Penais.

Ainda que os militantes da Defesa se insurjam contra esta limitação aos flagrantes – pelo aspecto de coibição das agressões e abusos no ato da prisão –, certo é que o entendimento, até o momento, encontra respaldo sólido, não havendo nenhuma previsão de mudança no futuro próximo, de forma que seguro é trabalhar com a realidade tal qual posta atualmente.

Outro aspecto extremamente relevante para esta pesquisa é o fato de que, quanto a essa última peculiaridade, *muitos* Estados adotaram entendimentos similares. A Justiça Federal foi, inclusive, mais além, *dispensando totalmente a realização da audiência em caso de concessão imediata de liberdade provisória*, o que efetivamente suprime integralmente o aspecto de verificação dos abusos e agressões levantado pelos partidários da aplicabilidade universal do instituto, sendo tal entendimento, até o momento, amplamente respaldado pelos respectivos Tribunais Regionais Federais (TRFs), em especial o TRF4.

Voltando à Justiça Estadual catarinense, na condição de, então, Chefe de Cartório da Unidade de Apuração de Crimes Praticados por Organizações Criminosas, da Região

Metropolitana da Grande Florianópolis, fomos os responsáveis pelo Projeto-Piloto de implantação das Audiências de Custódia no Estado de Santa Catarina, ainda em 2015.

Aqueles que já enfrentaram a inauguração do instituto em suas jurisdições sabem que não apenas se exige uma enorme boa vontade de todas as partes envolvidas para se criar toda a estrutura necessária e formar a engrenagem contínua que manterá a sua realização dia após dia, mas sua implantação, mesmo após todo esse trabalho, é vista com extrema resistência, ressalvas e reclamações – algumas fundadas, outras não.

Talvez aquela que seja a principal resistência “com fundamentos” diga respeito à questão de que a realização do ato exige, de fato, toda uma estrutura que envolve diversos órgãos do Poder Público trabalhando de forma uníssona, e os “ganhos”, especialmente do ponto de vista do Poder Judiciário e do Ministério Público, são “pequenos” para justificar todo o transtorno – deixando-se de lado, aqui, os argumentos atinentes à humanidade, à ampla defesa e outros similares, e atendo-nos somente a uma visão econômica do Direito, eis que a questão versaria sobre mover-se todo um aparato para realizar uma audiência que encerraria o mesmo resultado que a mera análise do feito em gabinete pelo magistrado, tal qual ocorria anteriormente.

De outro norte, nos moldes do funcionamento instituído em Florianópolis, nos quais as pessoas presas *sequer chegam a dar entrada em uma Unidade Prisional antes da realização da audiência*, e tendo-se em consideração a enormidade de presos que ficavam em celas interditadas de Delegacias por ausência de vagas e conseqüente recusa de recebimento pelo Departamento de Administração Prisional (DEAP), os ganhos são praticamente *imensuráveis* para estas entidades.

Discussões acerca da estrutura à parte, a ideia fundamental do presente trabalho surgiu em uma das primeiras audiências que realizamos, na qual o Promotor de Justiça destacado para o ato, Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin – então titular da 23ª Promotoria de Justiça da Comarca da Capital e membro do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO) –, ao analisar uma conduta específica, concluiu que aquela certamente seria uma hipótese de insignificância, com base nas orientações institucionais, fosse

qualquer um o Promotor que recebesse o processo após a sua distribuição.

Certo, portanto, do resultado final, fazendo-se valer das características de unidade e indivisibilidade do Ministério Público (art. 1º, parágrafo único, Lei 8.625/93), o Promotor requereu, *ainda em audiência*, o arquivamento do procedimento pela atipicidade material embasada no princípio da insignificância, com a conseqüente soltura do conduzido *sem a necessidade de aplicação de medidas cautelares* – registra-se que, naquele momento, já era certo que haveria a soltura do conduzido, apenas se decidiam *quais* medidas cautelares aplicar ao caso, diante das circunstâncias pessoais do agente.

A situação causou perplexidade por alguns instantes, já que o Promotor estaria, em tese, “atuando fora das atribuições *para aquele ato*”, mas o Magistrado que conduzia a audiência, Marcelo Volpato de Souza, Juiz Especial da Comarca da Vara da Capital e atual responsável, em substituição, pela Vara do Tribunal do Júri da respectiva Comarca, rapidamente abarcou a ideia, com a lógica de que, assim, iriam poupar o esforço futuro de outro Promotor de Justiça e de outro Magistrado – que teriam que receber o processo, analisá-lo e então, como já mencionado, *certamente* requerer e decidir pelo sobredito arquivamento, *pelo mesmo motivo*, após todo o trabalho administrativo para o registro da liberdade provisória e das medidas cautelares nos sistemas adequados.

Decididos na ideia, e amplamente apoiados pelo Defensor que acompanhava o conduzido durante a realização do ato, assim foi feito, e aquele processo criminal particular foi efetivamente *extinto, com resolução de mérito, em menos de 24 (vinte e quatro) horas* – considerando-se a *distribuição judicial* do feito, *em menos de 3 (três) horas*.

Na qualidade de gestor, e de grande defensor da análise econômica não apenas do Direito, mas *do Serviço Público em geral*, aquele acontecimento me causou fascinação, razão pela qual comecei a estudar profundamente, desde então, ideias de “encurtamento” do processo que pudessem ser aplicadas à Audiência de Custódia.

A premissa fazia total sentido, pois estatisticamente falando, os Autos de Prisão em Flagrante possuem uma taxa de condenação próxima a 90%, quando há o oferecimento da

denúncia e o regular prosseguimento da instrução criminal – excetuados, portanto, pedidos de arquivamento e suspensões do processo quando o acusado não é encontrado para citação (art. 366, CPP).

Não é como se, em boa parte dos casos, houvesse muito para se levantar a título de defesa, afinal, não se trata de investigação, que pode ter nulidades, dúvidas, álibis e similares, mas *literalmente* de pessoa *flagrada cometendo o crime* – pense na figura da pessoa presa saindo de uma residência alheia, na calada da noite, levando consigo *res furtiva* que acaba de subtrair –, portanto a Defesa, muitas vezes, nada tem a fazer durante o curso do processo exceto trabalhar por uma pena reduzida, pela possibilidade do acusado responder ao processo em liberdade com ou sem medidas cautelares, recorrer de eventual sentença em busca do afastamento de majorantes ou circunstâncias desfavoráveis, etc – ou seja, muitas vezes, essencialmente atacar aspectos meramente *subjetivos*.

Ora, se essa é a situação em grande parte dos flagrantes; se as Audiências de Custódia são realizadas *para análise de Autos de Prisão em Flagrante*; se ela já prevê a figura da oitiva do conduzido pelo magistrado – ressaltando aqui que, ainda que se conclame que a oitiva não deve entrar no *mérito* dos fatos, diversas vezes não apenas é impossível dissociar as duas coisas, mas os *próprios conduzidos começam suas narrativas confessando a prática delituosa ou falando diretamente sobre ela* –; e se ela reúne, em um só lugar, um Juiz, um Promotor de Justiça e um Defensor constituído ou Público, além do próprio autor da infração, fácil é verificar-se que, praticamente, estar-se-ia defronte de todos os participantes da futura relação processual, com exceção apenas dos condutores, vítimas e/ou testemunhas presenciais do fato, além de eventuais testemunhas abonatórias – consideradas largamente irrelevantes para aqueles que seguem os preceitos de aplicação da pena hoje vigentes no país – donde se extrai que, com *pouquíssimo* trabalho adaptativo, ter-se-ia já no referido ato *praticamente todos* os elementos necessários ao processamento e julgamento da causa, com raríssimas exceções.

Os estudos sobre a forma de efetivação de tal possibilidade de “encurtamento” e “julgamento célere”, invariavelmente, levaram-me à figura do *Plea Bargain* (ou *Bargaining*, como chamado por alguns).

Como bem colocado pela pesquisadora Áurea Maria Ferraz de Sousa, endossada pelo Professor Luiz Flávio Gomes:

O *plea bargaining* é instituto de origem na common law e consiste numa negociação feita entre o representante do Ministério Público e o acusado: o acusado apresenta importantes informações e o Ministério Público pode até deixar de acusá-lo formalmente. (SOUSA, 2011)

De forma mais detalhada, no *Plea Bargain*, as Partes – Acusação e Defesa – “negociam”: os *termos da acusação*, que pode vir a nem sequer existir; a *resposta do acusado*; as *informações a serem prestadas no curso do processo*; e, em alguns casos, até mesmo a *sentença a ser proferida*, ressalvada a eventual necessidade de homologação posterior do acordo pelo magistrado competente.

O instituto, porém, sempre encontrou duras críticas no Brasil – e a ideia de sua inclusão – ainda que de forma meramente indireta – no Projeto do Novo Código de Processo Penal somente acirrou ainda mais as discussões e posicionamentos extremistas de ambos os lados –, porque ele, em tese, afrontaria nosso Sistema Acusatório (ainda que, em verdade, nosso sistema seja *misto*, a parte *acusatória* é a que gera o maior número de críticas ao instituto).

Nas palavras de Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa:

A *negotiation* viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente limita-se a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, afirma-se que o promotor é o juiz às portas do tribunal. (LOPES JR.; MORAIS DA ROSA, 2015)

Não obstante a crítica acima, até mesmo alguns partidários do Ministério Público posicionam-se *contra* o instituto, diante do princípio da indisponibilidade/obrigatoriedade da Ação Penal pelo Ministério Público, quando verificada a existência de provas do cometimento da infração – falando-se aqui daquelas em que se procede independentemente de representação ou sem necessidade de queixa; ou daquelas que já contam com a representação formal nos autos, como condição de procedibilidade.

Ocorre que, em 2017, o próprio Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução n. 181/2017 – e recentemente alterou parte de seu texto através da Resolução n. 183/2018 –, que prevê os chamados *Acordos de Não-Persecução Penal*, portanto em *clara* hipótese de reconhecimento, pelo próprio Ministério Público nacional, da mitigação dessa “obrigatoriedade” – isso sem falar nos *inúmeros* pedidos de arquivamento que já ocorriam antes, pelo princípio da insignificância, irrelevância penal do fato, etc.

Extrai-se da mencionada Resolução:

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse

social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

§1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei;

II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;

IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal;

V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;

VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

[...] § 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.

§ 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências:

I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la;

II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la;

III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado;
IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

§ 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia. (grifei)

Destaca-se que, não apenas houve a clara e direta mitigação da obrigatoriedade da ação penal, mas especificamente a menção à sua utilização na Audiência de Custódia, como forma de evitar um processo criminal “desnecessário”.

Em esteira similar, pelo *Plea Bargain*, o Promotor de Justiça “coloca à mesa as cartas que detém” no momento do oferecimento do acordo, explicitando as provas angariadas e informando os resultados que acha plausível obter em um julgamento, oferecendo uma alternativa ao processo – e seu eventual resultado – que, de seu ponto de vista, seja igualmente satisfatória aos olhos da sociedade e da Defesa, que pode, conforme a vontade do indiciado, aceitar o acordo, oferecer sua própria versão ou fazer contraproposta, exibindo também o seu arcabouço probatório, ou até mesmo invalidando aquele apresentado pela Acusação, como forma de instrumento de negociação/barganha – daí o nome.

Tais “acordos”, tipicamente, envolvem a confissão de um ou mais crimes, normalmente em quantidade inferior àquela apurada ou em “versões menores” – como, por exemplo, homicídio simples, e não qualificado; roubo simples, e não majorado; seis condutas de corrupção passiva, em vez de vinte e sete; etc... , mas, em alguns casos, podem resultar até mesmo no afastamento da denúncia, quando o acordante possui informações valiosas ao Ministério Público na apuração de delitos maiores, ou na persecução de “criminosos maiores”, assim entendido os líderes de organizações criminosas, articuladores de grandes esquemas fraudulentos, etc. Em situações mais “simples”, pode tratar-se de mera confissão direta do delito apurado, apenas em busca de uma sentença reduzida ou uma melhor condição de cumprimento da reprimenda – em lugar de um processo naturalmente desgastante – e, conseqüentemente, uma melhor ressocialização do acusado.

Abstraindo-se momentaneamente a *execução* do instituto e focando-se em seus *objetivos* – economia processual, celeridade, redução da sensação de impunidade da sociedade em geral e alternativas ao encarceramento –, bem como nos *resultados* obtidos por sua aplicação, o que se vê é, sim, uma figura bem próxima do nosso cenário processual atual, no qual constantemente se buscam formas alternativas de resolução de conflitos – conciliação, transação penal, suspensão condicional do processo ou da pena, etc. –, dando-se maior celeridade à marcha processual, que é dispendiosa e exaustiva para ambas as Partes, mas em especial para o acusado e sua família. Não raro, essa busca por celeridade em nosso ordenamento processual ocorre até mesmo *antes da judicialização da demanda* – como nos casos de mediação e arbitragem.

O *objetivo*, basicamente, é remover da apuração do(s) delito(s) todo o transtorno do procedimento processual penal em si, quando a dificuldade probatória para ambas as Partes seria grande – havendo real risco tanto da condenação de um inocente quanto da absolvição de um culpado – e/ou o processo, como já mencionado, seria dispendioso e exaustivo. A ideia, aqui, é buscar uma solução rápida não apenas perante a sociedade, mas *também* perante o próprio acusado, reduzindo-se o tempo de resposta e afastando-se qualquer sensação de impunidade que possa surgir por uma longa marcha processual, muitas vezes resultando na prescrição de parte dos delitos – ou até mesmo de todos eles; ou, ainda, gerando uma condenação, com posterior encarceramento, de alguém que há anos já respondia ao processo em liberdade e havia, por assim dizer, “seguido em frente e reerguido sua vida” –, isso sem entrar no mérito da estigmatização e da penúria daquele que suporta a lenta marcha citada, que não é em absoluto irrelevante.

Os *resultados*, por sua vez, são um enorme ganho na celeridade e na economia processuais, com relevantes reflexos na gestão pública; a desnecessidade, muitas vezes, do encarceramento provisório de um investigado, com todas as vantagens tangíveis e intangíveis que isso representa para o conduzido e para o próprio Estado; rápida resposta à sociedade na apuração de delitos; desmantelamento de grandes esquemas criminosos – através da colaboração de acusados “menores” –, com a persecução e possível condenação de líderes que, de

outra forma, sairiam impunes, enquanto os executores responderiam por toda a infração; não-encarceramento, ou encarceramento por tempo reduzido, de criminosos confessos, acelerando seu processo de ressocialização; etc.

Entretanto, como já mencionado, a resistência à aplicação do instituto no Brasil vem de longa data, e é veemente por parte, inclusive, de muitos doutrinadores renomados.

A solução a que cheguei, portanto, seria então, novamente deixando-se de lado os pormenores da aplicação e buscando-se analisar apenas os *objetivos* e os *resultados* do *Plea Bargain*, demonstrar que a nossa legislação já possui *inúmeros* dispositivos que buscam resultados similares, de forma que a *mens legis* por detrás do instituto encontra-se, sim, fortemente presente no nosso arcabouço legislativo atual, seja de forma direta, seja de forma indireta – através de entendimentos e interpretações já aplicados na prática –, e, partindo de tal premissa, *possibilitar aplicá-lo empiricamente nas Audiências de Custódia*, analisando-se, assim, os resultados obtidos.

Pela natureza rotativa da equipe responsável pela hoje extinta Unidade de Apuração de Crimes Praticados por Organizações Criminosas e também pelas Audiências de Custódia da Comarca da Capital – que afetava tanto o Judiciário quanto o Ministério Público e a Defensoria Pública –, era extremamente difícil implantar esta ideia na prática, pela articulação e preparação conjunta prévia de que ela necessitaria.

Porém, um dos integrantes desta “equipe rotativa” que, mesmo após sua saída da Unidade, continuava se interessando pela ideia – e em muito auxiliou o seu processo de formação através de longas discussões de consequências, antecipação de resultados, formas práticas de aplicação, etc. –, foi o então Assessor Jurídico Jean Thiago Vilbert Pereira, que posteriormente alçou-se ao cargo de Juiz de Direito do Estado de São Paulo, onde hoje atua.

Ocorre que, por coincidência, sua atuação inicial na carreira consistiu, em boa parte, justamente na realização de Audiências de Custódia – que, no referido Estado, são extremamente numerosas, fornecendo, assim, uma grande oportunidade de coleta de dados.

Desta forma, quando do início de suas atividades no Estado de São Paulo, durante as substituições na Circunscrição da Comarca de Casa Branca e, posteriormente, ao assumir como

titular a Comarca de Santa Cruz das Palmeiras, o magistrado mencionado entrou novamente em contato, para retomarmos a discussão da aplicação prática daquela ideia teórica que surgira mais de 1 (um) ano antes, tendo-a efetivamente implantado como sistema padrão de trabalho, de forma definitiva, na última Comarca mencionada.

Em apenas 8 (oito) meses da referida implantação, o magistrado obteve um resultado inacreditável, do ponto de vista de gestão – como adiante se verá –, da aplicação da política criminal local, e até mesmo da ressocialização dos acusados, bem como da celeridade e da economia processuais, conseguindo colocar “em ordem” a parte criminal de uma Comarca de Vara Única que, antes, contava com mais de 7.000 (sete mil) processos desta natureza represados, o que acabava afetando todo o restante, diante da necessidade constante de priorização dos procedimentos criminais, resultando em um acervo de mais de 29.000 (vinte e nove mil) procedimentos.

Através do processo acima, combinado com outras técnicas de gestão por ele implantadas, a competência criminal teve seu acervo reduzido, no exíguo prazo de 8 (oito) meses, em mais de 4.000 (quatro mil) processos, o que ocasionou a “liberação” da equipe para a realização de outras tarefas, já que não mais precisava constantemente priorizar procedimentos criminais, e permitiu que se focassem esforços nas outras áreas da Vara também represadas, alcançando uma ainda maior diminuição global do acervo processual.

Este estudo de caso, portanto, focar-se-á, no *resultado prático* obtido pelo referido magistrado, expondo as diversas facetas envolvidas, desde a “venda” da ideia de implantação do projeto às Partes envolvidas, até o início dos trabalhos sob a nova ótica, destrinchando hipóteses, alternativas, situações práticas inusitadas com as quais o Juiz se deparou na sua atuação, etc.

Em um segundo momento, será levantado, de forma mais detida, todo o arcabouço teórico por trás dessa “aplicação prática do instituto”, com os elementos utilizados para a fundamentação e a argumentação necessárias à defesa de sua aplicabilidade.

Por fim, diante da análise dos dados práticos expostos, e da fundamentação teórica que lhes confere sustentabilidade, o capítulo final cuidará de proposição de “normativa” para a efetiva

regulamentação da aplicação do instituto aos casos expostos, como sugestão ao Poder Público, para eventual utilização como base de proposta legislativa, seja ela externa ou interna.

1. APLICAÇÃO DO PLEA BARGAIN NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: EXPERIÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Conforme mencionado na introdução, o presente Estudo de Caso não se limita a uma decisão judicial, mas, em verdade, é focado em uma *decisão administrativa*, de gestão, da qual as decisões judiciais mencionadas são, ao mesmo tempo, instrumento e consequência.

Embora o Juiz de Direito Jean Thiago Vilbert Pereira tenha começado a, efetivamente, usar as Audiências de Custódia para julgar prontamente os feitos não complexos desde seu período de substituição na Circunscrição Judiciária da Comarca de Casa Branca/SP, a sua atuação com maior liberdade de programação da gestão e, portanto, com resultados mais expressivos, ocorreu quando se tornou titular da Vara Única da Comarca de Santa Cruz das Palmeiras/SP, portanto, o escopo deste Estudo focar-se-á no período de 8 (oito) meses em que o magistrado atuou na referida Comarca, antes de promover-se à Comarca da Capital.

Conforme narrado pelo próprio Magistrado, quando assumiu a referida Comarca, a Vara Única pela qual era responsável contava com um (impressionante) acervo de mais de 29.000 (vinte e nove mil) processos, sendo mais de 7.000 (sete mil) deles da área criminal.

Considerando que, de acordo com o Censo do IBGE de 2010 a população do município de Santa Cruz das Palmeiras era de 29.932 (vinte e nove mil, novecentos e trinta e dois) habitantes, efetivamente a Comarca contava com *um processo ativo por habitante*, o que é, por qualquer parâmetro que se possa utilizar para a aferição, uma quantidade extremamente elevada de procedimentos judiciais em curso.

Quem já teve de lidar com a gestão de uma unidade jurisdicional dessa magnitude, especialmente com competência mista, está familiarizado com o “efeito cascata” que isso acaba por gerar, diante da necessidade de tramitação prioritária dos feitos criminais e da demora normalmente maior de suas audiências de instrução e julgamento, que devoram a Pauta de Audiências da Vara.

O resultado, basicamente, era a quase inviabilização de enfrentamento do referido acervo, eis que os mais de sete mil

processos criminais em curso acabavam por ocupar aproximadamente 60% da Pauta de Audiências da Vara – semanalmente, 3 dias eram reservados à realização de audiências criminais, não contabilizadas as Audiências de Custódia –, o que, aliado ao tempo necessário para a prolação de uma sentença criminal, que acaba tendo uma complexidade maior pelo fato de até os casos mais simples necessitarem do enfrentamento de diversas questões práticas e detalhes específicos de cada caso, não deixava muito tempo para (todo) o restante a ser feito.

Destaca-se, desde já, que o assunto introduzido no início do trabalho não foi a *única* solução de gestão adotada pelo magistrado, porém, a primeira e principal delas encontra-se ligada intimamente a esta, como adiante se verá, de forma que ambas acabaram “trabalhando juntas”, por assim dizer, para permitir a aplicação e, principalmente, a *consecução* do Plano de Gestão elaborado pelo Juiz.

Como mencionado anteriormente, os processos criminais, pela natureza de sua instrução e pela demora maior da elaboração de sua sentenças, embora compusessem apenas cerca de 1/4 do acervo da Vara, eram um dos principais alvos do magistrado em seu Plano de Gestão, e a primeira grande – e talvez principal – medida que o referido togado utilizou para gerir o acervo foi propor-se a *julgar os feitos nas próprias audiência de instrução e julgamento*.

Ao reduzir – em muito – a quantidade de processos relegados para prolação de sentença em gabinete, o referido Juiz elimina dos ombros de sua equipe um trabalho posterior exaustivo, eis que, diante do formato em multimídia dos depoimentos tomados atualmente, é extremamente mais fácil julgar o feito no próprio ato em que foram colhidos, sem a necessidade de revisitá-los depois.

Além disso, eliminam-se as esperas para alegações finais e o trabalho da equipe de Cartório com o controle – e cobrança da observância – de tais prazos, efetivamente liberando força de trabalho para outros feitos a serem analisados e instruídos.

Vale dizer, o tempo médio da equipe de assessoria para preparar um processo criminal extremamente simples para julgamento é de cerca de 2 (duas) horas, enquanto, neste tempo, diante das demandas repetitivas, é possível, com a triagem

prévia adequada, preparar para julgamento *pelo menos* 10 (dez) procedimentos cíveis de complexidade equivalente, ou seja, cada processo julgado pelo togado no próprio ato de instrução permitia à sua equipe dar andamento em *pelo menos* 12 (doze) a 15 (quinze) outros, no mesmo tempo (considerando-se também o tempo da audiência em si, em que a equipe estava livre para trabalhar em outros feitos).

Ocorre que, conforme mencionado no início do presente capítulo, tal medida acaba por caminhar de braços dados com a ideia exposta na introdução, também aplicada pelo magistrado, eis que uma das *principais* técnicas de gestão utilizadas em situações como a narrada anteriormente é o manejo de acervo e passivo.

Esse manejo, porém, possui 2 (dois) aspectos, e talvez a principal importância da ideia exposta na introdução, aqui, seja o segundo deles, que constantemente é ignorado mesmo por gestores competentes.

O primeiro aspecto, e aquele que todo gestor sabe da importância e, por isso, lida constantemente com ele, é a *diminuição do passivo*, ou seja, de forma rudimentar, “terminar o mês com menos processos do que se iniciou”. Em termos extremamente leigos, isso significa “julgar mais processos do que entraram na Vara”, e é algo que constantemente se vê as unidades jurisdicionais lidarem em seu trabalho diário. Nesse sentido, a técnica acima exposta, de julgamento dos feitos em audiência, é *extremamente* eficiente, pelas razões já explicitadas.

Ocorre, porém, que existe um *segundo* aspecto para este manejo, e, infelizmente, trata-se de um que é constantemente ignorado nas mais diversas esferas: *não formar “novo acervo”*.

Parece algo extremamente simples, e que a técnica acima seria automaticamente responsável, porém, tal concepção errônea é o que condena diversos Planos de Gestão, eis que a primeira técnica lida com questões *quantitativas*, enquanto este aspecto, por sua natureza, lida com questões *qualitativas*.

Novamente, abstraindo-se de questões mais complexas e utilizando-se, como parâmetro, processos de baixa complexidade – que compõem a maior parte do acervo do Poder Judiciário, especialmente falando-se da Justiça de 1º Grau –, o que aumenta o grau de dificuldade de um processo que fora outrora simples, basicamente, é seu número de páginas. Claro,

pois quanto maior o feito criminal que se julga, maior o tempo despendido com sua análise pormenorizada, eis que qualquer detalhe pode ser a diferença entre uma anulação e um processamento regular, uma absolvição ou uma condenação, uma sentença de mérito ou o reconhecimento de uma prescrição.

Com isso em mente – novamente lembrando que, aqui, não se discute o *mérito* de demanda alguma ou sua complexidade, apenas aspectos administrativos e numéricos –, facilmente se verifica que a principal causa de aumento do tamanho dos feitos criminais em curso é, pura e simplesmente, o *tempo*. Quanto mais *tempo* o processo tramita, maior ele se torna. Quanto mais demora uma instrução, mais petições e manifestações são feitas, mais documentos são juntados para justificar pedidos de liberdade, mais reiteraões de tais pedidos, etc.

Isso significa que, além do manejo do *passivo*, é de extrema importância que o bom gestor judicial lide com a *formação de novo acervo*, ou seja, evite que os processos que, hoje, são simples e curtos, tornem-se grandes e complexos pela simples passagem do tempo.

Vale dizer, então, que não apenas é relevante que se julguem os processos mais antigos, mas, principalmente, *que se julguem rapidamente os novos*, evitando que *eles* se tornem antigos, constituindo “novo acervo”, ou seja, do ponto de vista da gestão judicial, é mais interessante para uma unidade jurisdicional que recebe 5 (cinco) novos processos criminais por dia que se julguem rapidamente estes cinco, preferencialmente no mesmo mês em que entraram – perfazendo saldo zero – do que julgar outros cinco processos complexos e antigos, especialmente considerando que o tempo gasto para o julgamento dos referidos cinco feitos *novos* – mais uma vez, considerando-se que sejam feitos de baixa complexidade – é exponencialmente menor do que o tempo gasto para julgar 5 (cinco) feitos de igual complexidade, porém antigos e, em virtude disso, muitas vezes com o dobro ou até o triplo do tamanho.

Aqui, portanto, encontra-se o principal ponto deste Estudo, que conforme mencionado amalgamava ambas as técnicas de gestão, e o motivo pelo qual o Plano de Gestão do Juiz estudado obteve resultados tão expressivos: porque ele combinava, através da ideia exposta na etapa introdutória, *ambos* os aspectos da gestão de acervo, pois ao *julgar os feitos*

criminais no dia de sua distribuição, efetivamente a formação de acervo criminal era zero, o que liberava exponencialmente o tempo da equipe de trabalho – e, posteriormente, do próprio magistrado, com a diminuição da Pauta de Audiências – para dedicarem-se a outras tarefas.

Desta forma, então, conforme mencionado no início do presente capítulo, o objeto deste Estudo de Caso não será uma decisão específica proferida pelo referido magistrado em algum destes processos julgados logo após a Audiência de Custódia – embora muitas delas, sem dúvida, serão mencionadas –, eis que a ideia por trás de *todas* as decisões proferidas, ou seja, o *objetivo final* de tal técnica de gestão, já se encontra explicitado na introdução, e a fundamentação teórica por trás da ideia será exposta no capítulo seguinte.

O objetivo, aqui, será o estudo do aspecto *administrativo* envolvido, ou seja, *como* o magistrado conseguiu implantar referida ideia em sua unidade jurisdicional, os ganhos *reais* obtidos, exemplos de sua aplicação, eventuais questões-satélite da implantação e dificuldades porventura encontradas.

O primeiro grande passo, conforme já mencionado na introdução, era *justificar* a ideia – diante da resistência a mudanças inerente à condição humana, que acaba por, infelizmente, permear a aplicação do Direito –, o que o magistrado fez através do Enunciado n. 9 do FONAJUC, além de toda a exposição teórica e arcabouço jurídico que constará do capítulo seguinte do presente estudo, de forma mais detalhada.

Diz o referido enunciado n. 9:

Por medida de celeridade, recomenda-se o aproveitamento da presença dos sujeitos processuais para a realização de atos inerentes ao processo após a realização da audiência de custódia. Assim, finda a audiência, inexistente prejuízo o oferecimento da denúncia, o seu recebimento, a apresentação de resposta, ou eventual designação de audiência de suspensão condicional do processo ou instrução.

Resolvida a primeira questão, ou seja, tendo o magistrado *base* para a implantação da ideia, as etapas seguintes consistiriam na sua *operacionalização*, desde

“convencer todas as entidades envolvidas” até a preparação de sua própria equipe de trabalho e de seu acervo de modelos decisórios, para comportar a excepcional medida.

Como já mencionado anteriormente, a estrutura básica da Audiência de Custódia inclui o representante do Ministério Público, um Defensor – constituído ou nomeado –, o Juiz e o próprio conduzido – a quem doravante chamar-se-á, ainda que erroneamente do ponto de vista semântico, de “acusado”, eis que a ideia envolve o oferecimento da denúncia já neste ato.

Ora, para cerca de 90% dos casos mais simples, os únicos faltantes, então, são as chamadas testemunhas-chave, normalmente os policiais responsáveis pela prisão em flagrante e eventuais vítimas, quando existentes/conhecidas.

O segundo passo, então, para permitir a aplicação da ideia era, justamente, *reunir as pessoas faltantes* no referido ato.

Para resolver tal ponto, o Juiz encaminhou, às autoridades locais, uma Carta de Intenções – que estará, em sua íntegra, disponível no Anexo II deste Estudo –, explicitando a ideia que pretendia colocar em prática e solicitando os esforços das Autoridades Policiais para que os condutores fossem ao Fórum no dia seguinte à lavratura do flagrante, quando seria realizada a Audiência de Custódia.

Claro que o envio da referida correspondência foi acompanhado de contato direto para melhor explicar a ideia, eis que inicialmente recebida com certa resistência – pela noção de trabalho “a mais” –, mas enviada a correspondência mencionada e explicitados os ganhos, as Autoridades locais abarcaram o Projeto, já que:

a) para os Policiais é extremamente menos incômodo não precisarem se deslocar ao Fórum em ocasiões *futuras*, quando designadas as audiências de instrução, muitas vezes inclusive em seus dias de folga;

b) torna-se muito melhor a colheita da prova realizada *imediatamente após* a ocorrência, especialmente diante da repetitividade das situações mais comuns de flagrância que acabam por misturar nas memórias dos Agentes Públicos todas as situações similares como se uma só fossem;

c) a colheita da prova neste formato evita a necessidade de múltiplas audiências futuras diante de eventual indisponibilidade de alguma das testemunhas-chave para um dos atos agendados futuramente;

d) essa “conversa direta” entre os órgãos permite à Polícia Civil ou Militar, por exemplo, informar ao representante do Ministério Público os casos em que poderia ser interessante oferecer ao conduzido colaboração premiada de alguma natureza, diante do conhecimento muito maior dos Agentes Públicos sobre as circunstâncias-satélite da situação de flagrância, a indicar a existência de pessoas não identificadas cuja persecução penal mostrar-se-ia (mais) proveitosa; e

e) até mesmo do ponto de vista do controle de eventuais abusos – um dos objetivos basilares da implantação das Audiências de Custódia – tal prática mostra-se salutar, eis que, nos casos em que *realmente* se constatem abusos, os responsáveis pela prisão *estarão presentes ao ato*, permitindo até mesmo sua identificação visual pelo conduzido, o que reduziria para um número mais fidedigno o número de relatos de agressão, já que é extremamente comum, no afã de acharem que se serão soltos por “pena” do magistrado, os conduzidos relatarem agressões fantasiosas, perpetradas por “policiais desconhecidos”, os quais “não seria possível identificar posteriormente”, reduzindo, conseqüentemente, o trabalho administrativo da Corregedoria dos órgãos com “apurações” desnecessárias e/ou infrutíferas.

Por consequência lógica, uma vez criada a “ponte” necessária com as Autoridades Policiais para garantir os comparecimentos supramencionados, solicitar a eles que providenciassem também o comparecimento das *vítimas* era tarefa extremamente simples, que pouco acrescentava à nova rotina de trabalho.

Não é demais destacar que o próprio Código de Processo Penal determina a oitiva das vítimas, sempre que identificadas, inclusive com sua *condução*, se necessário:

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

§ 1o Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

Quanto aos ganhos com a presença da vítima, além do cumprimento do estabelecido no CPP, acrescenta-se também a sua disponibilidade imediata para relatar seus prejuízos e, eventualmente, fornecer os dados necessários ao ressarcimento, tanto para os casos em que referido ressarcimento fosse aplicado como uma das “condições” de eventual acordo firmado – inclusive com base na Resolução 181 do CNMP –, quanto nos casos em que houvesse a condenação direta do acusado – ainda que em momento posterior – à reparação do dano causado.

Resolvido o primeiro aspecto prático, ou seja, *estando presentes todas as pessoas estritamente necessárias à instrução*, o ponto crucial era a etapa seguinte: o *convencimento das Partes*.

Tal ponto é de suma importância porque envolve, em um primeiro momento, conciliar posicionamentos supostamente antagônicos – Acuação e Defesa –, além de exigir, efetivamente, “sacrifícios” – concessões – por parte dos três pólos da relação processual:

a) o *magistrado*, que precisa abrir mão de alguns posicionamentos mais severos e, eventualmente, abarcar alguns de viés potencialmente diverso do seu em troca da *enorme* celeridade processual obtida;

b) o *Promotor de Justiça*, que, de igual sorte, acaba por diversas vezes abrir mão de uma pena levemente mais elevada – pela não realização de uma perícia mais lenta, por exemplo –, um regime mais gravoso ou até mesmo de uma persecução penal inteira, em busca de uma “visão maior do todo”, seja para obter uma condenação mais célere – e, portanto, *eficiente* – seja para identificar grandes agentes criminosos que “se escondem” por trás dos chamados “soldados de rua” – muito comuns, por exemplo, nos delitos de narcotraficância –, embora seja interessante esta “troca”, pois as garantias de uma execução penal são, do ponto de vista da Segurança Pública, muito mais eficientes em “manter na linha” o condenado, se comparadas com aquelas atinentes às medidas cautelares diversas da prisão expostas no art. 319 do CPP;

c) por fim, a *Defesa*, que acaba por abrir mão da oitiva de testemunhas abonatórias – as essenciais, com o passar do tempo e a experiência prática obtida, acabam por serem levadas ao ato espontaneamente, tal qual ocorre com policiais e vítimas –

e, algumas vezes, de prazos defensivos ou até mesmo da possibilidade de prescrição do delito (que se registra aqui apenas a título acadêmico, pois é cada vez menor, com as técnicas de gestão processual atualmente aplicadas nacionalmente, especialmente os processos virtuais, o número de processos que *efetivamente prescrevem em Primeiro Grau*).

Voltando aos aspectos práticos de implantação da ideia, o membro do Ministério Público da referida Comarca, nos 8 (oito) meses do trabalho desempenhado, era o Promotor de Justiça Marcelo Fratangelo Ghilardi, e com ele foi travada a primeira conversa sobre o assunto, especialmente sobre a *forma* de aplicação, exibindo todas as “ferramentas” de que o Promotor poderia utilizar para “jogar” com a denúncia, dentro dos moldes da legislação vigente, e, principalmente, os *ganhos* envolvidos.

Para o Ministério Público, os principais ganhos enumerados foram:

a) diminuição exponencial do trabalho posterior em gabinete, com a possibilidade de oferecimento de denúncia simplificada – especialmente pelo processo ainda contar com tamanho reduzido nesta etapa;

b) celeridade no julgamento das demandas;

c) eliminação da necessidade de comparecimento do Promotor a, muitas vezes, várias audiências posteriores, até que se concluísse a instrução do feito;

d) simplificação do processo de alegações finais orais, já que toda a prova seria produzida no próprio ato e, portanto, tornaria desnecessário que o Promotor revisitasse os depoimentos antigos para se preparar para o ato seguinte, além da medida ser normalmente reservada aos casos de *confissão espontânea do acusado*, o que igualmente a torna mais simples;

e) possibilidade de persecução de criminosos maiores e desmantelamento de esquemas ilegais através da colaboração premiada, já com a supramencionada triagem prévia da Autoridade Policial;

f) maior qualidade na prova produzida, diante da proximidade entre o fato e o depoimento das testemunhas-chave;

g) grande redução do trabalho pós-sentença do gabinete do Promotor, eis que, por se tratar de comum acordo entre as partes, não havia motivo para recurso da sentença proferida, o que eliminava o cansativo trabalho de oferecimento de

contrarrazões de recurso, que antes ocorria na maioria dos decretos condenatórios;

h) o ganho *subjetivo* do ponto de vista da política criminal local, eis que, por se “desafogar” o gabinete, o Ministério Público passaria a não precisar mais arquivar processos pela inviabilidade ficta da persecução penal – pela relação custo-benefício envolvida –, podendo adotar medidas alternativas como suspender o processo em verdadeiro “período de prova” do conduzido para, só então, solicitar de fato o arquivamento definitivo;

i) o ganho *real* do ponto de vista da política criminal local, eis que, em vez das efêmeras garantias das medidas cautelares alternativas à prisão – que, diante do entendimento atual dos Tribunais Superiores, mesmo em caso de flagrante desrespeito por parte do acusado, necessitam de inúmeros atos de intimação, justificação, etc., antes de possibilitar a decretação de sua prisão preventiva –, as condenações passavam a revestir-se, ainda que o conduzido fosse imediatamente posto em liberdade em virtude do regime aplicado, das garantias inerentes à *execução penal*, que permitem, por exemplo, a regressão cautelar de regime – com expedição imediata de mandado de prisão – em caso do descumprimento de alguma das medidas impostas.

Convencido o Ministério Público – fazendo-se especial ressalva de que, como a ideia é destinada a casos *simples*, o Promotor poderia livremente informar que, diante da complexidade de determinado caso, optaria por não utilizá-la naquele procedimento específico –, o passo seguinte seria, então, aquele que, normalmente, é tido como a parte mais difícil do processo: o convencimento da Defesa.

A Comarca de Santa Cruz das Palmeiras, na época, não contava com Defensor Público designado, portanto, necessitava recorrer à Defensoria Dativa para realização das Audiências de Custódia e da representação judicial dos menos favorecidos, porém, o processo de conversa/convencimento prévio é rigorosamente o mesmo – apenas precisando de *mais* conversas, diante da natureza normalmente rotativa de tais Defensores, já que as Comarcas normalmente utilizam *alguns* advogados locais, para não onerar excessivamente somente um deles.

Cabe aqui a menção de que, normalmente, ao se expor a ideia deste estudo a *qualquer* Defensor, seja ele constituído ou nomeado, Público ou Dativo, a reação imediata é a de *resistência*. Porém, até hoje, com *todos* os Defensores com quem conversei para expor a referida ideia enquanto estava na época de sua maturação e, portanto, de antecipar eventuais problemas futuros que poderiam advir de sua aplicação, uma vez explicada detalhadamente e, principalmente, *expostos os resultados possíveis para o acusado*, a sua aprovação foi *unânime*.

Da mesma forma, o magistrado estudado relatou que, igualmente, de sua parte, não teve qualquer dificuldade em suas tratativas com os Defensores locais, *uma vez explicados os resultados*, apenas sendo necessário ressaltar novamente que, conforme já se disse exaustivamente, tal alternativa destina-se aos casos *simples*, em que a prova produzida necessária já se encontrava praticamente toda à disposição das Partes para consulta, podendo a Defesa, livremente, informar que, diante da complexidade de determinado caso, ou pela ausência de interesse do representado no acordo oferecido pelo Ministério Público, *optaria pela instrução regular do feito*.

A título ilustrativo, entre os ganhos da Defesa encontram-se:

a) pena reduzida, considerada aquela normalmente aplicada a casos similares, já que a principal concessão do magistrado era a redução da pena, *inclusive abaixo do mínimo legal*, com base na confissão espontânea, ou seja, não havendo *nenhuma* outra questão a destacar no feito, a simples confissão já garantiria ao acusado pena menor do que a que receberia em caso de condenação – e é importante registrar que a boa Defesa técnica, de posse do Auto de Prisão em Flagrante, é perfeitamente capaz de aferir, pelas provas ali constantes e aquelas que é capaz de produzir, a probabilidade de condenação do seu representado ao final do processo;

b) redução da carga de trabalho futuro com o mesmo caso, pela abreviação do procedimento, representando um enorme ganho para os Defensores Públicos, normalmente assoberbados com diversos processos sob sua responsabilidade, mas *também* aos Defensores particulares, com a possibilidade de trabalharem em casos novos, coletando mais honorários, além do fato de

que, uma vez assegurada, em caso de condenação certa, uma pena *menor* do que a que normalmente receberia o acusado, e/ou um regime melhor de seu cumprimento, certamente o causídico asseguraria sua contratação para outros casos futuros pelo satisfeito cliente;

c) conforme mencionado no item anterior, possibilidade de se obter um regime mais favorável de cumprimento da reprimenda, seja pela redução da pena, seja pela aplicação direta de regime mais brando na sentença com base nas circunstâncias do art. 59 do Código Penal combinadas com a atenuante da confissão e eventual atenuante genérica, se assim julgasse necessário/conveniente o magistrado;

d) possibilidade de obtenção de *outros* benefícios legais pela “redução ficta” da gravidade reprimenda – por exemplo, responder por furto simples e não qualificado, por optar o Ministério Público por não realizar laudo de arrombamento, o que reduziria a pena mínima para 1 (um) ano e permitira o oferecimento da Suspensão Condicional do Processo, com base no art. 89 da Lei 9.099/95;

e) desnecessidade de comparecimento a atos posteriores, o que, do ponto de vista da Defensoria Pública, significa mais tempo para se dedicar aos demais processos sob seus cuidados – ou àqueles mais complexos –, e do ponto de vista dos Defensores constituídos, significa redução nos custos cobrados do seu representado – tornando sua contratação mais financeiramente atraente –, bem como mais tempo para se dedicarem a causas novas e, conseqüentemente, coletarem novos honorários;

f) considerando que a condenação nos casos de confissão *sempre* resulta mais benéfica para o acusado, a ausência de recursos de sua parte, livrando a Defesa da necessidade de atuar no feito na etapa pós-sentença – muitas vezes onerando um *segundo* Defensor Público, dependendo da estrutura do órgão –, e de lidar com o (lento) trâmite das apelações nos Tribunais;

g) possibilidade de situações ainda melhores para o acusado, além daquelas já explicitadas, inclusive com a não-persecução penal, através da colaboração espontânea na elucidação de outros crimes, desmantelamento de esquemas criminosos ou possibilidade de persecução de grandes criminosos que, outrora, não era possível identificar nos casos de

prisão em flagrante, seja pela aplicação da Lei n. 12.850/13, seja pelas previsões da Resolução n. 181/2017 do CNMP.

Quanto ao acusado, em si, não há grande destaque sobre a operacionalização, eis que a situação era tratada diretamente, caso a caso, com base no princípio das “cartas à mesa”, consistindo a aplicação em seu Defensor levar a seu conhecimento, de forma clara e realista, no que consistiam as provas até então produzidas, e no que consistia a proposta oferecida pelo Ministério Público para o caso em questão, para que o acusado pudesse, então, decidir sobre sua aceitação ou não – ou até mesmo elaboração de contraproposta –, ficando a escolha *livre e inteiramente ao seu encargo*.

Apenas cabe destacar, aqui, a importância das tratativas prévias, até mesmo como forma de preservação da segurança jurídica do acusado. Vale dizer, é imperativo que o magistrado e o representante do Ministério Público estejam em consonância com relação à forma de trabalho e as aplicações práticas, evitando que o Promotor seja surpreendido pela súbita recusa do acordo pelo Juiz em determinado caso, seja por tratar-se de situação que este considera excessivamente benéfica; seja por configurar-se desnecessariamente onerosa. Este alinhamento prévio garante às Partes uma maior segurança nas tratativas pré-audiência, donde advém um melhor resultado de todo o procedimento.

Por fim, a última etapa do processo, era *convencer a equipe de trabalho*. É fato que referido procedimento gera uma carga maior de trabalho – e exige um empenho mais elevado –, tanto ao Cartório quanto ao Gabinete, se comparado com a mera realização das Audiências de Custódia tais quais preconizadas pelo Conselho Nacional de Justiça, de forma que, se de um lado, a equipe é subordinada diretamente ao magistrado e, portanto, bastaria a sua determinação; de outro, quem já teve que lidar com (in)subordinados sabe que uma equipe pode, pela sua forma de atuação, alavancar ou atrapalhar qualquer Plano de Gestão, portanto é um ponto igualmente sensível.

O magistrado em questão, de sua parte, não teve problema algum com sua equipe, que rapidamente abraçou a ideia de inovação vislumbrando imediatamente as vantagens, mas apenas a título ilustrativo, os ganhos mais relevantes a merecerem especial destaque são:

a) diminuição considerável do trabalho posterior, com decisões de análise de peças defensivas e teses de absolvição sumária – algumas inclusive absurdas, mas que ainda assim são levantadas e devem ser rebatidas –, sem contar a redução significativa do acervo de sentenças a serem elaboradas em gabinete, as quais, com o advento dos depoimentos em meio audiovisual, tornaram-se um processo mais lento, diante da necessidade de oitiva dos depoimentos pela equipe que auxilia na preparação das minutas, que normalmente não acompanhou o ato;

b) diminuição relevante do trabalho do Cartório, eis que não há necessidade de intimações, controle de prazos e afins, para que venham aos autos as citações e peças defensivas, bem como pela desnecessidade de preparação dos processos para audiências, com inúmeras intimações – e, portanto, espaço para erros ou atos infrutíferos que fariam com que o processo continuasse a correr por mais tempo –, além da rápida solução para os bens apreendidos, hoje um grande problema, porém não mencionado publicamente pelo Poder Judiciário;

c) a enorme redução – muitas vezes, quase que erradicação – de processos suspensos com base no art. 366 do CPP, que gerava um enorme retrabalho à Vara, que periodicamente precisa dar neles o impulso mínimo, além de controlar prazos, lançamentos de dados em róis, etc. – sem contar a sensação social de impunidade que tal acervo gera;

d) o aumento do tempo disponível para o desempenho de outras atividades, com a redução dos processos criminais e, principalmente, do acervo de réus presos – e, portanto, prioritários –, possibilitando que a equipe possa, finalmente, colocar em ordem outros aspectos de sua atividade usual.

Apenas a título de menção, em locais onde tal aspecto da apuração criminal também é relevante diante da falta de pessoal e estrutura – como ocorre hoje em Santa Catarina –, a ideia todavia gera uma enorme diminuição na carga de “pós-trabalho” tanto da Autoridade Policial quanto do Instituto de Perícias, com diligências complementares e laudos periciais muitas vezes desnecessários – veremos mais adiante sobre os laudos *necessários* –, ou *tornados desnecessários* pelo próprio procedimento, como, por exemplo, a verificação de potencialidade lesiva da arma de fogo apreendida, nos casos em

que o acordo entre as Partes resulta no oferecimento de denúncia por roubo simples, em vez de majorado.

Ilustrada a implantação *da ideia*, passaremos, adiante, à parte “prática”, ou seja, às adaptações porventura necessárias para sua aplicação, bem como sua operacionalização.

De início, o conceito causa certa ressalva, pela já mencionada resistência natural a mudanças inerente aos seres humanos, e porque, em virtude disso, desafia anos e anos de entendimentos jurídicos engessados e retrógrados, portanto, a primeira grande preocupação envolvida era a possibilidade de decretação de nulidades, por quaisquer que fossem os motivos – e aqui, ressalva-se, se o Tribunal local desejar, ele basicamente *cria* um motivo para decretar a nulidade, portanto todo cuidado é pouco.

A primeira adaptação que o Juiz fez foi visando resguardar-se da intervenção do CNJ sob alegação de desvirtuação do ato da Audiência de Custódia, o que foi feito através da fragmentação do ato, ou seja, embora fosse algo fluido e contínuo, *efetivamente*, o magistrado realizava *duas* audiências, ele *encerrava a audiência de custódia* – inclusive com a análise formal acerca da prisão/soltura – para só então dar início à audiência de instrução e julgamento. Desta forma, a Audiência de Custódia era preservada em sua essência, não se ouvindo ninguém senão o conduzido, sem se adentrar no mérito da questão – exceto nos casos indissociáveis, e somente o mínimo necessário – e limitando-se à decisão sobre a prisão ou soltura da pessoa presa.

Encerrado o ato da custódia, o Ministério Público aproveitava o arcabouço probatório para, já no ato, oferecer a denúncia.

O magistrado, então, analisava a exordial acusatória e, estando tudo em ordem, proferia a decisão recebendo-a formalmente e determinando a citação do acusado – que, por estar presente ao ato, era citado imediatamente.

Estas medidas, até este ponto, já estão sendo utilizadas por diversas Comarcas pelo país, pois como mencionado anteriormente, reduzem drasticamente o número de processos suspensos com base no art. 366 do CPP, além de pouparem trabalho posterior ao Ministério Público e ao próprio Juízo. Porém, a maioria das Comarcas cessa aqui a sua inovação, ou

seja, novamente, preocupam-se somente com as vantagens *para o Judiciário e para o Ministério Público*, nada oferecendo às Defesas.

O magistrado Jean Vilbert, na Comarca pela qual respondeu no período estudado, estendendo os benefícios à Defesa, permitia que, sendo de seu interesse, e não havendo necessidade de diligências ou testemunhas abonatórias a ouvir – pois, como mencionado, na maioria dos casos, com a prática que advinha do procedimento, aquelas tidas por essenciais já compareciam espontaneamente ao ato –, fosse prontamente oferecida a resposta à acusação, que também era analisada imediatamente com relação a teses que resultariam em absolvição sumária – registra-se novamente, tudo *após o efetivo encerramento da Audiência de Custódia*.

Ora, estando o acusado regularmente denunciado, citado, representado e com Defesa oferecida nos autos, não havendo necessidade de diligências, somente restaria ao magistrado designar audiência de instrução e julgamento, intimando as pessoas que precisariam ser ouvidas no ato – as chamadas testemunhas-chave.

Considerando que, diante de toda a preparação anteriormente exposta, essas pessoas normalmente *estavam presentes*, o magistrado designava audiência de instrução e julgamento *para o mesmo dia* e prosseguia normalmente, como em quase qualquer outro caso, ao abrir regularmente a audiência, ouvindo as testemunhas, interrogando o acusado, colhendo as alegações finais e proferindo a sentença em audiência.

Novamente, embora cause sobressalto à primeira vista, o procedimento em si não tem *absolutamente nada* fora das estritas previsões do Código de Processo Penal, apenas conta com uma celeridade nunca antes vista – o que gera a primeira impressão de estranheza antes mencionada.

Os detalhes relevantes, aqui, são advindos do acordo prévio entre as Partes, que como *sempre* resultam em situação mais benéfica para o acusado – mas também indiretamente para a Segurança Pública como um todo –, permitem a abreviação do procedimento pela desnecessidade de diligências/perícias complementares, diante da exclusão de qualificadoras/causas de aumento já na própria denúncia – ora, não é necessário esperar “na fila” pelo laudo de arrombamento ou de potencialidade lesiva

da arma de fogo, se o acordo entre as Partes foi pela confissão espontânea “em troca” da denúncia por furto/roubo simples.

Da mesma forma, se a Defesa decidiu, como estratégia, pela confissão espontânea do delito – que, ressalta-se novamente, *foi flagrante* nesses casos –, não há a necessidade de uma peça defensiva extensa, podendo limitar-se à usual afirmação de que “reservar-se-ão os argumentos para a instrução”.

A grande questão, aqui, é o *encerramento* da audiência de instrução, que difere dos demais casos. Considerando que o acusado obteve situação mais benéfica, encerrada a instrução e proferida a sentença, *a desistência dos recursos por ambas as Partes e pelo acusado era consignada ainda no ato*, ou seja, a sentença estava, efetivamente, transitada em julgado, e podia ser prontamente executada, inclusive com a expedição do Processo de Execução Criminal (PEC) e encaminhamento do acusado à Vara de Execuções Penais da Comarca para eventual Audiência Admonitória – se fosse o caso.

Esta pequena alteração é o que garante aos acordos entre as Partes imutabilidade, ou seja, ainda que outro Promotor, que não concorde com o procedimento, desejasse recorrer, o ato estava concluído e era definitivo – e não existe possibilidade de Revisão Criminal *pro societate*. Da mesma forma, não existe fundamento para Revisão Criminal *defensiva*, pois não é possível comprovar prejuízo – pelo contrário, se mais nada de relevante houve no caso, muitas vezes, a pena foi aplicada *abaixo do mínimo legal* pela mera confissão, de forma que qualquer prejuízo alegado caía por terra.

Por fim, faz-se especial ressalva aos casos em que o laudo pericial é *obrigatório*, como nos delitos da Lei n.º 11.343/06 (SISNAD, ou Lei de Tóxicos), pois mesmo com a confissão espontânea, pode-se tratar de hipótese de atipicidade por crime putativo.

Nas palavras de Cleber Masson, crime putativo “é aquele em que o agente acredita realmente ter praticado um crime, quando na verdade cometeu um indiferente penal”. (MASSON, 2017, p. 232)

A título de exemplo, recentemente, a 4ª Vara Criminal da Comarca de Florianópolis deparou-se com um caso em que o filho de um conhecido traficante local, logo após atingir a

maioridade, foi preso em flagrante, também por suposto tráfico de drogas, porém, a análise pericial das “petecas de cocaína” apreendidas com o conduzido retornou como uma mistura *sem componentes proibidos*, ou seja, mesmo que ele *acreditasse* que estava traficando drogas, tratava-se de crime impossível, por absoluta impropriedade do objeto.

Preocupado com essas situações, o magistrado estudado incluiu uma diretriz a mais em sua rotina, passando assim, após a renúncia do direito de recurso pelas partes, a incluir a *suspensão* da sentença, até a juntada do laudo definitivo – que normalmente é enviado em poucos dias –, ou seja, somente com a juntada do laudo atestando de fato a materialidade do delito confessado é que a sentença – mais benéfica ao acusado em caso de condenação – passaria a ter validade; numa situação como a mencionada acima, a sentença seria revogada e proferir-se-ia a adequada sentença *absolutória*.

Por fim, a preparação *técnica*, por parte do magistrado, envolveu a criação dos modelos “especiais” de Termos de Audiência de Custódia – para consignar as ocorrências pós-ato – e de Sentenças Proferidas em Audiência, bem como o levantamento de doutrina e jurisprudência para fundamentar as – agora comuns – reduções de pena abaixo do mínimo, concessões de regime mais benéfico de cumprimento, substituição de penas em situações excepcionais, etc., conforme acordado previamente pelas Partes.

Pelo Ministério Público, embora não estritamente necessário, por opção do Promotor atuante na Comarca, sua Promotoria passou a receber cópia dos Autos de Prisão em Flagrante antecipadamente, o que lhe permitia chegar ao ato com a denúncia pronta – nos casos em que isso era viável –, sem a necessidade de fazê-la oralmente ou de forma “acelerada”, inclusive para que, nos casos em que *não* houvesse acordo, ainda assim fosse possível fazer a citação imediata do conduzido, conforme anteriormente mencionado, por ser ato que muitas vezes permitia a sua soltura, eis que já garantido o juízo da regular tramitação do feito até a prolação da sentença.

Neste ponto, cabe menção a *outra* alteração procedimental, também muito interessante. Nos casos em que *não* houvesse acordo entre as Partes, uma vez oferecida a denúncia, regularmente recebida e citado o acusado, o magistrado *designava desde já a audiência de instrução e*

juízo, intimando *todos* os presentes – inclusive aqueles que acabaram por não serem ouvidos –, assim como o próprio acusado.

Em tese, referida designação não seria possível, eis que, não havendo acordo, normalmente presume-se que não seria oferecida resposta à acusação no próprio ato, sendo a referida designação normalmente posterior à análise da peça defensiva. Porém, esta designação era embasada no entendimento atual tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, de tratar a grande maioria das “nulidades processuais” como *relativas* – ou seja, cabendo à Defesa demonstrar *efetivo* prejuízo no procedimento, que inexistente, como adiante se verá.

A única preocupação do magistrado, ao pré-designar a audiência, era em pautar o ato para data que *permitisse todo o decurso do prazo defensivo* – inclusive com prazo em dobro para eventual atuação subsidiária da Defensoria Pública, onde houvesse – para assim, em caso de, uma vez oferecida a resposta, verificar-se tratar de hipótese de absolvição sumária, *sentenciar o feito e cancelar o ato pré-designado* – ou seja, efetivamente sem qualquer prejuízo para as Partes pela sua pré-designação anterior. Em não sendo hipótese de absolvição, bastaria verificar eventual arrolamento de testemunhas defensivas *que precisassem ser intimadas*, mantendo-se a data agendada e determinando-se a realização *apenas destes atos* – muito mais célere para o Cartório Judicial e menos oneroso para os Oficiais de Justiça da Comarca.

Por parte da Defesa, em si, não há grandes esforços técnicos, eis que qualquer acordo, ainda que interesse ao *Defensor*, depende da expressa aceitação por parte *do acusado*, e, havendo, tratar-se-ia de confissão espontânea, ou seja, não há necessidade de grande trabalho para elaboração da resposta à acusação, apenas sendo relevante providenciar o comparecimento ao ato de eventuais testemunhas que queira ouvir.

Superada, assim, toda a questão atinente à *implantação* do instituto, mister se faz passar-se à preparação *teórica* por detrás em toda a ideia, que fundamentará não apenas toda a discussão prévia com os envolvidos na sua realização, mas até mesmo o “esqueleto” dos modelos de Termos, Decisões e

Sentenças “especiais” – por assim dizer, diante do ineditismo da questão – que serão necessários à consecução das técnicas envolvidas para a consecução dos objetivos buscados – dos quais constarão alguns exemplos no Anexo III.

2. EMBASAMENTO TEÓRICO DA APLICAÇÃO DO PLEA BARGAIN NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Como mencionado no primeiro capítulo, o principal ponto, para o início deste projeto, era apresentar aos envolvidos a viabilidade da ideia, convencendo-os a, ao menos, *testarem* algo inusitado. Em virtude disso, o processo se inicia pelos magistrados, eis que são o cerne do instituto da Audiência de Custódia, e também os reguladores da relação processual e de sua marcha.

Isso significava, portanto, ser necessário fazer todo o desenho histórico e teórico que fundamentaria a aplicação *prática* do que era, até então, apenas uma “teoria diferente”, dando ao magistrado a sustentabilidade necessária para, ao menos, iniciar as tratativas com os demais envolvidos, comprovando-se, principalmente, a *viabilidade* da “utilização efetiva” do *plea bargain* no nosso modelo legislativo e processual atuais, conduzindo-nos ao resultado obtido, introduzido no capítulo anterior e que será melhor explorado no capítulo final deste trabalho.

Para tanto, embora a ideia fosse focar-se precipuamente no processo penal, o primeiro exemplo a que se fez menção foi um instituto essencialmente cível – embora com reflexos penais: *a composição civil como instrumento conciliatório nos Juizados Especiais Criminais*.

Estipula o art. 74 da Lei 9.099/95:

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação. (grifei)

É fato notório que, comumente, durante a audiência de conciliação realizada nos Juizados Especiais Criminais, as partes optam pela composição civil do dano ou prejuízo porventura causado à vítima pela prática delituosa. Como a homologação do

acordo pelo magistrado dá ao documento a força de título executivo judicial, o processo normalmente é arquivado de plano, pondo-se fim à persecução penal através de um acordo obtido *diretamente entre autor do fato e vítima*.

Importante mencionar que esta é, por assim dizer, uma “via é de mão dupla”, ou seja, da mesma forma, também o inverso ocorre: havendo composição em processos cíveis nos quais a vítima especificamente, como condição do acordo, abre mão de seu direito de representação e/ou queixa contra o autor da empreitada criminosa, também este acordo, judicialmente homologado, tem o condão de extinguir diretamente os procedimentos criminais que dependam da referida representação ou queixa, por entender nossa legislação que a vítima pode retratar-se livremente, inclusive como forma de, justamente, incentivar a composição amigável dos danos e/ou prejuízos pelas Partes, embora caiba ressalva que, quanto aos delitos que necessitam de representação, existe divergência se tal efeito persistiria uma vez já oferecida a denúncia (normalmente o marco limite para o exercício do direito de retratação).

Ainda no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, cabe ainda menção ao próprio instituto da *transação penal*, prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

[...] § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.
(grifei)

Ora, tal instituto nada mais é do que uma “forma indireta” de aplicação do *Plea Bargain*, no tocante aos seus *resultados*, na qual o autor do fato tem a possibilidade de que, sem que isso signifique qualquer assunção de culpa, *aceitar os termos de um acordo mais benéfico para si mesmo, proposto pelo Ministério Público*, normalmente envolvendo o pagamento de prestação pecuniária, a prestação de serviços à comunidade, a reparação de danos sociais e/ou civis, ou qualquer combinação destes, *pondo fim imediato/antecipado ao processo no momento da comprovação de cumprimento dos termos estabelecidos*, sendo que tal acordo *vincula o magistrado*, que *deve* aplicar a pena restritiva ou multa proposta – ou seja, não existe discricionariedade por parte do Poder Judiciário, salvo a constatação dos impedimentos *objetivos* constantes do § 2º do mesmo artigo, quais sejam:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

[...] § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Como visto, referido instituto permite ao autor do fato livrar-se de todos os gastos com um eventual processo criminal, bem como do desgaste psíquico por sua mera existência – que é real amplamente documentado –, além de evitar que sua certidão de antecedentes criminais apresente qualquer mácula. A

contrapartida, neste caso, aparece no § 4º do mesmo artigo, destacado acima, eis que o benefício somente pode ser aceito uma vez a cada cinco anos, o que significa que, do ponto de vista do Ministério Público e da sociedade em geral, o ganho gerado é o “andar na linha” ao qual o autor do fato fica sujeito pelo período mencionado – e por isso o impedimento a reincidentes e àqueles que já fizeram uso recente do instituto –, reduzindo-se assim a prática de alguns delitos “menores”, como pequenos crimes de trânsito, discussões e brigas, porte de drogas para consumo próprio, etc.

Finalizando a análise no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, ainda na Lei 9.099/95 aparece mais um instituto que, frequentemente, é levado às Varas Criminais, diante de sua aplicação tanto a delitos de menor potencial ofensivo quanto a crimes comuns: a *Suspensão Condicional do Processo* – ou *sursis* processual –, previsto no art. 89 da referida Lei:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a

suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade. [...] (grifei)

E, diante da referência expressa, segue o teor do art. 77 do Código Penal, utilizado subsidiariamente a título de requisitos para a concessão do benefício:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

Através do instituto da suspensão condicional do processo, o acusado que já veio a ser denunciado formalmente e, portanto, estaria em vias de iniciar o custoso e exaustivo processo de persecução criminal e respectiva defesa, tem a possibilidade de, caso atenda aos requisitos legais impostos por ambos os artigos supracitados, tal ocorria com a transação penal, *aceitar um acordo proposto pelo Ministério Público*, ficando o processo efetivamente suspenso pelo prazo em que durar o cumprimento das medidas, que pode variar entre 2 (dois) e 4 (quatro) anos, *sendo sua punibilidade extinta ao final do prazo*, caso devidamente cumpridos os termos acordados.

Os ganhos aqui, para ambas as partes, são basicamente os mesmos que no instituto da transação penal, com a diferença de que, neste caso, por chegar o acusado a ser formalmente

denunciado, com recebimento da exordial acusatória pelo magistrado, embora a certidão de antecedentes criminais para fins civis e empregatícios permaneça imaculada, eventual pesquisa direta nos registros mostrará estar o acusado respondendo a um processo criminal, pelo menos durante o período de duração do acordo, ainda que tal informação, em tese, não possa ser utilizada para ensejar qualquer prejuízo ao acusado em sua vida pessoal ou profissional.

Como mencionada pela própria referência ao artigo 77 do Código Penal, o instituto anterior fora derivado de outro similar, mais antigo em nosso ordenamento jurídico, denominado *suspensão condicional da pena* – ou *sursis*, porém, por ser tal instituto aplicável somente *após a condenação*, não é foco deste trabalho, cujo objetivo é analisar os fundamentos por trás do conjunto de decisões proferidas pelo Juiz de Direito Jean Thiago Vilbert Pereira visando, justamente, *evitar o processo em si*.

Entretanto, cabe sua menção por embasar um dos benefícios estudados, já que também calcado nos objetivos do *Plea Bargain*, no sentido de servir de instrumento de ressocialização pelo não encarceramento, *através de acordo firmado com o sentenciado*; e também por sua óbvia aplicabilidade prática, combinado com as demais formas propostas, buscando uma alternativa mais atraente ao flagrado em troca da desnecessidade do processo.

Outra ferramenta importante por detrás de todo processo explicitado no primeiro capítulo deriva do fato de que nosso ordenamento jurídico prevê, ainda, inúmeras hipóteses de alteração das consequências penais ao acusado que *confessa a prática delituosa*, como, por exemplo, o já mencionado entendimento jurisprudencial – ainda que minoritário – no sentido de *permitir-se a redução da pena abaixo do mínimo legal* para incentivar o seu uso, ou a aplicação de regime mais brando do que o previsto com base no *quantum* de pena aplicada; ou ao acusado que *demonstra efetivo arrependimento*, seja buscando reduzir os resultados de sua infração, seja reparando efetivamente qualquer dano causado, ainda que de forma unilateral e sem a intervenção da figura do Promotor de Justiça, ou do oferecimento formal de um “acordo”.

Estas hipóteses, bem como suas condições de aplicabilidade, são extremamente relevantes a título de ideias iniciais para modalidades de acordo de *Plea Bargain* a serem

utilizadas, e a redução da pena abaixo do mínimo pela confissão espontânea é, provavelmente, a mais importante entre elas, o cerne da questão, sem a qual é quase que impossível conseguir levar um projeto desta magnitude adiante com a concordância simultânea de Acusação e Defesa, eis que representa, talvez, o ganho palpável mais relevante e significativo para esta última, juntamente com a possibilidade de *downgrade* (uma “diminuição”, por assim dizer) do regime de cumprimento da pena aplicada, ou seja, de fechado para semiaberto, de semiaberto para aberto, etc.

O foco central da exposição teórica – e da fundamentação por trás da sua ideia –, porém, não advém de um entendimento jurisprudencial minoritário, mas aparece de forma expressa em nossa legislação, como aquela que, talvez, seja a mais “abrangente” representação do instituto do *Plea Bargain* na legislação brasileira: o instituto da *delação premiada*.

Este instituto aparece em diversas leis, possuindo requisitos e efeitos variados conforme a natureza do delito ao qual a benesse está sendo aplicada, inicialmente trazendo em seu bojo “acordos pré-formulados”, sob a forma de uma estrutura rígida do binômio condições-resultados, ou seja, a legislação apresentava os requisitos a serem cumpridos e os efeitos gerados em caso de sua aplicação, sem a possibilidade de real “negociação”, ou apenas com uma margem exígua para tal.

Veremos rapidamente algumas das mais conhecidas hipóteses legislativas, até chegarmos àquela que representa o âmago da ideia que tornou este trabalho possível, aquilo que, de fato, permite que toda a teoria exposta na introdução deixe o campo teórico para ser aplicada na prática: o instituto da *colaboração premiada* previsto na Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/2013).

Este instituto específico tem singular importância, não apenas por ser um dos mais recentes, mas, principalmente, por ser aquele que, pela primeira vez, trouxe a possibilidade de aplicação *completa* do instituto do *Plea Bargain*, com o *não oferecimento de denúncia contra o colaborador*, além da construção jurisprudencial de que seu rol é *meramente exemplificativo*, ou seja, amparando acordos *sob qualquer forma*, concedendo às partes a liberalidade da qual nosso ordenamento

até então carecia para efetivamente replicar o referido instituto da *Common Law*.

Cabe, no entanto, voltar um pouco no tempo e perfazer o caminho histórico por detrás de sua criação, eis que referido instituto é o resultado de anos de evolução legislativa e verificações empíricas das suas versões iniciais.

A *delação premiada* – instituto que posteriormente viria a evoluir para a atual *colaboração premiada* – veio a ser introduzida em definitivo, no Brasil, por meio da Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), que no parágrafo único de seu artigo 8º previu a *redução da pena* do participante ou associado que denunciasse à autoridade – policial ou judicial – o grupo criminoso reunido para a prática de delitos hediondo, *desde que possibilitando seu desmantelamento*.

Diz o referido artigo:

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.
Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços. (grifei)

Novamente, estamos diante de hipótese de benefício que previa o curso normal do processo criminal, eis que a redução seria levada em conta somente na terceira fase da aplicação da pena, nos termos do art. 68 do Código Penal:

Cálculo da pena

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (grifei)

Apesar do mencionado acima acerca de sua introdução pela Lei de Crimes Hediondos, a legislação nacional mais antiga com alguma previsão de delação premiada é, em verdade, a Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei n.

7.492/86), porém, ocorre que somente a partir da alteração feita pela Lei nº 9.080/95 passou-se a prever, em seu art. 25, § 2º, a possibilidade de *confissão e revelação de toda a ação delituosa realizada pela quadrilha* à autoridade policial ou judicial, em troca da redução da pena aplicada no momento da prolação da sentença, razão pela qual, cronologicamente falando, de fato a Lei de Crimes Hediondos foi pioneira no assunto, como se vê da redação do texto legal constante do *sítio* do Planalto:

Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado).

[...] § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995) (grifei)

Assim como ocorreu com a Lei contra o Sistema Financeiro Nacional, a Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária e Econômica (Lei n.º 8.137/90), também anterior, igualmente não previa o instituto originalmente, até as alterações sofridas por meio da mesma Lei nº 9.080/95, para então contemplar a incidência da delação premiada no parágrafo único de seu art. 16:

Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995) (grifei).

Uma vez mais, portanto, nos crimes previstos na referida Lei, desde que cometidos em associação criminosa ou coautoria, o coautor ou partícipe que, *através da confissão espontânea*, revelasse à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa, teria a sua pena reduzida no momento de prolação da sentença.

A chamada Lei de Tóxicos (Lei n. 11.343/06, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, ou SISNAD), em sua forma atual, também apresenta somente a figura da *redução da pena*, em seu art. 41, não existindo a hipótese de perdão judicial ao colaborador:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços. (grifei)

Para a concessão do benefício do art. 41, portanto, é necessário que, concomitantemente, verifique-se: a) a existência de um inquérito e/ou um processo contra o delator; b) a presença da colaboração *voluntária*, ou seja, livre de qualquer tipo de coação; c) o concurso de pessoas na prática da infração; d) a recuperação total ou parcial do produto do crime. Enquadrando-se o caso concreto nesta hipótese específica, novamente, haverá a redução da pena *durante a prolação da sentença*.

Cabe também destacar o fato de que a mesma legislação traz, na previsão do § 4º do art. 33, outra hipótese de “leniência” ao acusado do delito de tráfico de drogas, que, se de um lado, difere daquelas que envolvem a confissão do delito, de outro, é embasada na análise de requisitos sobre o caso em questão, sendo que tal figura delituosa, à luz de recentíssimo entendimento do Supremo Tribunal Federal, deixou inclusive de reter a natureza de crime hediondo, com todas as consequências em sede de execução penal:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente,

sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1o Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

[...] § 4o Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (grifei)

Embora não ataquem o cerne da questão, todas essas previsões são igualmente importantes, eis que a principal “moeda de troca” nos casos mencionados no primeiro capítulo era, justamente, a *confissão espontânea do delito*, ou seja, é de suma relevância destacar que nosso ordenamento, a todo tempo, ativamente busca e incentiva a confissão dos crimes como forma de atenuar os resultados do processo para o acusado.

Do ponto de vista deste estudo, porém, a previsão “antiga” mais relevante – eis que já destacado que a mais importante é, de fato, aquela proveniente da Lei n. 12.850/13 –, seja a

constante da Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98), que, através da Lei 12.683/12, trouxe uma importantíssima inovação quanto aos benefícios eventualmente concedidos ao delator, ao prever as seguintes possibilidades, além da mera redução da pena: *a) regime de pena semiaberto ou aberto; b) possibilidade de substituição a qualquer tempo por pena restritiva de direitos e, talvez o principal, c) perdão judicial*, previsto no § 5º de seu artigo 1º:

Art. 1o Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa

[...] § 5o A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (grifei)

Pela primeira vez, estávamos diante de um acordo que, embora “pré-formulado” – no sentido de que não permitia livre negociação, mas já vinha posto, com condições a serem atendidas –, previa a hipótese de, diante do escopo da colaboração prestada e dos resultados obtidos, haver a *não aplicação da pena* (perdão judicial).

A ideia foi, também, replicada na Lei n. 10.149/00, que alterou a Lei 8.884/94 criando o art. 35-B, trazendo em seu corpo a hipótese de celebração do chamado *acordo de leniência* com aqueles que colaborassem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, igualmente prevendo em seu bojo a possibilidade de *perdão judicial*:

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração

pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais co-autores da infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1o O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária.

§ 2o O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e

IV - a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 3o O acordo de leniência firmado com a União, por intermédio da SDE, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4o A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à SDE sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 27 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

[...] § 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada pelo Secretário da SDE, da qual não se fará qualquer divulgação. [...]" (grifei)

Até então, este era o “prêmio máximo” previsto para o instituto da colaboração ampla e efetiva da parte passiva, ou seja, o melhor que podia obter o acusado/colaborador era passar por todo o transtorno do processo criminal, que, graças ao *strepitus fori* ou *judicii* – conceito que representa o clamor popular gerado pela divulgação, sensacionalista ou não, de casos judiciais na mídia –, gera várias consequências paralelas de extrema severidade, normalmente não contabilizadas na análise da questão, para, ao final, *dependendo do resultado de sua colaboração, ter a possibilidade* – extremamente rara, frise-se – de receber o perdão judicial, que ficava *inteiramente* adstrito à análise do magistrado, ou seja, não havia um acordo previamente firmado, com o resultado previsto; tratava-se, literalmente, de um jogo de “roleta russa” – com o perdão da expressão – envolvendo as teses de defesa e a liberdade do acusado, que poderia abdicar de defender-se e simplesmente não receber benefício algum, ou recebê-lo em proporção irrisória se comparado com a pena a que fora condenado.

Tudo isso mudou com o advento da Lei n. 12.850/13, que versa sobre o combate às organizações criminosas. Conforme se viu até o momento, o instituto da delação “evoluiu” juntamente com o combate à criminalidade, ou seja, quanto mais interessante para o Estado a obtenção da colaboração, maior o “prêmio” oferecido.

Neste contexto, dadas as circunstâncias e as óbvias consequências, não poderia deixar de ser diferente com a legislação voltada ao desmantelamento de organizações criminosas de grande porte, buscando punir os líderes de enormes esquemas delituosos, outrora protegidos por uma verdadeira “parede” de mandantes e executores “menores” que impediam que se seguisse o rastro até os verdadeiros articuladores, ou tornavam o procedimento tão dispendioso e lento que ocasionava a prescrição dos crimes investigados – não se adentrando, aqui, no mérito da lentidão das instâncias superiores nos julgamentos de tais casos, embora real e relevante.

O primeiro aspecto desta evolução parece já no art. 3º da referida Lei, no que tange ao *momento* da colaboração:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada [...]. (grifei)

Não mais estava a colaboração adstrita a um momento processual específico, representando uma “janela” de oportunidade, que se abria e fechava em determinado ponto da relação processual, mas sim uma possibilidade permanente, incentivando os acusados a, em qualquer momento, colaborarem com a apuração do(s) delito(s), em troca dos benefícios previstos – ou *propostos*, como adiante se verá, diante do entendimento dos Tribunais pela expansão exponencial do rol trazido.

Mais do que isso, a colaboração podia se dar inclusive em momento *pré-processual*, ainda durante a fase de investigação do delito – ou até mesmo antes de *haver* investigação, com a denúncia espontânea dos crimes pelo colaborador –, o que é um aspecto igualmente relevante, diante do benefício mais importante nela trazido, no que diz respeito à “portabilidade” do *Plea Bargain* para o Sistema Processual brasileiro.

A sobredita Lei n. 12.850/13 trouxe em seu corpo toda uma Seção voltada à – agora renomeada – *colaboração* premiada, finalmente quebrando as barreiras anteriores da nossa legislação e, efetivamente, implementando de fato *todos* os elementos do *Plea Bargain*, tal qual tido na *Common Law* e, principalmente, no sistema legal norte-americano, inclusive prevendo os *diretos do colaborador*.

Seção I

Da Colaboração Premiada

Art. 4o O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

[...] § 2o Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial [...].

[...] § 4o Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5o Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§ 6o O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 7o Realizado o acordo na forma do § 6o, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

§ 8o O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

[...] § 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

[...] § 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

§ 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

Art. 5o São direitos do colaborador:

- I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;
- II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
- III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
- VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados. (grifei)

Mencionado texto legal prevê de forma inovadora, por exemplo, que o acordo é firmado *diretamente entre Ministério Público/Autoridade Policial e Defesa*, sem a participação do Juiz durante a sua elaboração – o magistrado, nesta hipótese, apenas recebe o Termo já “pronto”, para homologação (art. 4º, § 6º).

Traz em seu bojo, na parte dos “prêmios”, a possibilidade de redução de pena, sua substituição ou até mesmo o perdão judicial (art. 4º, *caput*) – até então, porém, nada de novo, consideradas as legislações anteriormente expostas.

As grandes inovações nos prêmios começam com a colaboração na fase pós-sentença, que prevê a possibilidade de *imediata progressão de regime*, independente dos requisitos objetivos (art. 4º, § 5º), ou seja, mesmo o preso condenado a mais de um século de pena, que muitas vezes efetivamente inviabiliza sua progressão – especialmente considerando a grande quantidade de crimes hediondos, com fração de progressão de 3/5 no caso da comumente verificada reincidência – e significa o cumprimento de 30 (trinta) anos de pena ininterruptos em regime fechado, pode obter o benefício de, com base em sua colaboração e no grau de sucesso obtido, cumprir o referido período integral *em regime semiaberto*, pela progressão imediata acima citada.

Embora possa parecer “pouco” à primeira vista, vale lembrar que isso representa, também, a possibilidade de trabalho extramuros com regras mais flexíveis, *concessão de saídas temporárias* – que inexisteriam em regime fechado, e que

necessitam de fração bem inferior de cumprimento de pena à progressão de regime, no caso de reincidentes condenados por crimes hediondos – e até mesmo a possibilidade de, conforme o entendimento do magistrado local, *cumprimento de pena em regime domiciliar* pela inexistência de vaga em estabelecimento adequado para o regime em questão – entendimento questionado amplamente por muitos, mas que inegavelmente *existe*, e é aplicado em diversas Comarcas pelo país, inclusive do Estado de Santa Catarina.

Além disso, não é preciso uma grande ginástica teórica para se imaginar a hipótese de que um condenado pelo crime de tráfico de drogas – que, por sua própria natureza, costuma envolver um grande número de pessoas nem sempre identificadas na ação policial que resultou na prisão de um ou outro coautor –, em troca de informações que preste *espaçadamente*, em duas oportunidades diferentes, consiga o referido benefício duas vezes, e, portanto, *cumpra a pena em regime aberto*, o que, em muitas Comarcas, significa efetivamente estar em liberdade, apenas se apresentando periodicamente no Fórum ou Estabelecimento Prisional locais.

Porém, o ponto mais importante para este estudo e a principal base – ainda que de forma indireta – do conjunto de decisões e sentenças advindos da ideia analisada no capítulo anterior é a novíssima previsão da hipótese de *não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público* (art. 4º, § 4º, I e II).

Pela primeira vez, o ordenamento jurídico pátrio dá ao Ministério Público uma ferramenta plenamente eficaz para o combate à criminalidade, permitindo a negociação *direta*, com o acusado e sua Defesa técnica (art. 4º, § 15), dos termos da colaboração a ser prestada, podendo o colaborador, inclusive, livrar-se não apenas à aplicação da Lei Penal, mas de *sequer ser denunciado pela prática delituosa*, ainda que por ele admitida, efetivamente mantendo livre de qualquer mácula seus registros criminais para basicamente *todas* as formas de pesquisa ou investigações de vida pregressa.

Aqui, de fato, reside o ponto principal, o foco de interesse que embasa *todo* o projeto analisado no capítulo anterior, enquanto concepção teórica.

Combinando-se as previsões legais existentes em todas as legislações analisadas com os princípios que norteiam o

processo penal e, até mesmo, com as interpretações e julgados levantados sobre o assunto, resta de fato cristalidamente demonstrado que o legislador brasileiro tem, sim, *total* interesse em atingir a maior eficácia possível no combate à criminalidade – bem como uma ressocialização mais rápida das pessoas que cometem delitos –, evitando os efeitos perversos que não apenas o encarceramento, ainda que temporário, mas também o próprio fato de ser processado criminalmente tem na vida dos acusados e de todos à sua volta, com consequências duradouras ou até irreversíveis. Mais do que isso, resta claramente evidenciado que o nosso legislador pátrio – e o Poder Judiciário, com base nos julgados e entendimentos diversos sobre o assunto – está disposto a buscar essa efetividade *inclusive à custa do processo criminal clássico*.

Os ganhos com tais medidas vêm sendo tão expressivos que, conforme mencionado, o próprio Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n. 181/2017, efetivamente permitindo aos seus membros a *não-persecução penal* dos investigados nos casos específicos nela explicitados, com base na sua *colaboração espontânea* e nos *resultados* obtidos – embora caiba aqui o registro de que se discute atualmente a constitucionalidade da referida Resolução, porém não focada em seu *mérito*, mas em questões *formais*, eis que até mesmo pesquisadores que discordam da *forma* pela qual o chamado Acordo de Não-Persecução Penal foi criado concordam com sua *eficácia e utilidade*.

Ora, se este é o *objetivo final*, então, novamente, a figura do *Plea Bargain* aplicada pelo magistrado estudado durante o primeiro capítulo se mostra *de extrema relevância*, afinal, ela atinge *todos* os objetivos intencionados, e, conforme já demonstrado, a sua aplicação mais eficiente e com ganhos imediatos mais relevantes, hoje, ocorre justamente *através das Audiências de Custódia*.

Como já mencionado na introdução deste estudo, as Audiências de Custódia, por sua natureza, sofreram – e sofrem – constantes ataques, seja na mídia, seja internamente – no próprio Poder Judiciário ou no Ministério Público as reclamações são constantes –, seja nos setores ligados à Segurança Pública – em Santa Catarina, principalmente envolvendo o Departamento de Administração Prisional (DEAP) e as Polícias Civil e Militar.

A principal crítica que se vê é a de que o ato nada mais é do que um “incentivo à concessão de liberdades provisórias através da sensibilização dos Juízes e Promotores”, diante da apresentação presencial do conduzido; bem como “um instrumento de perseguição às Polícias”, diante da constante necessidade de apuração de excessos no momento da prisão, muitas vezes mediante mera declaração dos conduzidos, sem análise de elementos probatórios.

Embora tais fatos não encontrem embasamento estatístico forte nas Comarcas que já realizam o ato no Estado de Santa Catarina, o aspecto é amplamente difundido na mídia, e tem sido especialmente ventilado pela Polícia como mais um adendo ao malfadado – porém perene – discurso de “nós prendemos, o Juiz solta”. Diz-se malfadado pois, na Capital, por exemplo, a taxa de solturas entre 2015 e 2017 foi quase que rigorosamente a mesma de quando os processos eram analisados em gabinete, apenas divergindo nos casos em que a existência da estrutura de Serviço Social, aqui prestada pela Central de Penas e Medidas Alternativas (CPMA), permite um acompanhamento do conduzido posto em liberdade que, de outra forma, não se teria – ou seja, não são fruto da apresentação presencial do acusado, mas da melhoria da estrutura estatal de apoio às situações de vulnerabilidade oferecida.

O argumento que *tem* algum tipo de tração, porém, é o do assoberbamento do Poder Judiciário. Ora, se a análise do flagrante em praticamente nada muda com a audiência de custódia, então toda a estrutura necessária para a sua realização constituiria, de fato, um “trabalho a mais”, que antes não se tinha, para efetivamente atingir-se um mesmo resultado.

Se, de um lado, essa afirmação não possui total guarida, no sentido de que a análise é *quase* a mesma, mas não *exatamente* a mesma – e os pequenos pontos de divergência são mais benéficos aos conduzidos –; de outro, realmente existe um grande dispêndio de recursos públicos para a realização de tais atos.

Na Comarca da Capital, por exemplo, a equipe permanente que trabalhou com mencionados atos entre 03/09/2015 e 25/06/2018 era composta de:

a) 2 (dois) a 4 (quatro) membros do Departamento de Administração Prisional (DEAP), que recebem os presos

apresentados pelas Autoridades Policiais após a lavratura do flagrante, providenciam sua alimentação e escolta enquanto aguardam a realização do ato, cumprem as suas solturas – quando cabíveis, após a audiência e/ou o recolhimento de fiança arbitrada ou mantida pelo Juiz – e fazem o encaminhamento à Unidade Prisional mais próxima daqueles presos que ainda não recolheram a fiança arbitrada ou mantida, não cumpriram alguma outra condição para sua soltura, ou que tiveram sua prisão em flagrante convertida em preventiva;

b) 1 (um) a 2 (dois) membros da Central de Penas e Medidas Alternativas, que se deslocavam da sua Sede até a sala montada no Fórum para sua atuação temporária durante parte do expediente forense, efetuando o acompanhamento psicossocial dos conduzidos quando verificada eventual situação de vulnerabilidade, inclusive com sua inserção em, ou encaminhamento a, programas locais de tratamento e assistência;

c) 1 (um) Juiz e 6 (seis) colaboradores do Poder Judiciário (entre Servidores e Comissionados), sendo que estes últimos preparavam os Autos de Prisão em Flagrante para análise pelo magistrado que presidiria o ato e decidiria sobre a legalidade da prisão e eventual necessidade de sua manutenção, após oitiva das partes e do próprio conduzido – se este assim desejasse, já que lhe é facultado o direito ao silêncio;

d) 1 (um) Promotor de Justiça – na época, especificamente o Promotor titular da 39ª Promotoria de Justiça da Comarca de Florianópolis ou um Cooperador designado; e

e) 1 (um) Defensor Público, na época designado exclusivamente para este fim pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina – já que ficava à disposição da Comarca durante toda a tarde, para atender os casos em que o conduzido não fosse apresentado ao ato acompanhado de Defensor constituído.

Toda esta estrutura – que custava aos Cofres Públicos, mensalmente, mais de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), considerando-se os vencimentos de todos os envolvidos e as despesas com a montagem e manutenção da estrutura física – existia, na época, para um resultado que ainda era “pequeno” – embora não desprezível –, diante da média de 6 audiências/dia que a referida Comarca enfrentou no período, e do fato já mencionado de que a decisão final era *quase* que sempre a

mesma daquela proferida em gabinete anteriormente, em casos similares.

Por essa razão, inclusive, a unidade jurisdicional responsável pelos atos, que chefie entre 2013 e 2017, constantemente advogou junto ao Tribunal de Justiça a causa da *expansão regional* das Custódias, propondo-se o aproveitamento da referida estrutura para que fossem realizadas, na Comarca da Capital, também, as audiências referentes às Comarcas de São José, Palhoça, Biguaçu, Santo Amaro da Imperatriz, Tijucas e São João Batista, mediante revisão da estrutura física e de pessoal disponível para a realização de tais atos.

Embora a ideia original não tenha sido integralmente abarcada – inclusive, na Capital, a unidade jurisdicional que concentrava os referidos atos *foi extinta*, passando as Audiências de Custódia a serem divididas entre as Varas com competência criminal já existentes, conforme a matéria e/ou a distribuição por sorteio –, seu *conceito* foi acatado, e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina se prepara, agora, para expandir as Audiências de Custódia às suas 111 Comarcas através de um modelo regionalizado – a Comarca de São José, por exemplo, já iniciou a realização dos atos, concentrando também as Audiências de Custódia da Comarca de Biguaçu, aproveitando-se uma só estrutura para atender duas Comarcas.

Questões administrativas à parte, conforme já exposto, analisando-se a estrutura, concentravam-se no ato:

a) uma pessoa não apenas investigada, mas *presa em flagrante*, ou seja, com um arcabouço probatório primário, normalmente, bem superior àquele existente em inquéritos policiais – não à toa que o prazo médio para oferecimento de denúncia em APFs é de 3 dias para réus presos e de cerca de 10 dias para réus soltos, diante da desnecessidade, muitas vezes, da realização de diligências complementares para formação da *opinio delicti*;

b) um caderno probatório normalmente bem completo, considerando a exiguidade do prazo em que é lavrado, eis que a infração foi *flagrada*, e, portanto, as provas materiais já foram obtidas no ato da prisão, bem como diversas provas testemunhais, na maioria das vezes;

c) um Juiz, um Promotor de Justiça e um Defensor *especificamente* designados para a sua realização.

Ora, como já demonstrado no capítulo inaugural, o que se via no momento da realização da Audiência de Custódia era que, não apenas se faziam presentes quase todos os envolvidos na futura relação processual, mas também se verificava quase que *exatamente* a estrutura necessária para a realização do *Plea Bargain*, com *todos* os elementos envolvidos – tanto é que já houve casos, na Comarca da Capital, de alguns conduzidos pela prática do crime de tráfico de drogas serem postos em liberdade por terem, antes mesmo da realização do ato, firmado Termo de Colaboração Premiada, nos moldes da referida Lei n. 12.850/13, como se verificou em um caso da 4ª Vara Criminal, em que a 35ª Promotoria de Justiça ofereceu ao conduzido o referido benefício. Infelizmente, por razões de sigilo, não se pode divulgar maiores detalhes sobre o caso específico, apenas afirmar a sua existência, eis que ainda em curso.

O sentimento de que o ato poderia – ou até mesmo *deveria* – servir para “mais” não é algo adstrito ao magistrado estudado no primeiro capítulo, eis que já circularam na mídia nacional notícias referentes aos Estados do Acre e do Pará, nos quais o Promotor de Justiça local, aproveitando o caderno processual e as provas apresentadas, ofereceu denúncia ainda no ato, tendo a Defesa do acusado ofertado sua resposta também em audiência. Nestes dois casos, como não havia outras provas a serem produzidas, o magistrado encerrou a Audiência de Custódia, abriu uma audiência de Instrução e Julgamento, interrogou o acusado e, ao final, proferiu a sentença, tudo em um único dia (ou três, no caso do Acre, que precisou de adequação de pauta e não conseguiu realizar a Audiência de Instrução e Julgamento no mesmo dia da Custódia). Foi atento a estas práticas, inclusive, que o próprio Fórum Nacional de Juízes Criminais – FONAJUC aprovou o Enunciado nº 9 mencionado anteriormente.

A sensação de que o ato “gera impunidade” pela soltura dos conduzidos foi posta totalmente abaixo pelas referidas práticas, que foram em muito enaltecidas pelo país na época da divulgação das notícias em questão e deram origem a diversos outros exemplos de, *pelo menos*, ser oferecida a denúncia, analisado seu recebimento e realizada a citação imediata, evitando o assoreamento de casos nas Varas Criminais em virtude da eventual aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal – em Santa Catarina, por exemplo, a Comarca de Itajaí rotineiramente faz a análise do recebimento das denúncias e as

citações logo após a realização das audiências de custódia, visando acelerar a marcha processual.

Ou seja, como se vê, diversos outros lugares já estão formulando ideias e formas para dar ao ato da Audiência de Custódia uma maior utilidade pública, eis que sua realização já é uma realidade que, não importa o número de reclamações, não vai simplesmente ser extinta, por representar maiores garantias às pessoas presas.

O principal diferencial do caso estudado em São Paulo, baseado na ideia proposta no capítulo introdutório, é a *forma* pela qual o magistrado atingiu este mesmo fim de conferir maior utilidade ao ato.

Em todos os demais casos, o que se vê são Poder Judiciário e Ministério Público obtendo celeridade, porém, há quem diga, à custa da Defesa, que em nada ganha no referido processo expedito; no máximo, evita um encarceramento provisório pela rápida citação, nos casos em que a ausência de comprovação de residência constituiria óbice à soltura imediata, porém não uma vez garantido o juízo criminal pela citação pessoal do acusado.

Esse “pequeno” ganho, no entanto, não é irrelevante, pois demonstra, sim, que até mesmo para o conduzido preso em flagrante, muitas vezes, é melhor resolver sua situação rapidamente do que amargar a penúria de um longo processo criminal preso preventivamente; seja diante das circunstâncias do delito, das suas condições pessoais – ou a falta delas –, ou de uma constatada reincidência.

Porém, e é aqui que se encontra o cerne da questão, que motivou a análise da experiência específica do magistrado Jean Vilbert no Estado de São Paulo, entendo – assim como o referido Juiz entendeu – que as demais experiências ainda são “pouco”.

O referido “julgamento relâmpago” do Estado de Goiás – o primeiro de sua espécie no Brasil – só foi possível porque, além da participação dos envolvidos, que aceitaram testar a experiência, houve a *colaboração do próprio acusado, que confessou o delito*.

Entretanto, o que recebeu o acusado por sua confissão? Nem sequer a redução habitual de pena no momento da sentença, eis que a pena aplicada foi de 5 anos e 4 meses, exatamente o “mínimo” para um réu primário condenado pelo

antigo art. 157, 2º, I, do Código Penal – antes da alteração do referido artigo, realizada no ano de 2018.

Ou seja, ao nos depararmos com aquele que, possivelmente, havia até então sido o julgamento mais rápido da história recente do país, considerando o rito ordinário, verificamos que o resultado, para o conduzido, foi *exatamente o mesmo que obteria se levasse a lenta marcha do processo criminal até o fim* – claro, sem os custos, mas também sem a possibilidade de beneficiar-se pela eventual prescrição do delito em caso de demora na sua apuração, ou até mesmo de sua suspensão pelo art. 366 do CPP, caso não fosse encontrado para ser citado.

Aqui reside o principal diferencial da experiência do magistrado do Estado de São Paulo, ao entender que é mais interessante ao Estado *recompensar a atitude do acusado*, pela economia global por ela gerada; por convencer o Ministério Público de que valia a pena, pela simplificação máxima de todo o rito processual, abrir mão de periciar uma arma para atestar a sua potencialidade lesiva, conduzindo a uma pena mínima de quatro anos, em regime inicial *aberto* (registrando-se novamente que isso ocorreu *antes* da alteração do art. 157 do Código Penal de 2018, que alterou o conceito de arma para o crime de roubo, com a conseqüente alteração da fração de aumento de pena quando praticado com *arma de fogo*); de demonstrar à Defesa que, abreviando-se uma desnecessária marcha processual naqueles casos em que o arcabouço probatório já se encontrava maduro desde a lavratura do flagrante, o resultado final é que o conduzido *saía solto em regime aberto*, em vez de permanecer em regime fechado pela duração de sua – provável – prisão preventiva, e posterior cumprimento em regime *semiaberto*, pelo *quantum* de pena aplicada – desconsiderando-se eventual reincidência.

Para a sociedade, o ganho é em saber que o conduzido não foi colocado em liberdade, mas saiu do ato *já cumprindo a sua pena*, com todas as regras e garantias envolvidas no processo de execução – inclusive a possibilidade de *regressão direta de regime em caso de reiteração criminosa* – ou seja, efetivamente o contrário da sensação popular do que representa “impunidade”.

Como demonstrado, todas as ferramentas já estão, de uma forma ou de outra, disponíveis, sendo necessária apenas uma

questão de interpretação e combinação de dispositivos para se obter o resultado almejado.

Porém, certo é que, permitindo a livre aplicação do dispositivo sem *nenhuma* forma de organização ou regramento, é provável que acabemos por replicar, exatamente, a parte *ruim* do instituto do *Plea Bargain* norte-americano, constantemente exposta pelos resistentes à sua aplicação: a total *falta de critérios* quando analisados os casos concretos.

O principal problema do *Plea Bargain* estadunidense, em verdade, advém do “sistema eleitoral” por eles utilizados para o preenchimento dos cargos equivalentes às nossas funções de Juiz de Direito, Promotor de Justiça e até mesmo Defensor Público. Por esta razão, o resultado “líquido” dos *Plea Bargains* acaba sendo usado como plataforma de campanha dos envolvidos para alçarem-se a outros cargos ou garantirem novas reconduções, conforme o regramento do Estado.

Afastado esse aspecto, porém, ainda se verifica na prática, também, a influência do viés teórico do *aplicador* do instituto, ou seja, os acordos, por não possuírem um regramento claro, são negados a determinados delitos por alguns dos participantes da relação processual, mas oferecidos a eles por outros; ou oferecidos em proporção extremamente vantajosa ou desvantajosa para acusados específicos.

Em virtude disso, e visando coibir a possibilidade de que tais práticas assolem o ordenamento jurídico brasileiro, o presente trabalho propõe, em seu derradeiro capítulo, ilustrar e delimitar um projeto de *regulamentação*, ainda que colocado aqui de forma genérica, permitindo que possa servir de *inspiração*, tanto a eventuais propostas legislativas quanto a projetos de Resolução – presumindo que se julgue pela constitucionalidade da Resolução 181 do CNMP –, porém, com um objetivo claro de enumerar e delimitar as “regras do jogo”, ainda que se destaque que o faz de forma extremamente básica e rudimentar, a merecer um estudo posterior específico, focado e ainda mais aprofundado, havendo interesse na aplicação da ideia que o embasa.

3. CODIFICAÇÃO, “REGULAMENTAÇÃO” E *GUIDELINES* PARA A APLICAÇÃO INDIRETA DO PLEA BARGAIN

Como se viu até aqui, o que o presente trabalho buscou foi, de fato, “delimitar uma ideia surgida da prática”, algo diferente do usual estudo do Direito aplicado no Brasil, onde normalmente discutem-se as coisas no plano teórico para, só então, passar-se à aplicação prática gradativa, até eventual mudança de entendimento, paradigma e/ou nova positivação sobre a matéria.

Os capítulos anteriores, cada um à sua forma, dedicaram-se a demonstrar não apenas a *viabilidade* da premissa posta na introdução, mas os *ganhos* dela advindos, fornecendo tanto o arcabouço teórico, para fins de fundamentação da sua aplicação; quanto o prático, para fins de implementação por aqueles que demonstrarem interesse na utilização da ideia.

Porém, por se tratar de algo extremamente “novo”, “diferente”, e, de certa forma, até mesmo “estranho” – ainda que em absoluto se possa dizer que *inédito* – aos estudiosos clássicos do Direito no Brasil, a verdade é que a ideia, em si, pode-se beneficiar – em muito – da fixação de algumas *guidelines*, de “diretrizes” claras de aplicação, o que se proporá neste capítulo.

O principal fundamento por trás de toda a ideia aqui até então exposta – e um fundamento que encontra respaldo na Constituição e representa uma constante busca dos Tribunais Superiores e de Justiça, o que justifica a sua aplicação –, é efetivamente a *segurança jurídica*. É buscar, uma vez mais, dar ao Direito um caráter de “ciência exata”, que muitas vezes lhe falta, embora ele seja quase sempre concebido desta forma e com esta intenção.

Ao contrário do adágio popular, que afirma que “as leis já são escritas com as lacunas em mente, para beneficiar alguns”; a verdade é que, na realidade, *algumas* leis são escritas com tais vícios, e por este motivo vêm tendo suas aplicabilidades sistematicamente afastadas, moduladas ou corrigidas pelo Supremo Tribunal Federal – que recentemente alterou diretamente até mesmo um Decreto Presidencial de indulto coletivo.

A maioria das lacunas, no entanto, exurgem da necessidade real do Direito de regular uma situação nova, ou até então não antevista. O legislador, quando positiva a norma,

procura fazê-lo para cobrir todas as situações imagináveis, porém, como a própria assertiva já deixou claro, *existem situações não antevistas*, até mesmo pela própria modificação/evolução da sociedade como um todo, o que invariavelmente leva à renovação do processo, em um verdadeiro ciclo efetivamente interminável – considerando-se que a sociedade jamais irá deixar de evoluir e mudar através do tempo.

Em virtude desta natureza constantemente mutável é que nossos Tribunais, em sua função reguladora, buscam ao máximo a garantia da *segurança jurídica*. O próprio Superior Tribunal de Justiça, em sua essência, foi criado com essa finalidade, pois a *unificação de jurisprudência* nada mais é do que, efetivamente, a busca por segurança jurídica, garantir a todas as pessoas o mesmo resultado, quando da aplicação da mesma legislação à mesma situação de fato.

O Direito Penal, por sua eterna “disputa” entre Acusação e Defesa causada, em grande parte, pelo princípio *in dubio pro reo*, faz com que cada qual busque sempre a interpretação a si mais favorável – embora se chame constantemente de *debate teórico*, efetivamente o que acontece é uma disputa por espaço, visando circundar as teses uns dos outros e afastá-las dos casos concretos –, especialmente quando a Defesa precisa apenas incutir dúvida, sem sequer provar qualquer fato, tornando a aplicação da Lei Penal uma das grandes vítimas da falta de segurança jurídica.

Aqueles que atuam em grandes Comarcas, por longos períodos de tempo e, principalmente, trabalhando com Juízes e Promotores diferentes, indubitavelmente já se depararam com a comemoração/lamentação da Defesa em virtude da distribuição de um mesmo tipo de situação a este ou àquele Juízo Criminal. Por esse motivo, o Direito Penal torna-se um dos principais candidatos a projetos que busquem de alguma forma restaurar a segurança jurídica à sua aplicação, ou ao menos buscar garantir um maior equilíbrio à relação *inter partes*, praticamente inexistente até a criação e instalação definitiva e ampla da Defensoria Pública e, mesmo hoje, ainda profundamente distorcida – comumente se vê pedidos similares deferidos a um e negados a outro, e, particularmente, ainda não me deparei com o (ultrapassado mais ainda muito utilizado) modelo de despacho

famigeradamente denominado *cumpra-se* (que determina “cumpra-se, conforme requerido”, sem qualquer análise real do pedido feito), aplicado a pedidos da Defensoria Pública (normalmente, onde ainda se verifica esta forma ultrapassada de despacho, eles só são vistos quando dirigidos a manifestações do Ministério Público – inclusive, muitas vezes, manifestações equivocadas.

Não fosse suficiente a questão ora aventada, persiste no Direito Penal outro aspecto que afeta *diretamente* a segurança jurídica, e, com exceção de questões envolvendo entendimentos conflitantes de posições minoritárias, estatisticamente diria que aquele que, atualmente, representa a *maior* carga de trabalho os Tribunais, quando da análise de recursos – a dosimetria da pena.

Cada vez mais se busca tornar a dosimetria – e subsequente execução – da pena uma operação efetivamente *matemática*, atingindo-se, assim, um equilíbrio entre a individualização da pena e a sua aplicação concreta.

Como mencionado anteriormente, estatisticamente, afastando-se os casos de posicionamentos minoritários conflitantes e analisando-se somente as situações onde existe superposição da aplicação teórica da norma ao caso concreto, é esmagadoramente mais comum ver nos Tribunais acórdãos que deneguem o recurso interposto e/ou, no máximo, *alterem a dosimetria da pena*, ou seja, não é comum ver as decisões com as características até então enumeradas serem modificadas pelo *in dubio pro reo*, resultando em absolvição, mas sim a reprimenda aplicada ser “adequada ao caso concreto”.

Este aspecto, igualmente, é de profunda relevância para o presente trabalho, pois demonstra a intenção de garantia de segurança jurídica não apenas durante o curso do processo, mas *até o final da execução da reprimenda*, ou seja, os Tribunais deixam *clara* sua intenção de garantir aos acusados, desde o início da relação processual, o maior grau possível de *previsibilidade* – que nada mais é do que outra forma de se chamar a segurança jurídica.

É este mesmo ângulo que, já na introdução, fixa a noção de que o Defensor é capaz de, com alto grau de acerto, *prever* o resultado final do processo, quando a discussão/análise das provas, em si, é praticamente afastada da equação – o que ocorre na maioria das vezes quando se trata de um Auto de Prisão em Flagrante, pelos motivos já expostos.

Da mesma forma, esta noção é o que permite ao Ministério Público saber, exatamente, o “melhor” resultado que poderá obter – expressão que, aqui, utilizo com ressalvas, pois remete ao aspecto acusatório do órgão, já há muito ultrapassado, mas que é necessária para ilustrar o ponto principal –, e permite a negociação “aberta” com a Defesa e o acusado, ou seja, amoldando-se à mais famosa expressão sobre a aplicação do *Plea Bargain*, é o que garante as “cartas à mesa” – novamente, que nada mais é do que outra forma de se chamar a segurança jurídica.

Cabe aqui lembrar que, da mesma forma que atinge as Partes, este aspecto de busca por segurança jurídica e dosimetria “matemática” da pena também afeta igualmente os magistrados, razão pela qual praticamente não se vê, hoje em dia, acréscimos/reduções de mais de 1/6 da pena por agravantes/atenuantes – resultado prático desta busca por “modulação” da dosimetria da pena, eis que referidas alterações fora da fração mencionada são constantemente reformadas.

Esta breve discussão, embora repisando alguns argumentos anteriores, faz-se necessária neste ponto do trabalho para explicar o motivo pelo qual se buscará, agora, delimitar os “limites” à aplicação da ideia até então exposta.

Se, de um lado, a própria ideia de “limites” no que essencialmente seria uma representação da chamada “Justiça negociada” parece estranha, de outro norte, é extremamente salutar, seja por tratar-se de ideia em estágio embrionário – ainda que já testada e demonstrada sua utilidade e, principalmente, *efetividade* – e que, portanto, não se saiba até onde pode chegar; seja porque, quanto mais segurança jurídica houver em torno da sua aplicação, melhor sua receptividade aos atores envolvidos – não à toa o primeiro capítulo foca na importância de alinhar *todos* os atores da relação processual, *discutindo-se previamente a ideia*.

De outro lado, fazer uma “proposta legislativa”, em si, pareceu uma ideia “vazia”, comumente vista em trabalhos acadêmicos e praticamente nunca levada a cabo, pois representa um engessamento muito grande da ideia original ao limitá-la à necessidade da elaboração de uma Lei Ordinária/Complementar, com todos os seus já sabidos aspectos de lentidão, *lobbies*, etc., e esperar que a ideia saia, ao final, da

mesma forma que começou o processo – especialmente quando se trata de uma ideia que altera as próprias fundações do estudo do Direito Penal até então dominantes no país.

Diante disso, e levando-se em consideração que algumas modificações *extremamente* significativas de nosso ordenamento jurídico têm-se dado de forma diversa da simples proposta legislativa – as Audiências de Custódia, premissa básica deste trabalho, estão previstas/reguladas em uma Resolução do CNJ, não aparecendo em qualquer momento no Código de Processo Penal, até hoje; e o próprio Acordo de Não-Persecução Penal, ainda em discussão, está delimitado em uma Resolução do CNMP –, o que este capítulo buscará estabelecer são “nortes”, *guidelines*, ou seja, diretrizes advindas do estudo aprofundado que antecedeu a aplicação da ideia na prática, e também derivados da observação empírica de seus desdobramentos, uma vez em amplo funcionamento, que permitam àqueles interessados em aplicá-la a sua “positivação”, da forma que melhor se enquadrar ao caso concreto, conforme o âmbito de aplicação – local, regional, etc.

Vale dizer, portanto, se por um lado, por razões óbvias, o que se busca é, de fato, a positivação sob a forma de Lei – objetivo máximo de qualquer trabalho acadêmico desta natureza, que discuta premissas e paradigmas novos –, de outro, atendendo ao dinamismo do Direito moderno e reconhecendo o impacto e a aceitação de outras formas de regulamentação, nada impede que as *guidelines* aqui expostas venham a servir de base para elaboração de Resolução, Orientação ou até mesmo Carta de Intenções, permitindo sua efetiva “positivação” – em âmbito maior ou menor – e, desta forma, atendendo ao principal requisito da premissa, o aspecto de “cartas à mesa”, por parte de *todos* os envolvidos – inclusive o magistrado que for sentenciar os casos em que referidos acordos forem firmados.

Com isso em mente, a primeira grande “limitação” – termo que, aqui, utilizo apenas de forma ilustrativa, pois como mencionado anteriormente, o próprio conceito de *guideline* não abarca, ao mesmo tempo, o de *obrigatoriedade*, mas sim de *sugestão* – da aplicação desta ideia, ao menos enquanto em caráter experimental/embrionário, seria o *tipo de procedimento ao qual ela é aplicável*, ou seja, sua *aplicação exclusiva aos flagrantes*.

Esta “limitação” encontra dois fundamentos principais, embora um deles seja meramente técnico/prático.

Este primeiro fundamento “menor” advém justamente do fato de que a premissa busca, acima de tudo, combinar *celeridade, segurança jurídica e efetividade*, tanto do ponto de vista do Ministério Público *quanto do da Defesa* – conforme já mencionado, principal diferencial do presente trabalho, eis que as tentativas de obtenção de celeridade nacionalmente observadas a partir das Audiências de Custódias preocupam-se apenas com o Poder Judiciário e o Ministério Público –, no sentido de uma melhor aplicação do Direito Penal com vistas à rápida ressocialização dos acusados.

Ora, se não estamos diante de um Auto de Prisão em Flagrante, então não há uma Audiência de Custódia, e não há reunião, em um mesmo local, dos principais atores da relação processual futura. Isso significa que, para aplicar a mesma premissa a, digamos, um Inquérito Policial, seria necessário copiar a base da Audiência de Custódia, adaptando-a em um ato similar ao *arraignment* da Common Law – que, de fato, em muito se assemelha ao ato regulado pelo CNJ.

A ideia, por si só, não é exatamente absurda, e muitos diriam que seria um desdobramento lógico da primeira parte, porém, como já mencionado anteriormente, quando se está diante de algo que altera fundamentalmente a concepção do Direito Penal sob a forma até então dominante no nosso ordenamento, bem como no meio doutrinário e acadêmico em geral, o ideal é que as mudanças ocorram de forma gradativa, e fazer uma adaptação *sobre* uma adaptação, em um primeiro momento, pode ser ir longe demais, razão pela qual não se recomenda, pois pode acabar inviabilizando o início de um projeto, pela “excentricidade” da medida tal qual percebida por aqueles que ainda não estão prontos para uma análise mais pragmática do Direito Penal.

O segundo aspecto, porém, é aquele que seria o de maior importância para justificar uma “limitação” inicial à ideia: tendo-se em consideração os mesmos tipos de procedimento – Auto de Prisão em Flagrante e Inquérito Policial –, a própria *natureza* da prova produzida durante a fase indiciária é extremamente diversa.

Se, de um lado – descartadas questões atinentes à insignificância –, os APFs resultam em oferecimento de denúncia quase que imediato – na esmagadora maioria dos casos – e em uma alta taxa de condenação, os IPs são fortes candidatos ao pedido de arquivamento por falta/impossibilidade de produção de mais provas necessárias à persecução penal – ainda que, nestes casos, sejam arquivados com as ressalvas do art. 18 do Código de Processo Penal; bem como à prescrição, rejeição da denúncia ou até mesmo absolvição posterior à regular instrução processual, novamente, muitas vezes por insuficiência das provas produzidas.

Ora, tendo isso em mente, e considerando que, efetivamente, o principal beneficiário da ideia exposta no presente trabalho é o *próprio acusado* e, reflexamente, a sua Defesa técnica, facilmente se vê que sua aplicação imediata aos procedimentos investigatórios como um todo poderia acarretar uma distorção dos objetivos, e eventualmente prejudicar o pólo “mais fraco” da relação processual penal, resultando, como já dito anteriormente, na replicação dos aspectos *negativos* do *Plea Bargain*.

Diria, inclusive, que este aspecto é o principal motivo pelo qual o *Plea Bargain* norte-americano sofre as duras críticas a ele direcionadas pelos pesquisadores pátrios, ou até mesmo norte-americanos ou de outros países – o que é exacerbado por obras como o documentário “A 13ª Emenda”, que se popularizou recentemente por demonstrar a suposta vitimização de minorias pelo referido sistema –, pois permite que a Acusação busque “cortar caminho”, tentando “intimidar” o Acusado e a Defesa a aceitarem acordos que não necessariamente sejam a eles benéficos. A combinação deste fato com a questão política envolvendo os cargos equivalentes a Promotor e Juiz de direito naquele país, em minha humilde opinião, é o que faz com que *plea deals* e as condenações dele resultantes, por servirem como plataforma de campanha, seja uma verdadeira receita para a distorção do instituto – que, em sua origem, tem exatamente os mesmos objetivos daqueles discutidos neste trabalho, e observados pela experiência prática do magistrado do Estado de São Paulo estudado.

Estabelecida a primeira *guideline*, o aspecto seguinte de maior importância, e que também deveria ser “positivado” como forma de segurança jurídica às Partes, seria a *flexibilização do*

entendimento judicial quanto à redução da pena abaixo do mínimo legal pela atenuante da confissão (art. 65, III, d, CP).

Ora, se o “menor” benefício possível previsto para a hipótese é, basicamente, a mera redução da pena mínima pela confissão – considerando estar-se diante de uma situação que não possua atenuantes/agravantes ou causas de diminuição/aumento a se modular, ou regime de pena a se discutir –, *é condição si ne qua non que o magistrado admita a redução da pena abaixo do mínimo legal pelo instituto da confissão.*

Esta parte causa ressalvas em muitos aplicadores do Direito Penal, mas em verdade, analisando-se a *mens legis*, ela é *perfeitamente justa*.

Primeiramente, não há realmente uma “vedação” de que a pena seja aplicada acima do máximo ou abaixo do mínimo cominado em lugar algum da legislação penal brasileira – esta limitação é fruto de anos de discussão/interpretação doutrinária e de Tribunais sobre o assunto, tal qual ocorre comumente com a inalteração da pena de multa na segunda fase da dosimetria da pena, que igualmente não encontra nenhum tipo de fundamentação legal, apenas replicação reiterada de antiquíssimos julgados sobre o assunto, sem qualquer reanálise de sua pertinência hoje, decorridas mais de duas décadas, ou até mesmo do fundamento original da primeira decisão que aplicou referida limitação.

Além disso, a própria *ideia de individualização da pena* vai ao encontro de tal premissa. Ora, novamente, se a individualização da pena busca, por mais próxima ou até mesmo idêntica que seja uma situação de fato, adequar a reprimenda aos mínimos detalhes daquele caso, tratando-se de duas situações hipotéticas idênticas, *o acusado que confessa a prática do delito é essencialmente “diferente” do acusado que, mesmo à frente de todo o arcabouço probatório irrefutável, busca furtar-se à aplicação da lei penal, muitas vezes declarando completos absurdos em seu interrogatório.*

A confissão demonstra, em seu melhor caso, *arrependimento*; e, se não tal sentimento, no mínimo, expõe a *conformação com a pena* e o desejo de *ressocialização rápida* – pela busca de uma reprimenda menor, ou de melhores condições para seu cumprimento.

Ou seja, no “pior” cenário, a confissão espontânea demonstra que o acusado entende o caráter ilícito de sua conduta, sabe que sofrerá a – justa – aplicação da lei penal e, buscando mais rapidamente retornar ao convívio de seus pares, decide encurtar a marcha processual admitindo sua conduta, em vez de tentar, como muitas vezes se vê na prática, produzir “provas” irrelevantes – ou até mesmo absurdas –, que nenhum valor têm para a análise final do feito, e somente servem à prolongação do processo em busca de uma eventual prescrição – que, hoje em dia, com processos virtuais e técnicas de gestão, praticamente não se vê mais, especialmente em casos de Autos de Prisão em Flagrante, onde a eventual necessidade de produção posterior de mais provas, normalmente, é drasticamente baixa, com exceção de detalhes atinentes à materialidades de comprovação meramente técnica (p. ex., laudos periciais definitivos de substâncias entorpecentes, para atestar a existência, em sua composição, de substâncias proibidas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA).

Por se tratar de um entendimento efetivamente minoritário – embora, frise-se, *existente* e, principalmente, *aceito* quando aplicado –, ainda que não necessariamente uma terceira *guideline*, mas um *corolário* da diretriz anterior, diria, seria, em casos de acordo entre as partes, consignar sempre a intimação imediata e, principalmente, a *renúncia ao prazo recursal, de ambas as Partes*.

Este detalhe é o que realmente garante à situação a *celeridade* a ela inerente, pois permite de fato a execução *imediata* da reprimenda “acordada” – lembrando-se, que será sempre *menor* do que aquela que seria porventura aplicada em situações similares após a regular marcha processual, especialmente em se considerando que, em determinados locais, o Promotor de Justiça que participa da Audiência de Custódia não necessariamente será aquele que receberia os autos em Gabinete, ou em seu Sistema Eletrônico, para intimação da sentença prolatada – o mesmo ocorrendo com a Defensoria Pública, quando fosse caso de sua atuação –, o que poderia ensejar em uma situação de mal estar *interna corporis* por eventual discordância acerca do acordo firmado em audiência.

Seguindo adiante, fixados os limites de *aplicação em casos de flagrante*, de *possibilidade de redução da pena abaixo do*

mínimo legal pela confissão espontânea e de renúncia ao prazo recursal em caso de sentença proferida com base na negociação prévia, o próximo ponto de relevância seria o *alinhamento entre Ministério Público, Defesa e Juiz acerca das modulações de acusação possíveis/aceitáveis*.

Aqui, em se tratando de “regulamentação” – entendida como qualquer forma de positivação dos parâmetros por um órgão superior –, provavelmente estar-se-ia aproximando de uma figura similar à Resolução 181 do CNMP, que efetivamente prevê as alternativas viáveis à persecução penal em caso de acordo com o órgão ministerial, ao menos em essência, no sentido de que provavelmente haveria um rol – taxativo ou exemplificativo – de onde retirar as ideias/possibilidades para aplicação a cada caso concreto, conforme a ele melhor se amoldasse.

Porém, ainda que se trate de uma “positivação em âmbito micro gerencial”, ou seja, para aplicação *apenas em uma determinada Comarca* – ou até mesmo em uma determinada *Vara* de uma Comarca –, o ideal é que, novamente, seguindo a própria lógica a premissa em si, sempre se “coloque as cartas à mesa”.

Grande parte da ideia advém da criatividade do Ministério Público, da Defesa e do Juiz, de vislumbrarem, em cada situação em que a ideia de Justiça negociada seja viável, a miríade de opções à sua disposição, tendo sempre em mente que o Sistema, em si, funciona com base na *anuência múltipla*, portanto, é de suma importância que todos os envolvidos estejam, por assim dizer, “na mesma página” quanto ao que pode ser oferecido/acordado, e que será ulteriormente homologado por sentença após a audiência de instrução e julgamento.

Vale dizer, de nada adianta tentar aplicar a ideia, apenas para se deparar com a não-homologação do que restou acordado porque, por exemplo, o magistrado responsável “traça sua linha” – estabelece o limite daquilo que considera aceitável – em “relevar uma causa de aumento”, ou seja, o Ministério Público decide denunciar sem a causa de aumento, mas o magistrado não concorda em assim sentenciar o feito; ou aplicar um regime de cumprimento de pena menos gravoso do que aquele previsto para o *quantum* de pena aplicada; ou em aceitar o acordo

“simples” – a mera confissão espontânea com redução da pena – para reincidentes específicos, etc.

Não se está aqui defendendo a liberdade *total* de negociação, sem intervenção do Poder Judiciário – embora seja partidário da ideia, em princípio –, tampouco se estabelecendo onde deveriam ser traçados os limites, mas apenas deixando claro que *é de suma necessidade a discussão prévia deles*, se existentes – especialmente por parte do Ministério Público e do Juiz.

Novamente, se a principal ideia que embasa a aplicação da premissa advém da *segurança jurídica*, não há como se falar em um acordo que não seja homologado por uma das hipóteses acima mencionadas, pois isso não apenas demonstra a total falta de preparo dos envolvidos, mas, principalmente, insere *dúvida* na Defesa sobre a credibilidade das negociações anteriores e posteriores, o que compromete o próprio funcionamento do Sistema que se busca propor, afinal, colocando de forma simples, se não existe um bom diálogo entre os atores envolvidos – como uma situação desta viria a evidenciar –, não há como esperar que se possa buscar uma solução rápida que é, basicamente, *baseada no diálogo entre os atores envolvidos*.

Estabelecidos, então, as diretrizes de *aplicação exclusiva a flagrantes, redução da pena abaixo do mínimo pela confissão, renúncia ao prazo recursal*, e das *modulações possíveis/aceitáveis*, a bem dizer, já se estaria diante de um “esqueleto sistêmico” que permitiria a implantação da ideia empiricamente, caso assim desejassem os atores envolvidos no âmbito trabalhado.

Importante ressaltar que cada uma dessas *guidelines*, aqui extremamente resumidas, seria motivo para inúmeros artigos e parágrafos em uma regulamentação expressa, isso sem levar-se em conta a parte de *viabilização prática* exposta no primeiro capítulo, que envolve toda uma preparação de diversos órgãos envolvidos no ato, além da alteração de suas rotinas advindas desta adaptação a, por falta de uma expressão melhor, “nova realidade”.

Feita a breve ressalva anterior, a título de contextualização, a *guideline* seguinte de maior importância seria *adaptar a premissa e sua aplicabilidade à verificação posterior materialidade*, quando necessária.

A questão, aqui, advém da própria Teoria Geral do Crime, e da análise dos conceitos de *conduta*, *tipicidade* e *imputabilidade*. De forma resumida, surge pelas questões envolvendo os chamados *delitos putativos* ou *crimes putativos*, que, com a despontada do tráfico de drogas como o crime de maior proliferação – e, portanto, que mais vezes será submetido a Audiências de Custódia – acaba por tornar relevante a preparação prévia para se lidar com a questão, como se verá.

Sem buscar um grande aprofundamento teórico – por não ser este aspecto o foco da pesquisa –, a situação-problema que se enfrenta na prática advém do fato de que, conforme já explicitado anteriormente, vez por outra, “traficantes” são presos *sem estarem de fato traficando drogas*, seja por estarem vendendo substâncias adulteradas sem seu conhecimento, seja porque a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ainda não atualizou sua Portaria para prever a substância em questão como de uso ilegal e comercialização proibida, ambas as últimas condições necessárias à própria configuração do delito.

Não se questiona aqui o “traficante” que *sabe* vender substância comum como ilegal – para citar exemplos práticos já encontrados, farinha/açúcar como cocaína; orégano/folhas secas como maconha, etc. –, pois neste caso o conduzido não teria *qualquer* incentivo para realizar um acordo, por *saber* da atipicidade dos atos que pratica, e que nenhuma responsabilização penal deles poderá advir.

A ideia, aqui, é focada no “traficante” que *acredita ser, de fato, um traficante*, por total desconhecimento da situação real e das regras de tipicidade e imputabilidade. Ora, se a ideia é, acima de tudo, *beneficiar o acusado*, então um acordo que envolva *qualquer tipo* de reprimenda, numa hipótese como esta, seria totalmente *nulo*, por ser a ele efetivamente mais prejudicial do que a aplicação simples da legislação em vigor – pela inexistência de conduta delituosa.

Por mais que se busque celeridade e se converse com os atores envolvidos, ainda assim, existem processos técnicos que simplesmente *não podem ser acelerados o suficiente*. Para citar o exemplo específico envolvido, por mais que o APF venha instruído com um *laudo de constatação*, e que doutrinária e jurisprudencialmente este documento seja suficiente à

configuração da materialidade *para fins de flagrância*, certo é que, para fins de *condenação*, a materialidade terá que ser atestada por *laudo definitivo*.

Buscando um exemplo da experiência do Juiz de Direito Jean Vilbert, mesmo com toda a estrutura “a postos”, e sabendo da celeridade de julgamento dos casos – e, portanto, da sua própria desoneração com perícias posteriores e afins –, o Instituto de Perícias local, diante da desumana carga de trabalho à qual está submetido – como estão, basicamente, *todos* os institutos de perícia nacionais –, não conseguia realizar o laudo definitivo em menos de 5 (cinco) a 10 (dez) dias.

Isso significa que, diversas vezes, um “traficante” preso em flagrante, certo do resultado final do processo, já teria firmado acordo envolvendo, muitas vezes, o início do cumprimento da reprimenda aplicada, *sem saber se sua conduta realmente foi típica*.

É para este tipo de situação – e outras similares – que é importante ter em mente um funcionamento “diferenciado” do Sistema em para os casos em que a averiguação da materialidade seja questão eminentemente *técnica*, e não de mera interpretação/análise.

Na experiência do magistrado do Estado de São Paulo, a solução aplicada à hipótese específica aqui aventada foi a de suspender o julgamento, convertendo-o em diligência, e aguardar a remessa do laudo definitivo, o que normalmente ocorria em poucos dias. Após, manifestando-se as Partes – em adendo às alegações finais anteriores –, o feito era concluso para prolação de sentença.

Alternativamente, solução ainda mais célere e que, a meu ver, é a que melhor atende o binômio de manter-se a ideia da celeridade combinada com a busca de uma melhor condição ao acusado, seria a de sentenciar os casos “sob condição suspensiva”, ou seja, o acordo seria válido e a sentença teria aplicabilidade imediata – diante da renúncia do prazo recursal pelas partes –, *desde que o laudo definitivo apontasse a materialidade do delito*.

Aportando o laudo com a constatação da materialidade “pendente”, o processo seguiria seu curso normal; advindo informação conflitante ou excludente de tipicidade, a sentença seria revogada, aplicando-se ao caso a absolvição sumária –

ainda assim, atingindo-se igualmente o resultado final do processo em tempo recorde.

Não entendo por necessária a manifestação das Partes, eis que se trata de questão meramente técnica, ou seja, atestada formalmente a materialidade, a manifestação das Partes em sentido contrário seria irrelevante. Comprovada a ausência de materialidade, o feito seria extinto, igualmente, independentemente da manifestação.

A ideia pode parecer estranha a uma primeira análise, porém, nada mais é do que a aplicação expedita daquilo que, hoje, já é praticado em todos os Tribunais e no Primeiro Grau de Jurisdição, afinal, o magistrado pode embasar uma prisão preventiva com base na materialidade do APF – apoiada em laudo de constatação –, apenas para revogá-la posteriormente, inclusive com eventual arquivamento dos autos, em caso de juntada de laudo pericial que afaste de fato a materialidade anteriormente existente até aquele momento.

Ainda que se pense na questão envolvendo a coisa julgada, igualmente, nosso ordenamento está repleto de situações em que a sentença definitiva pode – e deve – ser revista à luz de provas novas, *quando benéfico ao sentenciado*, o que ocorre em casos como este, de afastamento da materialidade.

Pensando-se do ponto de vista *prático*, inclusive, há quem possa argumentar que a solução do magistrado é *melhor* do que o funcionamento que temos hoje, já que a sentença fica “suspensa” e, portanto, até a vinda do elemento faltante de materialidade, não há lançamento de nome no Rol dos Culpados, não há configuração de reincidência, não existe início da execução da pena, enfim, contornam-se de forma orgânica todas as circunstâncias que normalmente envolvem um considerável problema para serem adequadas posteriormente, quando ocorre uma situação de descriminalização de conduta ou até mesmo mera redução de pena em sede de Revisão Criminal – como dito, a adequação de *dosimetria* é a reforma mais comum em sede de recursos criminais no Estado de Santa Catarina.

Aproveitando o gancho a respeito das Revisões Criminais, outra questão extremamente interessante e que, em uma exposição de diretrizes norteadoras, não poderia deixar de constar, é a questão atinente a eventuais *recursos*.

Como mencionado anteriormente, o corolário da ideia de justiça negociada é, até mesmo por questões de *boa-fé*, a renúncia a eventuais recursos, afinal a ideia de recorrer de uma decisão com a qual não se concorde não se coaduna com a ideia de uma decisão advinda de acordo comum entre as partes – ressalvadas questões atinentes a lesão, coação, indução em erro, etc.

Porém, infelizmente, a má-fé é “parte integrante” das relações jurídicas em essência; não no sentido de que está presente em todas, mas no sentido de que é uma realidade à qual precisamos nos antecipar, e não antever situações que as envolvam é deixar-se aberto a problemas futuros de natureza grave, portanto, seria um lapso quase que imperdoável não se ater a isto, ainda que brevemente.

A principal preocupação seria a exploração, pela Defesa, do conceito de *reformatio in pejus indireta*, garantindo o “processo penal lento”, e, por exemplo, ao mesmo tempo a certeza da aplicação da pena abaixo do mínimo legal ao final de toda a instrução.

Diz o referido conceito, conforme referendado pelo renomado Instituto de Ensino Luiz Flávio Gomes:

Na *reformatio in pejus* a pena imposta ao réu não pode ser agravada quando apenas ele houver apelado da sentença. [...] A proibição da “*reformatio in pejus*” indireta decorre deste princípio. [...] A doutrina majoritária afirma que a nova sentença não pode piorar o gravame anteriormente imposto ao réu. Isso porque o recurso foi interposto somente pela defesa, restando o trânsito em julgado para a parte acusatória. Assim, no mesmo sentido da proibição da “*reformatio in pejus*”, não pode ser piorada a situação do réu. (TAVARES, 2008).

Esta foi, desde o início, uma preocupação que permeou os trabalhos em volta da elaboração da ideia em si: como evitar os recursos de má-fé, visando se aproveitarem do conceito de *reformatio in pejus indireta*? Afinal, considerando o choque de paradigmas que a premissa causa aos operadores “clássicos” do Direito, não é absurdo imaginar a anulação de sentenças desta natureza – embora, como se vá demonstrar adiante, não haja

nenhum fundamento para tal –, pela simples questão de ser um procedimento “diferente”, expressão aqui utilizada em paráfrase à Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, quando se deparou pela primeira vez com a questão da aplicação da ideia pelo Juiz de Direito Jean Vilbert em sua atuação regular como magistrado titular da Comarca de Santa Cruz das Palmeiras – coincidentemente, na análise de um *habeas corpus* impetrado – de má-fé – pela Defesa, após prolação de sentença benéfica ao réu nos termos acordados entre Ministério Público, acusado e seu Defensor *regularmente constituído* (ou seja, sequer estando-se diante da mencionada questão de divergência de entendimento *interna corporis*, mas de um mesmo Defensor que firmou um acordo benéfico para, então, recorrer do referido acordo).

Bom, a primeira solução prática para a questão seria, colocando-se de forma simples, a utilização de recurso adesivo do Ministério Público quando do oferecimento de suas razões. Ora, havendo recurso de ambas as Partes, eventual anulação restauraria o processo ao seu início, e portanto, não haveria de se cogitar estar o magistrado adstrito à condenação acordada anteriormente pelos atores da relação processual.

Porém, considerando os constantes entendimentos distorcidos que vemos no nosso ordenamento “em homenagem à ampla defesa” e “por ser mais benéfico ao acusado”, não seria impensável cogitar que simplesmente se deixe de aceitar recursos adesivos da Acusação nestas circunstâncias, por mais absurdo que isso soe, portanto, o ideal seria buscar uma solução através da análise mais aprofundada da questão – recursos de má-fé do Ministério Público, por sua vez, são uma questão mais simples de lidar, eis que a própria *unidade* e *indivisibilidade* inerentes ao Ministério Público derrotam a hipótese em seu nascedouro.

Voltando os olhares a eventuais recursos de má-fé da Defesa, ao elaborar a ideia, o que se notou é que a questão era, basicamente, *política*, ou seja, os Tribunais *anulariam* decisões, se assim desejassem, *mesmo sem nenhum fundamento para fazê-lo*, portanto, não adiantava se preocupar com este aspecto, o que reduziu a preocupação apenas quanto à questão *jurídica* envolvida, ou seja, se *juridicamente* haveria motivo a embasar eventual recurso.

Analisando-se a premissa e sua aplicação até aqui sugerida – e observada na prática –, o que se tem é, essencialmente, uma situação “diferente”, sim, mas *perfeitamente legal*, e, mais do que isso, para todos os efeitos, *não atacável por recursos* – ao menos do ponto de vista *processual* e *material* – novamente, *politicamente* falando, se assim desejar o Tribunal local, será encontrado fundamento para o recebimento e julgamento do recurso, ainda que interposto de má-fé e sem fundamentação legal.

Primeiramente, *processualmente* falando, a questão da intimação das partes em audiência é ponto totalmente superado, eis que não há qualquer discussão de seu cabimento – ressaltando-se que mesmo o Ministério Público, a Defensoria Pública e outros órgãos que gozem da prerrogativa de intimação *peçoal*, portanto em gabinete ou através de publicação posterior em Portal Eletrônico, *podem perfeitamente abrir mão da prerrogativa se assim desejarem*.

Isso significa dizer que, se não houver insurgência dos órgãos mencionados quanto à sua intimação da sentença no ato de sua prolação, não há que se falar posteriormente em prejuízo, eis que concordaram com o ato praticado – sem necessidade de repisar, aqui, o completo absurdo que representa a exigência de intimação posterior, para abertura de prazo recursal em gabinete, daquela que foi uma sentença essencialmente *acordada entre as Partes*.

Quanto à renúncia recursal manifestada imediatamente, como dito anteriormente, nem sequer vale, aqui, adentrar no *mérito* da questão, pois também é um ponto completamente irrelevante, já que mero corolário lógico de uma sentença proferida *com base na vontade das Partes*, limitando-se a ressaltar, novamente, que é ato perfeitamente válido – e, inclusive, algo que acontece com certa frequência quando a Defesa logra êxito em obter condenação em regime aberto ou convertida em penas restritivas de direitos, até mesmo como forma de dissuadir eventual recurso do Ministério Público, além de ser, muitas vezes, melhor para o sentenciado, que inicia – e, portanto, ulteriormente conclui – mais rapidamente o cumprimento de sua obrigação para com a Justiça.

Ora, se é perfeitamente possível que a intimação das partes ocorra *no momento da prolação da sentença*, e sendo de seu inteiro direito a *renúncia ao prazo recursal*, somente resta

analisar se condenações proferidas nos moldes acima, *materialmente*, trariam em seu bojo algum vício ou prejuízo à Defesa, a ensejar eventual recurso – já que, conforme visto, *processualmente* inexistente qualquer mácula no ato.

A sugestão de aplicabilidade da ideia – inclusive observada na experiência paulistana – inclui o *comparecimento imediato* de vítimas e testemunhas ao Fórum, para prestarem depoimento judicial em caso de oferecimento da denúncia após o término da Audiência de Custódia, *em havendo interesse da Defesa, de apresentar sua peça prontamente e seguir para a fase de instrução* – novamente, corolário lógico da ideia de *justiça negociada* –, ou seja, a opção é deixada *inteiramente* a cargo da Defesa, como melhor lhe aprouver.

Ora, pelo já demonstrado anteriormente, *processualmente* falando, não há *qualquer* impedimento para o oferecimento expedito da denúncia, muito menos para a citação pessoal realizada no ato – uma vez recebida a exordial acusatória – e, *por opção da Defesa*, oferecimento imediato de sua resposta, ocasionando a preclusão consumativa de todos os prazos que obstarão a marcha processual nesta etapa.

Considerando, então, que ao Juiz que recebeu a denúncia é perfeitamente lícito analisar a resposta e, em não se tratando de absolvição sumária – hipótese em que nem sequer se discutiria a ideia aqui exposta, afinal –, mover para a fase seguinte, nada obsta que seja agendada a audiência de instrução e julgamento para o mesmo dia, minutos depois da decisão, lembrando que todos aqueles que precisariam ser intimados/requisitados para o ato *já estariam presentes* – inclusive testemunhas abonatórias de Defesa, se bem organizado o funcionamento do instituto.

Isso significa que, mesmo em eventual condenação proferida *no dia do flagrante*, a sentença estaria embasada em provas *materiais* e *testemunhais* da infração – colhidas, estas últimas, *judicialmente, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa* –, lembrando-se que, por se tratar o aceite da sentença negociada de prerrogativa *exclusiva* da Defesa e *sempre a ela mais benéfica*, estaremos diante, também, de prova por meio de *confissão espontânea* – que não virá isolada nos autos, o que *poderia* ensejar algum tipo de nulidade/prejuízo material à

Defesa, com base nos entendimentos hoje dominantes nos Tribunais pátrios.

Esta questão, por si só, contorna a previsão jurisprudencial da impossibilidade de condenação com base somente em provas colhidas durante a fase de investigação – ressalvadas as provas cautelares, antecipadas e impossíveis de repetição –, bem como aquela atinente à condenação com base exclusivamente na confissão do acusado – que, embora muito criticada, também tem ampla aceitação em âmbito nacional.

Superada, então, a ideia de qualquer prejuízo ou nulidade pelo *procedimento* em si, cabe, por fim, analisar a questão de seu *resultado*.

Como já se disse anteriormente, a principal beneficiária da ideia exposta neste trabalho é a *Defesa*, incluindo aqui a figura do próprio acusado, portanto, a principal questão que embasa sua aplicação, em busca de uma melhor e mais célere ressocialização, é encurtar-se o procedimento *em troca de situação mais favorável ao sentenciado*.

Ora, se o principal cerne da questão é *ser mais favorável ao sentenciado*, a verdade é que simplesmente *inexiste qualquer fundamento real para recurso defensivo*, eis que, além de, conforme já demonstrado, não haver nenhum tipo de nulidade *processual* envolvida, não há, em verdade, *qualquer prejuízo a ser alegado*, nem mesmo *materialmente*.

Estamos, aqui, diante de uma combinação de denúncia e sentença que, a título de exemplos, *imputou-lhe menos crimes*; ou *imputou-lhe conduta menos grave*; ou *aplicou-lhe pena menor do que a normalmente cabível em situações análogas* – às vezes, até mesmo abaixo do mínimo legal, mesmo sem a existência de causas de diminuição –; ou *determinou o cumprimento em regime menos gravoso do que o previsto para o quantum de pena aplicada*; ou, até mesmo, *substituiu uma pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em hipótese que, normalmente, não seria objeto de substituição em situações similares*.

Ou seja, *objetivamente* falando, *todas* as possibilidades são essencialmente *mais favoráveis à Defesa do que o regular trâmite processual*, lembrando, novamente, que não se trata de *imposição* do “rito diferenciado” aqui exposto – que nada mais é do que a obtenção de celeridade máxima no rito comum, portanto, totalmente dentro dos conformes da legislação

processual penal vigente –, mas de sua aplicação *de comum acordo entre as Partes*, visando precipuamente *beneficiar o acusado* – embora os ganhos indiretos afetem todos os demais atores envolvidos, direta ou indiretamente.

Isso significa dizer que, objetivamente falando, *não existe fundamento para recurso* da referida sentença por parte da Defesa – ressalvadas questões atinentes a erros, provas novas, etc., já mencionadas anteriormente –, ou seja, como dito previamente, barrando uma intervenção *política* dos Tribunais, *juridicamente* falando, a premissa é perfeitamente válida – e foi referendada pelo Estado de São Paulo quando, conforme já mencionado, foi de fato objeto de um *habeas corpus* impetrado de má-fé.

Demonstradas, até aqui, todas as etapas e *guidelines* necessárias para a aplicação da ideia – e sua eventual positivação –, tratando-se principalmente de questões *intraprocessuais*, assim entendidas aquelas relativas às adaptações possíveis versando diretamente sobre o caso concreto, uma última questão que merece destaque, não a título de *guideline*, mas como *sugestão/lembrete*, é chamar atenção para as possibilidades de negociação com base em questões *extraprocessuais*, ou seja, não diretamente ligadas ao fato apurado no caso concreto.

Aqui, o principal destaque que se faz, é para a colaboração premiada prevista na Lei 12.850/13, seus prêmios e, principalmente, o fato de que, conforme entendimento atual dos Tribunais Superiores, seu rol é meramente *exemplificativo*, ou seja, concede aos aplicadores *liberdade total* para oferecer o acordo que melhor se amoldar ao caso concreto, com base nos resultados.

Claro que as demais legislações que prevêem formas de delação premiada merecem igual destaque, mas diante da realidade da sociedade moderna, em que delitos envolvendo tráfico de drogas ou indiretamente ligados a ele – por exemplo, o furto praticado como forma de se levantar fundos para *adquirir* drogas; ou o homicídio praticado por disputa entre traficantes –, tal previsão ganha especial importância diante das possibilidades envolvidas. Até mesmo um simples *usuário* de drogas pode, dadas as circunstâncias ideais, ser um valoroso colaborador da Justiça, indicando locais de ocorrência de narcotraficância,

modus operandi da organização criminosa local, identificação de seus membros, etc.

Diante da proliferação quase que epidêmica do referido crime e daqueles a eles ligados, mister se faz estarem os atores da relação processual sempre preparados e atentos, não se limitando a oferecer os “acordos simples”, mas amoldando o benefício oferecido ao caso em questão e ao potencial de sucesso e efetividade da colaboração prestada, quando for o caso, para atingir uma maior efetividade no combate a esta vil forma de criminalidade, que assola a sociedade brasileira em grau extremo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu ao longo do presente estudo, a aplicação do *Plea Bargain* nas Audiências de Custódia não apenas é uma proposta atraente do ponto de vista da análise econômica do Direito, mas também da efetividade da Justiça e até mesmo da efetivação de direitos e garantias fundamentais da pessoa presa – como, por exemplo, a possibilidade de ver-se finalmente respeitado o princípio da homogeneidade –, evitando-se os encarceramentos desnecessários ao mesmo tempo em que se reduz a sensação social de “impunidade” (conforme concepção popular do termo), mesmo nos casos de soltura, diante do trânsito em julgado imediato da sentença condenatória e do início de sua execução, o que dá ao Estado e, conseqüentemente, à sociedade, melhores ferramentas de acompanhamento e controle do comportamento social do flagrado.

Do referido ponto de vista do aspecto econômico do Direito, baste mencionar que o tempo médio de duração de um processo criminal com réu preso, em Santa Catarina, na Comarca da Capital, é de cerca de 6 (seis) meses, e, sem sequer levar em conta todos os custos de estrutura envolvidos e os salários dos membros e servidores do Poder Judiciário, Ministério Público e, eventualmente, Defensoria Pública, em último censo sobre o assunto, o custo médio mensal de manutenção de um preso no Sistema Prisional catarinense era de aproximadamente R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), ou seja, a aplicação do instituto economizaria aos cofres públicos, *por processo*, R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), *antes de se considerar os custos operacionais*, apenas pela desnecessidade do encarceramento preventivo.

Levando-se em conta que nem sempre há apenas *um* conduzido em cada Auto de Prisão em Flagrante, esse número poderia facilmente aumentar de forma exponencial, mas ainda que trabalhe com a hipótese de apenas um preso por Flagrante, com uma folgada margem diária de 5 (cinco) Audiências de Custódia na Comarca da Capital (em finais de semana, esse número facilmente atinge o patamar de 8-9 audiências/dia), *cada dia* de aplicação da experiência poderia poupar aos cofres públicos até R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) a curto prazo – não se considerando eventuais retornos

por reiteração criminosa –, ou seja, poder-se-ia falar no *piso* de uma economia *semanal* de R\$ 840.000 (oitocentos e quarenta mil reais), facilmente podendo atingir o *teto* de quase R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) – novamente, considerando-se *apenas o custo de manutenção da pessoa encarcerada*, segundo informações do próprio Governo do Estado, sem sequer entrar no mérito dos *demais* custos envolvidos na operação, bem como nos ganhos intangíveis – especialmente para a pessoa que seria encarcerada –, que, como o nome já diz, são praticamente imensuráveis.

Em uma época em que se estudam constantemente formas de redução dos custos e, principalmente, de abreviação do processo – como se verifica pela experiência do CNMP e até mesmo pelo entendimento atual do STF, com a determinação da execução imediata da pena após o julgamento em segunda instância –, a ideia apresenta ganhos extremamente relevantes, que não há como não se levar em consideração diante da experiência prática analisada no primeiro capítulo, ou seja, mais do que uma teoria, é possível ver os resultados obtidos, demonstrar materialmente todos os ganhos gerados com a sua aplicação empírica.

Novamente se ressalta que a ideia aqui esboçada – e demonstrada – não representa uma panacéia que instantaneamente seja capaz de resolver o assoreamento das Varas Criminais do Brasil, o que, em verdade, é um problema endêmico de enorme magnitude, mas como o próprio magistrado estudado mencionou, sem sombra de dúvidas, é um ponto de mutação, representa a disposição coletiva em buscar, de fato, soluções para os problemas atualmente verificados, em vez da simples “administração do caos” que se vê em muitas Comarcas e Varas.

Além disso, a ideia também incentiva e coloca em foco outro grande ponto de organização e otimização judicial que facilmente se olvida, qual seja, o julgamento dos feitos na audiência de instrução e julgamento, tal qual preconiza o Código de Processo Penal, relegando-se a análise de feitos em gabinete para casos realmente complexos ou exceções extremas.

Informalmente pesquisando na Comarca da Capital, no Estado de Santa Catarina, os magistrados que proferem sentenças criminais de mérito em audiência de instrução e julgamento – descartados os casos de pedido de absolvição pelo

próprio Ministério Público em sede de alegações finais, que acelera exponencialmente a prolação pela reduzida necessidade de fundamentação, diante da consequente inexistência de recursos (ainda que se saiba que, academicamente falando, o interesse recursal da Defesa persista, o que se vê na prática é o interesse mútuo no rápido trânsito em julgado do decreto absolutório) –, geralmente, o fazem através de relatórios simplificados e fundamentações orais (permitidos pela CGJ/SC), o que relega ao Termo de Audiência somente a dosimetria (embora exista certa divergência quanto à necessidade de elaboração por escrito desta etapa, quando adequadamente isolada em arquivo de áudio separado do restante, facilitando a eventual análise pelo Tribunal *ad quem*) e a parte dispositiva da sentença, o que, com um pouco de prática e reiteração, representa um acréscimo no tempo da audiência de cerca de 10-15 minutos, considerando-se um caso “simples”, do ponto de vista meramente estatístico – ou seja, algo facilmente comportado em uma Pauta de Audiências regular.

Por outro lado, com o advento do processo virtual e a consequente necessidade de que a assessoria do magistrado assista novamente aos vídeos das audiências quando da prolação de sentença em gabinete – porque muitas vezes não acompanharam o ato, por estarem cuidando de outros afazeres –, bem como considerando que, nestes casos, o relatório e a fundamentação se mostram muito mais complexos pela redução a texto, o tempo médio de prolação da mesma sentença criminal – considerando-se um trabalho de mínima qualidade – é de cerca de 2 (duas) horas.

Acrescendo-se ao tempo a eventual correção e conferência do magistrado, antes da efetiva prolação, facilmente se atinge o patamar de 2 horas e 30 minutos, ou seja, efetivamente falando, cada prolação de sentença oral poupa àquela equipe, de forma bruta, mais de 2 (duas) horas de trabalho (ou cerca de 1/4 a 1/3 do expediente regular de um colaborador que não seja estagiário). Em uma pauta de audiências minimamente preparada, que comporte 3 (três) audiências por expediente (um número bem modesto, que facilmente pode ser ampliado em caso de necessidade extrema do setor), *cada dia* de audiências julgadas rende o *dobro* do

resultado (ou seja, o magistrado resolve três casos, enquanto um assessor resolve outros três, no mesmo tempo).

Os números acima significam, basicamente, que esta pequena alteração procedimental – basilar para todo o resto da ideia aqui preconizada – literalmente dobra a produção, no mínimo – e aqui não se está sequer considerando o tempo dos demais colaboradores envolvidos nos casos em que a audiência se limita apenas às oitivas, que precisam intimar partes, controlar prazos, etc.

Aplicado à teoria estatística de duração média do processo como um todo na mesma Comarca, ainda que a Audiência de Custódia (que hoje dura no máximo 15 minutos), ampliada pelos demais procedimentos de instrução explicitado, resulte em um tempo de cerca de 1 (uma) hora extra por procedimento – novamente, sem sequer considerar os colaboradores cartorários ou todas as decisões interlocutórias proferidas ao longo do feito, e focando somente na equipe de assessoria – uma hora e meia de trabalho (para aferir certa margem de segurança) substituem duas horas e meia posteriores. Em tempo de duração processual, uma hora e meia substituem seis meses de trabalho (e deixo aqui em aberto os cálculos sobre quanto de produtividade pode ser alocada neste tempo, simplesmente por não haver uma forma direta de fazê-lo sem um estudo próprio sobre o assunto, tamanho são os ganhos).

Considerando que, conforme apurado em diversas pesquisas internacionais, a sociedade brasileira é a mais litigiosa do mundo (um processo para cada dois habitantes), e diante também de uma constante enxurrada de casos frívolos que impressionariam até mesmo o mais severo crítico dos chamados *Stella Awards* – “prêmio” dado aos casos frívolos mais inusitados dos Estados Unidos, que constantemente circulam pela internet pelo absurdo dos julgamentos, embora muitas vezes se distorça o resultado final em busca de maior impacto e acessos –, a verdade é que uma “ferramenta” (com a licença do uso equivocado do termo, por se tratar, em verdade, de um *conjunto* de ferramentas, quase que equivalentes a seu próprio microsistema, como se viu no capítulo final) com um impacto como o demonstrado e, a bem dizer, com tamanha simplicidade de implantação, precisa não apenas ser estudada, aperfeiçoada e difundida, mas, acima de tudo, aplicada.

Espera-se, com a conclusão deste trabalho, que tal qual já vem ocorrendo no Estado de São Paulo, onde diversos outros magistrados começaram a procurar o Juiz estudado neste trabalho para trocarem informações, experiências e, principalmente, replicarem a ideia em suas Comarcas, que muitos outros magistrados, membros do Ministério Público e Defensores Públicos, inspirados pela experiência positiva, busquem, em suas áreas de atuação, realizar projetos similares, contribuindo não apenas para a evolução da ideia e do instituto, mas como forma de impulsionar a discussão em foros maiores acerca do assunto, efetivamente permitindo a sua regulamentação legislativa – talvez até em moldes similares à inédita Lei n. 12.850/2013 –, para permitir sua ampla aplicabilidade.

Mesmo que a regulamentação legislativa, em si, possa ser um processo mais lento e que necessite, ainda, de muita discussão – e, infelizmente, negociação, como ocorre com todas as legislações nacionais –, ao menos se espera que a forma aberta pela qual é proposta a regulamentação da matéria possibilite que Órgãos de Gestão Superior do Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública possam, em seus âmbitos, baixarem Resoluções, Informativos, Instruções ou similares, dando aos seus membros ferramentas para balizar a sua atuação prática e permitindo que se incentive aqueles mais reticentes através da invocação de sua própria legislação interna sobre ao assunto – afinal, é muito mais fácil ao Defensor Público de uma determinada Comarca convencer o Promotor de Justiça a oferecer os benefícios mencionados quando se alicerça em Resolução, ou equivalente, do próprio Ministério Público, e não apenas da Defensoria Pública, ou em uma ideia teórica.

Mesmo que tal forma de regulamentação seja inviável a curto prazo, ou encontre resistência maior dos mencionados Órgãos da Administração Superior – notoriamente compostos de membros mais antigos e, por tal motivo, mais apegados às suas concepções baseadas em realidades processuais, ou mesmo sociais, não mais vigentes –, espera-se que o balizamento exposto no capítulo final possa servir de guia àqueles que simplesmente decidirem, tal qual o magistrado estudado, implantar a ideia no âmbito de suas competências, utilizando-o

como marco teórico para o início de suas próprias discussões – e porque não dizer, regulamentações – locais.

Apenas para ilustrar as possibilidades envolvidas, encerrar-se-á esta exposição com um exemplo prático – dos inúmeros similares no período analisado –, ilustrado pelo magistrado paulistano até aqui estudado, começando-se, excepcionalmente, pelo resultado final obtido: basicamente, em menos de uma semana, sem a existência, então, de qualquer investigação prévia por parte da Autoridade Policial local, apenas contando com o auxílio do Ministério Público, da Defesa, do referido magistrado e de alguns conduzidos, a Polícia Civil da Comarca de Santa Cruz das Palmeiras identificou e removeu um grande ponto de venda de drogas local, apreendendo entorpecentes – e, conseqüentemente, retirando-os de circulação –; e começou a investigar uma possível organização criminosa, já com a identificação de alguns de seus membros, o que, possivelmente, renderá o desmantelamento da mencionada organização e a condenação de vários envolvidos, ou, ao menos, um grande enfraquecimento de sua estrutura de funcionamento.

O resultado acima foi possível através da combinação de toda a exposição anterior até aqui feita, e é com este caso que a presente exposição será encerrada, demonstrando o resultado último da ideia posta.

Inicialmente, o ponto de drogas foi identificado com base na indicação, pela Autoridade responsável pela lavratura de um flagrante de furto, de que o conduzido constantemente realizava pequenos furtos na região como forma de levantar fundos para adquirir drogas.

Em troca do não oferecimento de denúncia – substituída, no caso, pela realização de tratamento para dependência química –, o usuário de drogas identificou o local de venda, bem como os responsáveis por sua operação e o *modus operandi* da região apontada.

De posse das informações prestadas, a Autoridade Policial realizou, em poucos dias, incursão planejada no local, realizando a prisão daqueles que lá se encontravam no momento, desmantelando, assim, o ponto de narcotraficância em questão.

Na última notícia que obtive sobre o caso com o magistrado – até mesmo diante do sigilo envolvido –, mediante novo acordo feito com alguns dos conduzidos da situação de narcotraficância acima, que resultou na aplicação de pena

restritiva de direitos – inclusive apesar da reincidência de alguns –, foi possível identificar-se o fornecedor local do referido ponto, e, como dito anteriormente, em menos de uma semana, a contar do primeiro registro de furto, o referido fornecedor havia sido preso em flagrante durante o transporte das drogas, e estava em vias de negociar, em troca de uma pena bem menor do que a usual – em se considerando sua conduta –, a identificação dos grandes fornecedores que traziam a mercadoria de outros Estados.

Resumidamente, fazendo uso judicioso da ideia até aqui exposta, em menos de uma semana, a Segurança Pública logrou êxito em tentar resgatar um usuário de drogas, possivelmente afastando-o da reiteração criminosa, da dependência química e evitando que, uma vez inserido no Sistema Prisional, fizesse contatos que pudessem fazer com que, uma vez solto, não apenas voltasse a cometer crimes, mas delitos mais violentos – a evolução de furtos para roubos, nestes casos, é um exemplo constante que vem à mente –; desmontou um ponto de venda de drogas local, com todos os benefícios advindos de tal procedimento, tanto para a comunidade da região quanto para a sociedade como um todo; tirou de circulação alguns pequenos traficantes de drogas, ainda assim dando a eles a chance de ressocialização pelo não encarceramento prolongado, novamente impedindo, como mencionado acima, que fizessem contatos no Sistema Prisional e dele saíssem piores; identificou e puniu um fornecedor de drogas local, o que se sabe já ser algo extremamente difícil, pois a repressão ao tráfico de drogas, normalmente, cessa com os pequenos traficantes acima mencionados; e estava em vias de identificar grandes articuladores interestaduais de narcotráfica.

Tudo isso, repisa-se, em cerca de uma semana, e em apenas uma (pequena) Comarca. Imagine, agora, o resultado de um trabalho desta natureza em, por exemplo, um ano, implantado e difundido em âmbito nacional.

As possibilidades de ressocialização de criminosos e de ganhos para a Segurança Pública são tantas, que seria necessário um estudo separado apenas para tentar apura-los, ou elaborar uma forma de quantifica-los para permitir a análise econômica adequada da situação.

REFERÊNCIAS

ACRE. Ministério Público do Acre. Ministério Público oferece denúncia em audiência de custódia e obtém condenação de réu em apenas três dias. Disponível em:

<<http://pedromaganem.jusbrasil.com.br/noticias/366183568/ministerio-publico-oferece-denuncia-em-audiencia-de-custodia-e-obtem-condenacao-de-reu-em-apenas-tres-dias>>. Acesso em: 19 set. 2016.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 19 set. 2016.

_____. Decreto n. 678/1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.

_____. Decreto-Lei n. 2.848/1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 3.689/1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. Lei n. 7.210/1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. Lei n. 7.492/1986. **Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. Lei n. 8.072/1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. Lei n. 8.137/1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. Lei n. 8.625/1993. **Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. Lei n. 8.884/1994. **Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. Lei n. 9.080/1995. **Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. Lei n. 9.099/1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. Lei n. 9.613/1998. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.**

Disponível

em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm>.

Acesso em: 19 set. 2016.

_____. Lei n. 10.149/2000. **Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências.**

Disponível

em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10149.htm>. Acesso

em: 19 set. 2016.

_____. Lei n. 11.343/2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)

[2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. Lei n. 12.683/2012. **Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2)

[2014/2012/Lei/L12683.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2)>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. Lei n. 12.850/2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de**

1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. Projeto de Lei n. 8.045/2010. **Novo Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4BD60BE886A394C8115FB36F24CB1583.proposicoesWebExterno1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 10 nov. 2017.

CARVALHO, Natália Oliveira de. **A delação premiada no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de. **Delação premiada.** Revista Jurídica Consulex, Brasília, v. 9, n. 208, p. 24-33, set. 2005.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 213/2015. **Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 19 set. 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução 181/2017. **Dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.** Disponível em: <<http://www.cntp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução 183/2018. **Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16,**

18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: < <http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5586/>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

CORDEIRO, Néfi. **Delação premiada na legislação brasileira.** Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 37, n. 117, p. 273-296, mar. 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. **Acordos de delação premiada e o conteúdo mínimo ético do estado.** Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 54, n. 344, p. 91-99, jun. 2006.

CUNHA, Rogério Sanches (org.); SOUZA, Francisco Dirceu Barros Renée do Ó (org.); CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). **Acordo de não persecução penal (vários autores).** Salvador: Juspodivm, 2017.

FONAJUC. Enunciado n. 9. **Recomenda aproveitamento das audiências de custódia para outros atos processuais.** Disponível em: <<http://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2017/08/FONAJUC-enunciados.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

IBGE. **Censo populacional do município de Santa Cruz das Palmeiras/SP.** Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/santa-cruz-das-palmeiras/panorama>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

MASSON, Cleber. **Dirieto penal esquematizado: parte geral – vol. 1.** 11ª ed. rev., tual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Provas no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 35, n. 111, p. 95-114, set. 2008.

PARÁ. Ministério Público do Pará. Réu é denunciado e sentenciado logo após audiência de custódia. Disponível em: <<http://www.guiadotapajos.com/noticia/2016/08/17/ruropolis-pa-reu-e-denunciado-e-sentenciado-logo-apos-audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 19 set. 2016.

RIEGER, Renata Jardim da Cunha. **Breves considerações sobre o instituto da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Bonijuris, Curitiba, n.537, p. 5-11, ago. 2008.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Resolução Conjunta GP/CGJ n. 6/2015. **Implanta a Audiência de Apresentação na Unidade de Apuração de Crimes Praticados por Organizações Criminosas da Região Metropolitana de Florianópolis**. Disponível em: <

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Resolução Conjunta CM n. 1/2016. **Implanta a audiência de custódia no 1º Grau de Jurisdição do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina**. Disponível em:

<<http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocumento=159010&cdCategoria=1&q=audi%EAncia%20cust%F3dia&frase=&excluir=&qualquer=&prox1=&prox2=&prox=>>. Acesso em: 19 set. 2016.

SARCEDO, Leandro. **A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal.** Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, v. 14, n. 27, p. 191-205, jan./jun. 2011.

SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **O que se entende por “plea bargaining”?** Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924834/o-que-se-entende-por-plea-bargaining>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Julgamento de Medida Cautelar Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

TAVARES, Julia Meyer Fernandes. **O que se entende por "reformatio in pejus" indireta?** Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/607104/o-que-se-entende-por-reformatio-in-pejus-indireta-julia-meyer-fernandes-tavares>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

SILVA, Jordana Mendes da. **Delação premiada: uma análise acerca da necessidade de regulamentação específica no direito penal brasileiro.** Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/jordana_silva.pdf>. Acesso em: 19 set. 2016.

ANEXO I

**ÍNTEGRA DA ENTREVISTA RALIZADA COM O JUIZ DE
DIREITO JEAN THIAGO VILBERT PEREIRA EM 28/06/2018
SOBRE OS PROCEDIMENTOS ADOTADOS PELO
MAGISTRADO PARA A IMPLANTAÇÃO DO PROJETO E
RESULTADOS OBTIDOS NA COMARCA DE SUA
TITULARIDADE**

ENTREVISTA REALIZADA VIA INTERNET COM O JUIZ DE DIREITO JEAN THIAGO VILBERT PEREIRA

1) Como eu menciono durante o trabalho, toda a premissa envolvida parte da ideia do *Plea Bargain* norte-americano, notoriamente mal visto pela nossa doutrina processual penal clássica. O que foi que te convenceu a, mesmo com esta resistência doutrinária, decidir por tentar aplicar a ideia na prática?

Cesare Beccaria já assentava que a certeza da pena, mesmo moderada, causará sempre a impressão mais intensa que uma pena atroz, mas incerta. Sendo o caso de condenação, minha preocupação é com a efetividade do processo (rápida resposta estatal). Não tenho apego à punição. Temos de respeitar a legalidade, claro, mas precisamos também de respostas para a crise de segurança pública que vivemos. A jurisprudência pode contribuir nesse intento.

2) E uma vez aplicada, o que você achou dos resultados?

Foram muito positivos. O comentário geral na cidade foi de que “as coisas estavam funcionando no fórum”. Então, muito longe de incitar a criminalidade (em vista de penas eventualmente menores), o resultado psicológico foi de que a impunidade (processos que se arrastavam) tinha acabado. A impressão que ficava nas audiências era mesmo de efetividade.

3) Um dos pontos centrais da ideia é o fato dela ser sempre efetivamente benéfica à Defesa, o que significa a aplicação, diante da confissão espontânea do conduzido, em casos sem quaisquer outras circunstâncias a serem consideradas, de redução da pena abaixo do mínimo legal, um entendimento que eu sei que você era notoriamente contra, quando se preparava para o concurso da magistratura – e que é algo que com certeza vai afetar muitos Juízes e Promotores que decidirem replicar a experiência. Quão “difícil” foi, para você, mudar seu entendimento nestes casos? Você acha que os ganhos compensam o “sacrifício”, por assim dizer?

Sim. A opinião tem de ser circunstancial. Em um processo garantista monocular, coberto de garantias irrestritas (direito de

não produzir prova contra si mesmo), em que o acusado nada colabora, podendo até mesmo atrapalhar, não vejo razão para redução de pena abaixo do mínimo legal. Agora, em um processo em que prevalece a efetiva colaboração, com abreviação do rito e confissão relevante, não há motivos para se apegar ao formalismo inflexível da pena mínima.

4) Falando diretamente sobre a experiência, em qual Comarca você começou a julgar os feitos no mesmo dia da Audiência de Custódia?

Comecei a experiência na Comarca de Santa Cruz das Palmeiras/SP, e repliquei nas Comarcas que substituí na Circunscrição de Casa Branca/SP.

5) Por quanto tempo você realizou este experimento na referida Comarca?

Durante um período de 8 (oito) meses, apenas, pois logo depois fui promovido para a Capital.

6) Quem eram o(a) Promotor(a) e o(a) Defensor(a) Público(a)?

O Promotor da Comarca era o Dr. Marcelo Fratangelo Ghilardi. No período, nós ficamos sem Defensoria Pública na época, mas a defensoria Dativa assumiu o *munus*, sem qualquer problema.

6.1) Como foram as tratativas iniciais com o Promotor, considerando que grande parte da premissa advém da ideia de modulação das denúncias e aplicação de penas menores?

Inter-relação pessoal é tudo. O promotor de Justiça da Comarca (Marcelo Fratangelo Ghilardi) era extremamente acessível e interessado em um procedimento célere, justo e efetivo. Abraçou a ideia e foi extremamente colaborativo.

6.2) Normalmente, em locais que não contam com a Defensoria Pública, existe um “grupo” de Defensores Dativos, para não onerar apenas um advogado local. Ocorria o mesmo em Santa Cruz das Palmeiras? Quantos advogados

havia, em média, no “rodízio”? E todos aceitaram realizar a experiência sem nenhuma objeção?

Houve uma reunião prévia com a OAB, a qual também recebeu muito bem a proposta. A Vara estava com uma demanda acachapante e precisávamos de ideias que nos permitissem dar efetividade aos procedimentos. Era preciso fazer algo diferente. Houve uma união de esforços.

7) Como foi a conversa inicial com a Polícia local (tanto civil quanto militar), para alinhar a questão de apresentação imediata dos condutores e vítimas/testemunhas para eventual instrução após a Audiência de Custódia?

No início, houve certa resistência. Enviei o documento que segue anexo (atualmente integrando o Anexo II do presente trabalho) para convencê-los das vantagens envolvidas e dos ganhos para a Segurança Pública. Funcionou muito bem e, logo, passaram a apoiar a medida e adotar as providências necessárias ao comparecimento mencionado.

8) Considerando que a Comarca provavelmente era de Vara Única, quantos processos, aproximadamente, estavam represados quando você assumiu? Contando tudo, mais de 29 (vinte e nove) mil. Criminais, cerca de 7 (sete) mil.

9) Qual era a composição da sua equipe de trabalho na Comarca?

Eu tinha dois assistentes e três estagiários no gabinete. O restante da equipe estava no Cartório Criminal: uma diretora e dois escreventes.

9.1) Qual porcentagem do tempo de trabalho deles, você estima, era despendida com a tramitação de processos criminais? Ao final dos 8 (oito) meses de trabalho realizados, você estima que tenha havido alguma diferença nessa alocação das horas de trabalho?

A partir do momento em que assumi a Vara, deixei de alocar qualquer tempo dos assistentes e estagiários em processos criminais. Todos os processos (salvo raríssimas exceções) eram sentenciados em audiência. Os que vinham para conclusão em gabinete eu fazia pessoalmente. O cartório passou

a se concentrar em arquivamentos, processos com prescrição e no cumprimento.

10) Claro que um Plano de Gestão para um acervo desta magnitude não começa com uma ideia só, mas se você precisasse atribuir um ponto principal de trabalho, como base de um Plano de Gestão do ponto de vista de processos criminais, qual seria?

A prolação de sentença na audiência de instrução e julgamento. Eu julgava praticamente todos os feitos já na audiência, então, isso liberava a equipe de Cartório, que não precisava preparar mais atos daquele processo, para cuidar de N outros, o que fez com que a Vara começasse a “rodar” em vez de “patinar” – no sentido de começarmos a atacar acervos e realizar outras medidas de gestão, em vez de simplesmente administrar a rotina diária anterior.

10.1) E você considera que julgar processos criminais novos no mesmo dia de sua distribuição, com a experiência realizada lá, colaborou com essa “liberação” da equipe, considerando que basicamente eram processos novos que necessitavam de praticamente zero tramitação pela equipe?

Colaborou muito. Podíamos nos concentrar nos processos antigos. Com os novos processos praticamente não havia trabalho. Em uma Vara sem atrasos, esse modelo só poderia resultar em melhor qualidade da prestação jurisdicional, não só na celeridade como no próprio conteúdo. Quando fui promovido e deixei a Vara houve comoção. Criei laços de amizade e confiança com os servidores. Vários advogados externaram pesar pela minha saída.

10.2) Em quanto você estima o impacto dessa “liberação” de equipe, em “fazer a Vara rodar”?

Quando saí, após 8 (oito) meses, havíamos conseguido baixar os números em efetivamente 4 (quatro) mil processos. Alguns não somem da estatística, porque nos casos de apelação ainda constam, mas mandamos para execução, arquivo ou remetemos ao Tribunal para julgamento de apelação, de forma líquida, aproximadamente essa quantia. Foi impressionante.

11) Qual era, aproximadamente, o intervalo entre receber as respostas e realizar uma audiência de instrução e julgamento, nos processo de réu preso, quando você chegou à Comarca?

Três a quatro meses.

11.1) E ao final dos 8 (oito) meses, para demonstrarmos o impacto na Pauta de Audiências como um todo, em quanto tempo passou a ser designada uma audiência de instrução e julgamento para réus presos?

A pauta de réu preso estava em torno de 20 (vinte) dias.

12) Em Comarcas de Vara Única, é comum a Pauta de Audiências sofrer com o impacto dos processo criminais, que acabam tomando muito tempo e, por serem normalmente casos prioritários, “enforcam” o magistrado para tentar adequar a Pauta a todos os feitos pendentes. Quando você chegou lá, a situação era similar? Quantos dias por semana, aproximadamente, você dedicava a realizar audiências criminais, e quantos a audiências para os demais feitos?

Terça réus soltos e quinta réus presos. É preciso agendar com a Secretaria de Administração Penitenciária o transporte dos presos. Ela também tem suas limitações. Então não havia como adicionar dias sem prejuízo das Comarcas vizinhas. Quarta e Sexta audiências cíveis e previdenciárias. Segunda era o dia que eu costumava sentenciar processos mais complexos ou marcava audiências que seriam mais longas.

12.1) Ao final da experiência de 8 (oito) meses, essa divisão de pauta persistia? Ou já havia sido possível progredir e remanejar as datas, liberando espaço para outros julgamentos?

Os processos de réu preso (quinta-feira) reduziram muito, de modo que eu podia sentenciar mais nesse dia – a Vara tinha mais de vinte mil feitos.

13) Falando agora sob o aspecto prático “administrativo”, quanto tempo levou da primeira conversa “oficial” com os órgãos envolvidos (já convencidos

Ministério Público e Defesa), até o primeiro dia de aplicação da ideia?

Foram 2 (duas) semanas. Eu avisei o que pretendia fazer e deixei uma carta de intenções. Fui viajar e, na volta, já passei a implementar a ideia.

14) Que estrutura você precisou montar, internamente, de modelos, otimizações de rotinas e similares, para poder começar os trabalhos?

Internamente, montei os modelos de termo de audiência de custódia; decisão de recebimento imediato de denúncia e apresentação da resposta com designação de audiência de instrução e julgamento; e de sentença em audiência. Além disso, procurei instruir muito bem meu Assistente de Sala sobre o que iríamos fazer, como utilizar cada modelo para irmos ganhando tempo durante os atos, e o resultado final esperado. Externamente, foi necessário preparar a PM, a Polícia Civil e a OAB local (pela questão mencionada sobre a necessidade de atuação de Defensores Dativos), para que ficasse tudo redondo. Na verdade, havendo a colaboração externa, internamente é tudo muito tranquilo.

15) Toda a premissa parte da ideia de uma Justiça Negociada, portanto, de algo vantajoso para ambas as Partes. Porém, sabemos que má-fé existe. Houve o protocolo de algum recurso de apelação – por qualquer das Partes –, com relação a estes feitos, no período? Em caso afirmativo, dentre os fundamentos apresentados, em análise preliminar, você se deparou com algum que considerasse válido e ensejasse algum tipo de alteração no seu procedimento?

Tive apenas um HC e a reclamação era que não concedi prazo para a resposta à acusação, o que de nenhuma forma era verdade. Terminada a custódia, o Ministério Público oferecia a denúncia. Então eu facultava ao advogado apresentar resposta à acusação desde logo ou em 10 dias (caso em que eu já citava o réu). Apenas para os que respondiam de imediato eu dava início à AIJ, com a concordância de todos os presentes. O advogado apresentou resposta oral e depois voltou atrás. Atuou com extrema má-fé.

16) Eu me lembro de você ter me relatado pelo menos um caso, em que um Defensor constituído, provavelmente de má-fé, após a realização de um acordo e a garantia de uma pena reduzida ao cliente, ainda assim impetrou um *habeas corpus* no TJSP, pedindo a anulação do processo. Em virtude do episódio, a CGJ/SP chegou a entrar em contato com você sobre a experiência que você estava realizando na Comarca?

Exatamente. Esse caso que relatei. A CGJ me contatou porque a Defensoria Pública, ao realizar o pagamento do defensor dativo, percebeu a celeridade com que se resolveu o feito. Expliquei que não estava adotando qualquer procedimento diferenciado, mas o ordinário: o MP oferecia denúncia desde logo, a partir de quando o advogado tinha 10 dias para resposta; apresentando resposta de imediato, ocorre a preclusão consumativa. Então, cabe ao juiz designar a AIJ, não havendo prazo mínimo, apenas máximo (em tese). Assim, com celeridade diferenciada (concordo), eu atuava nos exatos termos do CPP.

17) Prestadas as informações, qual foi a reação do TJSP à sua explicação do que estava sendo feito em Santa Cruz das Palmeiras?

Responderam que era questão jurisdicional, estando no meu âmbito de competência.

18) O Tribunal, de alguma forma, vislumbrou algum tipo de ilegalidade ou irregularidade no procedimento, que tenha te feito alterar alguma coisa posteriormente?

Houve um processo anulado com fundamento de que teria sido adotado um procedimento sumaríssimo, com o que discordo. A única diferença é um espaço de tempo entre os atos, pois nada de diverso seria colhido (provas). No Brasil, tudo que é novo tem enorme resistência. E assim vamos nos arrastando, com problemas antigos, aparentemente sem solução.

18.1) O *habeas corpus* mencionado, presumo eu, já deve ter sido julgado. Considerando sua promoção posterior, você soube o desfecho do caso?

O tribunal extinguiu o HC por perda do objeto. Sempre entendi (e continuo entendendo) que o procedimento não tem qualquer mácula.

19) Voltando à análise da experiência, seria possível relatar, de forma sucinta, alguns casos em que tenha acontecido alguma das situações a seguir, ou similares?

Com certeza.

19.1) Com a aplicação deste “instituto”, por assim dizer, foi possível colocar em liberdade (pelo julgamento imediato, inclusive considerando substituições de pena e regime de cumprimento) algum conduzido que, de outra forma, teria permanecido preso (portanto, em regime fechado) durante a instrução?

Lembro de um caso de Maria da Penha. Na Audiência de Custódia, o conduzido me disse que era certo que a vítima iria retornar para a casa dos pais dela. Pedi para o policial presente confirmar com ela lá fora (já que, como com as demais vítimas e testemunhas, ela havia sido avisada pelo Delegado para comparecer ao Fórum). Confirmado isso, apliquei fiança na custódia, tendo o advogado recolhido o valor em mãos do Escrivão. Na audiência de instrução e julgamento instalada em seguida, converti a fiança em prestação pecuniária em favor da vítima, e liberei de imediato o valor para que a vítima fizesse a referida mudança. O réu aceitou cumprir prestação de serviço à comunidade e já saiu com trânsito em julgado. Tenho para mim que, se eu não soubesse dessa questão da mudança – somente possível pela presença da vítima ao ato, o que adveio diretamente da aplicação da ideia de julgamento imediato –, teria mantido a prisão dele, porque já não era a primeira vez que agredia a vítima (registrando que ainda não havia o crime do art. 24-A da Lei 11.340/06, na época).

19.2) Foi possível, através da premissa de negociação e colaboração imediata, identificar algum “traficante maior” através de informações de um “traficante de rua”? Em caso afirmativo, o que resultou do julgamento imediato para este “traficante menor”?

Não só um. No período de 3 (três) meses que intensificamos a conversa sobre a colaboração premiada, fizemos mais prisões por tráfico do que nunca (e apreensões grandes, não apenas de “vapores”). Inclusive, descobrimos

envolvimento de um Policial em um esquema de tráfico local. Aliás, foi quando as colaborações começaram a “pegar” que o comando da PM se entusiasmou, vendo que a coisa realmente funcionava.

19.3) Foi possível desmantelar algum tipo de esquema criminoso que, de outra forma, não se teria podido identificar (um traficante interestadual ou internacional; algum grande esquema de receptação; organizações criminosas; identificação de coautores de delitos que jamais figurariam em um flagrante, etc)?

Havia um dono de posto de gasolina, na cidade, que era notoriamente envolvido com o tráfico de drogas local. Pelo que circulava, todos “sabiam” que ele era traficante, mas nunca pegávamos. Com uma colaboração de um conduzido “traficante menor”, descobrimos a data de uma entrega e pegamos o cara com vários quilos de maconha. Em busca e apreensão posterior, com base em informações prestadas pelo colaborador, quebramos uma parede e pegamos R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) ocultos – o que é muito para uma cidade pequena, e demais para um lavador de carros ter escondido em sua casa. Ele era um dos principais fornecedores da cidade.

Em outro caso, descobrimos o telefone do chefe de uma quadrilha de desmanche de automóveis. O juiz da Comarca vizinha concedeu pedido de interceptação telefônica de um alvo identificado desta forma, e recuperamos 4 (quatro) carros roubados e fizemos 6 (seis) prisões, tudo em bem pouco tempo. Foi muito interessante também.

19.4) Houve aplicação de pena abaixo do mínimo legal para alguém, e o que isso mudou, na prática, para aquela pessoa (especialmente casos em que houve alteração de regime)?

O promotor criou uma tabela em que ele oferecia os benefícios. Não me recordo agora especificamente de *um* caso com pena abaixo, mas com certeza houve, no caso de primário. É bem provável que em algum caso de roubo, por exemplo, isso tenha feito diferença entre regime semiaberto ou aberto, para o cumprimento da pena.

19.5) Há algum outro caso inusitado ou interessante, advindo desta experiência, que você queira mencionar?

Em uma audiência com apreensão de 4 kg de cocaína, eu disse pro sujeito (primário) que ele iria basicamente “pagar a pena dele e de todos os anteriores na escala do tráfico”, pois era certo que ele não era o “mega traficante” (a linguagem sempre adaptada ao público alvo). Expliquei ao conduzido os benefícios de eventual colaboração. Ele decidiu que queria colaborar, e imediatamente o advogado (defensor dativo) se levantou e disse que não o representaria nisso. Chamei o advogado à minha sala e pedi que me explicasse o que estava acontecendo. Ele disse que estava até com dor de estômago de medo, pois era da cidade e não queria ser envolvido em colaboração para depois ser morto. Disse para ele, então, que o manteria atuando no feito até o ato de encerramento da audiência de instrução e julgamento (que também realizei imediatamente), mas que converteria o julgamento em diligência e, então, nomearia outro advogado. Foi o que fiz... liguei para outro advogado e este veio para representar o conduzido no acordo, que era feito no Ministério Público, e o processo ficava “esperando laudo definitivo”, enquanto a polícia fazia as diligências... foi diferente. Demonstra aquilo que conversamos, sobre a necessidade de “jogo de cintura”, de usar as ferramentas – todas as ferramentas – à disposição, e saber “jogar” com aquilo que está à nossa disposição na legislação e na praxe forense.

20) Caso você assumisse uma Vara co competência exclusivamente criminal, na Comarca da Capital, você voltaria a aplicar esta experiência, já com todo seu aprendizado empírico sobre o assunto?

Na capital há um departamento específico que faz as custódias, o DIPO. Ele cuida também das cautelares pré-denúncia. Mas, com certeza, se tivesse oportunidade de implementar, faria com desassombro. Penso que precisamos, inclusive, alterar nossa legislação para avançar (regulamentar a custódia) em procedimentos que sejam mais céleres e efetivos.

21) Como seus colegas juízes, que tiveram conhecimento da sua experiência, reagiram ao saber da premissa envolvida e dos resultados obtidos? Houve algum

tipo de contato de outros magistrados, buscando replicarem a experiência no âmbito de suas competências?

Comarcas vizinhas adotaram o procedimento, em parte (até a fase de citação) ou no todo. Vários demonstraram muita empolgação. Outros apresentaram ceticismo, referindo apenas que acham o procedimento estranho (a palavra sumaríssimo apareceu diversas vezes). Respeito as opiniões, mas discordo.

ANEXO II

**CARTA DE INTENÇÕES ENVIADA PELO MAGISTRADO
JEAN THIAGO VILBERT PEREIRA À POLÍCIA MILITAR NA
COMARCA DE SANTA CRUZ DAS PALMEIRAS/SP**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO



VARA ÚNICA DA COMARCA DE SANTA CRUZ DAS PALMEIRAS

Avenida do Café, nº 665, Centro - CEP 13650-000, Fone: (19) 3672-2887, Santa Cruz das Palmeiras - SP

Ofício nº 79/2017-ADM

Santa Cruz das Palmeiras, 22 de agosto de 2017.

Em 22 de novembro de 1969 o Brasil assinou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San Jose da Cota Rica), admitida no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Nos artigos 7º e 9º do Pacto há previsão de que toda e qualquer pessoa presa em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz.

Com base nisso, o Conselho Nacional de Justiça, em 15 de dezembro de 2015, por meio da Resolução nº 213, alterou a forma de análise do Auto de Prisão em Flagrante (CPP, art. 310), determinando “que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão” (art. 1º).

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a matéria foi regulamentada pela Resolução nº 740/2016 do Órgão Especial, pelo Comunicado Conjunto nº 1292/2016 e pelos Provimentos nºs 03 e 04/2015 da Corregedoria Geral de Justiça e da Presidência.

Tem-se, assim, a necessidade de realização de novo ato jurisdicional que envolve não só o Judiciário, como a Defensoria Pública e Advogados, o Ministério Público e as Polícias Civil e Militar, com grandes esforços de todos. Atento a isso, o Fórum Nacional de Juízes Criminais – FONAJUC aprovou o Enunciado nº 9: “por medida de celeridade, recomenda-se o aproveitamento da presença dos sujeitos processuais para a realização de atos inerentes ao processo após a realização da audiência de custódia [...]”.

Destarte, a instrução do feito (oitiva de testemunhas e interrogatório do réu) e até mesmo o seu imediato julgamento, logo em seguida à custódia, é medida absolutamente salutar, que confere não apenas celeridade, como efetividade à persecução penal, privilegiando o trabalho policial e desnudando novos horizontes para o Processo Penal, com hialino benefício à sociedade.

Acontece que, para que isso seja possível, é fundamental a presença, no ato de audiência, do policial condutor (testemunha-chave da acusação), sem o que se torna necessária a designação de data futura para oitiva das testemunhas e interrogatório do réu, caso em que a apresentação em Custódia deixa de ser uma oportunidade benéfica para, ao contrário e respeitadas os entendimentos diversos, representar ato extremamente gravoso às estruturas públicas, sem efeito prático relevante ao processo.

Em suma, deixar de aproveitar o ato é contribuir para o entendimento de que a custódia tem função apenas de controle das práticas policiais e de concessão de liberdade a um número maior de presos em flagrante, o que não precisa (pode) ser verdade. A audiência, se bem utilizada, há de servir para qualificar as decisões (seja de soltura, seja de prisão), permitir que o contato do juiz com o conduzido tenha maior efeito pedagógico e preventivo e, não menos importante, relegar a tramitação mais demorada aos casos complexos, em que efetivamente se mostre necessária a tramitação processual.

É nessa medida que se clama pela compreensão e colaboração da Polícia Militar, no sentido de empreender esforços para garantir a presença do policial condutor no ato de audiência de custódia/instrução, viabilizando as novas práticas adotadas pelo Juízo,

que têm por firme escopo implementar a Administração da Justiça que o Brasil precisa: célere e eficaz.

Aproveito a oportunidade para reiterar os meus respeitosos e sinceros cumprimentos.

Atenciosamente.

Jean Thiago Vilbert Pereira
Juiz de Direito

Ao
Sr. Osmar Luiz Giacon Santa Rosa - Capitão PM
Comandante da
SEGUNDA COMPANHIA DE POLÍCIA MILITAR
Avenida Renato Pisteli, 1200, Jardim Alvorada, Casa Branca/SP

ANEXO III

**EXEMPLO DE EXPEDIENTES UTILIZADOS PELO
MAGISTRADO PARA O JULGAMENTO APÓS A AUDIÊNCIA
DE CUSTÓDIA**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SANTA CRUZ DAS PALMEIRAS
FORO DE SANTA CRUZ DAS PALMEIRAS
VARA ÚNICA

TERMO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Aos 18 de agosto de 2017, às 13:44, na sala de Audiências de Custódia do Foro de Santa Cruz das Palmeiras, Comarca de Santa Cruz das Palmeiras, Estado de São Paulo, sob a presidência do(a) MM. Juiz(a) de Direito Dr(a). **JEAN THIAGO VILBERT PEREIRA**, comigo Escrevente ao final nomeado(a), foi aberta a **Audiência de Custódia**, nos autos do procedimento entre as partes em epígrafe. Cumpridas as formalidades legais e apregoadas as partes, compareceram: O DD. Promotor de Justiça, Dr. **Marcelo Fratangelo Ghilardi** e o autuado Francisco Edvaldo da Silva. O autuado declarou não ter defensor constituído, motivo pelo qual o MM. Juiz nomeou-lhe um dos Defensores do Convênio DPESP/OAB, estando presente o Dr. **Flávio Antônio Alves Carvalho OAB/SP 377.636**. Iniciados os trabalhos, entrevistado o autuado, após contato prévio com seu Defensor, tendo declarado por mídia. O DD. Promotor de Justiça declarou por mídia. O Defensor declarou por mídia. Na sequência, assim decidiu o MM. Juiz: *"I. Em análise preliminar, não verifico a existência de qualquer irregularidade apta a macular a prisão em flagrante, a toda evidência tendo sido observados todos os requisitos constitucionais e legais. O auto de prisão em flagrante encontra-se formalmente em ordem, não havendo nulidades ou irregularidades a serem declaradas ou sanadas. A situação fática encontra-se subsumida às hipóteses previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal. Não vejo razão para o relaxamento. A um porque a versão de que foi algemado antes de qualquer conversa é prestada unicamente pelo acusado, merecendo ser melhor esclarecida. A dois porque "a excepcionalidade do uso de algemas, consignada principalmente na Súmula Vinculante 11, do STF - que dispõe que só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito - não obsta o seu emprego se demonstrados os riscos nela previstos" (STJ, RHC: 39729 SP 2013/0241579-3, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 03/09/2013). Sendo apenas dois os policiais e considerando a necessidade de realização de buscas no imóvel, é fácil identificar a necessidade de contenção do*

conduzido via algemas. Em suma, não há motivo que justifique o relaxamento da ordem flagrancial. Portanto, **HOMOLOGO** a prisão em flagrante de **Francisco Edvaldo da Silva**, o que faço com fundamento no artigo 301 e seguintes do Código de Processo Penal e no artigo 5º, LXI, LXII, LXIII e LXIV, da Constituição Federal. 2. Para a decretação da custódia cautelar, a lei processual exige a reunião de, pelo menos, três requisitos: dois fixos e um variável. Os primeiros são a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. O outro pressuposto pode ser a tutela da ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal ou a garantia da aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Ademais, deve-se verificar uma das seguintes hipóteses: **a)** ser o crime doloso apenado com pena privativa de liberdade superior a quatro anos; **b)** ser o investigado reincidente; **c)** pretender-se a garantia da execução das medidas protetivas de urgência havendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência (CPP, art. 313). No caso em apreço, a prova da materialidade e os indícios suficientes autoria do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006) encontram-se evidenciados pelos elementos de prova já constantes do inquérito policial, em especial a droga apreendida e periciada, bem assim a ordem fática contida nos depoimentos dos policiais atuantes na segregação: havia informação de depósito de drogas na casa do conduzido. Em diligência, autorizada a entrada, ingressaram na residência e encontraram considerável quantidade de entorpecentes 4 tabletes de maconha, 308g de cocaína, 91 capsulas vazias, com resquícios de entorpecentes, aparelho de celular e balança de precisão. Quanto ao ingresso na residência, é de se observar que se trata de crime permanente, autorizando a invasão domiciliar, conforme artigo 5º, inciso XI, in fine, da Constituição Federal e artigo 150, § 3º, inciso II, do Código Penal. Nessa linha é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “este Tribunal Superior prega que, por ser permanente o crime de tráfico de drogas, a sua consumação se protraí no tempo, de sorte que a situação de flagrância configura-se enquanto o entorpecente estiver sob o poder do infrator, sendo possível, portanto, em tal hipótese, o ingresso da polícia na residência, ainda que não haja mandado de prisão ou de busca e apreensão, já que incide a excepcionalidade inscrita no art. 5º, inciso XI, da CF, a afastar a inviolabilidade do domicílio” (HC nº 208.957/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 06/12/2011). De toda forma, conforme relatam os policiais, houve autorização do morador

(durante o dia) para ingresso no imóvel, não havendo mácula a ser afastada. No aspecto da medida a ser aplicada (prisão ou liberdade), de antemão ressalto que a verificação de que as circunstâncias judiciais são favoráveis não é o bastante para ensejar a automática liberdade. É que “o Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312, CPP), é despidendo o paciente possuir condições pessoais favoráveis” (STJ, HC nº 0287288-7, Rel. Min. Moura Ribeiro, Dje. 11/12/2013). A primariedade e a residência fixa na comarca, destarte, não conduzem obrigatoriamente à concessão de liberdade provisória. Aliás, é importante que o conduzido perceba, desde logo e de uma vez por todas, as consequências do ingresso ou permanências nas veredas do crime. Se por um lado a prisão processual é a ultima ratio, por outro viés a liberdade provisória não pode servir de instrumento difusor da sensação de impunidade que se alastra entre os que adentram ao mundo da criminalidade, mormente aqueles ainda com pouca idade. Além disso, é fato público e notório que o tráfico de drogas causa profunda repercussão no meio social, em especial diante das famílias despedaçadas, das vidas destruídas (quando não interrompidas) e ainda dos crescentes índices de violência, todos eventos intimamente ligados ao comércio de entorpecentes. Respeitados os entendimentos em contrário, a sociedade está longe de pretender a desprisonalização de pessoas envolvidas com o tráfico de drogas. O consumo de entorpecentes é a tragédia dos novos tempos e os cidadãos de bem não mais admitem postura branda para aqueles que são flagrados em pleno ato ilícito, contribuindo para a extensão dos tentáculos das organizações criminosas responsáveis pela distribuição de drogas pela comunidade. A questão de ocasional aplicação do benefício “tráfico privilegiado” (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06) só poderá ser aferida durante a instrução processual e desde que comprovada a não dedicação a atividades criminosas requisito cumulativo e que não se confunde com os bons antecedentes. Apresenta-se prematura sua análise neste momento, não podendo dar ensejo à concessão da liberdade. Saliento ainda que verificados os requisitos ensejadores da prisão preventiva, mostra-se insuficiente e inadequada a imposição de quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319), já que sua concessão pressupõe a liberdade do indiciado, ainda que condicionada, hipótese incompatível com a situação vislumbrada nestes autos (CPP, art. 282, § 6º). 3. Estando presentes, a um só tempo, os pressupostos fáticos e normativos que autorizam a medida prisional cautelar, impõe-se, ao menos nesta fase indiciária inicial, a segregação

*provisória, motivo pelo qual **CONVERTO** a prisão em flagrante de **Francisco Edvaldo da Silva** em prisão preventiva, forte nos artigos 310, II, 312 e 313 do Código de Processo Penal, ficando ressalvada a possibilidade de reanálise quando novos elementos fáticos, probatórios ou processuais permitirem. **EXPEÇA-SE** o necessário. 4. Uma vez verificada a regularidade formal do laudo de constatação provisório, **DETERMINO** a destruição das drogas apreendidas, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo (art. 50, § 3º, da Lei nº 11.343/2006). 5. **CIENTIFIQUE-SE** a autoridade policial, por e-mail. "Não havendo óbice na utilização de sistema de gravação audiovisual em audiência, todas as ocorrências, manifestações, declarações entrevistas foram captados em áudio e vídeo, conforme CD identificado, [anexado e autenticado pelos presentes neste termo]. Nada mais. Eu, Odair Henrique Bazo, digitei.*

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SANTA CRUZ DAS PALMEIRAS FORO DE
SANTA CRUZ DAS PALMEIRAS VARA ÚNICA**

Processo Digital nº **0001398-27.2017.8.26.0538**

Classe - Assunto: **Auto de Prisão Em Flagrante - Tráfico de Drogas e Condutas Afins**

Autor: **Justiça Pública**

Indiciado: **Francisco Edvaldo da Silva**

TERMO DE AUDIÊNCIA

1. Aos 18 de agosto de 2017, nesta cidade e Comarca de Santa Cruz das Palmeiras, na sala de audiências da Vara Única desta Comarca de Santa Cruz das Palmeiras – SP, onde presente se encontrava o Exmo. Sr. Dr. **Jean Thiago Vilbert Pereira**, MM. Juiz de Direito, comigo Escrevente Técnico Judiciário de seu cargo que, por determinação do MM. Juiz declarava aberta a presente audiência (Enunciado nº 9 do FONAJUC), dando sua fé de estar presente o DD. representante do Ministério Público,

Dr. Marcelo Fratangelo Ghilardi. Presente o investigado e o defensor.

2. Iniciados os trabalhos, pelo MM. Juiz foi consultado o investigado, que afirmou não ter condições de arcar com os custos de advogado particular, requerendo desde logo a nomeação de dativo. Pelo MM. Juiz foi dito: “Para fins de garantir a mais ampla defesa ao investigado, **NOMEIO** Defensor Dativo o Dr. **Flávio**

Antônio Alves Carvalho OAB/SP 377.636.

3. Dada a palavra ao **Ministério Público**, ofereceu denúncia nos seguintes termos: “ **O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por seu órgão de execução subscritor, com fundamento no artigo 129, inciso I, da Constituição

Federal, vem, à presença de Vossa Excelência, oferecer DENÚNCIA em face

*de FRANCISCO EDVALDO DA SILVA, qualificado nos autos, conforme fatos e fundamentos que seguem: Consta do incluso expediente que, no dia 17 de agosto de 2017, por volta das 14h15min, na Rua Martin Reitano, n.º 110, fundos, Conjunto Habitacional Duílio Posse, nesta comarca, **FRANCISCO EDVALDO DA SILVA** tinha em depósito, para fins de tráfico, 04 (quatro) tabletes contendo maconha e 01 (um) invólucro plástico com a mesma substância, com peso bruto conjunto de 308,0g (trezentos e oito gramas), além de 91 (noventa e uma) cápsulas contendo resquícios de cocaína, drogas causadoras de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão, auto de constatação provisória e fotografias coligidas ao feito, além do laudo de exame químico- toxicológico a ser oportunamente juntado. Segundo o apurado, o denunciado mantinha em depósito os aludidos entorpecentes para fins de tráfico. Policiais civis, após receberem a informação de que o indiciado realizava a ilícita atividade em sua residência, diligenciaram ao local e, franqueada por ele a entrada, apreenderam, em uma mochila que jazia sobre a mesa da cozinha, 04 (quatro) tabletes contendo maconha e 01 (um) invólucro plástico com a mesma substância. Encontraram, ainda, na moradia, 91 (noventa e uma) cápsulas com resquícios de cocaína, 01 (um) aparelho celular, 01 (uma) balança de precisão e várias folhas de papel alumínio. Interpelado, o increpado admitiu a propriedade das drogas, alegando que as guardava, assim com a balança, para outra pessoa, cujo nome não quis declinar. Sobre as cápsulas, afirmou que as mantinha na residência por ser usuário de drogas e as folhas de alumínio eram utilizadas para sua mulher para guardar doces. A quantidade de drogas encontrada em poder do denunciado, as circunstâncias de sua abordagem e a admissão dos fatos indicam que ele se dedicava ao nefasto comércio. Diante do exposto, o Ministério Público DENUNCIA, a Vossa Excelência, **FRANCISCO EDVALDO DA SILVA** como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei 11.343/06, nos moldes da Lei 8.072/90, requerendo que, recebida e autuada esta, instaure-se o devido processo legal, seguindo-se o rito previsto no artigo 55 e seguintes da Lei 11.343/06, ouvindo-se oportunamente as testemunhas abaixo arroladas, até final prolação de sentença*

condenatória. **Rol:** - Armando Nelcídio Gonçalves – policial civil; - Marcelo Rodrigues da Silva – policial civil."

4. Adiantando-se em seu *munus*, o Defensor Dativo apresentou defesa desde logo: "os fatos não ocorreram integralmente da forma como apontados na peça acusatória, sendo o caso de improcedência, ao menos parcial, da denúncia, o que ficará demonstrado com a instrução".

5. O MM. Juiz proferiu a seguinte decisão: "Trata-se de ação criminal promovida pelo **Ministério Público de São Paulo** em face de **Francisco Edvaldo da Silva**. Adoto o rito comum do CPP, pois mais benéfico à defesa. Há nos autos prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria. Em que pese o teor da resposta defensiva, não vislumbro, por ora, manifesta causa excludente de ilicitude ou culpabilidade, ou ainda causa extintiva de punibilidade. Por isso, e tendo em vista que já foi apresentada defesa, **RECEBO** a denúncia em definitivo".

6. Foi ouvida a testemunha de acusação Armando Nelcídio Gonçalves e interrogado o réu, nos termos dos Provimentos 886/04, do Conselho Superior da Magistratura e 23/04, da Corregedoria Geral de Justiça, com as alterações previstas nas Leis n.º 11.419/06 e 11.719/08, ficando uma cópia do CD nos autos e outro arquivado em cartório, termos de qualificações em apartado e arquivados em pasta própria. Dada a palavra ao DD. Promotor de Justiça, por ele foi dito que desistia da oitiva da testemunha Marcelo Rodrigues da Silva. Pelas partes foi dito que não tinham mais provas a produzir ou diligências a requerer.

7. Dada a palavra sucessivamente ao DD. Promotor de Justiça e ao Dr. Defensor, apresentaram alegações finais orais, que foram gravadas mediante recurso áudio-visual e armazenadas em mídia digital junto com a prova oral colhida em audiência.

8. Ao final, assim deliberou o MM. Juiz: "*Vistos. Já foram apresentadas alegações finais, mas, conforme observado pelas partes, o feito não está pronto para resolução. Converto o julgamento em diligência. Aguarde-se a vinda do laudo pericial definitivo das substâncias apreendidas, quando, não*

havendo outras provas a produzir, tenho como encerrada a instrução. Com a juntada do laudo, concedo o prazo sucessivo de 05 (cinco) dias para as partes se manifestarem. Após, tornem conclusos para sentença."

9. **NADA MAIS**, para constar lavrei o presente termo de audiência. Eu _____ (Odair Henrique Bazo) Escrevente Técnico Judiciário, digitei e providenciei a impressão.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SANTA CRUZ DAS PALMEIRAS FORO DE
SANTA CRUZ DAS PALMEIRAS VARA ÚNICA**

Processo Digital nº **0001398-27.2017.8.26.0538**

Classe - Assunto: **Auto de Prisão Em Flagrante - Tráfico de Drogas e Condutas Afins**

Autor: **Justiça Pública**

Indiciado: **Francisco Edvaldo da Silva**

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

O **Ministério Público do Estado de São Paulo** ofereceu denúncia em face de **Francisco Edvaldo da Silva**, com a devida qualificação nos autos, pela imputada prática de conduta criminosa prevista no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, em vista de que estaria em 17 de agosto de 2017, na posse de entorpecentes constantes da Portaria SVS/MS nº 334/98 para fins de mercancia.

A denúncia, acompanhada dos autos do respectivo inquérito policial, foi recebida, sendo devidamente registrada e autuada. Foram feitas as comunicações, anotações e requisições pertinentes.

Com a regular citação, apresentou-se defesa preliminar por intermédio de defensor.

O Ministério Público apresentou alegações finais, pleiteando a procedência da denúncia, com a condenação do réu nos moldes postulados na inicial. De seu turno, em apertada síntese, a defesa invocou matérias processuais prejudiciais e, subsidiariamente, o reconhecimento de causas a ensejar pena em patamares reduzidos e situação executória benéfica.

Carreado aos autos os laudos definitivos de análise do material apreendido, confirmou-se a natureza da substância apreendida e sua subsunção à Portaria SVS/MS nº 334/98.

É o breve relatório.

II FUNDAMENTAÇÃO

1. Desenvolvimento processual

Inexistem nulidades ou irregularidades a serem sanadas. O feito tramitou regularmente. Não foram arguidas preliminares ou questões prejudiciais aptas a impedir o prosseguimento da marcha processual, razão pela qual passo à análise do mérito da lide.

2. Análise da imputação

Conforme artigo 33 da Lei de Drogas, configura tráfico de drogas: “importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa”.

Aqui estão presentes a materialidade e a autoria, que recaí sobre a pessoa do réu, o que se extrai do auto de prisão em flagrante, do termo de apreensão e exibição, dos laudos de constatação provisório e definitivo, afirmando a natureza entorpecente das substâncias apreendidas na posse do acusado. Por último, as testemunhas ouvidas esclareceram com segurança o contexto dos fatos.

O policial civil condutor no evento relataram de forma coesa e detalhada que após informações de que o réu praticaria tráfico de drogas e que naquela data estaria guardando entorpecentes em casa, diligenciaram no local e, autorizados pelo réu, adentraram em sua casa. Quatro tabletes e 308g de maconha, além de 91 capsulas com resquícios de cocaína foram encontrados e apreendidos junto com uma balança de

precisão e papel alumínio. O réu disse que as drogas estavam sendo guardadas para um terceiro.

A propósito, o fato de as testemunhas de acusação serem os agentes públicos responsáveis pela prisão em flagrante não determina que seus testemunhos sejam recebidos com reservas pela autoridade judiciária. Os policiais foram compromissados, não estando impedidos de depor, e suas declarações devem ser valoradas como as de qualquer testemunha, já que nenhuma razão há para falsearem a verdade. Da jurisprudência trago à colação: “não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do réu sejam considerados na sentença como elemento de prova amparador da condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese” (STJ, HC nº 162.131/ES, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª Turma, j. 25/05/2010).

Não bastasse, o acusado confessou o delito, estando sua narrativa coesa com os demais elementos colhidos no processo: tinha as drogas em sua casa e estava guardando para um terceiro. A condenação, assim, é de rigor.

3. Teses da defesa

A tese prejudicial da combativa defesa, na espécie, não merece prosperar.

Não há ilegalidade na prova colhida. Quanto ao ingresso na residência, é de se observar que se trata de crime permanente, autorizando a invasão domiciliar, conforme artigo 5º, inciso XI, *in fine*, da Constituição Federal e artigo 150, § 3º, inciso II, do Código Penal. Nessa linha é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “este Tribunal Superior prega que, por ser permanente o crime de tráfico de drogas, a sua consumação se protraí no tempo, de sorte que a situação de flagrância configura-se enquanto o entorpecente estiver sob o poder do infrator, sendo possível, portanto, em tal hipótese, o ingresso da polícia na residência, ainda que não haja mandado de prisão ou de busca e apreensão, já que incide a excepcionalidade inscrita no art. 5º, inciso XI, da CF, a afastar a inviolabilidade do domicílio” (HC nº 208.957/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 06/12/2011). De toda forma, conforme relatou o policial, houve autorização do morador (durante o dia) para ingresso no imóvel, não havendo mácula no procedimento.

Outra questão a ser ponderada é que, mesmo que o réu efetivamente seja consumidor de entorpecentes, isso não é impeditivo para o reconhecimento do delito o usuário também pode vender. Aliás, por infortúnio é comum que usuários adentrem ao mundo do tráfico justamente para, inicialmente, sustentar o vício, logo percebendo que a atividade ilícita é extremamente lucrativa. Felizmente, na maioria dos casos o crime não compensa, sendo o agente, cedo ou tarde, pego pela autoridade e submetido à Justiça.

Destarte, a penalização pelo crime praticado se impõe.

4. Dosimetria da pena

Antes de tudo, cumpre salientar que “o Código Penal, em seu art. 68, adotou o sistema trifásico de cálculo da pena, que se desdobra em três etapas: 1ª) o juiz fixa a pena de acordo com as circunstâncias judiciais; 2ª) o juiz leva em conta as circunstâncias agravantes e atenuantes; 3ª) o juiz leva em conta as causas de aumento ou de diminuição de pena” (Fernando Capez. Código Penal Comentado. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

A lei não diz quanto o juiz deve majorar ou atenuar a pena por força de cada circunstância, sequer pelas agravantes ou atenuantes (há apenas indicação do que cabe preponderar CP, art. 67). Também não há determinação para que os cálculos sejam realizados com base na pena mínima em abstrato. Esse maior grau de liberdade enseja deveres de fundamentação e, especialmente, atenção com a individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI).

Pois bem. O modelo de aplicação de frações sobre a pena mínima (nas duas primeiras fases), com a devida vênia, importa que, mesmo em crimes concretamente mais graves (com vários elementos negativos), a reprimenda final fique longe de se aproximar do máximo legalmente previsto. Desconsidera-se, ainda, o intervalo propriamente dito (razão entre a pena máxima e mínima), que, por lógico, não é despropositado crimes com penas diferentes, como as do artigo 38 da Lei de Drogas (6

meses a 2 anos) e do artigo 39 do mesmo diploma (6 meses a 3 anos) acabam tendo frações, dosimetrias e penas definitivas idênticas.

Tendo isso em vista, adotam-se aqui frações sobre o intervalo de pena (pena máxima - pena mínima), sendo de 1/8 na primeira fase e, na segunda fase, de 1/6 para os elementos preponderantes e de 1/12 para os ordinários. A adoção desses demasiadamente complexa (em prejuízo à sua inteligência) e ainda garante coerência ao corpo de decisões proferidas pelo Juízo, de modo que não haja aplicação de sanções diversas para fatos de mesma gravidade, saindo do direito penal do fato (com vistas ao autor) para um direito penal do autor (puro, mesmo que inconscientemente).

Primeira fase: em análise ao disposto no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei de Drogas, verifico que a quantidade e a variedade de drogas deve ensejar a majoração da reprimenda. Por isso, a pena-base deve ser estabelecida acima do mínimo legal (elevação de 1 ano e 3 meses a cada circunstância negativa). Fixo-a em 6 anos e 3 meses de reclusão.

Segunda fase: presente a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, *d*), pelo que minoro a pena, retornando-a ao mínimo legal.

Terceira fase: reconheço a causa de diminuição do artigo 33,

2. 4º, da Lei de Drogas, sopesando que o réu não apresenta maus antecedentes (até agora) e não há indicativos de que a criminalidade nele tenha se impregnado a ponto de que efetivamente se dedique, como modelo de vida, a atividades criminosas. Acaso assim não seja, e pretenda prosseguir na vereda do crime (quer seja na condição de usuário de entorpecentes), logo estará de volta ao banco dos réus, quando não terá mais direito ao privilégio. Em oportunidade única, reduzo a sanção em 1/2 (confessou de demonstrou intenção de emenda), chegando-se à pena definitiva de 2 anos e 6 meses anos de reclusão.

Multa: estabeleço a pena de multa proporcionalmente à privativa de liberdade, tomando como base o **intervalo** possível e não realizando mero aumento sobre o mínimo, já que há diversidade a ser considerada (ex: o artigo 33, § 3º enseja 700 a 1500 dias-multa, ao passo que o artigo 35 determina 700 a 1200 dias-multa). Assim, fixo-a em 250 dias-multa,

no mínimo legal, em razão da ausência de indicação precisa da situação econômica da parte ré.

É a decisão.

III DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** a denúncia para **CONDENAR Francisco Edvaldo da Silva**, com a devida qualificação nos autos, à pena de *2 anos e 6 meses de reclusão e ainda 250 dias-multa, no valor unitário mínimo legal*, pela infração do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, fixo o regime *fechado*, conforme previsão legal do artigo 33, § 2º, do Código Penal. Saliento que se a pena-base for fixada acima do mínimo legal em face da valoração negativa das circunstâncias do artigo 42 da Lei de Drogas e do artigo 59 do Código Penal, não há ilegalidade na imposição de regime inicial mais gravoso do que o abstratamente previsto de acordo com a quantidade de pena aplicada (STJ, AgRg no REsp 1.471.969/RN, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 20/11/2014). Em suma, é legítima a fixação de regime inicial mais gravoso tendo em conta a quantidade e a natureza do entorpecente, fator suficiente para a fixação de regime inicial mais gravoso (STF, 2ª Turma, HC 133.308/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 29/3/2016). Na mesma vereda: TJSP, ACr nº 0000401-93.2016.8.26.0630, Rel. Des. Silmar Fernandes, 2ª Câmara de Direito Criminal, j. 05/06/2017).

Inviável alterar o regime sequer pelo abatimento da pena já cumprida (CPP, art. 387, § 2º), considerando cumulativa ou alternativamente: (a) não ter decorrido prazo suficiente; (b) não haver elementos aptos a verificar os requisitos subjetivos (comportamento carcerário); (c) não se poder afirmar categoricamente a inexistência de execução penal em andamento; (d) o fato de o regime inicial não ter sido fixado exclusivamente com base na quantidade de pena aplicada.

Inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a suspensão condicional da pena, uma vez que as circunstâncias do delito (apreensão de grande quantidade de drogas)

indicam que essa substituição não é suficiente, não autorizando a concessão de tais benefícios (CP, art. 44, III, e art. 77, II) – o réu já foi agraciado com o redutor de pena, sendo desproporcional (em relação à gravidade concreta do delito) o afastamento da pena privativa de liberdade na espécie.

NEGO ao réu o direito de recorrer em liberdade, pois preso permaneceu durante toda a instrução criminal, estando ainda presentes os requisitos da prisão preventiva (CPP, art. 310 e seguintes), uma vez que em nada se alteraram as circunstâncias que determinaram a prisão preventiva, pelo contrário, com a condenação ficou ainda mais certa a necessidade de acautelamento da ordem pública. Nesse sentido vide: STJ, HC nº 248.193/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJE 11/10/2012. A salientar que o regime semiaberto também enseja prisão, não havendo, portanto, incompatibilidade com a segregação cautelar (STF, HC nº 123.267 e STJ, HC nº 289.636/SP). **EXPEÇA-SE** o necessário.

CONDENO o réu ao pagamento das despesas processuais (CPP, art. 804), que deverão ser recolhidas, juntamente com a multa (CP, art. 50), no prazo de 10 (dez) dias, a contar do trânsito em julgado. Eventual causa de isenção é de ser avaliada pela Vara das Execuções Criminais.

OFICIE-SE a Justiça Eleitoral para os fins do artigo 15, III, da Constituição Federal e o Instituto de Identificação (IIRGD).

DECRETO a perda dos valores e bens apreendidos, pois comprovadamente vinculados à prática ilícita. **DESTINE-SE** na forma do artigo 63 da Lei nº 11.343/06.

Deixo de terminar o lançamento do nome do réu no rol de culpados em face da revogação do artigo 393 do Código de Processo Penal.

EXPEÇA-SE certidão para remuneração do defensor dativo, conforme tabela do convênio DPE/OAB.

Publique-se. Intimem-se.

Dispensado o registro (Provimento CG nº 27/2016).

Santa Cruz Das Palmeiras, 22 de novembro de 2017

Jean Thiago Vilbert Pereira

Juiz de Direito