



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2021.0000959667**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0000781-42.2021.8.26.0695, da Comarca de Nazaré Paulista, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido NILTON ROMAO MIRA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), NEWTON NEVES E OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 26 de novembro de 2021.

**MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI**

**Relator(a)**

Assinatura Eletrônica

Voto nº 3788

**16ª Câmara de Direito Criminal**

**Recurso em Sentido Estrito 0000781-42.2021.8.26.0695**

**Recorrente: Ministério Público**

**Recorrido: Nilton Romão Mira**

**Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Nazaré Paulista**

**Recurso em sentido estrito. Tráfico ilícito de drogas. Rejeição da denúncia por falta de interesse de agir. Recusa na oferta de proposta de acordo de não persecução.**

**1. A ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro segue o padrão verificado em outros ordenamentos. É um movimento crescente, consistente e irreversível. Privilegiou-se por estas bandas a construção de caminhos alternativos de solução do conflito penal que não passam pela afirmação oficial da culpa. Expressam uma distensão do aparato punitivo cujos campos de incidência, forma e efeitos são indicados pelo legislador. A dinâmica assim posta é compatível com um ambiente de controle oficial sobre as políticas criminais e os seus canais de expressão.**

**2. Os modos de Justiça disputada e de Justiça consensual não são mundos estanques e isolados. Ao contrário, guardam interrelações e intersecções. Em realidade, os mecanismos de solução consensual incidem nas diferentes etapas da persecução, guardando, em algumas hipóteses, contornos de prejudicialidade.**

**3. Transação penal, suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal são acordos de solução do conflito penal sem a afirmação de culpa. Assim sendo, mais do que despenalizar, os institutos evitam a estigmatização que decorre não só do processo, mas também da afirmação da culpa penal. Os institutos não refletem uma política de processo, mas sim, uma política criminal.**

**4. O processo não é apenas um *locus* construído para o embate de posições antagônicas sob o olhar passivo do julgador. É, também, campo de realização das políticas criminais. Nesse cenário, o uso do modo de justiça consensual não é opção fundada no absoluto poder dispositivo das partes. Em realidade, é antecedente lógico e necessário do uso do modo disputado de justiça.**

É por isso que os requisitos são indicados em lei. Em casos que tais, a observância da etapa consensual é obrigatória. Mais do que isto, a recusa injustificada ao uso dos meios consensuais - despenalizadores e não estigmatizantes - deve ser alvo de controle judicial.

5. A lógica informadora do acordo de não persecução retoma a energia inspiradora da primeira onda consensual verificada no sistema processual brasileiro e que foi dada com a promulgação da Lei 9.099/95: despenalização e aprimoramento do aparato persecutório. A possibilidade de encerramento do conflito penal, sem afirmação de culpa, indica um enfrentamento mais brando do ilícito penal.

6. Recusas infundadas ou desarrazoadas comportam correção não se podendo retirar do Judiciário o exame sobre a lesão ou ameaça de lesão, mormente quando esta envolver a liberdade. Não se concebe que o Ministério Público, como ator igualmente responsável pela concretização de políticas criminais, não apresente justificativa para a recusa do uso da via consensual ou que apresente justificativa não amparada pela própria lei.

7. Não haverá interesse de agir – necessidade - no uso da via disputada, enquanto não esgotada a possibilidade do uso da via consensual. Logo, o interesse de agir do órgão acusador na promoção da ação penal vincula-se, igualmente, ao esgotamento do interesse primário do Estado no uso da justiça consensual. Nessa quadratura, o controle judicial posta-se como impedimento ao exercício da ação penal, seja pela via da rejeição liminar (art. 395 do CPP), seja pela via do trancamento da ação penal, reconhecendo-se, dessa forma, o constrangimento ilegal pela inobservância das políticas criminais de harmonização dos espaços de intersecção entre o modo consensual e o modo disputado de realização de justiça.

8. Hipótese em que o réu confessou, circunstancialmente, a prática delituosa. Réu que é primário e sem o registro de antecedentes criminais. Não indicação, na denúncia, de envolvimento do réu em atividades ilícitas ou em organizações criminosas. Quantidade de drogas pequena. Substância entorpecente de pequena nocividade. Elementos que apontam para o alto grau de probabilidade de incidência da figura privilegiada com o consequente afastamento do caráter hediondo.

9. Na delimitação da política de enfrentamento de drogas, o legislador distinguiu a figura do tráfico em sua forma fundamental e o tráfico privilegiado. Os regimes punitivos são sensivelmente diversos. Cabe a todos os agentes persecutórios sensibilidade para com os padrões estabelecidos em lei e sobre os quais não há margem de apreciação. Afinal, os elementos de configuração do tráfico privilegiado são objetivos (primariedade,

**ausência de antecedentes e não envolvimento em atividades ilícitas ou em organizações criminosas). Quando há falha no cumprimento da lei e sobretudo de cumprimento de políticas criminais explicitadas em lei, resta ao Judiciário assegurar a tutela da liberdade.  
10. Recurso conhecido e improvido.**

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** contra a r. decisão proferida pelo **MM. Juiz de Direito, Orlando Gonçalves de Castro Neto, da Vara Única da Comarca de Nazaré Paulista** que, determinou o trancamento da ação penal instaurada contra **Nilton Romão Mira**, após reconhecer a ausência do interesse de agir, em razão da recusa no oferecimento do acordo de não persecução penal (fls. 169/176).

Inconformado com a r. decisão, o **Ministério Público do Estado de São Paulo** valeu-se da presente via recursal para obter o reexame dos fundamentos e da conclusão do ato decisório. Afirma ser prerrogativa do Ministério Público, e não direito subjetivo do investigado, o oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal. Assinala que a recusa para a hipótese fundou-se na ausência de confissão do acusado, ora recorrido, e na insuficiência da medida tanto pela natureza do crime em abstrato como em concreto. Afirma que cabe ao Ministério Público a ponderação sobre os critérios de suficiência e necessidade quanto ao uso da via negociada. Entende que a decisão criou condição de procedibilidade inexistente e que há justa causa para o processamento da ação penal. Assim, pugna pelo recebimento do recurso com a reforma da decisão atacada e determinação de processamento da ação penal. (fls.01/09).

Com o recebimento do recurso (fls. 10), a defesa do recorrido ofertou as respectivas contrarrazões (fls. 13/14). Em apertada síntese, pugna pelo improvido do recurso. Afirma que não há impedimento do legislador ao oferecimento de acordo de não persecução penal para os crimes hediondos e que o único impedimento expresso teria sido em relação aos crimes cometidos em contexto de violência doméstica. Com a manutenção da decisão recorrida, os autos foram encaminhados a este Tribunal. A d. Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da Exma. Dra. Simone de Divitiis Perez, manifestou-se pelo provimento do recurso (fls.

20/27).

**Eis, em síntese, o relatório.**

**1. Da admissibilidade recursal**

O recurso deve ser admitido.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. O recurso, note-se, foi interposto tempestivamente, observando-se, ademais, as formalidades exigidas. Também estão presentes os seus pressupostos subjetivos. O Ministério Público possui legitimidade e interesse recursal, na medida em que busca a reforma da decisão que, ao rejeitar a denúncia, afastou o processamento da ação penal.

**2. Do mérito recursal**

**2.1 Síntese dos fatos e dos termos do processo**

Conforme se infere da denúncia, imputa-se ao recorrido a prática do tráfico ilícito de drogas em razão de fatos supostamente ocorridos no dia 10 de outubro de 2020, na rua Rio de Janeiro, n. 22, cidade e comarca de Nazaré Paulista. Naquela data, durante patrulhamento regular, policiais militares avistaram o acusado na companhia de dois indivíduos que, ao notarem a aproximação daqueles, tentaram fugir. O réu, contudo, foi abordado e em seu poder os policiais encontraram 29 porções individualizadas de maconha.

A persecução penal, é certo, foi instaurada após a lavratura de auto de prisão em flagrante. Após as providências de praxe, a autoridade judiciária converteu a custódia em prisão preventiva (fls. 41/43 dos autos principais). Impetrou-se *habeas corpus* cuja liminar foi concedida em sede de plantão judiciário de Segundo Grau. Com a finalização do inquérito e formalização da acusação, a autoridade judiciária determinou a notificação do acusado (fls. 109/110 dos autos principais). O réu não foi encontrado para ser pessoalmente citado o que levou à citação por edital (fls.

149/150 dos autos principais). Apresentou, contudo, resposta escrita (fls. 151). A autoridade judiciária determinou que o Ministério Público emendasse a denúncia para explicitar as razões pelas quais não teria proposto o acordo de não persecução penal (fls. 156/157). O Ministério Público manteve a negativa de proposta de acordo de não persecução (fls. 169/176). Seguiu-se decisão que rejeitou a denúncia por ausência de condição de ação representada pela falta de interesse de agir e que agora é desafiada (fls. 254/258).

## 2.2 Da Justiça consensual e Justiça disputada: intersecções

A ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro segue o padrão verificado em outros ordenamentos. É um movimento crescente, consistente e irreversível. Privilegiou-se por estas bandas a construção de caminhos alternativos de solução do conflito penal que não passam pela afirmação oficial da culpa.<sup>1</sup> Expressam uma distensão do aparato punitivo cujos campos de incidência, forma e efeitos são indicados pelo legislador. A dinâmica assim posta é compatível com um ambiente de controle oficial sobre as políticas criminais e os seus canais de expressão. Não houve, portanto, transplante de institutos operativos em sistemas profundamente sintonizados com os ideais do liberalismo, marcados pela autonomia das partes e pela desconfiança quanto à capacidade dos órgãos públicos na adjudicação dos conflitos.<sup>2</sup>

Os modos de Justiça disputada e de Justiça consensual não são mundos estanques e isolados. Ao contrário, guardam interrelações e intersecções que são pouco exploradas pela doutrina. Em realidade, os mecanismos de solução consensual incidem nas diferentes etapas da persecução, guardando, em algumas hipóteses, contornos de prejudicialidade. Não se fala aqui dos acordos sobre sentença que envolvem afirmação de culpa e indicação dos padrões punitivos ou mesmo daqueles que envolvem barganha sobre elementos de prova como no caso dos acordos de colaboração premiada. O que desperta a atenção são os mecanismos que

<sup>1</sup> A exceção é dada pelo acordo de colaboração premiada.

<sup>2</sup> Nesse sentido, observa Feeley: “In the United States, we find a long tradition of prosecutorial discretion, judicial passivity, and court structures with overlapping jurisdictions. While these factors alone do not explain plea bargaining, they do foster the practice by creating and legitimizing structures that invite it” (FEELEY, Malcom. Plea bargaining and structure of the criminal process. *The Justice System Journal*, v. 7, n. 33, Winter, 1982, p. 346-347).

estabelecem caminhos alternativos de solução do conflito penal sem afirmação de culpa ou mesmo de responsabilidade penal. São os exemplos da transação penal e da suspensão condicional do processo, legítimos representantes da primeira geração da revolução consensual no processo penal brasileiro, e o novel acordo de não persecução penal.

Os três institutos aproximam-se pelo ideal que buscam materializar. Dir-se-á que o objetivo que os orienta é puramente utilitarista: dar vazão ao sobrecarregado sistema de justiça. Não se nega, por certo, que uma das finalidades daqueles mecanismos tenha sido o de abrir os gargalos da justiça disputada que, dessa forma, ficaria reservada para os casos de maior gravidade a demandar um solucionamento pela via da apuração processual da verdade. Há, contudo, outros objetivos aparentemente mais nobres e que são pouco explorados, senão esquecidos. Com efeito, nos três casos, a busca por caminhos alternativos não é apenas, e tão somente, o de impedir o acionamento da justiça disputada, mas sim o de solucionar o conflito penal sem a afirmação de culpa e imposição de sanção penal. Assim sendo, mais do que despenalizar, os institutos evitam a estigmatização que decorre não só do processo, mas também da afirmação da culpa penal.<sup>3</sup> Os institutos não refletem uma política de processo, mas sim, uma política criminal.

A importância da afirmação não pode ser menosprezada, pois ela dita a maneira como os institutos devem ser operacionalizados. Explica-se. Nos Estados que não adotam uma cartilha excessivamente apegada ao liberalismo e ao individualismo, a concretização de políticas públicas encontra o seu campo de manifestação também na realização da Justiça, em geral, e no processo, em particular. O processo não é apenas um *locus* construído para o embate de posições antagônicas sob o olhar passivo do julgador. É, também, campo de realização das políticas criminais. Nesse cenário, o uso do modo de justiça consensual não é opção fundada no absoluto poder dispositivo das partes. Em realidade, é antecedente lógico e necessário do uso do modo disputado de justiça. É por isso que os requisitos são indicados em lei. Em casos que tais, a observância da etapa consensual é obrigatória. Mais do que isto, a recusa injustificada ao uso dos meios consensuais -

<sup>3</sup> Nesse sentido, observa Vitor Souza Cunha: “Em suma, a transação penal é expressão do já mencionado fenômeno da 'diversão', que pode ser compreendido como a opção de política criminal para resolução dos casos penais sem determinação de culpa” (*Acordos de admissão de culpa no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 215).

despenalizadores e não estigmatizantes - deve ser alvo de controle judicial. Não há, dessa forma, espaço para a absoluta discricionariedade. A recusa, não amparada nos requisitos legais, afasta a justa causa para o uso da via disputada.

## **2.4 O acordo de não persecução penal e a terceira onda consensual do processo penal brasileiro**

A primeira tentativa de implementação do chamado acordo de não persecução penal deu-se pela Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, posteriormente alterada pela Resolução 183/18 do mesmo órgão. Desnecessário destacar a flagrante inconstitucionalidade daqueles atos. Afinal, pela via administrativa buscou-se inovar a legislação processual com a inclusão de novo caminho de solução do conflito penal. Chegou-se ao disparate de se estabelecer procedimentos a serem observados pela autoridade judiciária.<sup>4</sup> O rol de inconstitucionalidades é exaustivo. Seria suficiente pontuar o sequestro da competência legislativa da União.<sup>5</sup> É possível, contudo, que o movimento tenha sido calculado. Tanto é verdade que dois anos depois o acordo de não persecução penal foi abrigado pelo que se denominou de Pacote Anticrime em cujo processo legislativo tentou-se emplacar, igualmente, o acordo penal.<sup>6</sup> A história é conhecida de todos. O primeiro vingou, enquanto o segundo não obteve consenso legislativo. Eis a terceira onda consensual brasileira, em muito embalada pela propalada eficiência dos acordos de colaboração premiada e o enfrentamento da criminalidade

<sup>4</sup> Conforme art. 18, §6º que prevê a remessa dos autos ao Procurador Geral na hipótese de o juiz considerar incabível o acordo ou mesmo inadequada as condições estabelecidas.

<sup>5</sup> Há quem afirme a constitucionalidade da Resolução, buscando apoio no princípio da oportunidade da ação penal em razão da posição ocupada pelo Ministério Público no sistema acusatório. Nesse sentido: ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In. CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renne do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coords.). *Acordo de não persecução penal. Resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 278-283. Discorda-se do argumento. A consagração do sistema acusatório não permite concluir pela incorporação do princípio da oportunidade como se os aspectos fossem indissociáveis. A impossibilidade de cumulação de poderes de acusar e julgar, própria do sistema acusatório, não se conecta com a obrigatoriedade/opportunidade da ação penal. Os caminhos alternativos de solução do conflito penal são indicados pelo legislador, não só com relação às hipóteses de cabimento, mas também com relação ao procedimento. Os eventuais canais de abertura sobre a avaliação de alguns dos requisitos dos acordos são preenchidos pelos atores do processo, o que não implica dizer que novas formas de acordo poderiam ser estabelecidas pelas partes sem prévio assentimento do legislador.

<sup>6</sup> A proposta que tinha sido incluída no Projeto Anticrime apresentado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública previa a possibilidade das partes, após o recebimento da denúncia ou queixa e antes da instrução, celebrarem acordo visando a imediata aplicação da pena. Não havia qualquer restrição quanto aos tipos penais o que tornava a proposta excessivamente abrangente.



organizada.

A lógica informadora do acordo de não persecução retoma a energia inspiradora da primeira onda consensual: despenalização e aprimoramento do aparato persecutório. A possibilidade de encerramento do conflito penal, sem afirmação de culpa, indica um enfrentamento mais brando do ilícito penal. Por outro lado, a adoção do caminho alternativo ao processo penal disputado busca liberar energia persecutória para o enfrentamento da criminalidade mais grave. Nesse ponto, a ampliação dos horizontes consensuais foi significativa. O parâmetro dos quatro anos da pena mínima abstratamente cominada, ainda que excluídos os crimes associados ao emprego de violência ou de grave ameaça, projeta vários tipos penais que até então não eram alcançados pela dinâmica da Justiça consensual. A ampliação alinha-se ao movimento mundial de implementação de formas alternativas consensuais de solução do conflito penal.

Da parte do investigado, a opção pelo acordo implica renúncia ao exercício de vários direitos e garantias vinculados ao processo penal tradicional. Não há aqui qualquer novidade. A inovação fica pela exigência da confissão, formal e circunstanciada que, dessa forma, figura como requisito da proposta. Ou seja, o acordo pressupõe renúncia ao exercício do direito ao silêncio. Não há inconstitucionalidade. Afinal, a decisão do investigado reger-se-á pela voluntariedade sendo legítimas, nos processos de construção de sua decisão, as ponderações em torno das melhores estratégias defensivas a adotar. É o que já ocorre com o acordo de colaboração premiada.

No que se refere à intervenção judicial, o modelo do acordo de não persecução repetiu o roteiro implementado para os demais institutos consensuais. O juiz não participa das tratativas, porém é chamado e exercer o controle de regularidade, legalidade e voluntariedade. A homologação é condição de eficácia iniciando-se, a partir dela, a execução das condições estabelecidas.<sup>7</sup> Superadas estas, dá-se a extinção da punibilidade. Mais uma vez surge o problema do não oferecimento da proposta pelo Ministério Público e a atuação do juiz. Não se

<sup>7</sup> ARAUJO, Glaucio Roberto Brittes de. Breves comentários sobre o acordo de não persecução penal. *Cadernos Jurídicos. Pacote Anticrime e temas atuais de processo penal*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, ano 22, n. 57, jan./mar., 2021, p. 172.

vislumbra situação diversa daquela já examinada com relação aos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Ou seja, muito embora a jurisprudência tenha se ossificado em torno da inatividade judicial em sede de supressão da omissão do Ministério Público, a questão exige leituras menos radicais e compatibilizadas com um modelo onde a intervenção judicial se mostra necessária para coibir eventuais excessos representados pela omissão infundada e injustificável.

Não se quer com isto dizer que não haja qualquer espaço para a atuação das partes. Aliás, na indicação dos requisitos para o uso da via consensual, o legislador valeu-se de alguns elementos mais abertos os quais serão preenchidos pelas partes e especialmente pelo Ministério Público. Não se trata, contudo, de poder absoluto, discricionário e totalmente imune a qualquer controle, inclusive o judicial. Recusas infundadas ou desarrazoadas comportam correção não se podendo retirar do Judiciário o exame sobre a lesão ou ameaça de lesão, mormente quando esta envolver a liberdade. Não se concebe que o Ministério Público, como ator igualmente responsável pela concretização de políticas criminais, não apresente qualquer justificativa para a recusa do uso da via consensual ou que apresente justificativa não amparada pela própria lei.<sup>8</sup>

## **2.5 A recusa injustificada - ou ilegalmente motivada - da proposta de acordo de não persecução penal. A falta de interesse de agir para a propositura de ação penal**

Dentre as várias condições da ação penal construídas, o interesse de agir é, sem dúvida, o que mais reação provocou na doutrina diante das dificuldades geradas pela sua transposição automática para o processo penal. De fato, pela doutrina tradicional, o interesse processual supõe um conflito de interesses materiais. Assim, a insatisfação do interesse de uma das partes pela resistência ofertada pela outra gera o interesse em movimentar a jurisdição para dela obter a satisfação que não fora alcançada. Pela visão clássica, o interesse processual supõe resistência.

<sup>8</sup> Considere-se a hipótese em que o Ministério Público se recusa a formalizar a proposta de suspensão condicional do processo para qualquer réu denunciado por crime de receptação. A recusa desconsidera as singularidades do caso e vale-se de argumento abstrato para incluir um tipo penal cuja vedação não foi indicada pelo legislador que se valeu dos critérios relacionados com a sanção penal abstratamente cominada.

Quando esta não existe, o interesse material pode ser satisfeito. independentemente da provocação ao Estado-juiz. É a noção do interesse-necessidade.

A noção de necessidade, no processo penal, não passa pela ideia de resistência, mas sim, pela impossibilidade de uso das vias negociadas de solução do conflito penal quando estas estão presentes e, ademais, se mostram cabíveis. Dito de outra forma: o processamento da ação penal e o uso da Justiça disputada somente será necessário quando não for possível o uso da via alternativa negociada porquanto ausentes os seus requisitos.

Ou seja, não haverá interesse de agir – necessidade - no uso da via disputada, enquanto não esgotada a possibilidade do uso da via consensual. Logo, o interesse de agir do órgão acusador na promoção da ação penal vincula-se, igualmente, ao esgotamento do interesse primário do Estado no uso da justiça consensual. Nessa quadratura, o controle judicial posta-se como impedimento ao exercício da ação penal, seja pela via da rejeição liminar (art. 395 do CPP), seja pela via do trancamento da ação penal, reconhecendo-se, dessa forma, o constrangimento ilegal pela inobservância das políticas criminais de harmonização dos espaços de intersecção entre o modo consensual e o modo disputado de realização de justiça.

## **2.6 Da hipótese dos autos**

Conforme se infere dos autos, a recusa na oferta do acordo de não persecução penal, assentou-se na ausência de confissão formal e na insuficiência da medida frente à imputação de tráfico de drogas e sua aderência aos crimes hediondos por equiparação.

Com relação à confissão, diversamente do assinalado, quando da prisão em flagrante, o acusado, ora recorrido, confessou, pormenorizadamente, os fatos, admitindo a posse das porções de maconha e a intenção de comercializá-las.

No que se refere à equiparação aos crimes hediondos, anoto que o legislador não estabeleceu tal impedimento. Aliás, a vedação expressa voltou-se para os crimes cometidos em contexto de violência doméstica. A ausência de vedação poderia levar à conclusão de que as vias negociadas não seriam cabíveis. O que não

está proibido, estaria permitido. Contudo, reconhece-se a maior reprovabilidade que orbita em torno dos crimes hediondos e aqueles e eles equiparados o que poderia subsidiar a alegação de incompatibilidade. Interpretação lógico-sistemática ampararia a conclusão.

De qualquer modo, a hipótese dos autos, tal como imputada pela tese acusatória, não torna absolutamente improvável a configuração do privilégio e, com ele, o afastamento do rótulo da criminalidade hedionda. Trata-se de questão consolidada na jurisprudência. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminoso.

3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.

4. Ordem concedida.

(STF - HC 118533, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016)

A partir de então, as Egrégias Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, revendo a anterior posição, passaram a acompanhar o julgado da Suprema Corte. Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES À PENA DE 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CRIME HEDIONDO. RESP

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA N. 1.329.088/RS. ENTENDIMENTO ALTERADO PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE (HC-118.533/MS). APLICAÇÃO DO ART. 927, V, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, C/C ART. 3º DO CPP. INDULTO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 1º, XIV, DO DECRETO N. 8.380/2014. DEFERIMENTO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. Consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça, por meio do recurso especial representativo da controvérsia (REsp n. 1329088/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 26/4/2013), entendimento no sentido de que a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 não afasta a natureza hedionda do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 3. No entanto, deve-se acompanhar recente decisão do plenário da Suprema Corte, no exame do HC n. 118.533/MS, julgado em 23/6/2016, de Rel. da Ministra Cármen Lúcia, na qual se assentou que "o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda". Aplicação do art. 927, V, do Novo CPC, c/c art. 3º do CPP. 4. No caso, o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, tendo cumprido, em prisão provisória, 10 (meses) e 17 (dias), o que autoriza a concessão do indulto, a teor do art. 1º, XIV, do Decreto Presidencial n. 8.380/2014. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, afastando a hediondez do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, deferir o indulto pleno ao paciente, nos termos do Decreto Presidencial n. 8.380/2014.

(STJ, HC 370.687/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA).

HABEAS CORPUS. FALTA DE CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REVISÃO DAS PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. REPRIMENDA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. É incabível em habeas corpus a revisão da prova que levou à condenação dos pacientes ou mesmo a desclassificação da conduta imputada para a infração penal prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

2. É possível a determinação de execução provisória da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias.

3. Diz a jurisprudência que, fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito (Súmula 440/STF). Além disso, a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui

motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada (Súmula 718/STF).

4. Configura constrangimento ilegal a imposição, sem motivação idônea, de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permite (Súmula 719/STF).

5. A vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por tráfico de drogas não encontra respaldo no entendimento dos Tribunais Superiores, não subsistindo as vedações previstas nos arts. 33, § 4º, e 44, caput, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

6. Segundo recente julgado do Plenário do STF, o chamado tráfico privilegiado não deve ser considerado crime de natureza hedionda.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar deferida, fixar o regime aberto como inicial para cumprimento da pena e a fim de restabelecer a substituição da reprimenda nos termos em que concedida na sentença. (HC 363.677/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 22/09/2016)

No caso em apreço, o acusado é primário e não registra antecedentes criminais. A quantidade e a natureza da droga não indicam maior reprovabilidade. Não há qualquer menção no corpo da denúncia ao envolvimento do acusado em atividades ilícitas ou em organizações criminosas. Nessa perspectiva, a possibilidade de configuração do privilégio assume contornos de probabilidade. Dessa forma, o uso da via negociada seria, a princípio, cabível diante das perspectivas concretas de realização do poder punitivo.

**Não se trata aqui de interferência indevida nos poderes reservados ao órgão acusador. Aliás, não existem poderes absolutos, mormente quando confrontados com situação de manifesto constrangimento à liberdade sobre a qual recai ao Judiciário o dever de garantia.**

**Na delimitação da política de enfrentamento de drogas, o legislador distinguiu a figura do tráfico em sua forma fundamental e o tráfico privilegiado. Os regimes punitivos são sensivelmente diversos. Cabe a todos os agentes persecutórios sensibilidade para com os padrões estabelecidos em lei e sobre os quais não há margem de apreciação. Afinal, os elementos de configuração do tráfico privilegiado são objetivos (primariedade, ausência de antecedentes e não envolvimento em atividades ilícitas ou em organizações criminosas). Quando há falha no cumprimento da lei, resta ao Judiciário**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**assegurar a tutela da liberdade.**

Assim evidenciada a injustificável recusa de propositura do acordo de não persecução, a rejeição da denúncia, pela configuração da ausência de interesse de agir era – como é – possível. A solução, repita-se, é consentânea com os espaços de liberdade desenhados no Estado de Direito que a todos recai. Prestigia-se, destarte, a solução processual desenhada.

### **3. Do voto**

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço do recurso e, no mérito, nego-lhe provimento**, para manter a bem lançada decisão de rejeição da denúncia.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

**Relator**