



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2022.0000103799**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1504864-70.2021.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido MARCOS VINÍCIUS GERÔNIMO SANTOS.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **negaram provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, mantendo-se a decisão de folhas 103/106 V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), AMABLE LOPEZ SOTO E SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2022.

**HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA**

**Relator(a)**

Assinatura Eletrônica

**Recurso Em Sentido Estrito nº 1504864-70.2021.8.26.0228**

**Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo**  
**Recorrido: MARCOS VINÍCIUS GERÔNIMO SANTOS**  
**Comarca: São Paulo**

**Voto nº 4613**

Recurso em sentido estrito – Tráfico de entorpecentes – Negativa de propositura de acordo de não persecução penal – Posição institucional - Rejeição da denúncia por ausência de justa causa - Elementos indiciários apontando para a prática de tráfico privilegiado - Não hediondez do tráfico privilegiado – Ausência de impedimento legal - Decisão mantida – Recurso da acusação NÃO PROVIDO.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, contra a decisão proferida pelo D. Juízo da 20ª Vara Criminal do Foro Central Criminal Barra Funda da Comarca de São Paulo, que nas folhas 103/106, rejeitou a denúncia apresentada contra MARCOS VINICIUS GERÔNIMO SANTOS, com fundamento no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Aduz o recorrente (folhas 124/136) que "*por ocasião do oferecimento de denúncia, justificou a impossibilidade do oferecimento de acordo de não persecução, em que pese tratar-se de indiciado primário, diante da gravidade concreta do delito perpetrado, cujas penas previstas abstratamente superam os critérios objetivos do artigo 28-A do Código de Processo Penal, uma vez que eventual aplicação do redutor artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, somente seria cabível após a instrução, ressaltando-se também no caso em apreço a inexistência de confissão, e evidentemente a gravidade da conduta*"; que a denúncia preenche os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, necessários para o recebimento; e que "*se feita a proposta do acordo, as prerrogativas institucionais do Ministério Público estariam sendo contrariadas, e em desfavor da sociedade, porque tolhido o processo penal, e independente de qualquer resultado final, este sim, sujeito a recurso pelas partes, acusação e defesa, se assim o desejarem, já que tal acordo no tráfico de drogas mostra-se incabível*".

Sustenta, ainda, que não estavam preenchidos todos os requisitos legais, pois o indiciado não confessou o tráfico; que *"sobre eventual oportunidade para a confissão posteriormente (quando não se tem na fase policial), não se mostraria nem mesmo eficaz para fins de acordo de não persecução penal, porque de qualquer forma continuaria incabível o benefício pelo não preenchimento dos demais requisitos legais (além da primariedade e confissão), ficando aqui novamente reiterados, data máxima venia, os argumentos ministeriais trazidos quando oferecida a denúncia, por se tratar a conduta de tráfico de drogas"*; que considerar a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, *"seria verdadeira antecipação do resultado processual (que pode até ser absolvição, a depender da instrução), contudo, sem o devido processo legal e produção de provas"*, e a não dedicação à atividade criminosa e integração de organização criminosa só pode ser esclarecida ao cabo da instrução. Ressalta que o recorrido teve envolvimento prévio em ato infracional, o que pode afastar o benefício pretendido.

Requer o provimento do recurso para que seja determinado o prosseguimento da acusação, com a notificação do acusado para apresentação de defesa preliminar e posterior recebimento da denúncia.

A Defesa ofertou a contraminuta constante das folhas 149/153, pugnano pelo desprovimento do recurso.

O D. Juízo "a quo" recebeu o recurso interposto e determinou o seu processamento (folha 137). Posteriormente, através da decisão proferida na folha 154, em juízo de retratação, manteve a decisão proferida em que rejeitada a denúncia contra os recorridos.

Por fim, a d. Procuradoria de Justiça opina pelo provimento do recurso interposto (folhas 163/169).

### **É o relatório.**

Narra a denúncia (folhas 74/76) que no dia 22 de fevereiro de 2021, por volta das 12 horas, na Rua Domingos Giorgetti, 333, Sacomã, na cidade e comarca de São Paulo, Capital, MARCOS VINÍCIUS GERÔNIMO SANTOS trazia

consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros, 11 porções de cocaína, com peso líquido de 9,1g (nove gramas e um decigrama) e 4 porções de maconha, com peso líquido de 3,4g (três gramas e quatro decigramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A denúncia foi rejeitada sob a seguinte fundamentação (folhas 103/106):

"A denúncia não comporta recebimento, por ausência de justa causa.

Isso porque, a recalcitrância ministerial em oferecer acordo de não persecução penal, sem que haja justo e razoável motivo para tanto, não permite a deflagração à de ação penal, eis que não superado tal momento "pré-processual" de forma legítima.

Com efeito, no presente caso, é inafastável a conclusão de que o órgão acusatório, ao manifestar-se de forma genérica (negando o benefício previsto em lei para o crime em tela) avoca para si atribuição que não lhe compete, ou seja, ao escolher, de forma abstrata, o crime que entende insuscetível da benesse, age como verdadeiro legislador, usurpando competência constitucional do Poder Legislativo. Assim, a negativa quanto ao oferecimento do benefício deve sempre observar os estreitos limites do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Não só a postura ministerial arrosta a competência exclusiva do Poder Legislativo, como afronta a própria competência do legislador constituinte originário.

Não há previsão constitucional que atribua ao Ministério Público Estadual competência para legislar em matéria penal, que, a propósito, é matéria de competência da União (art. 22, inciso I, da Constituição Federal). Nesse sentido, repitase: criar hipótese de não cabimento de instituto despenalizador (seja acordo de não persecução penal, seja suspensão condicional do processo) é legislar, uma vez que se modifica o âmbito de incidência da norma.

Isso posto, conclui-se que, ao negar a benesse legalmente prevista, o órgão acusatório afasta-se de sua atribuição constitucional para imiscuir-se no âmbito dos Poderes da República, especialmente, o legislativo, criando verdadeira regra, modificadora da lei. Não há, outrossim, observância à própria legalidade e, tampouco, pode se socorrer de fundamentos outros para preservar a posição adotada quanto ao tratamento da matéria, pois, como explicitado acima, ao assumir tal postura, ignora um complexo de situações outras e de direitos que acabam por receber tratamento, proteção, em descompasso com o pretendido constitucionalmente, gerando, assim, um desequilíbrio que não se socorre em qualquer valor constitucional.

Portanto, se no caso presente o denunciado faz jus a benefício legal despenalizador e o Parquet recusa-se a ofertá-lo, tem-se uma circunstância na qual a ação penal não poder deflagrada.

Por outro lado, entendo não seja caso de invocação do artigo 28 do Código de Processo Penal, posto que tal postura ora adotada pelo Parquet reveste-se de caráter institucional<sup>2</sup>, de modo a aplicação do referido instituto nada mais seria do que uma medida protelatória. Em vista disso, em homenagem à celeridade (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF) e à eficiência (art. 37, da CF), entendo seja o caso de rejeitar a inicial desde logo.

Oportuno destacar ainda que a pena imposta não é óbice ao oferecimento do benefício, uma vez que a própria legislação prevê que, na determinação da pena mínima, devem ser observadas as causas de aumento e diminuição de pena. E, no caso concreto, diante o teor da narrativa ministerial, bem como considerando os elementos até aqui coligidos nos autos, não se verifica óbice à eventual aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006.

Aliás, cabe ressaltar, no ponto, que a conclusão sobre a incidência ou não da benesse deve mesmo ser realizada a partir dos elementos indiciários, sob pena de perverter o sistema

previsto pelo legislador. Melhor dizendo, não se pode admitir, porventura, que seja realizada a instrução para, somente aí, concluir-se pela incidência da benesse. A uma, porque tal postura afrontaria o próprio instituto, que visa criar mecanismo impeditivo de sujeição do acusado ao processo penal.

A duas, porque criaria uma “situação procedimental” específica para o crime de tráfico, não prevista em lei

Finalmente, para por uma pá de cal sobre tema, relembro a posição do C. STF3, no sentido de que o tráfico privilegiado não é equiparado a hediondo.

Por todas essas razões, REJEITO a denúncia, nos termos do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal."

### **É caso de desprovimento do recurso interposto.**

**Primeiramente, a ausência de confissão prévia não é óbice para a propositura do acordo de não persecução penal, pois o denunciado e sua defesa poderiam ser intimados para informar se haveria interesse em apresentar confissão formal e circunstanciada, bem como na celebração do acordo em questão. E o que aqui se diz tem ocorrido em ações penais originárias que se processam neste Egrégio Tribunal de Justiça envolvendo o cometimento de ilícitos penais por prefeitos municipais, isto com a concordância do órgão do Ministério Público atuante aqui no segundo grau de jurisdição.**

Além disso, nas razões recursais (folha 133), a d. Promotora de Justiça apresentou posicionamento institucional ministerial, quanto à formulação de acordo de não persecução penal no caso de tráfico ilícito de entorpecentes, motivo pelo qual bem agiu o juízo *a quo* ao não determinar a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça, em atenção à celeridade e eficiência processual.

Prosseguindo, o legislador definiu que “*Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto*” (artigo 28-A, § 1º, do Código de Processo Penal). Assim, deve ser considerada a aplicação do disposto no artigo 33, § 4º, para aferir a pena mínima cominada ao delito, e a possibilidade legal de ser proposto acordo de não persecução penal.

A capitulação de que o denunciado estaria incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, sem menção ao §4º do referido artigo, não impede tal conclusão, pois “*o acusado se defende dos fatos descritos na denúncia e não de sua classificação jurídica*” (RHC 185117 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES,

Segunda Turma, julgado em 12/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 19-05-2021 PUBLIC 20-05-2021).

No presente caso, inexistiu a gravidade concreta suscitada nas razões recursais, tanto que houve concessão de liminar nas folhas 94/97 dos autos do *Habeas Corpus* nº 2039539-07.2021.8.26.0000, sob a seguinte fundamentação:

"No caso em tela, o(a) paciente foi preso em flagrante como incurso no artigo 33, da Lei nº 11.343/06 (folhas 20/21). Contudo, em breve análise dos autos, verifica-se que se encontram presentes o "fumus boni iuris" e o "periculum in mora", necessários para a concessão da liminar pleiteada.

Isto porque o paciente é primário (folhas 53/54), e a cena delituosa descrita pelos policiais é que policiais civis trafegavam com viatura descaracterizada por um local conhecido como ponto de venda de drogas, quando avistaram o paciente em atitude suspeita, visualizando o momento exato em que ele entregou algo a um desconhecido e recebeu o que lhes pareceu uma nota de dinheiro. Em abordagem, foram encontrados no bolso da bermuda do paciente, mais precisamente no interior de um maço de cigarros vazio, 11 (onze) invólucros contendo cocaína, 04 (quatro) invólucros contendo maconha e uma nota de R\$ 20,00 (vinte reais), sendo que o paciente teria confessado informalmente que estaria trabalhando para o tráfico naquele local há dois dias (folhas 25/26).

Disto não se vislumbram elementos aptos a indicar uma gravidade concreta que justifique o cárcere, como um envolvimento profundo e relevante do paciente com o tráfico, por exemplo, mesmo se considerarmos que foram apreendidos dois tipos de entorpecentes, posto que em quantidades pequenas, sendo as massas líquidas de 9,1 gramas de cocaína e 3,4 gramas de maconha, tendo inteira aplicação o entendimento esposado a seguir:

"se a quantidade de droga apreendida é reduzida e estão ausentes outros elementos que autorizem conclusão acerca do envolvimento profundo ou relevante do agente com o tráfico de drogas, não se justifica a prisão preventiva para resguardar a ordem pública. (HC n. 112766, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/11/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 6/12/2012 PUBLIC 7/12/2012)".

Além disso, em que pese a fundamentação esposada na decisão impugnada (folhas 70/73) de que o paciente apresenta registros de atos infracionais, o que serviria para justificar a manutenção de sua prisão, nota-se, pela certidão de folha 53 que há apenas um registro.

E, como bem apresentado pela defesa nas folhas 18/19, houve a concessão da remissão pelo d. Magistrado da 2ª Vara Especial de Infância e Juventude de São Paulo.

Ainda que não houvesse a remissão, os referidos atos infracionais aparentemente versavam sobre lesão corporal, situação bem diversa da dos autos de origem, além de que teria sido praticado em 2015, ou seja, há cerca de seis anos, não havendo nenhuma outra situação posterior que fizesse presumir ser o paciente dotado de periculosidade."

Portanto, como bem pontuado na decisão de rejeição da denúncia,  
Recurso Em Sentido Estrito nº 1504864-70.2021.8.26.0228 -Voto nº 4613

os indícios constantes dos autos não afastam a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, pelo contrário.

**E não há impedimento legal para a propositura de acordo de persecução penal no caso de tráfico privilegiado, tratando-se de infração penal sem violência ou grave ameaça, e de crime que não é equiparado a hediondo, conforme reconhecido pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema Repetitivo 600.**

**De fato, não compete ao Poder Judiciário impor a propositura de acordo de não persecução penal, de titularidade do Ministério Público, que “poderá propor” (artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal), consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal:**

**“O Poder Judiciário não pode impor ao Ministério Público a obrigação de ofertar acordo de não persecução penal (ANPP). Não cabe ao Poder Judiciário, que não detém atribuição para participar de negociações na seara investigatória, impor ao MP a celebração de acordos.” (STF – *Habeas Corpus* nº 194677/SP, Relator: Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 11/5/2021, Informativo 1017).**

**Contudo, ao constatar que a recusa foge das hipóteses legais, o magistrado não pode quedar-se inerte e silente, validando recusa imotivada, sendo necessário reconhecer a ausência de justa causa para propositura da ação penal, nos moldes da decisão impugnada, como bem pontuado pela Defensoria Pública:**

**“Assim, o não oferecimento pelo Ministério Público de ANPP quando se mostra viável, impõe o reconhecimento da ausência de justa causa para o processo-crime: ora, é uma questão de lógica, pois, se há possibilidade de não haver processo, à míngua de justificativa plausível, ele não deve acontecer.” (folha 150).**

**Nesse mesmo sentido, colaciono a ementa de brilhante julgado de relatoria do Eminentíssimo Desembargador Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli, da Colenda 16ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:**

**"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 conseqüente 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."**

(TJSP; Recurso em Sentido Estrito 0000781-42.2021.8.26.0695; Relator (a): Marcos Alexandre Coelho Zilli; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Nazaré Paulista - Vara Única; Data do Julgamento: 26/11/2021; Data de Registro: 26/11/2021).

Ante todo o exposto, **nega-se provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público**, mantendo-se a decisão de folhas 103/106.

**HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA**  
Relator