



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000638765

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000093-88.2018.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante SEBASTIÃO VALDIR TOSTA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Com fundamento na garantia constitucional da retroação benéfica da lei penal (artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal), converteram o julgamento em diligência para retorno dos autos ao juízo de direito de origem para apreciação da possibilidade de aplicação do instituto denominado "acordo de não persecução penal", previsto no atual artigo 28-A, "caput", do Código de Processo Penal (alterado pela Lei nº 13.964/2019), sendo que deverá ser aberta vista à defesa do réu (para se manifestar quanto à confissão) e, após, para o Ministério Público, observando que em caso de celebração do acordo mencionado, deverá ser comunicado pelo juízo de origem para o relator através do e-mail institucional "gab.heitoroliveira@tjsp.jus.br", devidamente instruído com a documentação que comprove a celebração aqui referida. Caso não ocorra a concretização do acordo, os autos deverão ser devolvidos a esta superior instância, com documentação que revele em pormenores os motivos da não celebração.V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 13 de agosto de 2020.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal nº 0000093-88.2018.8.26.0597

Apelante: Sebastião Valdir Tosta

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Sertãozinho

Voto nº 1268

Embriaguez ao volante – Entrada em vigor do instituto despenalizador do "acordo de não persecução penal" – Artigo 28-A, "caput", do Código de Processo Penal Brasileiro, introduzido pela Lei nº 13.964/2019 – Instituto despenalizador de grande feição penal (com conteúdo majoritariamente penal) – Retroação benéfica da lei penal posterior que não pode ser afastada pelo Poder Judiciário – Artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal – Garantia individual fundamental que constitui cláusula pétrea constitucional – Precedentes do Egrégio Supremo Tribunal Federal – Apelante que não apresenta antecedentes criminais que impossibilitem o acordo, dado objetivo constatado pelo relator - Conversão do julgamento em diligência para que em primeiro grau de jurisdição seja aberta vista às partes, com a finalidade de avaliar a possibilidade de concretizar o acordo de não persecução penal.

O réu SEBASTIÃO VALDIR TOSTA foi condenado às penas de 6 (seis) meses de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao disposto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, e proibição ou suspensão da obtenção da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, de qualquer categoria, pelo prazo de dois meses (folhas 109/116).

Inconformado, o réu recorre (folha 138) e a defesa requer a absolvição do apelante (folhas 140/141).

Oferecidas as contrarrazões pelo Ministério Público (folhas 145/149), a d. Procuradoria de Justiça opina pelo não provimento do recurso (folhas 157/164).

É o relatório.

Consta da denúncia (folha 01/02) que no dia 24 de setembro de 2017,

por volta das 19:55 horas, na Avenida José Ferreira dos Reis, nº 126, na comarca de Sertãozinho, SEBASTIÃO VALDIR TOSTA conduzia veículo automotor VW/Gol, placas BQT-8158/Sertãozinho/SP, com capacidade psicomotora alterada, em razão da influência de álcool.

Ainda de acordo com a inicial, o denunciado, mesmo estando embriagado, pôs-se na condução do automóvel pelo local dos fatos. Policias Militares foram acionados por populares, dando conta de que uma pessoa embriagada conduzia o veículo acima descrito e seguiram para o local. Ato contínuo, os milicianos realizaram a abordagem e constaram que SEBASTIÃO apresentava sinais de embriaguez, o que acabou confirmado com o exame toxicológico de dosagem alcoólica, que apontou resultado de 2,4g/l (dois gramas e quatro decigramas) de álcool por litro de sangue (folhas 11).

Primeiramente, consigno que na data de hoje este relator teve acesso à folha de antecedentes do apelante e também ao sistema SIVEC (Sistema das Varas de Execuções Criminais do Estado de São Paulo) e constatei que o acusado nestes autos não apresenta nenhum outro antecedente criminal que impossibilite um acordo de não persecução penal.

Por outro lado, constato também que o réu confessou que ingeriu bebida alcoólica na fase inquisitiva, embora não tenha informado que conduziu o veículo em zigue-zague (folha 30).

Assim sendo, considerando a entrada em vigor da nova lei 13.964/2019, a qual trouxe ao direito brasileiro mais um instituto despenalizador, qual seja, o acordo de não persecução penal, e que para sua aplicação deve ser aquilatada, no caso concreto, a existência de causa de aumento ou diminuição de pena, a indicar que as fases precedentes da fixação da pena como circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, "caput", do Código Penal e circunstâncias agravantes e atenuantes de pena deverão ser consideradas, **entendo cabível a conversão do julgamento em diligência, pois o novo instituto aqui referido tem conteúdo majoritariamente penal, ao atingir a**

punibilidade do cidadão, tendo em vista que o cumprimento do acordo acarreta na extinção da punibilidade do autor da infração penal.

O instituto aqui referido foi introduzido pelo novo artigo 28-A do Código de Processo Penal e tem aplicação retroativa, ainda que publicada a sentença condenatória, por se tratar de lei processual penal benéfica, à luz dos ensinamentos do Eminentíssimo Desembargador Guilherme de Souza Nucci:

“Retroatividade da lei processual penal benéfica: como regra, as normas processuais são publicadas para vigorar de imediato, aplicando-se a todos os atos ainda não praticados e atingindo, por conseguinte, alguns fatos ocorridos antes de sua vigência. Entretanto, existem normas processuais penais que possuem íntima relação com o direito penal, refletindo diretamente na punição ao réu. Em virtude disso, a doutrina busca classificar as normas processuais em normas processuais penais materiais e normas processuais penais propriamente ditas. As primeiras, tratando de termos ligados ao *status libertatis* do acusado (queixa, perempção, decadência, prisão cautelar, prisão em flagrante etc.), devem estar submetidas ao princípio da retroatividade benéfica. A respeito, confira-se o disposto no Código Penal argentino: 'No cómputo da prisão preventiva observar-se-á, separadamente a lei mais favorável ao processado' (art. 3º) (...)” (in Código Penal Comentado, Editora Forense, 16ª ed., pág. 43).

Isto porque tem aplicação a garantia fundamental, segundo preceito fundamental de Direito Penal, cláusula pétrea, prevista no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal: *"A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"*. Idêntico preceito é encontrado no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro.

Cabe trazer à baila ensinamento doutrinário proferido por Cleber Masson: "(...) Lei penal benéfica, *lex mitior* ou *novatio legis in mellius*: É a que se verifica quando, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, o fato previsto como crime ou contravenção penal tenha sido praticado na vigência da lei anterior, e o novel instrumento legislativo seja mais vantajoso ao agente, favorecendo-o de qualquer modo. A lei mais favorável deve ser obtida no caso concreto, aplicando-se a que produzir resultado mais vantajoso ao agente (teoria da ponderação concreta). Aqui também a expressão 'de qualquer modo' deve ser compreendida na acepção mais ampla possível. Nos termos do art. 5º, XL, da CF, a *abolitio*

criminis e a *novatio legis in mellius* devem retroagir, por configurar nítido benefício ao réu. A retroatividade é automática, dispensa cláusula expressa e alcança inclusive os fatos já definitivamente julgados. (...)"

Observo que este entendimento também é perfilhado por alguns membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, como por exemplo, o digníssimo Procurador de Justiça, Doutor Antonio Carlos Gasparini, que externou o entendimento aqui especificado em um brilhante parecer oferecido nas folhas 259/263 da Apelação Criminal número 0001297-98.2013.8.26.0418.

Para arrematar, afirmo também que é tradição no Egrégio Supremo Tribunal Federal afirmar que a lei nova se aplica, no que favorecer o agente delituoso, até mesmo já existindo condenação transitada em julgado (RE 102.932, DJU 10.5.85, página 6855 e RE 102.720, DJU 10.5.85, página 6855).

A Suprema Corte, inclusive, em julgamento de caso semelhante (ADI 1719/DF), entendeu que a norma que trata de Direito Penal deve retroagir para beneficiar o réu. Trata-se de questionamento relacionado ao artigo 90 da Lei 9.099/95, no qual consta expressamente a não aplicabilidade da lei aos processos com instrução iniciada. No julgamento desta ADI, o Pretório Excelso entendeu, por unanimidade, que a Lei 9.099/95 possui natureza mista, com normas de direito processual penal e normas com conteúdo material de direito penal. Desta maneira, o artigo 90 não poderia impedir a retroatividade das leis com conteúdo material de direito penal, sob pena de ofensa ao artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado quanto às normas de direito material penal previstas na Lei 13.964/2019.

Ante o exposto, pelo meu voto, com fundamento na garantia constitucional da retroação benéfica da lei penal (artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal) converto o julgamento em diligência, para retorno dos autos ao juízo de direito de origem para apreciação da possibilidade de aplicação do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

instituto denominado "acordo de não persecução penal", previsto no atual artigo 28-A, "caput", do Código de Processo Penal (alterado pela Lei nº 13.964/2019), sendo que deverá ser aberta vista à defesa do réu (para se manifestar quanto à confissão) e, após, para o Ministério Público, observando que em caso de celebração do acordo mencionado, deverá ser comunicado pelo juízo de origem para o relator através do *e-mail* institucional "gab.heitoroliveira@tjsp.jus.br", devidamente instruído com a documentação que comprove a celebração aqui referida. Caso não ocorra a concretização do acordo, os autos deverão ser devolvidos a esta superior instância, com documentação que revele em pormenores os motivos da não celebração.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA
Relator