



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2020.0000646906**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500430-46.2019.8.26.0539, da Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo, em que é apelante MATHEUS PEREIRA ALVIM, 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: **rejeitado o pleito absolutório, determinam o retorno dos autos ao juízo de origem para aplicação do disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal. Não se concretizando ou sendo descumprido o acordo de não persecução penal, dá-se parcial provimento ao recurso de Matheus Pereira Alvim para, aplicado o redutor máximo pela forma privilegiada do delito, reduzir as penas a 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor mínimo unitário, com substituição da corporal por prestação de serviços à comunidade e outra multa de 10 (dez) diárias, no piso, sem prejuízo da cumulativamente imposta. 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), JOÃO MORENGHI E ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 17 de agosto de 2020.

**VICO MAÑAS**  
**Relator**  
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO Nº 1500430-46.2019.8.26.0539

COMARCA: SANTA CRUZ DO RIO PARDO

VOTO Nº 41.282

1. Tráfico – Suficiência de provas – Condenação ratificada.
2. Penas – Básicas mantidas nos pisos legais, com reconhecimento da forma privilegiada do delito.
3. Acordo de não persecução penal – Aplicação retroativa do art. 28-A do CPP – Norma penal posterior mais benéfica – Necessidade de nova oportunidade para o réu, se quiser, confessar – Demais questões do processo já decididas caso não concretizado ou descumprido o acordo.
4. Majorante - Art. 40, III, da Lei 11.343/06 – Exclusão - Necessidade de demonstração de interesse em propagar o uso de tóxicos entre aqueles que circulam pelos lugares enumerados.
5. Privilégio – Ampliação do redutor para o máximo de 2/3 – Pouca quantidade de cocaína – Espécie do tóxico, por si só, não autoriza desconto menor – Critérios cumulados do art. 42 da Lei 11.343/06.
6. Substituição – Cabimento, pelos mesmos motivos que ensejaram a fixação do regime aberto – Vedação a penas alternativas suspensa pelo Senado Federal.

Matheus Pereira Alvim foi condenado pelo MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo a 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, no valor mínimo unitário, como incurso no art. 33, “caput”, da Lei 11.343/06.

Inconformado, busca a absolvição, sustentando insuficiência probatória. Subsidiariamente, pede desclassificação para a figura do art. 28 do estatuto antitóxicos ou aplicação do redutor máximo previsto no art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal, afastamento da majorante identificada e substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 264/266), a D.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Segundo a inicial, Matheus era objeto de denúncias de tráfico. Avistado junto de escola, foi abordado por policiais militares e flagrado com papelote contendo cerca de 1 g de cocaína. Em sua casa, diligenciada na sequência, encontraram-se mais 4,7 g da droga, distribuídos em 16 “eppendorfs”.

Interrogado, Matheus disse que o papelote de cocaína se destinava a consumo próprio. Usava entorpecentes por volta de três vezes por semana. Surpreendeu-se com o encontro dos pinos em sua casa, pois deles já não se lembrava.

O policial militar Júlio César Vieira dos Santos relatou que, alguns dias antes dos fatos, a guarnição recebeu notícia de que Matheus vendia entorpecentes em certos locais. Encontrado perto de escola com porção de cocaína, o acusado admitiu que levava o tóxico para cliente em feira mencionada na delação. Os pinos de cocaína foram localizados em criadomudo e, de acordo com o acusado, também seriam comercializados.

Na mesma linha a narrativa do PM Carlos Leonardo da Silva.

Arrolados pela defesa, Rafael Martins Piatto e André Luiz Augusto Pereira abonaram a conduta social do apelante.

A cocaína foi periciada (fls. 25/27 e 81/83).



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Cópia do registro das delações às 14/15.

Diante de tal quadro, não há que se falar em falta de provas.

Objeto de denúncias de tráfico regularmente registradas, com referências ao seu nome e sobrenome, Matheus admitiu que portava porção de cocaína e restou firmemente incriminado pelos relatos policiais de que confessou tratar-se de encomenda de cliente.

Note-se que não há motivo para reservas em relação às palavras das testemunhas. Além de firmes e coerentes, não desponta dos autos qualquer indício de que tivessem interesse em prejudicar inocente.

Nesse cenário, tendo em vista ainda a quantidade e a embalagem em porções prontas para entrega a consumo, nenhuma dúvida de que o restante da droga igualmente se destinava a comércio.

A condenação por tráfico, portanto, era mesmo medida que se impunha.

As penas-base permaneceram nos patamares mínimos, reconhecendo-se a forma privilegiada do delito.

Ante a solução adotada, de rigor o retorno dos autos ao juízo de origem para os fins do art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 13.964/19.

Estabelece o “caput” do referido dispositivo que, “não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, mediante as condições arroladas nos incisos. E, conforme previsto no art. 28-A, § 13, “cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade”.

Observe-se que, conquanto alterado o estatuto processual, a inovação também possui natureza de direito material e beneficia o réu. Desse modo, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal, deve retroagir.

Na hipótese dos autos, nada impede a medida.

Além de ausentes os óbices do art. 28-A, § 2º, do CPP, trata-se de crime praticado sem violência ou grave ameaça, com fixação de reprimenda inferior ao limite legal, e tudo indica que necessário e suficiente o acordo para reprovação e prevenção da conduta. Afinal, não reconhecidas circunstâncias judiciais desfavoráveis e admitida a forma privilegiada do delito.

Importante também ressaltar que a suspensão da Lei 13.964/19, determinada cautelarmente na ação direta de inconstitucionalidade nº 6.298, não atinge o art. 28-A do CPP.

Quanto à confissão, pressuposto do acordo, deve-se garantir ao réu a oportunidade de agora oferecê-la, intimando-o

especificamente para tanto. A mera consideração da postura já adotada, quando a rendição não tinha os atuais efeitos, representa negativa à retroação da norma penal mais benéfica.

Lembre-se ainda que, quando entraram em vigor, os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 foram aplicados aos processos em andamento. Nenhum motivo para se proceder de maneira diferente no presente contexto.

Pois bem, caso o acordo não se concretize ou seja descumprido, ficam desde já decididas as demais questões do feito.

É certo que flagrado o réu com droga junto de escola. No entanto, para incidência da identificada majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/06, insuficiente a mera proximidade física das instituições de que cuida o mencionado dispositivo. Afigura-se indispensável a demonstração de que o acusado agia com a intenção de propagar o uso de entorpecentes entre aqueles que circulam por tais lugares, situação não referida pelas testemunhas. Ao contrário. Disseram que Matheus declarou estar levando a porção de cocaína para cliente noutra lugar.

A rigor, como não demonstrado que se buscava fornecer droga aos frequentadores dos referidos locais, o aumento da pena a tal título representou consagração de responsabilidade penal objetiva, ferindo-se a garantia constitucional da culpabilidade em matéria criminal.

Ensina Nilo Batista que “o princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. No nível do processo penal, a exigência de provas quanto a esse aspecto conduz ao aforisma 'a culpabilidade não se presume'" (Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, Revan, 1990, p. 104).

Excluem-se, portanto, a majorante e o correspondente acréscimo.

O apelante também faz jus ao redutor máximo de 2/3 pela forma privilegiada do delito, pois possuía pouca cocaína. Só se poderia falar que mais reprovável a conduta, autorizando menor desconto, se expressivo o volume encontrado e, por conseguinte, maior o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Tanto é que o art. 42 da Lei 11.343/06 alude não só à natureza da substância, mas também à quantidade, pouco significativa na hipótese. Parece claro que os fatores devem ser considerados cumulativamente.

Em resultado, as reprimendas ficam estabelecidas em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e multa de 166 (cento e sessenta e seis) diárias, no piso.

Mas não é só.

Os mesmos motivos que ensejaram a fixação do regime aberto permitem a substituição da sanção corporal por prestação de serviços à comunidade e multa de 10 (dez) diárias, no piso, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Ressalte-se que a Resolução 05/2012 do Senado Federal suspendeu a vedação de conversão em penas restritivas de direitos prevista



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

no art. 44 da Lei de Drogas, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

Frente ao exposto, rejeitado o pleito absolutório, determina-se o retorno dos autos ao juízo de origem para aplicação do disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal. Não se concretizando ou sendo descumprido o acordo de não persecução penal, dá-se parcial provimento ao recurso de Matheus Pereira Alvim para, aplicado o redutor máximo pela forma privilegiada do delito, reduzir as penas a 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor mínimo unitário, com substituição da corporal por prestação de serviços à comunidade e outra multa de 10 (dez) diárias, no piso, sem prejuízo da cumulativamente imposta.

**VICO MAÑAS**

Relator