



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000313697

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000766-07.2022.8.26.0156, da Comarca de Cruzeiro, em que é apelante THIAGO CARLOS GOMES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E LEME GARCIA.

São Paulo, 31 de março de 2025.

RENATA WILLIAM RACHED CATELLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 0000766-07.2022.8.26.0156

Comarca de Cruzeiro - Vara Criminal

Apelante: Thiago Carlos Gomes

Apelado: Ministério Público

Voto nº 1993

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – Preliminar de nulidade. Acolhimento. Acusado que, pessoalmente notificado, deixou de constituir advogado, tendo lhe sido nomeado defensor dativo, que apresentou defesa prévia por negativa geral e o representou nos atos processuais subsequentes. Réu que deixou de ser conduzido à audiência de instrução por desídia estatal, tendo sido transferido de presídio poucos dias antes da realização do ato. Apelante que deixou de presenciar a oitiva das testemunhas comuns. Patente violação ao direito de autodefesa. Concordância do defensor dativo com a continuidade da solenidade que não afasta o reconhecimento da nulidade. Disposição do direito de autodefesa, na modalidade participação, que só competia ao próprio acusado. Réu que não teve qualquer contato prévio com o dativo, não tendo tido a oportunidade de traçar as estratégias defensivas no acompanhamento da produção da prova oral. Infringência aos arts. 563, 564, IV, 565 e 571, VIII, todos do CPP. Preliminar acolhida com reconhecimento da nulidade do feito desde a audiência ocorrida em 26/02/2022, determinando o retorno dos autos à origem para que sejam reinquiridas as testemunhas comuns, permitindo-se a presença do acusado no ato, e realizando-se novo interrogatório do réu, com posterior reabertura de prazo às partes para a apresentação de memoriais e prolação de nova sentença, restando, no mais, prejudicado o exame das demais preliminares, bem como do mérito recursal.

Vistos.

Thiago Carlos Gomes interpôs recurso de Apelação da r. sentença, datada de 19/04/2023, prolatada pelo MM. Juiz de Direito Lucas Garbocci da Motta, da Vara Criminal da Comarca de Cruzeiro, que o condenou como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, às penas de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 680 dias-multa,

no valor unitário mínimo legal (fls. 447/470).

Em suas razões, a Defesa aduziu preliminarmente a nulidade do processo: a) pela deficiência da defesa técnica que anteriormente representava o acusado, argumentando ter este restado indefeso ao longo da instrução; b) pela ausência do réu na audiência de instrução do corréu, nos autos desmembrados; c) pela violação ao art. 212, do CPP, uma vez que o magistrado condutor da primeira audiência não teria observado a necessária ordem de inquirição das testemunhas, tendo realizado perguntas diretamente às testemunhas, antes do oferecer a palavra ao Ministério Público e à defesa, em violação ao sistema acusatório; d) em razão de ter sido o relatório policial elaborado com base em conversas captadas do aparelho de telefone celular do investigado, sem realização de perícia. No mérito, pleiteou a absolvição do acusado por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pugnou pela: a) fixação da pena no mínimo legal; b) incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas; c) estipulação do regime aberto para início de cumprimento da pena corporal (fls. 549/568).

O recurso foi contrarrazoado às fls. 574/580.

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do apelo (fls. 589/596).

É o relatório.

O ora apelante foi denunciado como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei de Drogas, porque, no dia 1º de dezembro de 2020, por volta das 20h30, na Rua Quintino Bocaiúva, nº 329, Vila Celestina, na cidade e comarca de Cruzeiro/SP, transportava, junto do

corrêu Rafael de Oliveira da Silva, para fins de fornecimento e entrega a consumo de terceiros, uma porção prensada de cocaína, perfazendo a massa líquida aproximada de 1.000,43 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Encerrada a instrução, sobreveio a sentença que o condenou, nos termos da exordial acusatória.

Pois bem.

De proêmio, observo que a preliminar de nulidade do processo por ausência do apelante na audiência de instrução em que ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes e, ao final, interrogado o corrêu Rafael, merece acolhimento.

Pessoalmente notificado, o réu deixou de constituir advogado, tendo-lhe sido nomeado defensor dativo, que apresentou defesa prévia nos autos às fls. 224/226, por negativa geral, e o representou nos atos processuais subsequentes.

E, ao que consta, o apelante não participou da audiência realizada em 26/02/2022, oportunidade em que inquiridas as testemunhas, porquanto, embora requisitado perante o CDP de Taubaté, este informou que ele havia sido recentemente transferido para a Penitenciária de Presidente Venceslau.

Indagadas as partes sobre a viabilidade de realização do ato, o defensor dativo do acusado não se opôs à oitiva das testemunhas presentes, a despeito de sua ausência (fls. 277).

E diante de tal concordância defensiva, a tese anulatória restou rechaçada na origem, por ausência de prova de prejuízo ao acusado.

Respeitado o entendimento do MM.

Magistrado a quo, entendo, contudo, que houve patente violação aos princípios da autodefesa e da ampla defesa, ensejando o reconhecimento da nulidade absoluta.

Rememoro que, no processo penal, é garantido ao réu a autodefesa, que se desdobra nos direitos de audiência, de presença e na capacidade postulatória autônoma. O direito de presença permite ao acusado o acompanhamento a todo os atos instrutórios, junto da defesa técnica, de maneira que se possibilite a construção adequada da defesa pessoal.

Nesse contexto, a ausência do acusado em audiência de instrução só pode ser justificada por opção pessoal, ou limitada a determinados atos específicos, como a oitiva de vítima que se sinta constrangida com a presença do réu.

De outra banda, a ausência do réu em decorrência da desídia estatal, como é caso, em que transferido o apelante recluso, poucos dias antes da data audiência, sem qualquer comunicação da SAP ao Juízo, certamente impedia o aproveitamento do ato, justificando a remarcação da audiência para outra data, em que fosse possível a condução do acusado.

Ainda que o defensor dativo tenha anuído com a solenidade, é certo que o patrono concedido ao réu pelo Estado não manteve com o apelante detido qualquer contato prévio, decerto que não foi capaz de, com ele, traçar as estratégias defensivas.

É de se lembrar, no ponto, inclusive, que a defesa sequer detinha poderes para dispensar a presença do réu naquela solenidade, na medida em que, como já destacado, apenas ao acusado incumbiria o poder de disposição do seu direito de autodefesa.

Acrescente-se que, em casos de tráfico de entorpecentes, a prova oral geralmente se limita à oitiva de dois policiais responsáveis pela abordagem do réu e apreensão das drogas. Nesse sentido, a participação do acusado na audiência de oitiva destas testemunhas assume ainda maior relevância probatória à Defesa, pois, na maioria dos casos, as poucas chances de absolvição recaem sobre a possibilidade de que sejam exploradas as inconsistências e incorreções da prova oral produzida em juízo.

Logo, tratando-se de nulidade absoluta insanável, que pode ser reconhecida e declarada a qualquer tempo, e estando inequivocamente demonstrado o prejuízo ao réu, é de ser declarado nulo o processo desde a oitiva das testemunhas, ocorrida em 26/02/2022, por infringência aos artigos 563, 564, inciso IV, 565 e 571, inciso VIII, todos do Código de Processo Penal.

Saliente-se, que, em caso similar, assim já decidiu o C. STJ:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. FURTO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 563, 564, IV, 565 E 571, VIII, TODOS DO CPP. PLEITO DE DECOTE DA NULIDADE ABSOLUTA RECONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO PARA INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DO RÉU PRESO. DEFENSOR DATIVO SEM CONTATO PRÉVIO COM O ACUSADO, PORTANTO, SEM

CONHECIMENTO DOS FATOS. PREJUÍZO DEMONSTRADO. MANUTENÇÃO DOS TERMOS DO ACÓRDÃO QUE SE IMPÕE. 1. O Tribunal de origem dispôs que é direito do réu acompanhar a coleta de provas na ação penal movida contra si. [...] A ausência do acusado em razão da desídia estatal, aqui consubstanciada na não-condução do preso requisitado à audiência de instrução pela SUSEPE, não é motivo idôneo para relativizar a garantia do acusado e configura nulidade insanável. [...] No caso em análise, em que pese manifestação contrária do defensor dativo, entendeu a magistrada na realização da oitiva dos milicianos sem a presença do réu, o que a meu ver, acarreta prejuízo concreto por violação aos princípios da autodefesa e da ampla defesa, dada a impossibilidade de contato e entrevista prévia com o acusado antes da solenidade. [...] Não há dúvida que a ausência de contato prévio entre o recorrente e seu defensor inviabilizou que este tomasse conhecimento da versão do acusado e formulasse a defesa de forma adequada durante a audiência em que ouvidos os policiais. [...] Logo, tratando-se de nulidade absoluta insanável, que pode ser reconhecida e

declarada a qualquer tempo, e estando inequivocamente demonstrado o prejuízo ao réu, é de ser declarada nula a audiência datada de 07.02.2017. 2. Diante da responsabilidade exclusiva do Estado, a ausência do recorrido na audiência de inquirição de testemunhas, ante a impossibilidade de transporte de presos, não lhe pode ser imputada. Com efeito, não se pode permitir que o Estado seja ineficiente em cumprir com suas obrigações mínimas, como disponibilizar o recorrido para a audiência previamente marcada. 3. É evidente o prejuízo do réu que, por falha no estado, tem cerceado o seu direito de comparecer ao depoimento das testemunhas arroladas pelo órgão acusador, ocasião onde foi representado por um advogado dativo com quem nunca tivera contato. Exigir que a defesa indique desde já os detalhes de um prejuízo é exigir a chamada "prova diabólica", tendo em vista que não há como a parte provar como o processo seguiria, caso estivesse presente na audiência. 4. A informação de que a ausência de contato prévio entre o recorrente e seu defensor inviabilizou que este tomasse conhecimento da versão do acusado e formulasse a defesa de

forma adequada durante a audiência em que ouvidos os policiais, revela que ele não possuía conhecimento dos fatos, não podendo fazer nada numa audiência desta natureza, denotando, mais uma vez, o efetivo prejuízo sofrido pelo recorrido. 5. Recurso especial desprovido.” (REsp n. 1.794.907/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 21/9/2022, grifei)

Ante o exposto, pelo meu voto, acolho a preliminar aventada pelo apelante, reconhecendo a nulidade do feito desde a solenidade ocorrida em 26/02/2022, determinando o retorno dos autos à origem para que sejam reinquiridas as testemunhas comuns, permitindo-se a presença do acusado no ato, e realizando-se novo interrogatório do réu, com posterior reabertura de prazo às partes para a apresentação de memoriais e prolação de nova sentença, restando, no mais, prejudicado o exame das demais preliminares, bem como do mérito recursal.

RENATA WILLIAM RACHED CATELLI

Relatora