

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000205-73.2020.8.05.0176 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: DANILO DE JESUS DA SILVA Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA APELAÇÃO CRIME – ARTS. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 (TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS) E ART. 14 DA LEI 10.826/2003 (PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO) – PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO – AUSÊNCIA DO INTERROGATÓRIO DO RÉU BEM COMO DE SUA PRESENÇA NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO – FALTA DA DEVIDA INTIMAÇÃO – DILIGÊNCIA DEFICIENTE DO OFICIAL DE JUSTIÇA – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA, E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL EVIDENCIADOS – PRELIMINAR ACOLHIDA – APELO PROVIDO. I– O réu foi condenado pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e art. 14 da lei 10.826/2003 (Porte Ilegal de Arma de Fogo), sendo-lhe fixadas as penas, respectivamente, de (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa, e 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, totalizando, após a incidência da regra do concurso material, 05 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 438 (quatrocentos e trinta e oito) dias-multa, restando, após a detração, 03 (três) anos, 11 (onze) meses e 01 (um) dia da pena a ser cumprida, no regime inicial aberto, por ter sido flagrado portando 26 g (vinte e seis gramas) de cocaína e um revólver calibre 32. II – A hipótese ora examinada não envolve situação em que o réu devidamente intimado acerca da audiência de instrução deixa de comparecer nem que tenha havido mudança de endereço sem a devida comunicação ao Juízo, sendo, ao contrário disto, devidamente comprovado que o acusado, efetivamente, encontrava-se residindo no mesmo endereço descrito na exordial acusatória, conforme extrai-se do relato dos vizinhos registrado na certidão do Oficial de Justiça, bem como por ter sido encontrado, posteriormente à Audiência, no mesmo endereço, ao ser cumprido mandado de Prisão preventiva Decretada pelo Juiz monocrático. III – O magistrado sentenciante refutou a alegação de nulidade sustentada pela defesa, exclusivamente porque o acusado teria descumprido obrigação referente à Prisão Domiciliar, o que, entretanto, na verdade, deveria conduzir à imediata conversão da custódia domiciliar em preventiva, mas que somente foi efetivado na hipótese sub examine após a realização da audiência de instrução e julgamento sem a presença do réu. IV – O réu sofreu dupla punição baseado no mesmo fato, pois o descumprimento de obrigação relativa à custódia domiciliar embora, realmente, conduza à Decretação da Preventiva, não implica, necessariamente, na perda do direito à ampla defesa consistente em sua presença aos atos instrutórios e da colheita de seu interrogatório, cuja ausência somente é admissível após intimação válida ou após a tentativa de encontrá-lo mediante a utilização dos meios disponíveis. V – Não é demais assinalar que, no caso dos autos, a prévia decretação da preventiva implicaria na presença do réu na audiência de instrução e julgamento, até porque o cumprimento do Mandado de Prisão decretada posteriormente ocorreu no mesmo endereço. VI – O Processo evidencia que o réu não mudou de endereço, tendo em vista não só o cumprimento posterior do Mandado de Prisão, mas também as informações prestadas pelos vizinhos no sentido de que ele estava residindo naquele local, devendo-se registrar, ainda, que, apesar das informações obtidas de que o réu sai para trabalhar “na roça” no início da manhã e só retorna no início da noite, não consta da certidão do Oficial de Justiça referência sobre os dias e horários em que o servidor procurou o acusado, o que seria

necessário para a devida apuração acerca da compatibilidade dos horários das diligências com aqueles possíveis de encontrá-lo. VII – Além disso, a certidão também comprova que, nada obstante o contato com os vizinhos, o Oficial de Justiça não tentou efetuar a intimação por hora certa, nem, sequer, procurou averiguar se o “recado” referente a “notícia” de sua presença naquele local foi, efetivamente, transmitido ao réu. VIII – A vigente Constituição Federal é clara quanto a defesa dos princípios do contraditório e da ampla defesa ao determinar que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV). E, ainda, acentuou que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF, art. 5º, LIV). IX – Na hipótese sub examine, convém registrar que o ora apelante deixou de estar presente à produção da prova feita em audiência de instrução, como também deixou de ser interrogado, devendo-se assinalar que, conforme posicionamento uniforme adotado por nossos Tribunais, inclusive o STF, “em sede de persecução penal, o interrogatório judicial – notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003 – qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera” (STF, 2ª Turma, HC 94601, Rel. Min Celso de Melo, DJE 11/09/2009). X – Não há como negar a existência de prejuízo, até porque, no processo penal, é necessário que se garanta, de forma eficaz, os meios para que o réu se defenda da acusação formalizada pela máquina estatal, o que não foi perfeitamente oportunizado ao recorrente ante as irregularidades do ato intimatório acima analisado, nem pode-se sequer cogitar que sua eventual presença não influenciaria no resultado do processo, pois tal entendimento envolve um juízo de futurologia quanto aos elementos que poderiam ser apresentados pelo réu, muito menos poderia exigir-se que a Defesa apresentasse neste recurso o teor de sua manifestação, considerando, inclusive, que seria antecipar ao órgão acusador a estratégia defensiva. XI – Tendo em vista a flagrante ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, bem como da ampla defesa, e, ainda, do devido processo legal, declara-se a nulidade do processo a partir da audiência de instrução, para que o réu seja devidamente intimado possibilitando seu comparecimento ao mencionado ato que deverá ser redesignado, prosseguindo-se o feito em seus ulteriores termos. APELO PROVIDO AP.: 0000205-73.2020.805.0176 – NAZARÉ RELATOR: DES. ESERVAL ROCHA. ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº. 0000205-73.2020.805.0176, da Comarca de Nazaré, sendo Apelante DANILO DE JESUS DA SILVA e Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em, acolhendo a preliminar de nulidade processual prescrição, DAR PROVIMENTO AO RECURSO, na forma do relatório e do voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Sala das Sessões, de de 2024. Presidente Des. Eserval Rocha Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido Por Unanimidade Salvador, 30 de Julho de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000205-73.2020.8.05.0176 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: DANILO DE JESUS DA SILVA Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO I – O MINISTÉRIO

PÚBLICO denunciou DANILO DE JESUS DA SILVA, pela prática dos delitos descritos nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006, bem como do art. 14 da Lei nº 10.826/03, narrando os seguintes fatos: [...] no dia 15/03/2020, por volta das 14:30 horas, guarnição da Polícia Militar fora designada para garantir a segurança de um campeonato de futebol na localidade de Sapé, zona rural do município de Aratuípe/BA. Chegando ao local, os integrantes da guarnição perceberam que, assim que constatou a aproximação da viatura, o Denunciado saiu em disparada do local e apontou uma arma de fogo contra os policiais, tendo então sido perseguido pelos agentes de segurança pública, que lograram êxito em interceptá-lo em um beco. Submetido DANILO DE JESUS DA SILVA à revista pessoal, foram encontrados em seu poder um revólver da marca Taurus, calibre 32, nº. de série 371447, com quatro munições "picotadas", a quantia de 204,00 (duzentos e quatro reais), ao passo em que foram localizadas 76 (setenta e seis) trouxas de cocaína no beco onde o mesmo tentou se esconder dos milicianos Interrogado perante a autoridade policial, o flagranteado assumiu que efetivamente portava o revólver e trazia consigo a substância entorpecente, bem assim que traficava a mando de pessoa identificada pela alcunha de "Bungo", o qual lhe obrigava a realizar atividades criminosas mediante o emprego de ameaças. Submetidas as substâncias encontradas a exame pericial, identificou-se, por meio do laudo de constatação de fl. 14 e do laudo definitivo de fl. 27, que as mesmas apresentaram resultado positivo para cocaína e maconha, restando cabalmente demonstrada a materialidade do delito ora imputado ao Inculpado. Encerrada a instrução criminal, o ora apelante foi absolvido da imputação referente ao delito previsto no art. 35 Lei nº 11.343/06 (Associação para o Tráfico) e condenado, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, § 4º, da mencionada Lei (Tráfico Privilegiado de Drogas) e art. 14 da lei 10.826/2003 (Porte Ilegal de Arma de Fogo), sendo-lhe fixadas as penas, respectivamente, de (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa, e 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, totalizando, após a incidência da regra do concurso material, 05 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 438 (quatrocentos e trinta e oito) dias-multa, cada um no equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, restando, após a detração, 03 (três) anos, 11 (onze) meses e 01 (um) dia da pena a ser cumprida, no regime inicial aberto, cuja pena foi inicialmente substituída por duas restritivas de direitos, mas, posteriormente, excluída tal substituição após acolhimento dos Embargos de Declaração opostos pelo Ministério Público (ID nº 54989053). Irresignado, o réu interpôs a presente Apelação Criminal (ID nº 54989063), suscitando preliminar de nulidade processual ante a inexistência do interrogatório do acusado e falta de sua presença na audiência de instrução, sustentando que o réu encontra-se representado pela Defensoria Pública e que não foi devidamente intimado para a audiência de instrução, "no endereço em que jamais deixou de residir", o que configura violação aos princípios "do contraditório e da ampla defesa, na vertente do direito de presença do acusado perante o juiz e no exercício da autodefesa". Nesse aspecto, aponta que "o interrogatório do acusado é meio de defesa e também meio de prova no processo penal constitucionalizado". Assim, considera que deve "ser reconhecida a nulidade do ato, pois inexistente o interrogatório do acusado, em seu nítido prejuízo, uma vez que em razão de estar trabalhando, teve sua prisão domiciliar convertida em preventiva e não pôde se defender das

versões das testemunhas policiais. Nesse aspecto, violou-se o princípio da ampla defesa na sua vertente do direito de presença, essencialidade e efetividade da defesa técnica". No mérito, defende a ausência de provas suficientes para a condenação, aduzindo que a sentença recorrida está baseada exclusivamente no testemunho de policiais que, segundo alega, são contraditórios. Por outro lado, pleiteia, subsidiariamente, pela aplicação do redutor referente ao tráfico privilegiado já reconhecido na sentença, em seu grau máximo, ante a ausência de variedade de entorpecentes e da quantidade ínfima da droga apreendida (26g). Além disso, postula pela exclusão da majorante prevista no art. 40, III, da lei nº 11.343/06, asseverando que a droga foi encontrada em um beco, e não perto dos locais indicados na aludida norma. Com efeito, prequestionando os arts. 33, "caput" e 40, III, da Lei n. 11.343/06; art. 93, X, CF; art. 185, CPP; art. 386, VII, CPP, requer o provimento do recurso nos termos acima especificados. Em contra-razões (ID 54989066), o Ministério Público procurou refutar as alegações do Apelante, requerendo a manutenção da sentença de primeiro grau. Subindo os autos a esta instância, manifestou-se a Douta Procuradoria de Justiça, através do Parecer acostado ao ID nº 59645332, da lavra da Dra. Marly Barreto de Andrade, pelo improvimento do recurso. Examinados, lancei este relatório e o submeti ao Exmo. Desembargador Revisor. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000205-73.2020.8.05.0176 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: DANILO DE JESUS DA SILVA Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade. PRELIMINAR II – Analisando-se a preliminar de nulidade processual suscitada pelo apelante, verifica-se, de logo, que a hipótese ora examinada não envolve situação em que o réu devidamente intimado acerca da audiência de instrução deixa de comparecer nem que tenha havido mudança de endereço sem a devida comunicação ao Juízo, sendo, ao contrário disto, devidamente comprovado que o acusado, efetivamente, encontrava-se residindo no mesmo endereço descrito na exordial acusatória, conforme extrai-se do relato dos vizinhos registrado na certidão do Oficial de Justiça, bem como por ter sido encontrado, posteriormente à Audiência, no mesmo endereço, ao ser cumprido mandado de Prisão preventiva Decretada pelo Juiz monocrático. Por outro lado, observa-se que o magistrado sentenciante refutou a alegação de nulidade sustentada pela defesa, exclusivamente porque o acusado teria descumprido obrigação referente à Prisão Domiciliar, o que, entretanto, na verdade, deveria conduzir à imediata conversão da custódia domiciliar em preventiva, mas que somente foi efetivado na hipótese sub examine após a realização da audiência de instrução e julgamento sem a presença do réu. É importante registrar que o réu sofreu dupla punição baseado no mesmo fato, pois o descumprimento de obrigação relativa à custódia domiciliar embora, realmente, conduza à Decretação da Preventiva, não implica, necessariamente, na perda do direito à ampla defesa consistente em sua presença aos atos instrutórios e da colheita de seu interrogatório, cuja ausência somente é admissível após intimação válida ou após a tentativa de encontrá-lo mediante a utilização dos meios disponíveis. Não é demais assinalar que, no caso dos autos, a prévia decretação da preventiva implicaria na presença do réu na audiência de instrução e julgamento, até porque o cumprimento do Mandado de Prisão decretada posteriormente ocorreu no mesmo endereço (ID nº 549890006). Assim, passando-se à análise da diligência realizada pelo Oficial de

Justiça visando a intimação do réu, extrai-se da respectiva certidão do aludido servidor (ID nº 54988984) que: CERTIFICO, eu Oficial de Justiça Avaliadora abaixo, que em cumprimento ao mandado retro, objetivando o cumprimento do mandado retro, dirigi-me o endereço nele constante e lá estando não obtive sucesso na Intimação do Sr. DANILO DE JESUS DA SILVA, por não ter encontrado a referida pessoa. Consegui informações com vizinhos, que o mencionado réu sai no início da manhã para trabalho na roça, distante, e só retorna no início da noite. Posteriormente, por mais duas vezes retomei ao local e não consegui intimá-lo, por também não tê-lo encontrado. Deixei recado na vizinhança para que chegasse ao conhecimento dele a notícia da minha presença e que teria audiência na data e horário determinados. No dia de hoje, retomei ao local e mais uma vez não encontrei a referida pessoa. (grifei) Destarte, observa-se que há comprovação de que o réu não mudou de endereço, tendo em vista não só o cumprimento posterior do Mandado de Prisão, mas também as informações prestadas pelos vizinhos no sentido de que ele estava residindo naquele local, devendo-se registrar, ainda, que, apesar das informações obtidas de que o réu sai para trabalhar “na roça” no início da manhã e só retorna no início da noite, não consta da certidão acima transcrita referência sobre os dias e horários em que o Oficial de Justiça procurou o acusado, o que seria necessário para a devida apuração acerca da compatibilidade dos horários das diligências com aqueles possíveis de encontrá-lo. Por outro lado, a certidão também evidencia que, nada obstante o contato com os vizinhos, o Oficial de Justiça não tentou efetuar a intimação por hora certa, nem, sequer, procurou averiguar se o “recado” referente a “notícia” de sua presença naquele local foi, efetivamente, transmitido ao réu. Com efeito, conclui-se que não há elementos capazes de conduzir ao entendimento de que o ora apelante estava tentando ocultar-se, ou que não seria possível intimá-lo, considerando, como visto, que haviam várias providências simples e fáceis de serem realizadas as quais, entretanto, o Oficial de Justiça omitiu-se em providenciar, evidenciando a presença de flagrante deficiência do ato intimatório que mostra-se incapaz de produzir o efeito que lhe foi atribuído pelo juiz sentenciante. A respeito do tema, a vigente Constituição Federal é clara quanto a defesa dos princípios do contraditório e da ampla defesa ao determinar que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV). E, ainda, acentuou que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF, art. 5º, LIV). Na hipótese sub examine, convém registrar que o ora apelante deixou de estar presente à produção da prova feita em audiência de instrução, como também deixou de ser interrogado, devendo-se assinalar que, conforme posicionamento uniforme adotado por nossos Tribunais, inclusive o STF, “em sede de persecução penal, o interrogatório judicial – notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003 – qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera” (STF, 2ª Turma, HC 94601, Rel. Min Celso de Melo, DJE 11/09/2009). Destarte, não há como negar a existência de prejuízo, até porque, no processo penal, é necessário que se garanta, de forma eficaz, os meios para que o réu se defenda da acusação formalizada pela máquina estatal, o que não foi perfeitamente oportunizado ao recorrente ante as irregularidades do ato intimatório acima analisado, nem pode-se sequer cogitar que sua eventual presença não influenciaria no

resultado do processo, pois tal entendimento envolve um juízo de futurologia quanto aos elementos que poderiam ser apresentados pelo réu, muito menos poderia exigir-se que a Defesa apresentasse neste recurso o teor de sua manifestação, considerando, inclusive, que seria antecipar ao órgão acusador a estratégia defensiva. Em situações desta natureza, não restam dúvidas de que impossibilitar, sem motivos relevantes, que a defesa produza os elementos que se entende pertinentes aos seus interesses, resta evidenciado a existência de flagrante prejuízo e violação aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, e do devido processo legal. Na mesma linha de raciocínio: Considerando a natureza jurídica do interrogatório como importante meio de defesa, a sua ausência nos autos configura evidente cerceamento desse direito. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reconhecer cerceamento de defesa, configurado pela ausência do interrogatório da paciente perante o Conselho de Sentença, devendo o ato ser novamente realizado, renovando-se todos os consecutivos. (STJ, 5ª Turma, HC n. 422.114/RS, relator Ministro Felix Fischer, DJe de 9/5/2018.). A diligência realizada em endereço onde o réu foi localizado em duas oportunidades anteriores, certificando-se que não foi encontrado no local, sem qualquer indicação de que ele teria se mudado, tampouco tentativa de intimação pelo telefone constante do mandado, não pode determinar a conclusão pela impossibilidade de localização. [...] Como sabido, o interrogatório é meio de defesa, na vertente autodefesa, garantida constitucional, uma vez que é a oportunidade que tem o réu de apresentar ao julgador sua versão dos fatos. Se o decreto de revelia, proferido sem que fossem esgotados todos os meios necessários para a localização do réu, enviadas mensagens por aplicativo de celular horas antes do ato, impediu o pleno exercício da garantia constitucional da autodefesa, o prejuízo é consectário evidente, o que determina o reconhecimento da nulidade. (TJDF, 3ª Turma Criminal, HC nº 0718220-04.2021.8.07.0000, Rel. Desa. NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, DJE 23/07/2021) Com efeito, tendo em vista a flagrante ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, bem como da ampla defesa, (CF art. 5º, LV) e, ainda, do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), declara-se a nulidade do processo a partir da audiência de instrução, para que o réu seja devidamente intimado possibilitando seu comparecimento ao mencionado ato que deverá ser redesignado, prosseguindo-se o feito em seus ulteriores termos. CONCLUSÃO III – Por todo o exposto, acolhida a preliminar de nulidade, dou provimento ao presente recurso Sala das Sessões, de de 2024. Presidente Des. Eserval Rocha Relator Procurador (a)