



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2019.0000850845

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001688-75.2018.8.26.0063, da Comarca de Barra Bonita, em que é apelante/apelado [REDACTED], é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso defensivo para absolver [REDACTED], com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, prejudicado o exame do reclamo ministerial.V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS E CLAUDIA FONSECA FANUCCHI.

São Paulo, 14 de outubro de 2019.

TRISTÃO RIBEIRO

Relator

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 36.079 (RL) – Digital

Apelação criminal nº 0001688-75.2018.8.26.0063 – Barra Bonita

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA e OUTRO

Apelados: [REDACTED] e OUTRA

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Sentença que condenou o réu como incurso no art. 33, caput, c.c. o § 4º, da Lei nº 11.343/06, às penas de um ano, oito meses e dez dias de reclusão, em regime aberto, e oitenta e três dias-multa, de unidade mínima. Recurso da acusação, pretendendo a fixação do regime fechado. Apelo defensivo buscando a absolvição por insuficiência probatória ou a desclassificação da conduta para a prevista no art. 28, da Lei nº 11.343/06. Existência, contudo, de nulidade absoluta do feito. Ausência de captação, na audiência de instrução e julgamento, do áudio dos depoimentos das testemunhas, do interrogatório do réu e das alegações finais do Parquet. Inviabilidade da análise do teor da prova oral produzida em juízo. Nulidade não arguida no recurso da acusação que não pode ser decretada contra o réu. Inteligência da Súmula 160, do STF. Absolvição que se mostra de rigor. Apelo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

defensivo acolhido, para a absolvição do réu, prejudicado o recurso ministerial.

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas pela JUSTIÇA PÚBLICA e por [REDACTED] de sentença que o condenou, como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. o § 4º, da Lei nº 11.343/06, às penas de 01 (um) ano, 08 (oito) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, e 83 (oitenta e três) dias-multa, de unidade mínima.

A acusação busca a fixação do regime prisional fechado (fls. 380/386). A Defesa, por sua vez, pretende a absolvição do acusado por insuficiência de provas e, subsidiariamente, a desclassificação para o delito do artigo 28, da Lei de Drogas (fls. 399/406).

Os recursos foram regularmente processados e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se “**pela**

2

decretação da nulidade dos atos posteriores à audiência de instrução, debates e julgamento a fim de que a mesma seja novamente realizada, armazenando as imagens gravadas pelo sistema áudio visual diretamente no sistema do e-saj” (fls. 424/428).

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 25 de maio de 2018, às 10h30, na [REDACTED], Comarca de Barra Bonita, [REDACTED] tinha em depósito, para entrega ao consumo de terceiros, 73,86 gramas de *maconha*, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, além de 01 (uma) balança de precisão, 01 (uma) tesoura, 01 (uma) faca, vários sacos plásticos, 02 (dois) aparelhos celulares, 01 (um) rolo de papel filme, 01 (um) rolo de fita adesiva e a quantia de R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais), em dinheiro.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O apelo defensivo comporta provimento, para a absolvição do réu, restando prejudicado, em consequência o recurso ministerial.

Isso porque, como bem apontado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, no caso, a audiência de instrução e julgamento foi realizada, sem, contudo, ser captado o áudio dos depoimentos das testemunhas, do interrogatório do réu e das alegações finais do *Parquet* (mídia digital nº 01).

Tal vício foi confirmado pela digna serventia da 1ª Vara Judicial da Comarca de Barra Bonita, que, ademais, encaminhou a este subscritor as cópias de segurança (*backup*) armazenadas na origem, igualmente, desprovidas de registro de áudio (mídia digital nº 02).

No entanto, tendo sido o réu condenado como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. o § 4º, da Lei nº 11.343/06, às penas de um ano, oito meses e dez dias de reclusão, em regime aberto, e oitenta e três dias diasmulta, de unidade mínima, o representante do Ministério Público de primeiro grau não pediu nas razões do apelo (fls. 380/386) fosse decretada a nulidade da

3

sentença, postulando, exclusivamente, a fixação do regime prisional fechado para início do cumprimento da corporal.

De conseguinte, uma vez inviabilizada a análise da prova oral produzida em juízo e, diante da vedação do artigo 155, do Código de Processo Penal, não pode este Tribunal, sob pena de causar prejuízo ao réu, decretar a nulidade do processo, de ofício, ainda que absoluta a eiva, em face do teor do enunciado da Súmula nº 160, do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: **“É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvado os casos de recurso de ofício”**.

Nesse sentido, em caso em muito semelhante ao ora analisado, já decidiu esta Corte de Justiça:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“Tráfico de drogas. Prova oral registrada por meio audiovisual. Arquivo com defeito que torna ininteligível seu conteúdo. Art. 155 do CPP e Súmula 160 do C. STF. Absolvição. Recurso provido” (Apelação nº 0000523-02.2017.8.26.0621 – Lorena, 2ª Câmara Criminal, Des. Rel. Luiz Fernando Vaggione, j. 11.02.2019).

Assim, em face da impossibilidade de decretação da nulidade, não resta alternativa senão a absolvição do réu.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso defensivo para absolver [REDACTED], com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, prejudicado o exame do reclamo ministerial.

TRISTÃO RIBEIRO
Relator
(assinado eletronicamente)