

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.416.086 - RJ  
(2018/0331811-5)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**AGRAVANTE : CAIO ROBERTO GOMES**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**DECISÃO**

**CAIO ROBERTO GOMES** agrava de decisão que inadmitiu o recurso especial, fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro** (Apelação Criminal n. 0020503-29.2015.8.19.0061).

Em primeira instância, o agravante foi condenado às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; 9 meses de detenção e 15 dias-multa, por crime de embriaguez ao volante e 15 dias de detenção pelo cometimento do crime de resistência.

Em apelação, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao apelo da defesa, a fim de estabelecer o regime inicial aberto de cumprimento de pena.

Nas razões do recurso especial, a defesa alega nulidade decorrente da ausência de gravação audiovisual da audiência de instrução e julgamento (ofensa ao art. 405, §1º, do Código de Processo Penal); impossibilidade da conduta descrita na denúncia ao tipo do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e desproporcionalidade na fixação da pena restritiva de direitos.

**Requer a nulidade do feito a partir da audiência de instrução e julgamento ou, caso assim não se entenda, a absolvição do agravado ou, ainda, seja ajustada a pena substitutiva de pagamento de multa.**

A Corte estadual não admitiu o recurso, o que ensejou a

interposição deste agravo.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do agravo em recurso especial.

**Decido.**

**I. Nulidade decorrente da ausência de gravação audiovisual da audiência de instrução e julgamento**

Ao afastar a apontada nulidade, assim consignou a Corte local (fl. 296, destaquei):

Preliminarmente, não há que se falar em nulidade da AIJ por ausência de gravação da audiência, porquanto além de inexistir qualquer previsão na lei processual de obrigatoriedade de gravação por meio eletromagnético ou audiovisual dos depoimentos colhidos em audiências, até mesmo por razões de ordem técnica, depreende-se da documentação acostada nos autos que **o ato impugnado teve sua transcrição registrada *in totum*, com o fim de oportunizar o exercício da ampla defesa.**

[...]

Na hipótese dos autos, **a defesa do acusado não foi capaz de demonstrar de forma concreta e efetiva o dano causado, ante a transcrição, integral, dos depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pela Acusação, e o interrogatório do recorrente**, não havendo que se falar, assim, em ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

Saliento, por oportuno, que **a defesa assinou as assentadas de depoimento e, na oportunidade, não se insurgiu quanto à ausência de gravação.**

De início, ressalto que, conforme entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, em homenagem ao art. 563 do CPP, não se declara a nulidade do ato processual se a irregularidade: a) **não foi suscitada em prazo oportuno** e b) **não vier acompanhada da prova do efetivo prejuízo para a parte.**

Com efeito, não se pode olvidar que, para a declaração de nulidade de determinado ato processual, **deve haver a demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pela parte**, não sendo suficiente a

mera alegação da ausência de alguma formalidade, mormente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca.

No caso, considero não ter havido demonstração de prejuízo decorrente da ausência de gravação em áudio visual do teor dos depoimentos, uma vez que, como salientado pela Corte de origem, o **"ato impugnado teve sua transcrição registrada *in totum*, com o fim de oportunizar o exercício da ampla defesa"** (fl. 296, grifei).

Além disso, **"a defesa assinou as assentadas de depoimento e, na oportunidade, não se insurgiu quanto à ausência de gravação"** (fl. 296)". Logo, o pedido não comporta acolhimento.

## **II. Absolvição (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006)**

O Juiz sentenciante, ao concluir pela prática do **crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006**, assim fundamentou, no que interessa (fls. 155):

A defesa técnica, por sua vez, alega ausência de dolo eis que o réu acreditava que estaria transportando Dorflex. Evidente que a tese defensiva não merece prosperar. Ora, o réu se dirigiu a um local conhecido como venda de drogas, pediu ao traficante cocaína e recebeu o pó branco acondicionado em sacolé. Não vejo qualquer elemento a sugerir que o que trazia consigo fosse outra coisa senão cocaína. Diferente seria se ele tivesse ido numa farmácia, tivesse pedido por dorflex, tivesse recebido uma caixa com comprimidos e então fosse constatado ser cocaína. Realmente nesta segundo hipótese há de se falar em ausência do elemento subjetivo. No entanto, no caso em tela não vislumbro qualquer motivo a sugerir que o réu desconhece o material que estava em sua posse.

Assim, **diante de todo o narrado dúvidas não há quanto ao cometimento do delito, eis que nem o réu nem a defesa técnica afastam que o material apreendido era destinado à venda.**

A Corte de origem, por sua vez, manteve inalterada a conclusão de que ficou devidamente caracterizada a prática do crime de tráfico de drogas. Para tanto, mencionou, o que segue (fls. 298-299, grifei):

Conforme se depreende dos depoimentos, **não há dúvidas de que o réu trazia consigo a droga para ser vendida**. Os policiais foram uníssonos em afirmar que o réu acelerou a moto quando deram a ordem de parar e que assim procederam por duas vezes, chegando a ligar a sirene, sendo que ele só parou quando foi alcançado por eles. Afirmaram ainda que o réu tentou se desfazer da droga, mas a mesma ficou agarrada e então eles a aprenderam. Afirmaram que o réu primeiro quis fazer acreditar que era Dorflex, mas depois confirmou que vendia entorpecentes no Contorno, sendo certo que não o conhecia como sendo traficante.

[...]

Registre-se por pertinente, que **os depoimentos dos agentes da lei tanto em juízo quanto na distrital se mostraram seguros, coerentes e uníssonos**, não podendo, a toda evidência, ser acolhida a alegação de que a prova acusatória quanto ao crime de tráfico e desobediência é precária ou contraditória.

É evidente que as afirmações feitas pelo réu em seu interrogatório não passam de autodefesa e se encontram totalmente dissociadas de toda a prova produzida.

Concluiu o Desembargador relator: "**resta evidente que a droga seria destinada à nefasta mercancia, não havendo que se falar em absolvição ou desclassificação para uso**, até porque nada impede que o réu seja usuário e que estivesse vendendo justamente para financiar seu vício, como muitos fazem" (fl. 299).

Pelos trechos anteriormente transcritos e, sobretudo, pela leitura atenta da sentença condenatória e do acórdão impugnado, verifico que as instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amalhado aos autos, concluíram pela existência de **elementos concretos e coesos** a ensejar a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006).

Por essas razões, mostra-se inviável a sua absolvição ou mesmo a desclassificação da conduta a ele imputada, sobretudo em se considerando que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente, exatamente como verificado nos autos.

Registro, no particular, que, nos termos do art. 28, § 2º, da

Lei n. 11.343/2006, não é apenas a quantidade de drogas que constitui fator determinante para a conclusão de que a substância se destinava a consumo pessoal, mas também o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

Dessa forma, para entender-se pela absolvição do paciente ou pela desclassificação da conduta para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o **revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos**, providência, conforme cediço, incabível na via estreita do habeas corpus.

### **III. Prestação pecuniária**

No tocante ao pedido de redução da pena pecuniária, verifico que o Tribunal de origem asseverou que "o mesmo deve ser feito perante o juízo da execução" (fl. 299), portanto, **a Corte de origem não se manifestou sobre o tema**. Observo, inclusive, que não foram opostos embargos de declaração pela defesa a fim de que houvesse pronunciamento da questão.

Assim sendo, inviável a análise do pedido, uma vez que não foi objeto de exame pelo Tribunal apontado como coator. A apreciação da matéria por esta Corte Superior implicaria, assim, indevida **supressão de instância**.

### **IV. Dispositivo**

À vista do exposto, **conheço do agravo em recurso especial, para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ  
Relator