RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 107.621 - RJ (2019/0017427-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE	:	MARIO MARCELO FERREIRA DOS SANTOS SANTORO (PRESO)
ADVOGADOS	:	EDUARDO MAYR - RJ151346 MAURICIO EDUARDO MAYR - RJ204633
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por **MARIO MARCELO FERREIRA DOS SANTOS SANTORO** contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro.

Extrai-se dos autos que o recorrente teve a prisão preventiva decretada pela justiça brasileira, em razão da suposta prática dos crimes de homicídio qualificado e ocultação de cadáver (art.121. §2°. incisos I, III e VI, §2°-A, inciso I e art. 211, na forma do artigo 61, inciso II, alínea b, ambos na forma do artigo 69, todos do Código Penal), em Sidney, na Austrália, contra sua esposa.

A defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, requerendo o relaxamento da prisão e a nulidade do decreto prisional, ao argumento de constrangimento diante do uso ilegal de algemas no cumprimento da ordem de prisão.

A Corte Estadual denegou a ordem, nos termos da seguinte ementa:

> "HABEAS CORPUS - CONSTRANGIMENTO ILEGAL, QUE ESTARIA A DECORRER DO USO INJUSTIFICADO DE ALGEMAS - ARTIGO 121 PARÁGRAFO 2°, I, II E VI E PARÁGRAFO 2° - A, INCISO I E ARTIGO 211, TODOS DO CP, EM CÚMULO MATERIAL - HOMICÍDIO OCORRIDO NA AUSTRÁLIA - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EXTRATERRITORIALIDADE (ARTIGO 7º, II, ALÍNEA "B" DO CP). USO DE ALGEMAS, SÚMULA VINCULANTE Nº 11 - EXCEPCIONALIDADE, "RECEIO DE FUGA, DE PERIGO À INTEGRIDADE FÍSICA PRÓPRIA OU ALHEIO (POR PARTE DO PRESO OU DE TERCEIROS) - JUSTIFICATIVA A SER PROCEDIDA POR ESCRITO. USO DE ALGEMAS, QUANDO DA PRISÃO, SEM JUSTIFICATIVA POR ESCRITO, PROCEDIDA PELA AUTORIDADE POLICIAL. ENTRETANTO, NO INFORMADO, EM COMPLEMENTO, O ILUSTRE MAGISTRADO NOTICIA A PRESENÇA, PLEITO DEFENSIVO, DE RELAXAMENTO DA PRISÃO, PELA ILEGALIDADE DO ATO PRISIONAL, PELO USO INDEVIDO DE ALGEMAS, EM QUE CONSIGNA, A AUSÊNCIA DE MOSTRA "IDÔNEA" DE QUE O ORA PACIENTE TIVESSE SIDO ALGEMADO, QUANDO DA PRISÃO, NÃO CONSTANDO NO R.O., DE SEU CUMPRIMENTO, E A AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DEFENSIVA, ANTERIOR AO PLEITO E A INDISPENSABILIDADE DA PRÉVIA OITIVA DA AUTORIDADE, QUE CUMPRIU A ORDEM PRISIONAL. E, PROSSEGUE NA MOTIVAÇÃO À ORDEM CONSTRITIVA, QUE PERMANECE INTEGRA, E QUE O REQUISITO À

> CAUTELAR, EMBASADO NO PRESSUPOSTO A ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL, ESTARIA A JUSTIFICAR O EMPREGO, POIS O ORA PACIENTE TERIA RETORNADO AO BRASIL, "(...)APÓS A PRÁTICA DO CRIME, PARA ESCAPAR À JUSTIÇA AUSTRALIANA, LEVANDO À SUPOSIÇÃO, DE UMA PROVÁVEL FUGA AO MOMENTO DA PRISÃO" – POSSIBILIDADE REAL, QUE SE ENCONTRA MOTIVADA, COMPETÊNCIA FIRMADA AO AVOCAR, O MAGISTRADO, A JUSTIFICATIVA. ACRESCENTA-SE QUE, COMO DECIDIDO PELO EMINENTE MINISTRO LUIZ FUX, NO HC 121.350, INDISPENSÁVEL A MOSTRA DE PREJUÍZO PELA DEFESA, QUE NA PETIÇÃO DE JULHO/18, DIAS APÓS A PRISÃO, NÃO A TROUXE – PRECLUSÃO.
> FINALIZA-SE, COM A FALTA DE INSURGÊNCIA DA DEFESA, NO MOMENTO OPORTUNO. A SÚMULA VINCULANTE 11, EXIGE, A FUNDAMENTAÇÃO, ESCRITA DA EXCEPCIONALIDADE DO USO DE ALGEMA, O QUE FOI PROCEDIDO PELO MAGISTRADO, EM POSSIBILIDADE REAL DE FUGA. POR UNANIMIDADE E NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA, FOI DENEGADA A ORDEM" (e-STJ, fls. 72-74).

Nesta sede, o recorrente alega, em suma, que "o que se discute neste *habeas corpus*, não é apenas o uso ou não de algemas no ato de uma prisão, mas sobretudo a prevalência da Súmula 11 do Egrégio Supremo Tribunal Federal e o alcance do mandamento jurisdicional e sua efetividade frente à truculência policial que se observou na prisão do paciente" (e-STJ, fl. 100).

Aduz que o uso de algemas foi completamente desnecessário, e excedeu os limites da lei e da razoabilidade, com violação da Súmula 11 do STF, na medida em que não teve qualquer necessidade ou fundamento.

Pondera que o que se pretende com o "presente recurso ordinário constitucional, é a afirmação da supremacia da lei e da ordem sobre as atitudes atrabiliárias da autoridade policial, que sem qualquer critério ou necessidade, sob a mira de armas, algemou o paciente conduzindo-o a uma dependência policial sob as luzes dos holofotes nacionais e internacionais, numa despropositada demonstração de prepotência" (e-STJ, fl. 102).

Informa que não inúmeros os precedentes que cuidam da anulação de julgamentos pelo uso de algemas quando não se fazem presentes nenhuma das situações que o legitima, como no caso, onde "não havia receio de fuga, até mesmo porque foi preso no interior de uma residência, local da prisão, pela equipe que participou da diligência. E de forma alguma haveria risco à integridade física do próprio paciente ou de terceiros" (e-STJ, fl. 105).

Sustenta, ainda, que a prisão do paciente está eivada de nulidade, já que o delegado não justificou as razões que o levaram a determinar o uso de algemas, sendo implícito o prejuízo.

Requer o provimento recursal para a "afirmação do primado da lei para afirmar-se, na forma da Súmula 11 do Egrégio STF, írrito o uso de algemas quando da prisão do paciente, que foi algemado desnecessariamente, e com a conseqüente declaração da insubsistência da prisão da forma como foi realizada com a liberação do paciente e expedição do competente alvará de soltura, ainda que posteriormente o Juízo

monocrático venha a novamente determinar sua prisão, por fundamento diverso que não o constante da ordem primitiva" (e-STJ, fl. 107).

Contrarrazões às fls. 113-124 (e-STJ).

O Ministério Público opina pelo não provimento do recurso (e-STJ, fls. 155-163).

É o relatório.

Decido.

Da análise dos autos, não se verifica a ocorrência de constrangimento ilegal a justificar o provimento recursal.

O Tribunal de Justiça assim se manifestou acerca do assunto:

> "E, ao fazê-lo, tem-se que o impetrante, anexou documentos, que correspondem a fotos e reportagens, sobre o uso das grilhetas, não restando qualquer dúvida, do emprego, o que é também registrado no nobre Parecer Ministerial. E, consigna, na motivação, que está atrelada à uma das exceções constantes na Súmula vinculante, qual seja, a possibilidade real de fuga, ao retornar ao País de origem, objetivando "escapar à ação da Justiça Australiana".
> Assim, não obstante não tenha sido justificada pela autoridade policial, veio a ser procedido pela autoridade judiciária, que insere a necessidade, visando impedir, prevenir ou mesmo dificultar a fuga do paciente, em possibilidade real, consistindo em argumento legítimo, a autorizar o excepcional uso de algemas.
> (...).
> Acrescenta-se, que o ora paciente foi preso aos 07/07/18, (página digitalizada 7, no doc. 2), e na petição datada de 09/07/18, (documento 12, página digitalizada 12), em que a defesa pugna para que seja assegurado o direito ao silêncio, e a transferência para estabelecimento prisional compatível, com a formação superior, não registra, uma insurgência, quanto ao uso de algemas. E não foi trazido pelo impetrante, qualquer prejuízo à defesa, a conduzir à uma nulidade.
> Desta feita, restou justificado pelo Magistrado, o uso de algemas pela Autoridade Policial, não havendo que se falar em afronta à Súmula Vinculante 11, do nobre STF. Ao que se adianta com a preclusão, pela defesa, que não se insurge no momento oportuno, em que se manifestou, dois dias após a prisão. E, inobstante não tenha sido causa, trazida, cumpre ressaltar, que o ora paciente foi preso, em residência, que não é a sua, distinta da registrada no mandado próprio, a corroborar a justificativa" (e-STJ, fls. 78/82).

Como é sabido, a teor da Súmula Vinculante n. 11 do STF e, mais recentemente, do § 3º do art. 474 do Código de Processo Penal, o emprego de algemas consiste em medida excepcional.

In casu, verifica-se que o Tribunal de justiça entendeu justificado o uso de algemas pelo Magistrado, não havendo se falar em ofensa à Súmula n. 11 do STF, consignando, ainda, que a defesa do paciente não se insurgiu no momento oportuno, vindo a se manifestar apenas dois dias após a prisão, razão pela qual entendeu pela ocorrência da preclusão.

Com efeito, esta Corte Superior de Justiça possui entendimento de que o emprego de algemas é excepcional, sendo que a sua utilização depende de motivada

decisão judicial, como ocorreu na presente hipótese.

Nesse sentido, confiram-se:

> "PROCESSUAL PENAL E PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RÉU ALGEMADO DURANTE A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NECESSIDADE DA MEDIDA DEMONSTRADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NATUREZA E QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. REDUÇÃO INDIRETA DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO PELO PRIVILÉGIO. ORDEM CONCEDIDA.
> **1. O emprego de algemas é excepcional, sendo que a sua utilização depende de motivada decisão judicial, como na espécie, em que o juiz bem se desincumbiu quando fundamentou a restrição nas peculiaridades do processo, consignando que a segurança dos presentes à audiência não foi garantida pelo órgão responsável pela realização da escolta do réu. Súmula vinculante n.º 11 não violada.**
> 2. O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria e do regime inicial de cumprimento de pena, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção imposta em primeira instância ou para manter ou abrandar o regime inicial. É possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus* desde que não seja agravada a situação do réu. Ressalva de entendimento da relatora.
> 3. No caso dos autos, contudo, houve a transposição de aumento de pena tido por ilegal na primeira fase da dosimetria para a terceira etapa, resultando em uma redução indireta da fração relativa a aplicação do privilégio, em recurso exclusivo da defesa. Tal manobra não se coaduna com as razões determinantes dos precedentes dessa Corte, nos termos acima mencionados.
> 4. Ordem concedida a fim de reduzir a pena do paciente ao patamar de 3 (três) anos de reclusão, mais o pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação" (HC 398.111/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 19/09/2017, grifou-se).

> "PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADE. USO DE MARCA-PASSO (ALGEMA DE CALCANHAR) DURANTE O JULGAMENTO. VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE N. 11 DO STF. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
> 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio

> processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora.
> 2. O emprego de algemas é excepcional, sendo que a sua utilização depende de motivada decisão judicial, como na espécie, em que o juiz fundamentou adequadamente a restrição em razão das peculiaridades do local em que realizado o ato processual, e na insuficiência de policiamento. Inocorrência de violação da Súmula vinculante n. 11.
> 3. Vigora no processo penal o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para acusação ou defesa" (art. 563 CPP).
> 4. Habeas corpus não conhecido."
> (HC 314.781/SC, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

Demais disso, consigne-se que no processo penal é imprescindível quando se aventa nulidade de atos processuais a demonstração do prejuízo sofrido pela parte em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*.

É o que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

Nesse sentido, confiram-se:

> "HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.
> (...).
> HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS NO ACUSADO. DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA. RÉU ACOMPANHADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO ATO. PRECLUSÃO.
> **1. Não obstante o enunciado 11 da Súmula Vinculante prescreva que "só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado", a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que tal eiva possui natureza relativa, devendo ser arguida oportunamente, e com a devida demonstração do prejuízo suportado pelo réu.**
> (...).
> 3. O fato de o agente ostentar registros anteriores pela prática de atos infracionais é circunstância que revela sua periculosidade social e a inclinação à prática de crimes, demonstrando a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir.
> 4. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão

> quando a segregação encontra-se justificada e mostra-se imprescindível para acautelar o meio social, evidenciando que providências menos gravosas não seriam suficientes para garantir a ordem pública.
> 5. Habeas corpus não conhecido."
> (HC 387.476/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017, grifou-se)
>
> "PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXTORSÃO, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DE INTERROMPER ATIVIDADES DE ORGANISMO CRIMINOSO. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE CONHECIDO. DESPROVIDO NA PARTE CONHECIDA.
> **I - Preliminarmente, no que tange à suposta nulidade quanto ao uso de algemas, em contrariedade à Súmula n. 11 do col. Supremo Tribunal Federal, verifico que a matéria não foi enfrentada pelo eg. Tribunal de origem, o que impede a sua análise diretamente por esta corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Ademais, a utilização de algemas não acarreta, por si só, nulidade do ato, porquanto, a despeito do enunciado sumular, deveria a defesa insurgir-se a contento (opportuno tempore), sob pena de sujeitar-se à preclusão, bem como demonstrar, para que seja declarada, o efetivo prejuízo.**
> II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.
> (...).
> Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.
> Recurso ordinário parcialmente conhecido. Desprovido na parte conhecida."
> (RHC 80.071/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 24/05/2017, grifou-se)

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XVIII, do RISTJ, **nego provimento** ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator