

RECURSO ESPECIAL Nº 1.860.043 - MT (2020/0022805-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE : ADRIANO RODRIGUES DE SOUSA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas) e condenado às penas de 8 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de pagamento de 800 dias-multa, conforme a sentença de fls. 109/117.

A defesa apelou perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento ao recurso, para fixar a pena em 6 anos e 5 meses de reclusão, e pagamento de 653 dias-multa, em regime fechado, conforme o acórdão de fls. 218/260.

No presente recurso especial a defesa alega violação dos arts. 563 e 564 do Código de Processo Penal e 59 do Código Penal.

Sustenta, em preliminar, nulidade do feito por ter sido o acusado submetido ao uso de algemas durante a audiência de instrução e julgamento. Aduz que "*o prejuízo é outoevidente e decorre do modus operandi do magistrado na condução do ato processual, que conduz à violação de garantias, circunstância sobre que há assentimento, inclusive, da Corte local, como referido*" (fl. 272).

Afirma que o aumento da pena-base pela consideração desfavorável das circunstâncias do crime é inidôneo, pois o uso de aplicativo, *whatsapp*, não significa conferir ao tráfico maior vinilência, pode até tornar fácil a investigação.

Requer a declaração da nulidade de todos os atos desde a audiência ou o redução da pena-base.

Contrarrazoado (fls. 284/295) e admitido o recurso (fls. 296/298), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso (fls. 308/314).

É o relatório.

Decido.

A irresignação não merece provimento.

O acórdão recorrido afastou a alegação de nulidade, consignando (fls. 238/239):

Na hipótese em apreciação, apesar da defesa ter se insurgido contra o uso de algemas por ocasião da audiência, ou seja, no momento processual oportuno, e embora a mera manutenção do réu algemado durante a solenidade instrutória constitua, em certa medida, gravame à sua dignidade pessoal, percebo que não restou demonstrado o prejuízo processual concreto acarretado ao réu.

Isso porque, ao que se infere dos autos, a audiência em questão aperfeiçoou-se em observância ao devido processo legal, em todos os seus corolários [ampla defesa, contraditório, etc.], com a presença do réu e de seu defensor no ato [o qual, inclusive, tem se mostrado veemente no patrocínio da defesa de seus assistidos], de modo que não há falar em efetivo prejuízo ao direito de defesa, apto a ensejar o reconhecimento da nulidade almejada.

Demais disso, há que se ter em mente que a situação em apreço em muito difere do HC n.º 91952/SP (STF), precedente que gerou a edição da súmula vinculante n.º 11 pelo Pretório Excelso, pois, não se trata de processo submetido ao rito do Tribunal do Júri, onde a mera imposição injustificada de algemas poderia, em tese, acarretar prejuízo à presunção de inocência, à dignidade e à imagem do réu, visto que os juízes leigos, orientados pela íntima convicção, eventualmente poderiam estigmatizá-lo ou rotulá-lo como culpado com base não em fundamentação empírica e concreta, mas em virtude da mera utilização das algemas.

In casu, ao revés, trata-se de ação penal julgada por magistrado togado, sujeito ao princípio do livre convencimento motivado, a quem incumbe o dever de expor satisfatoriamente os fundamentos de fato e de direito sobre os quais assenta sua conclusão e, por óbvio, não tem a percepção influenciada pelo uso de algemas.

Com essas considerações, tratando-se de situação ensejadora de nulidade meramente relativa e não havendo efetivo prejuízo demonstrado, REJEITO a preliminar de nulidade arguida por ADRIANO RODRIGUES DE SOUSA.

Nesse contexto, o entendimento do acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior. No caso, não há falar em nulidade do ato, porquanto não ocorreu prejuízo para a defesa. Nessa linha:

**PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO
REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS.**

INTERROGATÓRIO. USO DE ALGEMAS. NULIDADE. PRECLUSÃO. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. A inexistência de registro em ata do uso indevido de algemas durante a audiência, não manifestando a defesa qualquer inconformismo na oportunidade, torna preclusa a matéria

2. A declaração de nulidade depende da efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

3. Agravo regimental provido para prover o recurso especial a fim de, afastada a nulidade reconhecida no acórdão, determinar que o Tribunal de origem prossiga no julgamento do recurso de apelação (AgInt no REsp 1.485.764/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 25/09/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE. USO DE ALGEMAS. FALTA DE IMPUGNAÇÃO DA DEFESA. PRECLUSÃO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. ART. 62, INCISO III, DO CP. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. NATUREZA HEDIONDA. AFASTAMENTO. CLÁUSULA SALVATÓRIA. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A utilização de algemas, isoladamente, não acarreta nulidade do ato, devendo a defesa insurgir-se contra o seu uso no devido tempo, sob pena de a matéria tornar-se preclusa. Além disso, o prejuízo experimentado deve estar adequadamente demonstrado para que se decrete a nulidade, o que não ocorre na espécie.

3. A ponderação das circunstâncias judiciais que influenciam na fixação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal, não é resultado de mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada um dos vetores listados no dispositivo citado, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o magistrado pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça.

4. No caso destes autos, o Tribunal de origem manteve a avaliação negativa da culpabilidade e das circunstâncias do crime com base em elementos fáticos que demonstram a gravidade diferenciada da conduta, não merecendo qualquer reparo a ser feito, de ofício, por esta Corte Superior.

5. Não prospera a alegação de bis in idem quanto ao reconhecimento da agravante prevista no art. 62, inciso III, do Código Penal, pois a pena-base foi majorada em razão da intensidade do dolo e da elevada periculosidade demonstrada pelo agente e não por ter sido ele o mentor intelectual dos crimes.

6. A Lei n. 8.072/90 adotou o chamado sistema legal ou

enumerativo, segundo o qual o próprio texto normativo, de forma exhaustiva (numerus clausus), define quais são os crimes considerados hediondos.

7. Em razão do critério adotado pela lei, não compete ao magistrado, ao apreciar o caso concreto, afastar a rotulagem atribuída a um delito incluído no rol do art. 1º da Lei n. 8.072/90, nem categorizar como hediondo uma infração que não conste naquela lista. Admitir que o magistrado exerça juízo acerca da hediondez do crime significa autorizar a usurpação de funções que são próprias do legislador ordinário, quebrando a unidade lógica do sistema jurídico.

8. Habeas corpus não conhecido (HC 389.105/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 02/09/2019).

A dosimetria da pena só pode ser reexaminada em recurso especial quando se verificar, de plano, a ocorrência de erro ou ilegalidade, em flagrante violação do art. 59 do Código Penal, o que não se constata na hipótese.

O Tribunal de origem reformou a sentença quanto à pena-base fixada, para afastar a consideração negativa dos motivos e das consequências do crime, mas mantendo como desfavorável as circunstâncias do crime e a quantidade da droga apreendida. Fixou a pena-base em 5 anos e 6 meses por duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, patamar que se mostra razoável e proporcional, considerando, sobretudo, a quantidade da droga apreendida (412,85g de maconha) e os limites, mínimo e máximo, da pena do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, de 5 a 15 anos de reclusão.

Ademais, é pacífico nesta Corte o entendimento de que na fixação da pena-base, a natureza e a quantidade da droga preponderam sobre as circunstâncias judiciais, nos termos do previsto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, de modo que é cabível aumentar a reprimenda na primeira fase da dosimetria.

Sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXASPERADA EM 1/6. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. ART. 42 DA LEI N.11.343/06. 7,26 GRAMAS CRACK.

1. Nos termos do art. 42 da Lei n.11.343/06, a natureza e a quantidade de droga serão consideradas na fixação da pena-base. Assim, com destaque para a lesividade do crack, justificada está a exasperação no patamar de 1/6.

2 Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 855.753/SC, por mim relatado, QUINTA TURMA, DJe de 30.5.2016).

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, com fundamento na Súmula n. 568 desta Corte, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 24 de março de 2020.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator