



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE ALGEMAS

Gabriela Abib Vargas Braga

Rio de Janeiro
2009

GABRIELA ABIB VARGAS BRAGA

A CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE ALGEMAS

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Neli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof^ª Mônica Areal

A CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE ALGEMAS

Gabriela Abib Vargas Braga

Graduada pela Faculdade de Direito de Campos. Advogada.

Resumo: O trabalho procurou evidenciar a necessidade da observância do princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal brasileiro com enfoque especial na constitucionalidade ou inconstitucionalidade do uso de algemas pelo preso. A análise sobre a constitucionalidade do uso de algemas se mostra importante frente às mudanças no ordenamento jurídico trazidas pela Lei 11.689/2008 e a edição da súmula vinculante nº 11 que excepcionam o uso desse instrumento de imobilização. Objetivou-se fazer um panorama geral identificando a origem histórica do uso de algemas no ordenamento brasileiro, perpetrando-se pela análise da nova lei e da súmula vinculante a fim de se constatar que a regra deve ser a utilização de algemas, por ser um meio capaz de garantir a segurança de todos os envolvidos na prisão e no regular andamento do processo penal.

Palavras-chaves: Algemas, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Constitucionalidade.

Sumário: 1- Introdução. 2- O panorama geral. 3- A súmula vinculante nº 11. 4- Lei 11.689/08 e o uso de algemas em plenário. 5- A constitucionalidade do uso de algemas. 6- Conclusão. Referências.

1 - INTRODUÇÃO

O trabalho procurou evidenciar a necessidade da observância do princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal brasileiro com enfoque especial na constitucionalidade ou inconstitucionalidade do uso de algemas pelo preso.

A utilização de algemas no país ainda não foi regularmente positivada, a Lei de Execuções Penais, Lei 7.210/84, em seu art. 199, estabelece que o emprego de algemas será

disciplinado por decreto federal. Porém, mesmo após mais de vinte anos, nenhum decreto federal veio suprir a lacuna existente na lei.

Devido à omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 11, onde dispõe que o uso de algemas possui natureza excepcional, a ser adotado com a finalidade de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita, ou justificado receio, de que tanto venha a ocorrer.

No mesmo sentido, a reforma feita pela Lei 11689/08 no Código de Processo Penal vedou o uso de algemas em plenário tendo por objetivo evitar que o seu uso seja mencionado pelo Ministério Público como argumento de autoridade a fim de influenciar o conselho de sentença e causar maiores constrangimentos ao acusado.

Diante desse panorama, foram analisadas doutrina e jurisprudência sobre o adequado tratamento ao réu sem que se coloque em risco a segurança dos condutores e dos demais sujeitos que atuarão no processo.

Buscou-se despertar a atenção para a necessidade de se estabelecer critérios mais objetivos na utilização desse instrumento, a fim de garantir um sistema de segurança pública efetivo frente aos direitos e garantias fundamentais do preso.

Objetivou-se desenvolver a discussão sobre: a aplicabilidade da súmula vinculante nº 11, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do uso de algemas e a dificuldade na valoração da necessidade de utilização de algemas na prática. A metodologia será pautada pelo método de pesquisa qualitativa parcialmente exploratória.

A grande questão a respeito do tema é analisar se na prática a aplicabilidade da súmula vinculante nº 11 será utilizada como instrumento garantidor da dignidade do preso, princípio fundamental do processo penal garantista, ou se será apenas mais um meio utilizado para aumentar a desigualdade no tratamento conferido a réus com poder aquisitivo daqueles desprovidos desse poder.

2- O PANORAMA GERAL

Algema é uma palavra originária do idioma arábico, *aljamaa*, que significa pulseira.

As algemas são instrumentos metálicos que, colocados no pulso, nos tornozelos ou nos dedos polegares, evitam que o preso possa oferecer resistência, fugir ou atentar contra a vida de alguém ou a sua própria.

No Brasil o uso de algemas nunca esteve devidamente regulado, desde as ordenações Filipinas, Século XVII, passando pelo Código Criminal do Império (1830) e chegando aos dias atuais com o advento do Código de Processo Penal (1941).

O Código de Processo Criminal do Império – de 29 de novembro de 1832, no Capítulo Da Ordem de Prisão, dispunha, no artigo 180, que “se o réu não obedecer e procurar evadir-se, o executor tem direito de empregar o grau de força necessária para efetuar a prisão, se obedecer, porém, o uso de força é proibido”.

A Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, reformou o Código de Processo Criminal, mas manteve a mencionada norma.

Nova reestruturação do processo penal brasileiro somente ocorreu trinta anos depois, com a Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto nº 4824, de 22 de novembro do mesmo ano. O artigo 28 deste último preceituava que o preso não seria “conduzido com ferros, algemas ou cordas, salvo o caso extremo de segurança, que deverá ser justificado pelo condutor; e quando não o justifique, além das penas em que incorrer, será multado na quantia de dez a cinquenta mil réis, pela autoridade quem for apresentado o mesmo preso”.

A Lei de Execuções Penais, em seu art. 199, determina que o emprego da algema seja regulamentado por decreto federal, o que acabou não ocorrendo.

O Código de Processo Penal Militar (1969) prevê, no § 1º do art. 234, que "o emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou agressão da parte do preso". Preservando o espírito elitista das Ordenações Filipinas, o código proíbe, terminantemente, no art. 242, § 1º, *in fine*, a utilização de algemas em presos "especiais", tais como ministros de Estado, governadores, parlamentares, magistrados, oficiais das Forças Armadas, inclusive os da reserva, e da Marinha Mercante, portadores de diplomas de nível superior e demais "amigos do rei", os quais ficam presos e são conduzidos sem ferros, porventura tenham praticado crime militar.

No Estado do Rio de Janeiro, existe a Portaria nº 288/JSF/GDG, de 10.11.1976 (DORJ, parte I, ano II, nº 421), que considera a utilização de algemas importante meio de segurança "ao serviço policial de escolta, para impedir fugas de internos de reconhecida periculosidade", que deve ser evitado "o emprego de algemas, desde que não haja perigo ou

agressão por parte do preso", e proíbe sua utilização nas pessoas contempladas como "especiais" pelo CPP Militar, ainda que estejam presas à disposição da justiça comum.

A norma ainda relata que se houver "servidores que de alguma forma tiverem necessidade de empregar algemas", deverão apresentar, após a diligência, ao chefe de Serviço de Segurança, relatório explicativo sobre o fato, sujeita sua não-observância a penalidades administrativas.

Embora não faça menção expressa ao uso de algemas, a Constituição Federal, em seu art. 5º, III, segunda parte, assegura que ninguém será submetido a tratamento degradante, e, em seu inciso X, protege o direito à intimidade, à imagem e à honra. A Carta Magna consagra, também, como princípio fundamental reitor, o respeito à dignidade humana, art. 1º, III, da Constituição Federal.

Da mesma forma, o Código de Processo Penal, embora também não mencione expressamente a palavra "algema", dispõe em seus artigos 284 que, "não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso", e 292, "se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto-subscrito também por duas testemunhas".

Todos esses dispositivos, embora sirvam de parâmetros, não foram capazes de impedir abusos relacionados ao emprego de algemas em pessoas presas, o que levou o Supremo Tribunal Federal – STF, através de sua composição plenária, por unanimidade, em sessão realizada em 13.08.08, editar a súmula vinculante n. 11.

Tendo por fundamento o mesmo objetivo, a Lei 11.689/08 incluiu dispositivos no Código de Processo Penal que regulamentam o uso de algemas pelo acusado em plenário, artigos 474, §3º, e 478, I.

3- A SÚMULA VINCULANTE N° 11

A Emenda Constitucional nº 45/04, trouxe diversas inovações dentre as quais se destaca a súmula vinculante.

Objeto de acirrada polêmica, o instituto foi incorporado ao sistema constitucional pelo artigo 103-A. De acordo com a nova disposição, o Supremo Tribunal Federal poderá de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após, reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Conforme ensina Moraes (2008), os verbetes da súmula da jurisprudência predominante com eficácia vinculante são definidos como enunciados jurídicos aprovados, revisados ou cancelados, de ofício ou por iniciativa de legitimado para ação direta de inconstitucionalidade, por dois terços dos membros do Supremo Tribunal federal, quanto à interpretação, validade e eficácia de normas determinadas, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta ou indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, sob pena de reclamação.

Diante da omissão legislativa no trato da matéria relacionada ao uso de algemas, surgiu no cenário da jurisprudência dos Tribunais Superiores grande controvérsia sobre o adequado tratamento dirigido ao preso no sentido de preservar sua dignidade humana.

Em casos concretos, tem havido o desvirtuamento do emprego de algemas, especialmente quando a pessoa presa tem poderio econômico ou político ou ainda quando se trata de crime de grande repercussão na mídia.

Em tais casos, constata-se uma indevida exibição da pessoa presa como se fosse uma espécie de “troféu” a demonstrar a eficiência (verdadeira ou aparente) do aparato de segurança pública.

No HC 91.952, Plenário – Rel. Min. Marco Aurélio - j. 07.08.08 – votação unânime - foi anulado um julgamento efetuado pelo Júri popular da cidade de Laranjal Paulista em 2005, porque o réu, um pedreiro acusado de homicídio, ficou algemado durante a sessão de julgamento. O principal fundamento para a decisão foi a potencial influência da visão do réu algemado sobre os jurados, que, leigos que são, poderia fazer um pré-julgamento e entender que o réu era culpado. Afirmou-se ainda, na ocasião, não existirem dados concretos que pudessem indicar que, pelo perfil do acusado, houvesse risco aos presentes, caso ele permanecesse em plenário sem algemas, razão pela qual se considerou aviltada sua dignidade humana.

No precedente citado, o Supremo Tribunal Federal fundamentou sua decisão no princípio da não culpabilidade. Afirmou que o artigo 1º da Carta Federal tem por fundamento da dignidade da pessoa humana, que da leitura do rol das garantias constitucionais – artigo 5º -, depreende-se a preocupação em resguardar a figura do preso. A ele é assegurado o respeito à integridade física e moral – inciso XLIX. Versa o inciso LXI, como regra, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Além disso, existem outras garantias previstas nos incisos LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio afirmou que “manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante”. Defende que, a permanência do réu algemado indica, à primeira vista, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer.

O STF ainda se inspirou nos textos do art. 284 do CPP, "não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso", e do art. 292 do CPP, "se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas", para exprimir as hipóteses de permissão do uso de algemas. Aqui, a expressão "emprego de algemas" foi utilizada como exemplo de "emprego de força".

Nesse contexto e com o intuito de refrear abusos relacionados com o emprego de algemas em pessoas presas, o Supremo Tribunal Federal – STF, através de sua composição plenária, por unanimidade, em sessão realizada em 13.08.08, editou a súmula vinculante n. 11, que estabelece que “só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros”, além do mais, a súmula ainda exige que o uso, excepcional, seja justificado por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e a conseqüente nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere.

O Enunciado também prevê responsabilidade civil do Estado para casos em que ocorra sua inobservância.

Devido à abrangência e ao teor da súmula em referência, tendo em vista ainda as circunstâncias em que se deu sua edição, alguns problemas práticos começam a surgir da sua aplicação, trazendo insegurança jurídica para os envolvidos nas execuções de prisões e na realização de atos envolvendo réus presos.

Analisando-se os precedentes do STF sobre o tema, bem como o que foi discutido na sessão em que se aprovou o texto da súmula vinculante n. 11, verifica-se que as preocupações maiores se relacionam com a divulgação da imagem do réu algemado, principalmente na execução de prisões em flagrante e ordens de prisão preventiva ou temporária.

No HC 89.429, 1ª Turma - Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28.08.06, um Conselheiro do Tribunal de Contas de Rondônia que estava preso buscava não ser algemado por ocasião de sua condução da carceragem da Polícia Federal em Brasília ao Gabinete de uma Ministra do STJ, onde seria ouvido, bem como em outros atos judiciais, e também não ser exposto à exibição para as câmeras de imprensa. Isso porque, por ocasião da prisão, o paciente teria sido algemado em sua residência e submetido a achincalhe mediante exposição à imprensa de todo o país.

A liminar requerida foi concedida, para garantir ao paciente o direito de não ser algemado por ocasião de sua oitiva no STJ. No mérito, reconheceu-se seu direito de não ser algemado por ocasião de outros transportes que viessem a ser feitos, a não ser em caso de reação violenta.

Os precedentes, na sua grande maioria, tratam de casos de réus de "colarinho branco", que não costumam reagir fisicamente à prisão.

O STF tenta coibir o sensacionalismo estimulado pelos órgãos de imprensa na cobertura jornalística da prisão de certas pessoas, eis que o direito de informar, titularizado pelos órgãos de comunicação social, não pode suplantar o direito à intimidade e à imagem do preso.

Com a súmula vinculante, a Polícia só poderá algemar o detido quando esse oferecer resistência, ameaçar fugir no momento da prisão ou tentar agredir os agentes de polícia ou a si próprio. Dessa forma, ausentes os requisitos acima, o suspeito deve ser preso sem algemas, sob pena de o Estado ser processado civilmente e os agentes responderem administrativa, civil e penalmente.

A súmula prevê ainda a possibilidade de anulação do auto de prisão em flagrante ou do ato processual da prisão.

Rangel (2009, p.650) comenta que “criou-se, com a súmula vinculante, um novo vício jurídico: o vício do uso de algemas que acarreta a sanção de nulidade do ato prisional”. A

súmula previu, sem qualquer conexão com a coleta da prova ou com o exercício dos direitos à ampla defesa e ao contraditório, a nulidade da prisão ou de atos processuais praticados com colocação de algemas no preso.

A súmula também não se referiu à necessidade de demonstração de prejuízo para que a nulidade seja decretada. A crítica que se faz é que as nulidades são previstas textualmente no CPP e, embora seja possível a sua decretação em outras hipóteses não incluídas no rol legal, o Código é expresso em dizer e a doutrina é pacífica em afirmar que não há nulidade sem prejuízo.

De acordo com o verbete da súmula, a autoridade policial deverá justificar, por escrito, o uso de algemas no preso, sob pena de responsabilidade dita na lei.

O problema será se a justificação da autoridade policial convencerá a autoridade judiciária que é quem exercerá o papel fiscalizador da legalidade ou não do uso das algemas.

O objetivo da edição da súmula foi o de amenizar a insegurança jurídica envolvendo o tema do emprego das algemas, entretanto, dificilmente tal meta será alcançada. É que os critérios jurídicos estabelecidos na súmula para que seja considerada "justificada a excepcionalidade" do emprego de algemas são subjetivos ao extremo, sendo eles: resistência; ou fundado receio de fuga; ou fundado receio de perigo à integridade física própria, do preso, ou alheia, de pessoa não presa e que esteja ao seu alcance, perigo este proporcionado pelo preso ou por terceiros, seus comparsas, por exemplo, que possam lhe dar fuga ou tentar um resgate.

Dos critérios estabelecidos o caso da resistência é o único que não comportará maiores problemas, pois se trata de uma situação a ser aferida de modo objetivo.

No entanto, o mesmo não se pode afirmar quanto ao "fundado" receio de fuga ou de perigo à integridade física de qualquer pessoa. Trata-se de aspecto nebuloso e de apreciação subjetiva.

Não se sabe, ao certo, qual interpretação o STF dará à expressão, se aceitará que a pessoa presa ou que deva ser presa seja algemada com base exclusivamente na natureza do crime, nesse contexto, assaltantes, latrocidias e homicidas poderiam ser sempre algemados, ainda que bem comportados durante o processo, ao passo que estelionatários não, ou será exigido, para a colocação de algemas no preso, ainda que por crime violento, uma conduta concreta demonstrando "periculosidade", exemplo: o réu que olha de forma ameaçadora para a vítima em audiência.

Questão ainda relevante tem em vista o inato desejo de liberdade do ser humano, de modo que haveria fundado receio de fuga em toda execução de uma prisão, em flagrante ou não, e mesmo em toda situação na qual o preso vislumbre a possibilidade de fuga, por exemplo, em uma audiência judicial à qual comparece escoltado. O momento da prisão é um momento crítico que pode levar o preso a cometer atos irracionais. Nesse ponto, pouco importa a periculosidade do agente, sua estrutura corpórea, idade ou status político e social.

O agente público, ao cumprir um mandado judicial de constrição da liberdade, gera uma situação de tensão natural entre aquele que será privado da sua liberdade, situação essa potencialmente conflituosa. Diante dessa situação, a observância da regra gera grande tensão. Porque a própria avaliação de quem fará a prisão pode se frustrar diante de uma compreensão equivocada da conduta da própria pessoa ou de quem estiver próximo. Da mesma maneira que se preserva, com razão, a dignidade da pessoa humana, é preciso também ter a consciência de que não se pode partir da presunção contrária de que o agente do Estado - o policial -, quando cumpre com os seus deveres, também estaria, presumidamente, violando a regra.

Durante os debates da aprovação da súmula vinculante nº 11 o Ministro Cezar Peluso (2008), ao se manifestar sobre o “fundado receio de fuga” mencionou como exemplo “a detenção de um velho que não consegue andar”. Trata-se de exemplo que em nada contribui para a interpretação adequada do verbete uma vez que completamente fora da realidade cotidiana.

Outro problema está na exigência de que a excepcionalidade do uso da algema seja justificada por escrito. Como é que um policial, que cumpre inúmeros mandados judiciais de prisão por dia, será capaz de aferir, no caso concreto, a periculosidade da pessoa a ser presa, que ele nem conhece e que, por instinto natural de liberdade, pode ser capaz de reações violentas?

Outra questão prática envolve ainda o diretor de presídio, será necessário que esse, antes de efetuar o deslocamento do preso à audiência judicial, comunique ao juiz, por ofício, de forma fundamentada, em cada um dos milhares de transportes diários que são feitos, que o traslado desse e daquele preso será feito com uso de algemas, e que o transporte daquele outro será feito sem algemas?

Nesse contexto, vislumbra-se grave quadro de insegurança jurídica a partir da incerteza quanto à interpretação futura das cortes a respeito de expressões como “fundado receio de

fuga ou de perigo à integridade física", constante da súmula, o que poderá acarretar anulações em série de processos.

Além do mais, a segurança pública é "dever do Estado" e "direito e responsabilidade de todos", exercida "para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas", art. 144, "caput", da Constituição Federal.

Assim, o juiz criminal é responsável pela segurança dos presentes a uma audiência, dispondo o art. 794, primeira parte, do Código de Processo Penal que "a polícia das audiências e das sessões compete aos respectivos juízes ou ao presidente do tribunal, câmara, ou turma, que poderão determinar o que for conveniente à manutenção da ordem" e não apenas do preso.

4- Lei 11.689/08 E O USO DE ALGEMAS EM PLENÁRIO

Antiga reivindicação da doutrina, a utilização de algemas pelas pessoas detidas sempre foi objeto de fervorosas discussões. No Júri, a questão se mostrava mais tormentosa, pois os jurados leigos, em razão da falta de conhecimento dos fundamentos que justificam a custódia cautelar, poderiam ver as algemas como sinal de culpa e perigo, influenciando-os negativamente, especialmente diante do sistema da íntima convicção.

A reforma processual penal feita pela Lei 11.689/08 resolveu como regra vedar o uso de algemas em plenário, evitando que a sua utilização seja mencionada pelo Ministério Público, como argumento de autoridade, a fim de influenciar o conselho de sentença e causar maiores constrangimentos e humilhações ao acusado.

Da mesma forma, a defesa também não poderá usar a retirada de algema do réu como argumento de autoridade em sua fala.

De acordo com a nova redação do artigo 474, § 3º, do CPP, "não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do Júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes".

E ainda, o artigo 478, I, do CPP, informa que durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado.

Ressalta-se, pois, que tema sempre mereceu entendimentos antagônicos na doutrina. Uma grande parcela posicionava-se frontalmente contrária à utilização de algemas durante o julgamento. Defendiam que esse tipo de tratamento imposto ao acusado, além de aviltar os direitos humanos mais elementares, compromete a igualdade das partes que caracteriza o processo acusatório e é condição primeira nos países civilizados, sem a qual não será possível atingir-se uma decisão correta e imparcial.

Alegavam que “a ausência de norma expressa prevendo a retirada das algemas durante o julgamento não conduzia à possibilidade de manter o acusado em estado de submissão ímpar, incapaz de movimentar os braços e mãos, em situação a revelá-lo não um ser humano que pode haver claudicado na arte de proceder em sociedade, mas uma verdadeira fera”, HC 91.952 – Rel. Min. Marco Aurélio - j. 07.08.08.

De acordo com Gomes (2008), “a manutenção do réu algemado é cena capaz de influir no espírito do julgador leigo”.

De outro lado, na jurisprudência anterior à Lei 11.689/2008 prevalecia o entendimento que autorizava o uso de algemas em plenário. No HC 63.779, 5ª Turma – Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17.05.07, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o uso de algemas no plenário não caracteriza constrangimento ilegal, pois, nos termos do art. 251 do CPP, ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar força pública.

Seguindo a linha de que a utilização das algemas seria capaz de acarretar uma má apresentação do acusado diante de seus julgadores que, leigos, poderiam se impressionar com a cena e, desde logo, emitirem um juízo de valor desfavorável ao réu, a Lei 11.689/2008 proíbe que o réu permaneça algemado, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

De acordo com o artigo 474, § 3º, do CPP, se o preso, pelo seu próprio comportamento e perfil, demonstra que não vai resistir à prisão ou fugir, muito menos atentar contra a vida de quem quer que seja, deve ser julgado, em audiência, sem algemas.

Discussões já surgem a respeito do novo dispositivo. A doutrina debate quem deverá exercer essa discricionariedade para decidir quando há perigo de fuga ou de agressão por parte do preso.

Rangel (2009, p. 645) defende que “é óbvio que há um profissional com experiência para fazer essa análise: o policial”. Para o renomado autor, é o policial, uma vez solicitado, quem deve dizer ao magistrado quando da audiência, que as algemas, no caso concreto, podem ser retiradas do preso por não oferecer ele nenhum perigo à prática do ato. Trata-se de uma análise que cabe à escolta do preso, e não ao juiz, embora a decisão seja deste.

Entretanto, a última palavra sobre a utilização ou não das algemas pelo réu em plenário será do juiz, autoridade competente para presidir o Júri.

O juiz precisará de muita cautela ao decidir sobre a necessidade ou não do acusado permanecer algemado. Quando o réu se submete a julgamento pelo Júri, ele não se encontra, apenas, na presença do Magistrado, mas em contato com o acusador, por quem, decerto, não nutre grande simpatia, com seu defensor, com os serventuários da Justiça, com os jurados e, não raras vezes, com um público numeroso que ocupa o auditório. Assim, a precaução que deve ser adotada pelo juiz é muito maior do que aquela observada, por exemplo, quando o réu é levado à sua presença para interrogatório em sala de audiências, acompanhado de dois ou mais policiais que se revelam suficientes para garantir a segurança das poucas pessoas que se encontram no local.

Apesar da redação conferida ao dispositivo permitir subjetivismo nas decisões judiciais, é necessário que se fixe critérios, os mais objetivos possíveis, que impeçam a discricionariedade total por parte do juiz.

Um dos critérios objetivos que deve ser levado em conta é o fato do réu se encontrar solto ou preso. Se o réu responde solto ao processo, não há razão para que seja algemado durante o julgamento, a menos que apresente comportamento inconveniente que justifique a medida. Se o acusado está preso o juiz deve ser mais cauteloso porque uma eventual tentativa de fuga coloca em risco a integridade física das pessoas presentes.

Outro critério objetivo importante é a possibilidade de serem retiradas as algemas do réu no momento de seu interrogatório. As algemas podem prejudicar o direito de defesa do réu na medida em que o impede de expor, também por meio de gestos, a forma como se deram os fatos.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro vem tentando estabelecer critérios objetivos para analisar a adequação do uso de algemas. Através de inúmeras decisões, como por exemplo, no HC 2008.059.06872, DES. MOACIR PESSOA DE ARAUJO - Julgamento: 09/10/2008 - PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL, tem estabelecido que não há nulidade no

fato do juiz determinar que o réu permaneça algemado nas hipóteses de ser grande o número de réus, estarem presentes inúmeros familiares destes e o contingente da escolta ser pequeno.

Assim, percebe-se que há uma tentativa de amenizar a insegurança ocasionada pelo novo dispositivo legal.

Entretanto, as mesmas críticas existentes em face da súmula vinculante nº 11 podem ser repetidas aqui. O réu submetido a plenário está em grande tensão de modo que a própria avaliação por parte do juiz pode se frustrar diante de uma reação impulsiva e descontrolada do acusado colocando em risco um grande número de pessoas.

5- A CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE ALGEMAS

O Estado Democrático de Direito é orientado pela necessidade de reconhecimento e de afirmação da prevalência dos direitos fundamentais, não só como meta da política social, mas como critério de interpretação do Direito, e, de modo especial, do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

A intervenção penal vem explicitamente admitida no texto constitucional, entretanto, dois postulados de interpretação surgem como exigência de uma ordem jurídica constitucional fundada no direito penal de intervenção mínima, quais sejam, o da máxima efetividade dos direitos fundamentais e o da proibição de excessos.

O respeito à dignidade humana é um dos fundamentos do Estado brasileiro e funciona como princípio estruturante, a partir dele se assenta todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Bonavides (2004, p. 528), quando comenta o método de interpretação hermenêutica 'Conforme a Constituição', assevera que: "não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição".

Quando o Código Penal relativiza o direito à liberdade para tutelar outro bem jurídico, o faz sem ferir a Constituição. Os princípios e garantias não são absolutos, visto que existe a possibilidade de sua ponderação.

O conteúdo da regra da dignidade da pessoa pode sim sofrer restrições na medida em que será delimitado pelo cotejo entre o princípio da dignidade da pessoa humana e outros princípios, cotejo no qual caberá a ponderação, óbice a qualquer pretensão totalizadora do princípio da dignidade humana.

Nesse contexto, toda prisão de um ser humano viola a sua dignidade, pois o estado de liberdade é natural e a prisão de um ser humano é antinatural. Dessa forma, percebe-se que nem todos os direitos do preso são preservados, a começar pela sua liberdade. Ao menos temporariamente, alguns dos seus direitos fundamentais são relativizados e não há qualquer inconstitucionalidade nisso.

As algemas são utilizadas por todo o mundo como uma alternativa ao uso de armas letais e ao uso de força desmedida, tem por finalidade imobilizar o conduzido com a observância do uso de técnica policial adequada e uso razoável da força para conter, prevenir, dificultar ou impedir a fuga, evitar agressão contra policiais e contra terceiros ou contra si mesmo.

A origem da utilização das algemas se fundamentou na garantia da integridade física do próprio preso, a fim de que esse não ficasse submetido à utilização da força e de outros meios mais agressivos no momento de sua captura e nos demais atos processuais. Conforme ensina Rangel (2009, p. 649) “estão confundindo algemas, grilhões e outros instrumentos usados para punir no passado com a necessidade de usar mecanismos para evitar eventuais problemas no tocante à transferência de presos, ou sua permanência nas audiências”.

Dessa forma, o uso das algemas deve ser a regra e não exceção como estabelece o verbete da súmula vinculante nº11 e art. 474, § 3º, do CPP.

Os maiores problemas da aplicabilidade da súmula estão no tocante à atividade policial. A utilização desse instrumento é uma forma de neutralização da força. É menos traumático, doloroso e arriscado imobilizar o acusado pelo recurso à algema, do que pelo acesso a técnicas corpóreas de imobilização.

Aqueles que não adotam os procedimentos de segurança no ato de prisão põem em risco não apenas sua vida, mas também a de terceiros. O recurso das algemas representa um modo de agir preventivo e não repressivo, o comportamento do preso é imprevisível e o uso de algemas deve ser visto como regra principalmente na prática policial no momento da prisão.

Para o Policial Militar o que mais importa é o ato da prisão dos infratores da lei, que mesmo sendo um ato que viole a dignidade da pessoa humana, haja vista ser a liberdade o

fator natural do homem, observa-se que se a prisão for amparada pela lei, não se justifica a não utilização das algemas pelos órgãos policiais.

Cabe ressaltar, ainda, que o excesso em seu emprego já caracterizaria em atentado à liberdade de locomoção, crime de abuso de autoridade, tipificado no artigo 3º, alínea “a”, da Lei nº 4898/65, além da responsabilidade civil e conseqüências disciplinares, de modo que a súmula nada trouxe de novo.

Outra questão é no que tange à escolta de presos, seria muito difícil a substituição das algemas pelo reforço policial, haja vista que para cada preso conduzido sem algemas deveriam ser empregados no mínimo dois policiais, o que na atualidade se mostra quase impossível devido à realidade precária dos serviços penitenciários e policiais no Brasil.

O enunciado da súmula previu ainda sanção de nulidade dos atos processuais praticados, dentre eles a prisão em flagrante; a execução de ordem de prisão temporária ou preventiva; a presença em audiência para oitiva de testemunhas, vítimas e peritos e para interrogatório, caso o acusado permaneça algemado.

A doutrina vem afirmando que é incompreensível que tais atos processuais sejam anulados só porque o preso estava algemado. Criou-se um novo vício jurídico: o vício do uso de algemas que acarreta a sanção de nulidade do ato prisional.

De acordo com Fudoli (2008) “fora dos casos de Júri, para quem sustenta que os jurados podem condenar com mais facilidade uma pessoa algemada – não há qualquer relação entre a prova produzida e a colocação de algemas no réu”. Ou seja, ainda que, em casos concretos, o uso de algemas seja indevido, nem por isso haverá influência na aquisição da prova sobre autoria e materialidade da infração penal, tipicidade e ilicitude da conduta praticada e na culpabilidade e punibilidade do autor do crime, no exercício do contraditório ou da ampla defesa ou na formação do convencimento do Juiz.

Se o crime não for doloso contra a vida, o julgamento será feito por um bacharel em Direito, juiz togado, que sabe que o fato de o réu estar algemado se deve à circunstância de ele ter sido preso cautelarmente, não se presumindo sua culpabilidade.

No que se refere à Lei 11.689/08, que trouxe a regra de que o acusado não permanecerá algemado em plenário do Júri, salvo se absolutamente necessário, também é alvo de críticas uma vez que tem por fundamento a suposta suscetibilidade dos jurados a influências.

Partem do pressuposto de que o fato do acusado permanecer algemado durante o plenário é capaz de influenciar na formação da íntima convicção dos jurados. Entretanto, o

tema é bastante controvertido uma vez que não foram raros os casos onde a defesa se beneficiou do fato do réu estar algemado para sensibilizar os jurados.

Além do mais, cria-se precedente para outras argumentações. Por exemplo, é comum o preso do sistema penitenciário, chegar ao fórum vestindo a camisa verde do sistema que contém a inscrição SEAP, Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, ou seja, com o uniforme que o identifica e por que não dizer que o estigmatiza. Daqui a pouco vão alegar que ele não pode ser julgado com essa camisa porque o avilta.

De igual modo, retirando as algemas, a presença policial deverá ser intensificada nas audiências, será que isso também não influenciará os jurados? É melhor que o acusado permaneça algemado ou que ele permaneça cercado por policiais militares?

Isso sem contar que, aplicando-se a nova Lei e a súmula, naqueles casos em que o réu demonstrar concretamente alguma periculosidade, cabendo, sem dúvida, o emprego de algemas, sua condenação será praticamente certa, pois, na mente dos jurados, só ficará algemado o réu "culpado", "perigoso, logo algemado; algemado, logo culpado". A utilização das algemas como exceção poderá representar em maiores prejuízos para o acusado do que a sua utilização como regra. Se todos usam não há como atribuir qualquer julgamento antecipado.

A aplicação do verbete da súmula e do artigo 474, § 3º, do CPP, começa a gerar insegurança no meio forense. Através de notícia publicada no site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, um julgamento que seria realizado dia 9 de junho de 2009, na 1ª Vara Criminal de Campos dos Goytacazes, quase acaba em agressão, o acusado, que estava sem algemas por causa da súmula do STF, tentou atacar o juiz Leonardo Grandmasson Ferreira Chaves com o microfone, sendo necessários policiais para contê-lo.

O juiz contou que o acusado se levantou com o microfone na mão e partiu em sua direção desferindo um golpe contra a sua pessoa, vindo a atingir a mesa por ele ocupada, quebrando o copo d'água e derrubando tudo, momento em que foi contido com muita dificuldade por nada menos do que cinco policiais.

Fatos como esse, demonstram à dificuldade de se analisar na prática a necessidade ou não do uso de algemas. Não há como prever qual será a reação do acusado diante de tamanha tensão.

É certo que, em casos concretos, têm ocorrido excessos, especialmente quando a pessoa presa tem poderio econômico ou político ou ainda quando se trata de crime que trouxe

repercussão na mídia, constatando-se a indevida exibição da pessoa presa a fim de demonstrar a eficiência do aparato de segurança pública.

Contudo, o que precisa ser evitado é a indevida exposição do indivíduo e o “espetáculo” criado com a sua prisão. O constrangimento não reside no uso de algemas em si, mas decorre da exposição, muitas vezes com o auxílio da mídia, do indivíduo algemado.

Importante ressaltar que o uso de algemas nunca causou maiores questionamentos pelos Tribunais brasileiros. A utilização das algemas apareceu em foco no cenário nacional, sobretudo pelas ações na Polícia Federal, em que houve ampla divulgação na mídia. O órgão policial judiciário da União vem atuando principalmente contra os chamados crimes do "colarinho branco", onde estão envolvidas pessoas de classes sociais mais favorecidas, além de políticos e demais pessoas influentes. Foi nesse contexto que a súmula foi editada e ocorreu a reforma do CPP.

A questão é profunda e passa por quesitos de ordem social, principalmente. As algemas sempre foram utilizadas como forma de contenção na maioria das vezes, e como forma de humilhação, em outras. Fato é que nunca este tema chegou a tal ponto de ser discutido em plenário de Tribunais Superiores e ser ensejador de anulações de julgamentos e prisões.

Analisando a jurisprudência dos Tribunais Superiores não se verificam reiteradas decisões quanto à matéria constitucional atinente ao uso de algemas que enseje controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública capaz de acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Diante dessa realidade, o deputado federal João Campos apresentou o projeto de decreto legislativo 853/2008 para suspender a aplicação da súmula vinculante nº 11 uma vez que teria adentrado a competência constitucional da Casa Legislativa estabelecendo regramento próprio de lei ou decreto.

O projeto tem por fundamento o fato de que a súmula vinculante objetiva a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Questiona que, comparada às inúmeras questões graves que atormentam os cidadãos deste país, muitas das quais com decisões judiciais conflitantes em casos idênticos, o tema é absolutamente neófito e advindo de algumas situações fáticas determinadas, eis que são poucos os casos concretos acerca do tema em questão, ocorridos antes da edição da súmula em tela. Dessa forma, a Suprema Corte do país, guardiã da Constituição Federal, em face de

possíveis abusos de determinadas autoridades, se antecipou não só ao Poder Legislativo, mas à própria apuração das condutas daqueles agentes públicos, editando açodada regra acerca de procedimento policial quanto ao uso de algemas.

O deputado justifica, ainda, a suspensão alegando que a literatura policial é extensa quando narra inúmeros casos em que indivíduos presos, inclusive do sexo feminino, que aparentemente não seriam capazes de esboçar reação perigosa, acabaram por, dentro de um verdadeiro acesso de fúria, causar lesões em policiais, em terceiros e, até, em si mesmos. Informa que foram catalogadas inúmeras situações em que viaturas já foram desgovernadas e acidentadas, fugas já foram empreendidas, policiais já foram agredidos, juízes já sofreram disparos de arma de fogo e agressões físicas, promotores já foram atacados, presos já foram lesionados e inocentes já foram feridos; tudo pelo não uso de algemas.

Campos (2008), indaga que, “confiar na serenidade daquele que está acuado por estar submetido à determinada força coercitiva do Estado, é atitude de elevado e injustificável risco”.

Da análise prática percebe-se que de fato não há um padrão para o uso das algemas, sendo os critérios estabelecidos, pela lei e pela súmula, dotados de grande subjetivismo. Contudo, parece estar bem claro qual deve ser o “adequado” tratamento em relação às classes sociais. Nas classes de menor poder aquisitivo, o uso de algemas é quase padronizado, utilizado em todas as pessoas que são detidas pelas forças policiais, ao passo que em classes com maior poder aquisitivo e de influência, o costume é por não algemar e continuará sendo, já que dificilmente o policial conseguirá justificar a necessidade de utilização do instrumento.

Essa dificuldade em se justificar a necessidade de algemar pessoas de maior poder aquisitivo vem do pressuposto de que os crimes praticados por eles, geralmente de “colarinho branco”, são menos graves e demonstram uma periculosidade menor do que os demais crimes.

Trata-se de uma visão distorcida uma vez que são crimes que demonstram a existência de uma criminalidade invisível e de alto potencial lesivo à sociedade.

Analisando os precedentes que deram origem à súmula vinculante percebe-se que, na verdade, o que caracteriza constrangimento ilegal não é a utilização das algemas e sim a indevida exposição do indivíduo através, principalmente, dos meios de comunicação.

O uso de algemas é constitucional, as regras para contenção de presos são universais e o uso de algemas é a técnica de imobilização mais usada em todo o mundo, garantindo inclusive a integridade física do próprio preso. Ela evita a utilização de outras armas

incapacitantes não letais, como as pistolas de ondas elétricas, o uso de força com maior poder ofensivo e até mesmo o emprego de armas de fogo.

Não é a restrição da liberdade com a utilização de algemas nos casos de prisões em flagrante ou decretada judicialmente, que fere por si só a dignidade da pessoa humana, a honra ou a integridade física e moral das pessoas.

Não é a prisão legal, procedida com uso de algemas que caracteriza tratamento desumano ou degradante. É importante ressaltar que o indivíduo já se encontra tecnicamente preso ao pôr algemas. O que efetivamente viola a imagem das pessoas e cria constrangimentos de ordem moral é a execração pública que pune sem julgamento.

Tudo se resume, conseqüentemente, no princípio da proporcionalidade, que exige adequação, necessidade e ponderação na medida e vale no direito processual penal por força do art. 3º do CPP.

6- CONCLUSÃO

A utilização de algemas no país não foi regularmente positivada, a Lei de Execuções Penais, Lei 7.210/84, em seu art. 199, estabelece que o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal. Porém, mesmo após mais de vinte anos, nenhum decreto federal veio suprir a lacuna existente na lei.

Devido à omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 11, onde dispõe que o uso de algemas possui natureza excepcional, a ser adotado com a finalidade de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer.

No mesmo sentido, a reforma feita pela Lei 11.689/08 no Código de Processo Penal vedou o uso de algemas em plenário tendo por objetivo evitar que o seu uso seja mencionado pelo Ministério Público como argumento de autoridade a fim de influenciar o conselho de sentença e causar maiores constrangimentos ao acusado.

Através do verbete da súmula vinculante e do artigo 474, § 3º, do Código de Processo Penal, a utilização de algemas passa a ser exceção, dependendo de justificação expressa por parte da autoridade que entender pela sua necessidade.

Entretanto, o uso de algemas é constitucional e não ofende a dignidade humana do preso.

As regras para contenção de presos são universais e o uso de algemas é a técnica de imobilização mais usada em todo o mundo, garantindo inclusive a integridade física do próprio preso. Ela evita a utilização de outras armas incapacitantes não letais, como as pistolas de ondas elétricas, o uso de força com maior poder ofensivo e até mesmo o emprego de armas de fogo.

O que é capaz de ferir a honra ou à imagem do indivíduo não é o fato dele estar algemado em face de prisão legal, mas sim a excessiva e indevida exposição de sua imagem pela mídia que, ao divulgar a reportagem, dá conotação de que o acusado já é um condenado pelo crime e não um, ainda suspeito, que será submetido ao devido processo legal.

Se quiser o Supremo Tribunal Federal adotar medida ou posicionamento voltado à proteção da honra e da imagem do preso, que o faça impedindo a divulgação da imagem do suspeito, cuja liberdade foi legalmente cerceada.

Estabelecer como regra a vedação da utilização de algemas é ameaçar o já enfraquecido policial de graves sanções caso “prenda mal” o infrator, não só servindo de mais um desestímulo à reação do Estado, mas como um novo fator que favorece a impunidade.

Igualmente, está ameaçado o juiz, que muitas vezes não é capaz de avaliar de forma adequada a necessidade da utilização de algemas, expondo a perigo a sua própria integridade física e dos demais presentes, os quais são também portadores do direito à dignidade humana.

A regra deve ser a utilização de algemas como meio capaz de garantir a segurança de todos os envolvidos na prisão e no regular andamento do processo penal. Se o preso não está na cela, faz-se necessário a utilização de outro instrumento de contenção, e nenhum instrumento é mais eficaz do que as algemas.

Algemar não é forma de sanção e muito menos de aplicação de pena ao indivíduo, mas apenas meio de contenção daquele que teve a sua liberdade cerceada pelo Estado e por força da lei.

Referências

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Guilherme Pena. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia Dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula Vinculante n. 11*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em 10 maio. 2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Uso de algemas: a Súmula Vinculante nº 11, do STF. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11625>. Acesso em: 08 maio. 2009.

GOMES, Rodrigo Carneiro. Algemas para a salvaguarda da sociedade: a desmistificação do seu uso. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9038>. Acesso em: 05 maio. 2009.

CAMPOS, João. Deputado apresenta projeto para suspender súmula nº 11 do STF. Disponível em: <http://www.adpf.org.br/modules/news/article.php?storyid=41521>. Acesso em: 10 jun. 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

