



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 11 do STF

Diogo Soares Deleuze Raymundo

Rio de Janeiro
2012

DIOGO SOARES DELEUZE RAYMUNDO

A Inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 11 do STF

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Prof. Guilherme Sandoval

Prof^a. Mônica Areal

Prof^a. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2012

A INAPLICABILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO STF

Diogo Soares Deleuze Raymundo

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e pela Universidade Cândido Mendes. Inspetor de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Em todo o mundo as algemas são consideradas o meio mais seguro e digno de se conduzir com segurança pessoas detidas pelas forças do Estado. Menos no Brasil, em razão do recente entendimento do STF que culminou na edição da Súmula Vinculante nº 11, por entender que o uso de algemas fere a integridade física e moral do conduzido. Todavia, é discutível se o emprego regular de algemas representa, de fato, um constrangimento ou se o real constrangimento só existe quando há exposição desnecessária do conduzido ao público, principalmente, por meio da mídia televisiva, independente de estar ou não usando algemas. Discutível também se o executor de uma prisão, tem condições de avaliar, quais seriam as intenções e reações de outro ser humano, para decidir por algema-lo ou não. Capacidade essa exigida, mas duvidosa, para que se viabilize o cumprimento da Súmula Vinculante nº 11.

Palavras-chaves: Algemas. Súmula Vinculante nº 11. Inconstitucionalidade. Inaplicabilidade.

Sumário: Introdução. 1. Aplicabilidade e Problematização Quanto aos Dispositivos em Vigor. 2. Impropriedades dos Fundamentos do STF à Restrição ao Uso de Algemas Previsto na Súmula Vinculante nº 11. 3. Debates Para a Aprovação da Súmula. 4. Inconstitucionalidade por Falta de Razoabilidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios das civilizações, sempre houve a necessidade de conduzir de forma segura os suspeitos de cometimentos de desvios sociais que poderiam, em tese, representar algum risco aos demais membros da comunidade ou a eles próprios.

Os instrumentos utilizados na condução dos indivíduos já foram, propositalmente, vexatórios e infamantes, com formatos que, além de causar dores extremas, expunham o conduzido ao ridículo.

Deixada para trás a terrível fase histórica dos suplícios, inquisição e demais barbáries, cuja exposição e a dor eram o costume, passa-se ao tempo da busca pela efetivação dos direitos fundamentais, basilares do direito internacional e brasileiro.

Acompanhando a evolução capitaneada pelos direitos humanos e corroborada pela Constituição Cidadã de 1988, os prisioneiros, mesmo quando suspeitos ou condenados pelos mais temíveis atos, a cada dia possuem melhores mecanismos para efetivar o direito de tratamento digno, sem violação da integridade física e moral.

Para auxiliar na concretização de tais direitos, durante a condução de pessoas detidas, as algemas utilizadas pelas forças do Estado, desde a década de 80, passaram a contar com dispositivo de trava de segurança¹, que impede a provocação de ferimentos por aperto excessivo.

Com a adoção do aludido dispositivo de segurança, findou-se o risco à integridade física.

Resolvido o problema da integridade física por meio de simples dispositivo, pende ainda a resolução do problema da integridade moral que, certamente, não pode ser resolvido de forma tão simples como com a inclusão de um mecanismo.

A proteção da integridade moral do conduzido depende do comportamento humano, o qual, lamentavelmente, ainda apresenta resquícios dos tempos inquisitoriais em que os acusados eram expostos em praça pública. Hoje, os conduzidos, são expostos, não para centenas em uma praça, mas para milhões em rede nacional de televisão.

¹ Conforme padrão adotado em 1982 pelos principais fabricantes de algemas após o estudo NIJ Standard for Metallic Handcuffs 0307.01/1982 consultado no sítio do Instituto Nacional de Justiça dos EUA: <http://www.nij.gov/topics/> acessado em 07/06/2012.

Em verdade, a questão do dano à integridade moral do conduzido nunca foi considerada relevante até poucos anos atrás, provavelmente por tratar-se, à época, de cena rara ver no noticiário, uma pessoa da alta camada social sendo conduzida algemada.

Com a democratização do país, liberdade de imprensa, aprimoramento da legislação, fortalecimento de instituições fiscalizadoras e tantos outros fatores salutareos, a prisão dos chamados “colarinhos brancos” passou a ser corriqueira, o que pode ter gerado o interesse na questão da integridade moral dos conduzidos.

Pelo grande interesse do público em informações sobre as prisões de pessoas poderosas, a imprensa tornou-se ávida em transmitir repetidamente imagens dos conduzidos. Enquanto isso, os executores das prisões, orgulhosos dos feitos históricos de investigar e prender pessoas importantes, exibiam seus detidos como verdadeiros troféus às câmeras de televisão.

Passou-se a questionar no meio jurídico a legalidade de tal exposição, bem como a necessidade de utilização de algemas para essas pessoas consideradas “não perigosas”, pois autores de crimes financeiros ou de improbidade, que, em regra, não fazem uso de armas.

Alimentando ainda mais os questionamentos quanto ao uso das algemas, passou-se a debater se seria cabível manter um réu algemado durante as sessões de julgamento.

Ponderou-se que o uso de algemas, poderia influenciar a decisão dos jurados que poderiam ver o réu como pessoa perigosa, pelo simples fato de estar algemado durante a sessão.

Em meio a esse cenário, foi editada a Lei nº11.689/08 que restringiu o uso de algemas no plenário do tribunal do júri preservando a integridade moral do réu perante os jurados.

Foi um notável avanço a proteção da integridade moral perante os jurados, todavia a referida lei não trouxe proteção contra o público televisivo, pois continuam os acusados, ainda que sem algemas, sendo filmados no banco dos réus, com suas imagens difundidas em cadeia nacional.

Na esteira dos acontecimentos, veio o julgamento do *Habeas Corpus* 91.952-9/SP² no STF, em que o Min. Rel. Marco Aurélio, ao defender a restrição ao uso de algemas, traz como um dos fundamentos a suposta indevida exposição de pessoas “outrora detentoras de cargos da maior importância na República³”. Como se ocupar alto cargo na República fosse critério objetivo de não periculosidade.

Decisões como a do *Habeas Corpus* 91.952/SP, parecem apontar o real destinatário da restrição ao uso de algemas. Dá pistas de que a recém demonização do uso de algemas está de fato, diretamente ligada não à proteção do ser humano, mas à proteção de certa categoria de seres humanos, como já ocorria nas Ordenações Filipinas que se abordará sucintamente.

Com base nos votos proferidos no referido *habeas corpus*, a título de defender, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, o STF finalmente editou o Verbete nº 11 da Súmula Vinculante⁴ deste tribunal que restringe o uso de algemas⁵.

1. APLICABILIDADE E PROBLEMATIZAÇÃO QUANTO AOS DISPOSITIVOS EM VIGOR

Além da já mencionada Lei 11.689/2008 que alterou o art. 474 §3º do Código de Processo Penal, perfeitamente aplicável, tendo em vista as boas condições de segurança dos

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 91.952-9/SP, Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento: 07 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc91952.pdf> acesso em: 23 de julho de 2012

³ “[...] ante abusos de toda sorte, vendo-se, nos veículos de comunicação, algemadas pessoas sem o menor traço agressivo, até mesmo outrora detentoras de cargos da maior importância na República, em verdadeira imposição de castigo humilhante, vexaminoso [...]”

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 11. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 nov. 2008, p. 15.

⁵ Súmula Vinculante nº 11 do STF: “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, 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”.

tribunais de justiça, há outros dispositivos que também regulam a matéria.

No âmbito do Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, não se aplicando portanto às atividades policiais, vigora até hoje, a Portaria⁶ 288/JSF/GDG de 10 de novembro de 1976, que considera a utilização de algemas importante meio de segurança “ao serviço policial de escolta, para impedir fuga de internos de reconhecida periculosidade”. Determina, todavia, que os “servidores evitem o emprego de algemas, desde que não haja perigo ou agressão por parte do preso”.

A referida portaria, separando em castas os conduzidos, proíbe a utilização de algemas em pessoas contempladas como “especiais” pelo Código Penal Militar, ainda que presas à disposição da justiça comum.

Por derradeiro, a portaria determina “aos servidores que de alguma forma tiverem necessidade de empregar as algemas” a apresentarem “ao chefe de serviço relatório explicativo do fato”.

O Estado de São Paulo tem regulamentado o uso de algemas por meio do Decreto⁷ nº 19.903 de 30 de outubro de 1950 que dispõe:

Art. 1º - O emprego de algemas far-se-á na Polícia do Estado, de regra, nas seguintes diligências:

1º Condução à presença de autoridade dos delinquentes detidos em flagrantes, em virtude de pronúncia ou nos demais casos previstos em lei, desde que ofereçam resistência ou tentem a fuga.

2º Condução à presença da autoridade dos ébrios, viciosos e turbulentos, recolhidos na prática de infração e que devam ser postos em custódia, nos termos do Regulamento Policial do Estado, desde que o seu estado externo de exaltação torne indispensável o emprego de força.

3º Transporte, de uma para outra dependência, ou remoção, de um para outro presídio, dos presos que, pela sua conhecida periculosidade, possam tentar a fuga, durante diligência, ou a tenham tentado, ou oferecido resistência quando de sua detenção.

⁶ BRASIL. *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro RJ, 10 nov. 1976, 1ª parte, ano II, nº 421

⁷ Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto>. Acesso em: 23 jul. 2012

Ambos os dispositivos estaduais, merecem adaptações condizentes com a atual realidade, sob pena de, assim como a Súmula Vinculante do STF, Verbete nº 11, padecerem por inaplicabilidade prática. Basta atentar para o fato de que, atualmente, caso um detido venha a praticar lesão corporal contra o policial que o esteja conduzindo, isso não lhe causará grandes consequências legais⁸, o que por si só já representa um grande risco deixar o conduzido com as mãos livres, pois o agressor pouco terá a perder. Outro fato é aumento de letalidade das armas utilizadas pelos policiais (que podem vir a ser tomadas pelos detidos não algemados em caso de luta corporal com o policial condutor), Questão que, nos capítulos seguintes, será englobada nos questionamentos a cerca da súmula, pois muitos dos problemas de aplicação do verbete nº 11 também se aplicam aos referidos dispositivos.

Há ainda que ser mencionada a existência de regramento específico para a utilização de algemas em embarcações, trazida pela Lei nº 9.537/97 que em seu art. 10, III, autoriza o comandante da embarcação, com o fim de manter a segurança das pessoas, da embarcação e da carga, deter o desordeiro, em camarote ou alojamento “se necessário com algemas”.

No âmbito castrense também há regramento específico ao uso de algemas. Encontra-se no art. 234 §1º do Código de Processo Penal Militar e determina que: “§1º O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242”.

Trata-se de dispositivo perfeitamente aplicável, sem grandes riscos à segurança, tendo em vista o grande contingente disponível nas bases militares e o pequeno número de presos que

⁸ Art. 129 do Código Penal. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. Por tratar-se de crime de menor potencial ofensivo, aplicam-se as medidas da Lei 9.099/95, o que em pouco agravará a situação do indivíduo. Isso faz com que o custodiado não se iniba em praticar a conduta, nem mesmo contra policiais que o estejam conduzindo.

elas abrigam, o que possibilita uma escolta com um número considerável de militares, suficiente a evitar qualquer incidente com o conduzido, mesmo sem algemas.

Outro fator que torna aplicável o dispositivo é o fato de o conduzido militar ser, geralmente, membro da corporação, conhecido dos demais, com ficha cadastral e dados de temperamento e conduta sabidos previamente pela instituição, o que facilita determinar, independente do crime que cometeu, se o indivíduo é perigoso ou não.

Ambas as peculiaridades apresentadas não são a regra nas instituições policiais, principalmente de polícia judiciária, geralmente com reduzido efetivo e nenhum conhecimento do temperamento e conduta social do conduzido.

Ainda em relação ao aludido dispositivo do Código de Processo Penal Militar, é preciso fazer uma ressalva quando a aplicabilidade da sua parte final, quando diz que “de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242”. Isso, porque, cria uma distinção entre seres humanos⁹, totalmente incompatível com a igualdade garantida pela Constituição da República.

Percebe-se semelhança entre este dispositivo e o dispositivo que regulava o uso de algemas nas Ordenações Filipinas¹⁰ que, em seu título CXX:

Que os Fidalgos de Solar, ou assentados em nossos Livros, e os nossos Desembargadores, e os Doutores em Leis, ou em Canones, ou em Medicina, feitos em Studo universal per exame, e os Cavaleiros Fidalgos, ou confirmados per Nós, e os Cavalleiros das Ordens Militares de Christo, Santiago e Aviz, e os Scrivães de nossa Fazenda e Camera, e mulheres dos sobreditos em quanto com elles forem casadas, ou stiverem viúvas honestas, não sejam presos em ferros, senão por feitos, em que mereção morrer morte natural, ou civil.

⁹ As pessoas mencionadas pelo art. 242 que, em hipótese alguma, poderiam estar algemadas, ainda que representem risco são: os ministros de Estado, os governadores ou interventores de Estado, ou Territórios, o *prefeito* do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de Polícia, os membros do Congresso Nacional, dos Conselhos da União e das Assembleias Legislativas dos Estados, os Cidadãos inscritos nos Livros de Mérito das ordens militares ou civis reconhecidas em lei, os magistrados, os oficiais das Forças Armadas, das Polícias e dos Corpos de Bombeiros, Militares, inclusive os da reserva, remunerada ou não e os reformados, os oficiais da Marinha Mercante Nacional, os diplomados por faculdade ou instituto superior de ensino nacional, os ministros do Tribunal de Contas e os ministros de confissão religiosa.

¹⁰ Reino de Portugal e Algarves, Ordenações Filipinas, 1595. Disponível em: www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas. Acesso em: 23 jul. 2012.

Observa-se que no referido dispositivo das ordenações, também era separada a população em castas, permitindo-se algemar apenas os cidadãos de menor prestígio social.

2. IMPROPRIEDADES DOS FUNDAMENTOS DO STF À RESTRIÇÃO AO USO DE ALGEMAS PREVISTO NA SÚMULA VINCULANTE Nº 11

O principal precedente que conduziu a edição da Súmula Vinculante nº 11, como dito em introdução, foi o *Habeas Corpus* nº 91.952-9/SP em que o STF, em plenário, por unanimidade, anulou um julgamento no tribunal do júri em razão de o réu ter permanecido durante toda a sessão algemado.

Em síntese, os ministros concordaram em seus votos que as algemas só podem ser utilizadas em caráter excepcional, quando justificadas pelo concreto risco de fuga, bem como pelo risco de danos à integridade física do próprio réu ou dos demais presentes. Concluíram que o uso de algemas fora dessas situações é abusivo e gera constrangimento ao paciente, além de ser capaz de influenciar a opinião dos jurados que, ao verem o réu algemado, podem, antes mesmo de atentar aos fatos do processo, ter incutido em suas mentes, a ideia de tratar-se de pessoa perigosa, o que favoreceria um pré julgamento em seu desfavor.

A Lei nº 11.689/2008 e a decisão do STF no *Habeas Corpus* nº 91.952-9 foram verdadeiros marcos na defesa do princípio da presunção de inocência e na preservação da integridade moral dos réus perante os jurados, pois em local totalmente seguro (ou, pelo menos, local que deveria ser totalmente seguro¹¹) que é o interior do Tribunal de Justiça, não há razões

¹¹ No TJRJ, Policiais, que naturalmente reforçariam a segurança, são impedidos de entrar armados, enquanto advogados e alunos da EMERJ entram no prédio sem passar pelo detector de metais. Não seria difícil uma pessoa má intencionada conseguir uma carteira da OAB ou da EMERJ e entrar no prédio armado para praticar algum ato de graves proporções. Atente-se ao fato de que uma submetralhadora ou uma bomba cabem em uma pasta.

para que o indivíduo permaneça algemado. Pelo menos, não enquanto estiver no interior de um Tribunal do Júri.

Em que pese o considerável avanço trazido pela restrição do uso de algemas nas sessões de julgamento, os argumentos utilizados na decisão do referido *habeas corpus* foram falhos juridicamente, além de incompatíveis ao dia-a-dia na condução de indivíduos fora dos prédios dos tribunais, o que faz da Súmula Vinculante nº 11, neles embasada, flagrantemente inaplicável.

No relatório do julgamento do *Habeas Corpus* nº 91.952-9, o Ministro Marco Aurélio, aponta os principais argumentos, corroborados pelos demais ministros, inclusive com raízes históricas, dentre eles o fato de Dom Pedro I, quando ainda Príncipe Regente, em Decreto de 23 de maio de 1821, ter ordenado¹²:

[...] que em caso nenhum possa alguém ser lançado em segredo, em masmorra estreita, escura ou infecta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grilhões e outros quaisquer ferros, *inventados para martirizar homens*, ainda não julgados, a sofrer qualquer pena aflitiva, por sentença final; entendendo-se, todavia, que os juízes e Magistrados Criminais poderão conservar por algum tempo, em casos gravíssimos, incomunicáveis os delinquentes, contanto que seja em casas arejadas e cômodas e nunca manietados ou sofrendo qualquer espécie de tormento. (grifo nosso)

Embora interessante o artigo histórico, não se aplica à questão da condução com algemas a qual a Súmula busca restringir, pois, percebe-se que, Sua Majestade, buscou proibir a utilização de instrumentos torturantes no interior das masmorras do Império e de formas degradantes de manutenção de indivíduos sob custódia, como as práticas da época de manter pessoas algemadas, acorrentadas ou em grilhões como forma de punição. Chamamos atenção para o grifo no texto que afirma estar abolida a utilização de instrumentos “*inventados para martirizar homens*”.

¹² IMPÉRIO do BRASIL. *Coleção das Leis do Brazil de 1821*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1889, Parte II, p. 88 e 89

Em nenhum momento há proibição de utilização de instrumentos de mera condução, visando, unicamente, a segurança de prisioneiros e terceiros, mas sim instrumentos que tenham o propósito de martirizar.

O Ministro relator aponta em seguida, a edição do Decreto¹³ nº 4.824 de 22 de novembro de 1871, que é, em verdade, o primeiro dispositivo a regulamentar o uso de algemas em condução de indivíduos no Brasil e preceituava, em seu art. 28, 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 o não justifique, além das penas em que incorrer, será multado na quantia de dez a cinquenta mil réis, pela autoridade a quem for apresentado o mesmo preso.

O Decreto, de autoria não do Imperador Dom Pedro II, mas da então Regente, Princesa Isabel, já há muito revogado, regulamentava o Código de Processo Penal do Império. Vale ressaltar que a restrição do uso de algemas nele inserido não foi repetida nas legislações que o sucederam.

Após a revogação do mencionado decreto, a falta de restrição legal ao uso de algemas nas legislações seguintes, tanto do próprio Império quanto da República, leva a crer, ter sido infrutífera a restrição já na época imperial ou considerada nociva em tempos posteriores, provavelmente, por razões de ordem prática que até hoje perduram.

Não se deve deixar de atentar ao fato de que, ao conduzir um indivíduo sem algemas, há sempre o risco de o policial ter que entrar em luta corporal com ele, caso venha o escoltado a se

¹³ Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103837/decreto-4824-71> . Acessado em 24 jul. 2012

insurgir¹⁴. Qualquer leigo pode imaginar o quão difícil seria para um policial, muitas vezes mais fraco e mais velho que o preso, impedir que esse se apodere da arma que o policial carrega em sua cintura ou do fuzil que tem em mãos no momento em que se vê obrigado a atracar-se fisicamente com o preso para evitar que o agrida, lesione a terceiros ou fuja.

É importante também atentar para o tipo de armamento que era utilizado por policiais nos idos de 1871 que, ainda viabilizavam, à época, tal restrição, sem grandes consequências nocivas caso um preso, sem algemas, se apoderasse da arma de um policial de sua escolta.

As armas eram ainda espadas e espingardas ou fuzis (muitas vezes, baionetas da Guerra do Paraguai) rudimentares, com sistema de tiro por repetição ou até mesmo um tiro a cada recarga da arma.

Naquele tempo, no caso de necessidade de um policial entrar em luta corporal com um conduzido sem algemas, se esse conseguisse tomar a arma do policial durante a luta (o que é sempre um considerável risco quando uma pessoa armada entra em luta corporal, insiste-se), o máximo que ocorreria, seria um único tiro, pois o conduzido insurgente teria extrema dificuldade em efetuar o segundo disparo, tendo em vista as já mencionadas características rudimentares do armamento. Além disso, a pólvora utilizada e na época era a antiga pólvora preta que gerava energia cinética muito inferior a da moderna pólvora branca com nitrocelulose, utilizada nas munições de hoje.

A utilização da pólvora negra e os antigos formatos dos estojos das capsulas, acarretava um menor alcance do projétil - cerca de 100m a uma velocidade inferior a 300 metros por

¹⁴ Após aprovação nos concursos públicos de Delegado de Polícia e Inspetor de Polícia, tivemos a oportunidade de concluir os cursos de formação policial, respectivamente na ACADEPOL/MG em 2009 e na ACADEPOL/RJ em 2002. Em ambos eram ministradas orientações no sentido de nunca entrar em luta corporal o policial que porta uma arma, pois o risco de a arma ser tomada pelo agressor é enorme. O policial deve sempre manter uma distancia segura de um suspeito para evitar que este se aproxime de sua arma. Prudência vital, porém impossível ao se conduzir alguém sem algemas.

segundo em geral - e menor lesividade, ao contrário dos fuzis modernos que podem disparar grande quantidade de projéteis a longa distância e em altíssima velocidade.

O fuzil padrão da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro é o M-16. Produzido pela indústria de armas Colt, é também a arma padrão das Forças Armadas dos Estados Unidos da América. Essa arma pode efetuar 800 disparos por minuto que lançam projéteis a velocidade de 977 metros por segundo com alcance de 1,5km.¹⁵

Hélio Gomes¹⁶ bem esclarece a diferença das cargas das munições atuais para as do século XIX:

Antigamente, a pólvora usada nos cartuchos era a chamada pólvora negra, que é uma mistura de 75 partes de salitre (nitrato de potássio), 15 de carvão e 10 de enxofre. Queima rapidamente, desprendendo muita fumaça, e deixa resíduos sólidos formados principalmente de carbonato de potássio (quase a metade do total), sulfito (25%), sulfato (16%), sulfocianetos, tiosulfatos, carbonato de amônia e escassas sobras dos componentes iniciais. Desde sua invenção por volta do século XIV até meados do século XIX foi o propulsor usado em todos os tipos de cartuchos. Com a descoberta da nitroglicerina e, depois, da nitrocelulose, o chamado algodão-pólvora, que produzia escassa quantidade de fumaça e resíduos, a pólvora negra foi caindo em desuso. Atualmente, os cartuchos usam uma mistura de nitrogricerina e nitrocelulose, ou a nitrocelulose coloidal.

Somado a isso, o tipo de projétil utilizado na época era redondo ou ogival, também muito menos letal que os atuais *rollow point*, *soft point* e *soft nose* utilizados pelas polícias e que ao atingir o corpo, se abrem, causando enorme destruição no organismo¹⁷.

Percebe-se em poucas linhas que as armas e munições eram, à época do antigo decreto que restringia o uso de algemas, infinitamente menos letais. Portanto, um prisioneiro andando com as mãos livres era muito menos perigoso para a população do que é hoje caso tivesse acesso à arma do policial que o escoltava.

¹⁵ Disponível em: www.areamilitar.net . Acessado em: 24 jul. 2012

¹⁶ GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 33. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 188

¹⁷ HERCULES, Hygino de Carvalho. *Medicina legal: texto e atlas*. São Paulo: Atheneu, 2008, p. 264 a 270

No início do século XX, com a massificação do uso de armas semiautomáticas como revólveres e posteriormente pistolas (capazes de realizar vários disparos seguidamente) foi mais um fator de considerável aumento de risco em conduzir os detidos sem as algemas.

Ao contrário da provável situação na época do Decreto 4.824/1871 em que caso o conduzido se apoderasse da arma do policial estaria apto a efetuar somente um único disparo, que atingiria um inocente à distância de 100 metros, em baixa velocidade e com munição pouco destrutiva, nos dias de hoje se o mesmo acontecesse, o insurgente seria capaz de efetuar 30 disparos¹⁸ ininterruptos que atingiriam pessoas em um raio de 1,5km.

Não há registros nem testemunhas vivas para dar notícia da razão da não repetição do texto do artigo 28 do Decreto nº 4.824 de 22 de novembro de 1871 nas legislações que o sucederam, mas, pelas diferenças de riscos expostas entre a época da monarquia e a republicana, nos parece acertada a histórica omissão legislativa.

Em que pese a existência de alguns raros, pouco conhecidos, pouco aplicados e antigos dispositivos emitidos pelos chefes dos poderes executivos estaduais regulamentando o emprego de algemas, os dispositivos no âmbito do poder legislativo, nacional ou estadual, sempre se limitaram em determinar o uso moderado da força para impedir abusos, sem restringir especificamente o uso das algemas, o que demonstrou solidificada a tradição do país em não criar restrições legais ao seu uso, até a aprovação da acertada Lei Nacional nº11.689/2008.

Antes da Lei nº11.689/08, o único dispositivo legal a regular em âmbito nacional o uso de algemas, ainda em vigor, era o Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.002/69) que em 1969, em pleno período de exceção, foi outorgado pelo então chefe do poder executivo, sem participação democrática na sua aprovação. O referido dispositivo, diga-se, restringe o uso das algemas apenas

¹⁸ Capacidade do carregador padrão do Fuzil Colt M-16. Disponível em: www.areamilitar.net . Acessado em: 24 jul. 2012

em âmbito militar, reafirmando a tradição da não restrição em âmbito civil até a promulgação da Lei nº 11.689/08.

Art. 234

§1º O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242.

O supracitado artigo, menos rígido em seu texto que a Súmula Vinculante nº 11 do STF, recomenda que seja evitado o uso de algemas. O que é perfeitamente possível no âmbito militar se considerar-se que, nas instituições castrenses, os grandes contingentes em serviço diminuem os riscos de insurgência por parte do conduzido sem algemas. O que não ocorre no âmbito das polícias judiciárias que contam, não raras vezes, com um ou dois plantonistas por unidade. O que também não ocorre quando um policial, sozinho ou acompanhado e um único colega, precisam conduzir um detido pela rua em meio a populares.

É importante notar também o abismo de segurança que há entre um quartel e uma Delegacia de Polícia. Os quartéis são construções, normalmente fortificadas, com muros altos, sentinelas em guaritas e obrigatoriedade de identificação dos que nele entram. As Delegacias de Polícia no Brasil, principalmente as mais modernas, além do pequeno efetivo, são dotadas de grandes portas de vidro o que facilitam a invasão de bandidos que pretendam promover a fuga de presos,¹⁹ pondo em risco policiais e também cidadãos que lá estejam, buscando atendimento. São conhecidos de todos alguns incidentes lamentáveis em que bandidos dispararam tiros ou lançaram granadas contra Delegacias de Polícia, atingindo pessoas em seu interior.

¹⁹ Em Londres UK, no ano de 2006, em visita a Delegacia Policial de Shepherd's Bush, verificou-se que para ter acesso ao prédio, qualquer cidadão deve identificar-se em um interfone com câmera. Após permitida a entrada, depara-se com guichês de vidro blindado, onde são feitos os atendimentos. Essas medidas não fazem da Delegacia um prédio menos digno a receber o cidadão, pelo contrário, proporciona segurança para quem trabalha e para quem é atendido.

Prosseguindo em seu relatório, o Ministro Marco Aurélio afirmou que: “Vale registrar, ainda, que o item 33 das regras da Organização das Nações Unidas para tratamento de prisioneiros estabelece que o emprego de algemas jamais poderá se dar como medida de punição”.

Assim prescrevem os itens 33 e 34 das regras da ONU para tratamento de prisioneiros:

33. A sujeição a instrumentos tais como algemas, correntes, ferros e coletes de força nunca deve ser aplicada como punição. Correntes e ferros também não serão usados como instrumentos de coação. Quaisquer outros instrumentos de coação não serão usados, exceto nas seguintes circunstâncias:

- a. Como precaução contra fuga durante uma transferência, desde que sejam retirados quando o preso comparecer perante uma autoridade judicial ou administrativa;
- b. Por razões médicas e sob a supervisão do médico;
- c. Por ordem do diretor, se outros métodos de controle falharem, a fim de evitar que o preso se moleste a si mesmo, a outros ou cause estragos materiais; nestas circunstâncias, o diretor consultará imediatamente o médico e informará à autoridade administrativa superior.

34. As normas e o modo de utilização dos instrumentos de coação serão decididos pela administração prisional central. Tais instrumentos não devem ser impostos senão pelo tempo estritamente necessário.

Por certo, deve ser vedado qualquer meio ou instrumento que seja usado como forma de punição. Inclusive a orientação da ONU está em total consonância com o antigo Decreto de 23 de maio de 1821 outorgado pelo então Príncipe Regente Dom Pedro I, mencionado no início deste capítulo, em que sua Majestade proíbe a utilização de objetos de martírio nos prisioneiros.

Sabe-se, todavia, que não há orientação da ONU em não utilizar instrumento indolor, que não gere lesões, como meio de condução segura de prisioneiros. A recomendação da ONU é que os instrumentos referidos não sejam utilizados como forma de punição ou de coação, mas sim, tão e somente, como forma de precaução contra fuga durante uma transferência.

Recomenda a ONU que as algemas sejam retiradas quando o conduzido estiver em audiência com as autoridades judiciais ou administrativas onde, por obvio, não em transito, mas em salas de audiências ou gabinetes, dentro do prédio do Tribunal de Justiça ou outras repartições

bem guarnecidas, haverá maior segurança, viabilizando a retirada das algemas. Nota-se portanto que está o art. 474 §3º do Código de Processo Penal em harmonia com a recomendação da ONU no seu item 33, a.

Prosegue o Ministro relator Marco Aurélio afirmando que:

Não bastasse a clareza vernacular do artigo 284, a afastar o emprego de força, tomada esta no sentido abrangente – ante abusos de toda sorte, vendo-se, nos veículos de comunicação, algemadas pessoas sem o menor traço agressivo, até mesmo outrora detentoras de cargos da maior importância na República, em verdadeira imposição de castigo humilhante, vexaminoso -, veio à balha norma simplesmente interpretativa, e, portanto, pedagógica, específica quanto à postura a ser adotada em relação ao acusado na sessão de julgamento pelos populares, pelos iguais, alfim, pelo Juri. A recente Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, ao implementar nova redação ao artigo 474 do Código de Processo Penal, tornou estreme de dúvidas a excepcionalidade do uso de algemas.

No fragmento supra, o relator, como já brevemente mencionado no primeiro capítulo, mostra-se preocupado especialmente com a exposição midiática dos algemados. Mas não qualquer algemado, e sim do algemado de destaque social, dando como exemplo aqueles que detentores “de cargos da maior importância na República”.

Outro ponto interessante há no fragmento, ao afirmar que: estar-se-ia vendo, “nos veículos de comunicação, algemadas pessoas sem o menor traço agressivo”.

Seria possível distinguir “traços de agressividade” em uma pessoa pela televisão, ou até mesmo *in loco*, com um simples olhar? Cesare Lombroso²⁰ certamente responderia afirmativamente. Todavia, há décadas as teorias de Lombroso, que dizem respeito ao criminoso nato, foram desacreditadas pela medicina legal.

²⁰ Cesare Lombroso foi professor de psiquiatria na Universidade de Pavia e professor de medicina forense e higiene, psiquiatra e antropólogo crimina na Universidade de Turim. Tornou-se mundialmente famoso por seus estudos e teorias no campo da caracterologia, ou a relação entre características físicas e mentais. Apregoava que o delinquente possuía caracteres próprios, tais como: protuberância occipital, órbitas grandes, testa fugidia, arcos superciliares excessivos, zigomas salientes, prognatismo inferior, nariz torcido, lábios grossos, arcada dentária defeituosa, braços excessivamente longos, mãos grandes, anomalias dos órgãos sexuais, orelhas grandes e separadas, polidactilia.

Com coragem, Paulo Rangel²¹ insurge-se contra os malefícios da Súmula Vinculante nº 11 ao afirmar: “[...] inventaram mais uma maneira de anular o APF ou a decisão judicial daqueles que não podem ser presos, mas se forem que não sejam algemados. Algema e ‘camburão’ são para pobre, não para *Colarinho-Branco*”.

Se o policial não for tentar identificar a periculosidade ou a intenção de fuga pelo “traço agressivo”, terá que tentar identificar pela conduta pretérita. Todavia, geralmente, o policial que efetua uma prisão, ou transporta um preso da delegacia para a cadeia pública, não faz ideia de como é a conduta preterita daquela pessoa que nunca viu antes. O policial não tem condições de prever se aquele indivíduo oferece risco.

O fato de o indivíduo apresentar-se calmo, ou do motivo da prisão ser crime de menor potencial ofensivo (ou até mesmo pensão alimentícia) não significa que não seja perigoso ou que não esteja planejando fugir, aguardando calmamente o melhor momento, o momento em que estará na rua, sem algemas, acompanhado por um policial armado, que não poderá entrar em luta corporal devido ao risco de um disparo. Não é preciso lembrar, que o policial também não poderá atirar no conduzido, caso ele saia correndo pela rua.

Adotar a tese de previsibilidade de condutas futuras dos indivíduos, ao que parece, defendida pelo STF, implicaria não só a restrição à segurança carcerária no tocante ao uso de algemas, mas também abriria portas à eliminação de diversas práticas de serviço, não previstas em lei, que levam em consideração a total imprevisibilidade da conduta. Por exemplo, todo preso, independente dos “traços de agressividade”, aspectos físicos, antecedentes ou classe social, ao entrar em um xadrez de Delegacia deve entrar sem os cadarços dos tênis e sem cinto. Isso para evitar que se enforque ou enforque outro preso. Se passar a ser feita distinção entre o preso

²¹ RANGEL *apud* GRECO, p. 33.

provavelmente perigoso e o não provavelmente perigoso, passar-se-á a autorizar a entrada nas selas com esse e outros objetos comuns, mas perigosos no ambiente carcerário.

Situação corriqueira em que se constata a imprevisibilidade da conduta do preso, se dá quando pessoa presa por pensão alimentícia, agride policiais e tenta fugir. Note-se que o preso por pensão alimentícia pela tese do STF seria uma pessoa que não ofereceria riscos, pois não cometeu nenhum crime, não tem “traços de agressividade”, tem bons antecedentes e a princípio coopera calmamente. Todavia, após algum tempo detido, já com o psicológico abalado, é capaz de cometer atos que não cometeria em situação normal. Atos esses não passíveis de previsão pelos policiais, previsão essa essencial para viabilizar a aplicação da Súmula Vinculante nº 11.

3 – DEBATES PARA A APROVAÇÃO DA SÚMULA

Após concordantes os Ministros do STF quanto à edição da Súmula Vinculante nº 11, foi aberta a sessão de debates²² para a aprovação do texto.

Durante os debates, o Ministro Carlos Brito pontuou em relação à proposta do texto do Verbete nº 11:

O que a redação consagra é a tese da excepcionalidade do emprego de algemas. Essa tese que arranca diretamente da Constituição está explicitada, está consagrada na proposta de redação, porque a Constituição é que diz com todas as letras, art. 5º: “III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante:” Esse tratamento degradante significa infamante, humilhante, como se dá quando o ser humano, ainda que preso em flagrante de delito, é *exibido ao público como se fosse um troféu, uma caça, numa atmosfera de exibicionismo policial*. (grifo nosso)

Depreende-se da interpretação da Constituição feita pelo Ministro Carlos de Brito, conforme suas palavras, que não é o uso da algaema propriamente dito que gera o

²² BRASIL. Debates de aprovação da Súmula Vinculante nº 11. *Diário da Justiça do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, DF, 12 nov. 2008, p. 13.

constrangimento, mas a sua exposição “ao público como se fosse um troféu, uma caça, numa atmosfera de exibicionismo”.

Irrelevante se o indivíduo encontra-se algemado ou não, o relevante pela argumentação do ministro, e o que se quer evitar, é a exposição, como troféu, que pode ser feita, por exemplo, sem algemas, obrigando o preso a posar para fotos ao lado dos policiais executores da prisão. Caso em que mesmo sem algemas teria o efeito indesejado de tratamento humilhante.

Prossegue o Ministro Carlos de Brito afirmando que: “E não há dúvida de que o uso das algemas exacerba o estado de privação da liberdade com consequências de ordem física e de ordem moral”.

Em relação às consequências de ordem moral, como visto, o próprio Ministro a fundamenta não no uso das algemas, mas na exposição do indivíduo como “troféu”. O que como já dito, insisti-se, pode ser feita e de fato, lamentavelmente, continua sendo feita, independente do uso de algemas.

Em relação às consequências de ordem física, restam como uma verdadeira incógnita, pois em nenhum momento ficou demonstrado de que forma poderia ocorrer um dano físico no emprego das algemas. É relevante recordar da trava de segurança existente nas algemas, mencionada no primeiro capítulo deste artigo, que impede danos físicos (a menos é claro, que o policial não saiba utilizar a algema).

Em seguida, nos debates, passam os ministros a falar sobre a suposta capacidade dos condutores de custodiados de avaliar a necessidade ou não do uso de algemas no dia-a-dia de trabalho.

Aparentemente, sem nenhum embasamento teórico nem pesquisa de experiências práticas no serviço policial (pelo menos nada nesse sentido foi mencionado nos debates), mas apenas baseando-se na própria experiência como juiz criminal no passado, o Ministro Cezar

Peluso afirma que, qualquer policial, mesmo em início de carreira, tem condições de distinguir em que situações a algema é necessária. Assim proclama:

[...] qualquer investigador de polícia, em início de carreira, sabe quando deve usar as algemas; qualquer um. Vivi muitos anos como Juiz de Direito em São Paulo, exercendo a jurisdição penal, e jamais tive conhecimento de algum acaso em que investigador de polícia não soubesse distinguir, diante da situação de fato, se deveria, ou não usar as algemas.

De fato, todo investigador de início de carreira, até a edição da súmula, sabia quando usar as algemas. Sabia porque aprendia a lição insistentemente na academia de polícia: aprendia que sempre deveriam ser usadas as algemas. Isso porque nas academias de polícia era lecionado, até a edição da Súmula Vinculante nº11, que todos os presos deveriam ser algemados, por precaução, tendo em vista que, nenhum ser humano, nem mesmo policial experiente, tem condições de adivinhar a reação de um outro ser humano, ainda mais quando se trata de pessoa que nunca viu antes e que está, provavelmente com o psicológico abalado por estar sendo preso²³.

Como o policial poderia afirmar que uma pessoa que nunca viu antes em sua vida é perigosa ou não? Vale insistir nesse ponto.

Ainda que o policial tivesse a capacidade de identificar a periculosidade de alguém com um simples olhar, de que adiantaria essa capacidade extraordinária já que teria que convencer o juiz desse seu *dom*? Isso por que se não conseguir convencer o juiz de que o agente era “perigoso”, responderá civil, penal e administrativamente.

Na prática da atividade policial, o texto da súmula, conduz a duas possibilidades:

a) com medo de futuras punições, no caso de o Juiz não concordar com a atitude do policial de algemar, esse optará por deixar todos sem algemas, quando tiver dúvidas quanto a periculosidade. Se o agente agredir alguém ou fugir, caso consiga recapturá-lo, aí sim o policial poderá fazer uso

²³ Assim foi ministrado, a exemplo, no Curso de Formação de Inspectores de Polícia da ACADEPOL/RJ em 2002, o qual esse pesquisador teve a oportunidade de cursar.

da algema sem nenhum risco de punição. Não nos parece muito prudente e também não parecerá prudente ao policial, que atualmente, na prática opta pela segunda opção, também odiosa, a seguir;

b) também com medo de futuras punições, no caso de o Juiz não concordar com o uso das algemas, mas da mesma forma com medo do preso atentar contra a sua vida ou de transeuntes, o policial optará por algemar todos, indistintamente, como sempre foi feito. Porém, tomará o cuidado de justificar por escrito, sempre alegando uma situação de risco, que aparentemente não existe, mas que o próprio policial sabe não poder descartar pelo simples fato do preso não ter “traço agressivo” ou não ter tentado fugir ainda.

O policial não sabe prever se o preso, ora calmo, ficará violento, ora disciplinado, tentará uma fuga. O que o policial sabe é, com base na sua experiência e na experiência compartilhada pelos colegas de profissão mais antigos, que sempre haverá a possibilidade da insurgência violenta por parte do preso, de proporções imprevisíveis após perpetrada a prisão, independente da classe social, motivo da prisão, características físicas ou comportamento. O policial, assim como não pode adivinhar o comportamento do preso, também não pode adivinhar se as autoridades que vão examinar a documentação da prisão concordarão com o uso das algemas ou se discordarão e lhe cominarão alguma punição.

Paulo Rangel²⁴, toca nesse ponto sensível para o policial ao tentar aplicar a inaplicável súmula:

Cria-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 autoridade policial deverá justificar, por escrito, o uso de algemas no preso, sob pena da 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 seu uso. Em outras palavras, inventaram mais uma maneira de anular o APF ou a decisão judicial daqueles que não podem ser presos, mas se forem que não sejam algemados.

²⁴ RANGEL *apud* GRECO, p. 33.

Posteriormente, o mesmo ministro, Cezar Peluso reafirma a suposta capacidade dos investigadores em distinguir os presos perigosos dos não perigosos, todavia, adiciona um elemento objetivo, em sua concepção, para determinar perigoso ou não o conduzido:

[...] Sim, mas é perigo à integridade física própria ou alheia. Esse perigo, ou resulta das condições objetivas ou das subjetivas. Isto é, no caso de alguém preso em flagrante por crime violento, evidentemente a presunção é de que pode apresentar risco. Por isso é que me parece esta uma época surrealista. Qualquer investigador de polícia sabe quando deve usar algemas. O resto é polêmica que tem outros propósitos. Não há nenhuma dificuldade de ordem prática em aplicar a súmula como nunca houve, até certa época!

Ao que parece, a única situação em que o policial pode algemar alguém sem se preocupar em ser punido posteriormente é no caso de prisão em flagrante de preso acusado de crime violento. Pois se trata de critério objetivo aplicável, conforme se depreende da explicação do Ministro. Nas demais situações, volta-se ao dilema já exposto: o policial terá que deduzir com, um simples olhar, se o agente representa risco ou não. Se acreditar não representar risco, deixar de algemar e o agente fugir ou ferir alguém, o policial será responsabilizado pois, considerando como parece considerar o STF que todo policial sabe identificar quem é perigoso, mas ele não identificou, falhou com seu dever de cuidado. Todavia se achar por bem algemar, por acreditar ser perigoso o agente, mas o juiz entender de forma diversa, o policial também será responsabilizado nos termos da súmula. Percebe-se que a única chance do policial não ser punido é no caso de sua opinião a respeito da periculosidade do agente ser a mesma do juiz.

O Ministério Público, ao ter voz no debate, por meio do Procurador-Geral da República Antônio Fernando Barros Silva e Souza, aponta a grande diferença de situações práticas envolvidas na aplicação da súmula dentro do tribunal do júri (ou salas de audiência) das situações em que houver uma prisão em flagrante ou cumprimento de mandado.

Nos caso de aplicação da súmula nas salas de audiência ou tribunal do júri, o juiz pode, previamente, mandar reforçar a segurança para receber, sem algemas, pessoas que considere de

alta periculosidade. Já no momento de uma prisão em flagrante, muitas vezes o policial encontra-se sozinho ou acompanhado de pouco contingente, situação em que, na tensão dos acontecimentos, seria difícil aos policiais fazer a ponderação da utilização ou não das algemas e por conseguinte seria difícil a aplicação da súmula como desejado.

Assim afirma o Procurador-Geral:

[...] considero relevante observar que uma circunstância é aquela em que o réu é levado, pela prática de um ato processual, a uma audiência judicial em que há uma prévia preparação, designação, de modo que o próprio juiz pode tomar providências para adequar a segurança à presença do réu sem algemas.

A outra hipótese é aquela em que 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.

(...) nessa segunda situação, a observância dessa regra gera maior 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. É uma preocupação com a aplicação do comando dessa súmula em face de situações concretas.

Mas vejo que as situações, enquanto há reprovabilidade e a possibilidade de haver o desvio, nos casos em que há o conflito, como é perante o júri, perante uma audiência, em que pode ser ponderado, ela pode ser muito mais exigida do que naquela em que o agente, às vezes sozinho, perante duas ou três pessoas, tenha que tomar decisão dessas, como no caso de prisão em flagrante.

Concordando com o Procurador-Geral da República, o Ministro Cezar Peluso afirma que deve haver presunção de legalidade em favor da conduta do policial, se utilizadas as algemas, devido a situação de periculosidade nos casos de prisão em flagrante, nesses termos:

[...] *o ato de prender ou de conduzir um preso é sempre ato perigoso*. Por isso, o que me parece também necessário acentuar, na mesma linha da argumentação do emitente Procurador-Geral, é que, provavelmente, e isto deveria ser uma diretriz, a interpretação dos casos concretos deve ser feita sempre em favor do agente e da autoridade do Estado. Isto é, *só vamos reconhecer ilícito, quando este fique claro, como caso em que se aplicam as algemas sem nenhum risco, com o só propósito de expor o preso à execração pública*, ou de lhe impor, longe do público, constrangimento absolutamente desnecessário. Nos casos de dúvida, a interpretação tem sempre de ser a favor do agente do Estado, porque realmente é situação perigosa a de conduzir preso. (grifo nosso)

Neste momento, o ministro parece atribuir à prisão em flagrante a existência de periculosidade como regra, o que iria contra a ideia de excepcionalidade promovida pela súmula na utilização de algemas.

É de se recordar que em suas próprias palavras, o mesmo ministro afirma que deve ser algemado todo preso em flagrante por crime violento. Agora, nesse trecho afirma ser sempre perigoso o ato de prender ou conduzir um preso, não especificando se é acusado de crime violento ou não.

Se, conforme diz o ministro, a prisão em flagrante ou a condução é sempre ato perigoso, pode-se concluir com base em suas próprias palavras que deve o policial abrir mão do uso de algemas só nas exceções em que não há perigo algum. Ponto em que voltamos ao velho questionamento sobre a impossibilidade do policial ter certeza de uma situação isenta de periculosidade na condução de um preso.

O ministro aponta, conforme grifado, em quais casos excepcionais deve se abrir mão das algemas: quando esta for utilizada apenas para favorecer a exposição do preso “a execração pública” ou constrangimento absolutamente desnecessário. Neste ponto, salvo, melhor juízo, voltou o Ministro a demonstrar que o grande mal não é a algema em si, mas a exposição do preso.

Dando prosseguimento aos debates, o Ministro Gilmar Mendes afirma que a questão primordial a ser focada é o uso de algemas não propriamente dito, mas sim, seu uso para fins de exposição pública, principalmente na mídia, no intuito de constranger o conduzido.

Na verdade, quando estamos a falar hoje desta questão da algema, na prática brasileira, estamos a falar da aposição da algema para os fins de exposição pública, que foi objeto inclusive de considerações específicas no voto do Ministro Marco Aurélio. De modo que é preciso que estejamos atentos. Certamente temos encontro marcado também com esse tema. A Corte jamais validou esse tipo de prática, esse tipo de exposição que é uma forma de atentado também à dignidade da pessoa humana. A exposição de presos viola a ideia de presunção de inocência, viola a ideia de dignidade da pessoa humana, mas vamos ter oportunidade, certamente, de falar sobre isto.

Neste caso específico, a aplicação da algema já é feita com o objetivo de violar claramente esses princípios. Em geral, já tive a oportunidade de dizer, *algemar significa expor alguém na televisão nesta condição, ou prender significa hoje algemar e colocar alguém na televisão*. De modo que é esta a questão que precisa ser de fato enfatizada. (grifo nosso)

Depreende-se também da argumentação do Ministro Gilmar Mendes, que o grande mau não é a algema em si, mas a vinculação da algema aos meios de comunicação. Ao que parece, na visão do ministro, algemar sem expor não seria atentatório à integridade moral do conduzido.

4. INCONSTITUCIONALIDADE POR FALTA DE RAZOABILIDADE

Além das fundamentações sem embasamento prático e teórico utilizadas para a edição da Súmula Vinculante nº 11, bem como das gritantes contradições nos debates de aprovação do texto, como apontado nos capítulos anteriores, também padece o verbete de inconstitucionalidade por afronta ao princípio da razoabilidade. Tema que passaremos a abordar neste capítulo.

Sabe-se que a medida razoável deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Caso não preencha um desses três requisitos, a medida não será razoável, portanto, inconstitucional.

Ser adequada, depreende que o meio empregado deve ser compatível com o fim colimado, deve ser suficiente para alcançar o fim.

Ser necessária, denota que o meio empregado é o menos gravoso, que menos causa prejuízo para atingir o fim desejado.

Ser proporcional em sentido estrito, significa que as vantagens a serem obtidas superarão as desvantagens.

Tomando como base os fundamentos e justificativas utilizadas pelos ministros na edição da súmula, expostos nos capítulos anteriores, têm-se a clara percepção de que o fim desejado pelos ministros foi impedir o constrangimento moral gerado pela exposição dos conduzidos perante a mídia, como se troféus fossem.

Se o fim desejado é a proteção da integridade moral com a não exposição, a proibição do uso de algemas não atinge o fim colimado, pois, mesmo sem algemas, policiais posarão para as câmeras exibindo seus “troféus” (presos), detidos, segurando-os pelos braços, dentro de suas viaturas, nas portas das unidades policiais ou em salas dentro das delegacias com o símbolo da unidade policial ao fundo na parede.

Pior constrangimento que ser filmado algemado é ser filmado encarcerado, dentro de verdadeiras jaulas, o que a súmula não proíbe. Qual será o próximo passo? Proibir o encarceramento para que não haja exposição à mídia?

O constrangimento não está no uso de algemas, nem no encarceramento e nem em nenhuma medida de segurança regular em qualquer polícia do mundo, mas na exposição desnecessária e abusiva. Se o fim colimado é impedir a exposição daquele que tem presunção de inocência, o meio adequado seria proibir, por óbvio, a própria exposição e não o mecanismo de segurança utilizado durante a exposição (algemas, grades, ou qualquer outro).

O meio que se adéqua ao fim é a eliminação da exposição, não proibindo a notícia do fato, que é garantido pelo direito à informação, mas proibindo a exibição do rosto do indivíduo, como já é feito com os menores de idade há muito tempo. Dessa forma garante-se a integridade moral e também a segurança de todos.

A Súmula Vinculante nº 11 padece por falta de *necessidade* pois o meio escolhido, além de não atingir o fim, não é o menos gravoso, uma vez que é um meio que gera enormes riscos, não só para policiais como para qualquer pessoa que esteja passando pela rua no momento da

condução do preso. A simples proibição das imagens dos ainda presumidamente inocentes não acarretaria nenhum risco à população e impediria o dano a integridade moral pois impediria, com segurança, a exposição na mídia. A proibição da imagem facial seria o meio menos gravoso, portanto também o necessário.

É flagrante a inexistência de proporcionalidade em sentido estrito na restrição ao uso de algemas pois não há vantagens com a medida. Há apenas desvantagens, tendo em vista que além de não impedir a exposição midiática como “troféu” policial, ainda expõe a população a risco.

CONCLUSÃO

Por fim, após as breves considerações, resta clara a total inaplicabilidade prática e jurídica da Súmula Vinculante nº 11 do STF.

A Inaplicabilidade prática fica latente devido à impossibilidade de qualquer ser humano, ainda que policial experiente, prever as reações de outro ser humano no momento em que efetua sua prisão.

Inaplicabilidade jurídica tendo em vista a inconstitucionalidade por afronta ao princípio da razoabilidade, conforme discorrido.

Além da inaplicabilidade e não menos grave, conclui-se pela existência do mencionado risco ao cidadão inocente de ser alvejado, caso o policial, portando uma arma na cintura, seja obrigado a entrar em luta corporal com o preso sem algemas, o que fatalmente poderá gerar um disparo.

Por derradeiro, conclui-se pela irrelevância na restrição ao uso de algemas à proteção da integridade física e moral.

Irrelevante para integridade física, pois as algemas contam com dispositivo anti-esmagamento dos punhos, evitando lesões físicas.

Irrelevante para a integridade moral, pois, conforme os próprios pronunciamentos dos ministros do STF, é a exposição à mídia que causa o dano moral e não o simples uso das algemas, de maneira que usar algemas sem exposição não causaria danos à integridade moral.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Lélío. *Resumo de Criminologia*, 4 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2009

BRASIL, Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/111689.htm acesso em 23 de julho de 2012.

BRASIL. Debates de aprovação da Súmula Vinculante nº 11. *Diário da Justiça do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, DF, 12 nov. 2008

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 91.952-9/SP, Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento: 07 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc91952.pdf> acesso em: 23 de julho de 2012

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOMES, Hélio. *Medicina legal*, 33 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004

GRECO, Rogério. *Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais*, 3 ed. Niterói: Impetus, 2011.

HERCULES, Hygino de Carvalho. *Medicina legal: texto e atlas*. São Paulo: Atheneu, 2008

IMPÉRIO do BRAZIL. *Coleção das Leis do Brazil de 1821*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1889

RANGEL *apud* GRECO, Rogério. *Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais*, 3 ed. Niterói: Impetus, 2011.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008