

JUSTIÇA CIDADANIA &

CONSTITUIÇÃO
REPUBLICA FEDERAL DO BRASIL

ISSN 1807-799X
Edição 103 - fevereiro de 2009
R\$ 16,90

TARSO GENRO
O MINISTRO DA CIDADANIA

Editorial: ESPERANÇAS & RESPONSABILIDADES

O USO DE ALGEMAS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Marco Aurélio Mello

Ministro do STF
Membro do Conselho Editorial



Um dos mais polêmicos temas levados à apreciação do Supremo nos últimos anos foi objeto de análise no *Habeas Corpus* nº 91.952-9/SP. Competia à Corte resolver controvérsia de maior envergadura – a possibilidade de se manter algemado acusado durante julgamento perante o Tribunal do Júri, sem elemento concreto a justificar a excepcional medida.

Atuando como relator, proferi voto na sessão plenária de 7 de agosto de 2008, tendo sido seguido, à unanimidade, pelos demais integrantes do Colegiado. Abaixo faço uma síntese da argumentação desenvolvida.

Iniciei a abordagem da matéria consignando não requerer o julgamento perante o júri a custódia preventiva do acusado – inciso LVII do artigo 5º da Lei Maior. Registrei não ser atualmente sequer necessária a presença do acusado – Lei nº 11.689/08, alteração do artigo 474 do Código de Processo Penal. Diante disso, indaguei se surgiria harmônico com a Constituição manter o acusado, no recinto, com algemas. A resposta mostrava-se iniludivelmente negativa.

Em primeiro lugar, resaltei a necessidade de se levar em conta o princípio da não-culpabilidade. Era certo que fora submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia o tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito. Segundo o artigo 1º da Carta Federal, a própria República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. 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, existe a previsão de que a custódia de qualquer pessoa e o local onde se encontre não devem ser comunicados

imediatamente ao juiz competente, à família ou a pessoa por ele indicada – inciso LXII. Também deve o preso ser informado dos respectivos direitos, entre os quais o de permanecer calado, ficando-lhe assegurada a assistência da família e de advogado – inciso LXIII. O inciso LXIV revela que o preso tem direito à identificação dos responsáveis pela prisão ou interrogatório policial. Mais ainda, a prisão ilegal há de ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária – inciso LXV – e ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança – inciso LXVI.

Sob o ângulo do cumprimento da pena, impõe-se a separação em estabelecimentos prisionais considerada a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado – inciso XLVIII.

Prossegui destacando que esses preceitos – a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país – repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. 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. O julgamento no Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados sugestionados.

Resaltei que o tema não era novo. Na apreciação do *Habeas Corpus* nº 71.195-2/SP, relatado pelo ministro Francisco Rezek, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 4 de agosto de 1995, a Segunda Turma assentou que a utilização de algemas em sessão de julgamento somente se justifica quando não exista outro meio menos gravoso para alcançar o objetivo visado:

HABEAS CORPUS. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. PROTESTO POR NOVO JÚRI. PENA INFERIOR A VINTE ANOS. UTILIZAÇÃO

DE ALGEMAS NO JULGAMENTO. MEDIDA JUSTIFICADA.

[...]

II – O uso de algemas durante o julgamento não constitui constrangimento ilegal se essencial à ordem dos trabalhos e à segurança dos presentes.

Habeas corpus indeferido.

Assim também decidiu a Primeira Turma do Supremo no *Habeas Corpus* nº 89.429-1/RO, relatora ministra Cármen Lúcia, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de fevereiro de 2007. Assentou o Colegiado:

[...] o uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades 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, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo.

No Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso de *Habeas Corpus* nº 5.663, do qual foi relator o ministro William Patterson, acórdão publicado no Diário da Justiça de 23 de setembro de 1996, outro não foi o entendimento, como se constata da seguinte ementa:

PENAL. RÉU. USO DE ALGEMAS. AVALIAÇÃO DA NECESSIDADE.

– A imposição do uso de algemas ao réu, por constituir afetação aos princípios de respeito à integridade física e moral do cidadão, deve ser aferida de modo cauteloso e diante de elementos concretos que demonstrem a periculosidade do acusado.

– Recurso provido.

Desse julgamento, sem voto discrepante, participaram os ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Anselmo Santiago.

Salientei ainda que, de modo enfático, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal nº 74.542-3, relator desembargador Renato Talli, acórdão publicado na Revista dos Tribunais nº 643/285, estabeleceu que “algema não é argumento e, se for utilizada sem necessidade, pode levar à invalidação da sessão de julgamento”.

Consignei remontar essa postura ao tempo do Império. Dom Pedro, quando ainda Príncipe Regente, em Decreto de 23 de maio de 1821, ordenou:

[...] 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 e nunca para as adoecer e flagelar; 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 afluiva, por sentença final; entendendo-se, todavia, que os Juizes 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. (Em “Coleção das Leis do Brasil de 1821”, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1889, Parte II, p. 88 e 89).

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 da força necessária para efetuar a prisão, se obedecer porém, o uso da 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 4.824, 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 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”.

A Constituição de 1891 conferiu às unidades federativas a competência para legislar sobre matéria processual penal. Algumas exerceram a competência legislativa, enquanto outras se limitaram a adotar a legislação do Império. O artigo 28 do referido decreto regulamentar, então, acabou repetido em várias leis.

Com a Carta da República de 16 de julho de 1934, foi restabelecida a competência privativa da União para legislar sobre direito penal. Em 15 de agosto de 1935, sendo Ministro da Justiça e Negócios Interiores Vicente Ráo, foi apresentado o Projeto de Código de Processo Penal, cujo artigo 32 vedava “o uso de força ou o emprego de algemas, ou de meios análogos, salvo se o preso resistir ou procurar evadir-se”. O projeto não vingou, em virtude da Constituição promulgada com o Golpe de Estado de 1937 (em José Frederico Marques, “Tratado de Direito Processual Penal”, São Paulo, Saraiva, 1980, v. I, § 83, p. 123).

O novo Código somente veio à balha em 3 de outubro de 1941, passando a vigor desde então o artigo 284 – “Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso” –, que, embora não se refira expressamente ao uso de algemas, sinaliza as situações de fato extremas em que poderão ser utilizadas. É o que se constata, ainda, no artigo 292 dele constante, a revelar que, se houver, mesmo 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”.

Na Lei de Execução Penal – nº 7.210/84 –, bem se revelou o caráter excepcional da utilização de algemas, instando-se o Poder Executivo à regulamentação – artigo 159. Se, quanto àquele que deve cumprir pena ante a culpa formada, o uso de algemas surge no campo da exceção, o que se dirá em relação

a quem goza do benefício de não ter a culpa presumida, ao simplesmente conduzido, indiciado ou mesmo acusado que responda a processo-crime?

Até mesmo na área penal militar, a utilização de algema é tida como excepcional. Consta do artigo 234 do Código de Processo Penal Militar:

O emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor. De tudo se lavrará auto subscrito pelo executor e por duas testemunhas.

O § 1º do citado artigo, harmônico com a Carta de 1988, revela especificamente que:

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 artigo 242 prevê que:

Serão recolhidos a quartel ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão, antes de condenação irrecorrível:

- a) os ministros de Estado;
- b) os governadores ou interventores de Estados, ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de Polícia;
- c) os membros do Congresso Nacional, dos Conselhos da União e das Assembléias Legislativas dos Estados;
- d) os cidadãos inscritos no Livro de Mérito das ordens militares ou civis reconhecidas em lei;
- e) os magistrados;
- f) os oficiais das Forças Armadas, das Polícias e dos Corpos de Bombeiros, Militares, inclusive os da reserva, remunerada ou não, e os reformados;
- g) os oficiais da Marinha Mercante Nacional;
- h) os diplomados por faculdade ou instituto superior de ensino nacional;
- i) os ministros do Tribunal de Contas;
- j) os ministros de confissão religiosa.

Prossigui destacando que, se fica excluída a utilização da algema seja qual for o quadro, quanto a essas pessoas, o que se dirá no tocante àquele que, vindo sob a custódia do Estado há algum tempo, já se encontra fragilizado e comparece ao tribunal para ser julgado?

Valia registrar, ainda, estabelecer o item 3 das regras da Organização das Nações Unidas para tratamento de prisioneiros que o emprego de algemas jamais poderá se dar como medida de punição. Isso indica, à semelhança do que antes previsto no artigo 180 do Código de Processo Criminal do Império, que o uso desse instrumento é excepcional e somente pode ocorrer nos casos em que realmente se mostre indispensável para impedir ou evitar a fuga do preso ou quando se cuidar comprovadamente de perigoso prisioneiro.

A ausência de norma expressa prevendo a retirada das

algemas durante o julgamento não conduz à possibilidade de manter o acusado em estado de submissão ímpar, incapaz de movimentar os braços e as mãos, em situação a revelá-lo não um ser humano que pode haver claudicado na arte de proceder em sociedade, mas uma verdadeira fera.

Não obstante 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 Júri. 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.

Eis o preceito:

Artigo 474 [...]

[...]

§ 3º 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.

Era hora de o Supremo emitir entendimento sobre a matéria, inibindo uma série de abusos notados na atual quadra, tornando clara, até mesmo, a concretude da lei reguladora do instituto do abuso de autoridade, considerado o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, para a qual os olhos em geral têm permanecido cerrados. A Lei em comento – nº 4.898/65, editada em pleno regime de exceção –, no artigo 4º, enquadra como abuso de autoridade cercear a liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder – alínea “a” – e submeter pessoa sob guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado por lei – alínea “b”.

No caso concreto, sem que houvesse uma justificativa socialmente aceitável para submeter um simples acusado à humilhação de permanecer durante horas e horas com algemas, na oportunidade do julgamento, concluiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que a postura adotada pela Presidente do Tribunal do Júri, de não determinar a retirada das algemas, fez-se consentânea com a ordem jurídico-constitucional. Proclamou a Corte que “a utilização das algemas durante o julgamento não se mostrou arbitrária ou desnecessária e, por conseguinte, não vinga a nulidade argüida”, aludindo, no entanto, a precedente da Segunda Turma do Supremo que vincula a permanência do preso algemado à necessidade de manutenção da ordem dos trabalhos e de garantia da segurança dos presentes.

Frisei que, abertos os trabalhos do Júri – o acusado já estava preso há um ano e meio –, o defensor, Dr. Walter Antônio Dias Duarte, pediu a palavra e assim se manifestou:

MM. Juíza: Hão (com a correção vernacular) que ser retiradas as algemas do acusado para que algemado não

influencie indevidamente o ânimo dos senhores jurados. Se necessário for a defesa apontará a Vossa Excelência as correspondentes folhas dos autos onde o meritíssimo Juiz de então cancelou dois dos motivos que autorizavam a decretação da preventiva, vez que a garantia da ordem pública e a conveniência da instrução criminal não mais integravam o rol dos motivos que autorizam a decretação desta custódia (fls. 115). Se, como precedente jurisprudencial e julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que tem por ementa: “Írrito o julgamento do Júri se o réu permaneceu algemado durante o desenrolar dos trabalhos sob a alegação de ser perigoso, eis que tal circunstância interfere no espírito julgador e, conseqüentemente, no resultado do julgamento, constituindo constrangimento ilegal que dá causa a nulidade”. (RT. 643/285) – confirmam com a ata da sessão realizada, que se encontra às folhas 301 e 302 do apenso, numeração de origem.

O Ministério Público se opôs à retirada das algemas. Afirmou que ficara o réu algemado durante todas as audiências de instrução, reclamando fosse guardada a coerência. Olvidou, com essa óptica, que o erro anterior não justificava a manutenção da violência.

Então, a Juíza deliberou:

Entendo que não constitui constrangimento ilegal o réu permanecer algemado em Plenário, sobretudo porque tal circunstância se faz estritamente necessária para preservação e segurança do bom andamento dos trabalhos, já que a segurança hoje está sendo realizada por apenas dois policiais civis. Assim, indefiro o pleito da defesa, observando ainda, como bem notou a Dra. Promotora de Justiça que o réu permaneceu algemado em todas as audiências ocorridas antes da pronúncia.

Consignei não ter sido apontado, portanto, um único dado concreto, relativo ao perfil do acusado, que estivesse a ditar, em prol da segurança, a permanência com algemas.

Quanto ao fato de apenas dois policiais civis fazerem a segurança no momento, a deficiência da estrutura do Estado não autorizava o desrespeito à dignidade do envolvido. Incumbia sim, inexistente o necessário aparato de segurança, o adiamento da sessão, preservando-se o valor maior, porque inerente ao cidadão.

Concedi a ordem para tornar insubsistente a decisão do Tribunal do Júri. Determinei a realização de outro julgamento, com a manutenção do acusado sem as algemas.

Fui acompanhado, à unanimidade, pelos integrantes do Tribunal. Em seguida, a Corte deliberou pela aprovação do Verbete Vinculante nº 11 da Súmula, com a seguinte redação:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.