

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**VANESSA OLIVEIRA MAGALHÃES**

**ABRANGÊNCIA E EFEITOS DA SÚMULA**  
**VINCULANTE Nº 11**

**Fortaleza**

**2010**

**VANESSA OLIVEIRA MAGALHÃES**

**ABRANGÊNCIA E EFEITOS DA SÚMULA  
VINCULANTE Nº 11**

Monografia submetida à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Samuel Miranda Arruda

**Fortaleza**

**2010**

**ABRANGÊNCIA E EFEITOS DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11**

Monografia submetida à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador)**

Universidade Federal do Ceará - UFC

---

**Prof. José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque**

Universidade Federal do Ceará - UFC

---

**Vinícius de Mattos Magalhães**

Universidade Federal do Ceará - UFC

*Aos meus pais, Marcos e Fátima, em quem sempre encontro  
disponibilidade e o incentivo essencial para minha caminhada.*

## **AGRADECIMENTOS**

À Deus, pelo dom da vida e pela oportunidade desta graduação.

À minha família, sempre a base em que me sustento e cresço.

Aos meus amigos e amigas, que compartilharam comigo a árdua e maravilhosa caminhada na Faculdade de Direito.

Ao Dr. Samuel Arruda, por ter me deixado honrada ao aceitar o convite de orientar esta monografia.

Ao Dr. Juraci Mourão, por todos os preciosos ensinamentos, pelo incentivo e pela confiança que sempre depositou em mim.

À Dra. Candelária Di Ciero, pelo imprescindível apoio e por todo o material concedido.

*“A fé na cultura moderna era triste: era saber que amanhã ia ser em todo o essencial igual a hoje, que o progresso consistia só em avançar com todos os sempre sobre um caminho idêntico ao que já estava sob nossos pés. Um caminho assim é a bem dizer uma prisão que, elástica, se alarga sem nos libertar.”*

*(J. Ortega y Gasset, A Rebelião das Massas)*

## RESUMO

O Supremo Tribunal Federal, em agosto de 2008, após o julgamento do *Habeas Corpus* nº 91.952, editou a súmula vinculante nº 11, regulamentando o uso de algemas e prevendo consequências ao abuso na utilização. O verbete estipula que algemar o preso é medida excepcional, que somente se justifica quando houver resistência ou perigo de fuga ou à integridade física própria ou de outrem. O uso fora dos preceitos legais sujeita a autoridade às responsabilidades civil, penal e administrativa, além de causar a nulidade da prisão ou do ato. Nesse sentido, a atividade policial complicou-se, pois o condutor deve justificar por escrito a necessidade da utilização das algemas, possuindo, muitas vezes, um tempo ínfimo para tomar tal decisão, sob pena de ser responsabilizado ou pagar com a própria vida, se fizer a escolha errada. Outrossim, os direitos constitucionais do preso e da sociedade conflitam, o que merece um tratamento sob o olhar da razoabilidade. Além disso, surgiram controvérsias acerca da anulação ou convalidação dos atos em que o conduzido apresenta-se algemado, o que se deve analisar à luz do atual sistema de nulidades processuais. Objetiva-se, portanto, o exame dos diversos problemas suscitados desde 2008 e quais soluções têm sido adotadas pela jurisprudência.

Palavras-Chave: uso de algemas, atividade policial, direitos constitucionais, nulidade da prisão ou do ato, jurisprudência.

## ABSTRACT

The Federal Supreme Court, in August 2008, after the trial of *Habeas Corpus* n° 91.952, edited the Supreme Court Binding Norm n° 11, regulating the use of handcuffs and predicting the consequences for its misuse. The norm states that handcuff a prisoner is an exceptional measure, which is justified only when there is resistance, danger of scaping, risk to his physical integrity or that of others. The misuse subjects the authority to civil, criminal and administrative liability, and causes the invalidity of the arrest or the act. In this way, the police activity has been made more complex, because the conductor must justify in writing the need for the use of handcuffs, often having little time to make such a decision, under penalty of being held responsible or pay with their lives, if the wrong choice is made. Besides, the constitutional rights of the prisoner and of the society are in conflict, which deserves a treatment from the perspective of reasonableness. Moreover, there are controversies regarding the cancellation or convalidation of the acts in which the prisoner appears handcuffed, which should be analyzed in light of the current system of procedural nullity. The objective is, therefore, the examination of several issues raised since 2008 and what solutions have been adopted by the case law.

Keywords: use of handcuffs, police activity, constitutional rights, invalidity of the arrest or the act, case law.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>09</b>
<b>2</b>	<b>CONTEXTO DA EDIÇÃO DA SÚMULA</b> .....	<b>12</b>
<b>2.1</b>	<b>Histórico Legislativo</b> .....	<b>12</b>
<b>2.2</b>	<b>Contexto Histórico da Edição da Súmula</b> .....	<b>13</b>
<b>2.3</b>	<b>Julgamento do Habeas Corpus nº 91.952</b> .....	<b>16</b>
<b>2.4</b>	<b>Críticas feitas à Súmula Vinculante nº 11</b> .....	<b>20</b>
<b>3</b>	<b>ATUAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS</b> .....	<b>23</b>
<b>3.1</b>	<b>Procedimento a ser adotado pelos policiais</b> .....	<b>23</b>
<b>3.2</b>	<b>O quê justifica o emprego de algemas</b> .....	<b>26</b>
<b>3.3</b>	<b>Da responsabilidade dos agentes</b> .....	<b>31</b>
3.3.1	Responsabilidade civil.....	32
3.3.2	Responsabilidade penal .....	34
3.3.3	Responsabilidade administrativa .....	37
3.3.4	Responsabilidade Civil do Estado .....	37
<b>3.4</b>	<b>Colisão entre direitos fundamentais</b> .....	<b>38</b>
<b>3.5</b>	<b>Dificuldades na aplicação da súmula</b> .....	<b>41</b>
<b>4</b>	<b>ABRANGÊNCIA E EFEITOS DAS NULIDADES</b> .....	<b>45</b>
<b>4.1</b>	<b>Sistema de nulidades processuais</b> .....	<b>45</b>
<b>4.2</b>	<b>Nulidade por uso indevido de algemas</b> .....	<b>51</b>
4.2.1	Nulidade em inquérito policial .....	55
4.2.2	Nulidade em prisão em flagrante.....	57
<b>4.3</b>	<b>O caso específico do Tribunal do Júri</b> .....	<b>58</b>
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>63</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>67</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O debate sobre o uso (ou abuso) das algemas se corporificou em especial após a operação Satiagraha da Polícia Federal, em que foram presas figuras públicas e indivíduos de alto poder aquisitivo, que, algemados, eram exibidos à televisão como troféus, em uma nítida tentativa da polícia de congratular a si própria e de acirrar os ânimos de milhares de brasileiros sedentos de justiça.

No entanto, este êxtase da polícia ocorreu, inúmeras vezes, com o sacrifício dos direitos humanos de pessoas que não apresentavam risco de violência ou de fuga, até porque os delitos por eles perpetrados constituem-se, em sua maioria, dos chamados crimes “intelectuais”.

Foi nesse contexto que, em 2008, ao Supremo Tribunal Federal foi submetido a julgamento o Habeas Corpus nº 91.952, em que o Plenário anulou a condenação do pedreiro Antônio Sérgio da Silva pelo Tribunal do Júri de Laranjal Paulista, por ter sido mantido algemado durante todo o julgamento. O STF concluiu pela violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência, vez que a juíza-presidente não apresentou uma justificativa convincente para o uso das algemas em Plenário.

Considerando o tema como de alta relevância no período, a Suprema Corte decidiu editar um verbete vinculante sobre a matéria, diante da inércia legislativa, malgrado o art. 199 da Lei de Execução Penal tenha estipulado, desde 1984, que o uso de algemas seria regulamentado por decreto federal. Assim, foi publicada a súmula objeto deste trabalho em agosto de 2008, com o seguinte texto:

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

A Súmula Vinculante nº 11, no tocante aos requisitos necessários à utilização das algemas, repetiu o tratamento dispensado ao tema em outras normas, deixando em aberto, outrossim, fórmulas jurídicas como “fundado receio”, que fomentaram ainda mais as discussões em torno do assunto.

Limitou, ainda, o exercício da função dos policiais incumbidos de realizar a prisão, uma vez que consolidou a responsabilidade nas diversas searas do agente público que utilizar as algemas em dissonância com os preceitos legais. Complicou, desta forma, a atuação policial, que se viu diante da necessidade de observar formalidades podendo, muitas vezes, colocar em risco a sua segurança e a de terceiros.

Daí surgiu um imbricado conflito de interesses: o cidadão que está sendo preso é sujeito dos direitos à presunção de inocência e à dignidade da pessoa humana, constitucionalmente assegurados, mas o policial também é um sujeito amparado pelo direito, devendo ter sua integridade física mantida em sua lida diária com os transgressores da lei. Ao lado do agente público, aparece ainda toda a sociedade, com sua teia de direitos e de interesses que também devem ser resguardados, a exemplo do direito à segurança, que lhe deve ser igualmente garantido pelo Estado, a teor do art. 144 do Código de Processo Penal.

Não se pode esquecer, ainda, os casos em que são efetuadas prisões em flagrante, em que ficará a cargo da discricionariedade do policial avaliar a necessidade ou não do uso de algemas, sem prejuízo de posterior justificativa por escrito. Nestas situações, como julgar corretamente, no calor das emoções, logo depois da ocorrência do crime, se o autor apresenta risco de fugir ou de agredir outrem, ainda mais na pressão de saber que, fazendo uso incorreto do instrumento, o policial poderá enfrentar processos nos mais diversos campos do Direito?

Perpassada a questão da análise da atuação policial e do conflito entre direitos fundamentais, urge discutir, ainda, o ponto nevrálgico da súmula: a nulidade que deverá ser declarada caso se conclua pelo incorreto uso das algemas. Essa sanção deverá alcançar apenas o ato viciado ou todo o processo? E quais os efeitos advindos da decretação da nulidade? Estes são alguns dos pontos que o presente estudo busca pormenorizar.

A edição da súmula vinculante nº 11 mobilizou operadores do direito, os meios acadêmico e jornalístico e sociedade civil em torno da discussão da viabilidade ou não do que dispõe a súmula ou do que ela representará para a efetividade e celeridade do processo. Os termos vagos e as nulidades suscitadas poderão dar ensejo a intermináveis recursos e *habeas corpus*, o que colabora ainda mais para aferventar os debates e questionamentos da sociedade.

O intuito deste trabalho é, portanto, esmiuçar a polêmica questão a fim de que se possam compreender as mudanças ocorridas em nosso ordenamento jurídico, bem como

procurar soluções adequadas para os problemas que se apresentam na aplicação do verbete vinculante, a serem utilizadas pelo intérprete e pelo aplicador da lei.

## 2 CONTEXTO DA EDIÇÃO DA SÚMULA

### 2.1 Histórico Legislativo

A algema, no sentido que hoje a conhecemos, de aprisionar, apenas tornou-se comum no século XVI. O termo etimológico, proveniente do árabe *al jamad*, nesse período, na metrópole Portugal, significava “instrumento de ferro com que o alcaide ou oficial de justiça prende as mãos do criminoso, ou dedos polegares” (SOUZA, *apud* JORGE, 2010).

Partindo da premissa de que o uso desse instrumento deve ter caráter excepcional, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n<sup>o</sup> 11, buscando regulamentar as situações que ensejariam a aplicação de tal medida.

Entretanto, para que se possa entender com mais clareza como a Corte Suprema chegou ao texto final da súmula, faz-se necessária uma análise, ainda que perfunctória, das anteriores legislações que trataram do tema no Brasil, desde os tempos imperiais.

A proibição do uso de algemas e da força, de acordo com artigo da advogada Heloisa Helena Quaresma Passos Jorge (2010), já era previsto no Código de Processo Criminal de Primeira Instância do Brasil Império que, no art. 180, estatuiu 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 da força é proibido”.

Trinta anos depois, com a reestruturação do processo penal pátrio, o Decreto n<sup>o</sup> 4.824/1871 dispôs sobre a execução e condução do preso:

Art. 28. Além do que está disposto nos arts. 12 e 13 da Lei, a autoridade que ordenar ou requisitar a prisão e o executor della observarão o seguinte: o preso não será conduzido com ferros, algemas ou cordas, salvo o caso extremo de segurança, que deverá ser justificado pelo conductor; e quando não o justifique, além das penas em que incorrer, será multado na quantia de 10.000 a 50.000 mil réis pela autoridade a quem for apresentado o mesmo preso.

Já no ano de 1950, o Decreto n<sup>o</sup> 19.903 dispõe sobre o assunto:

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

1º. Condução à presença da autoridade dos delinqüentes detidos em flagrante, 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 reconhecida periculosidade, possam tentar a fuga, durante diligência, ou a tenham tentado, ou oferecido resistência quando de sua detenção.

A nível estadual, pode-se citar a Portaria nº 288/JSF/GDG, de 1976, que prevê a utilização de algemas no Rio de Janeiro “ao serviço policial de escolta, para impedir fugas de internos de reconhecida periculosidade” (JORGE, 2010).

Conclui-se, portanto, que o uso das algemas, desde o Império brasileiro, foi visto como medida excepcional, e apenas quando se mostrasse indispensável para impedir ou evitar a fuga do preso, ou ainda quando se vislumbrasse tratar-se comprovadamente de prisioneiro perigoso.

Por fim, a Lei de Execução Penal, de 1984, em seu art. 199 dispõe que “o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal.” Diante da inércia legislativa em regulamentar o tema, o Supremo Tribunal Federal o fez em 2008, principalmente para pôr fim às discussões acerca da necessidade ou não do uso de algemas quando o preso não oferece resistência. A essa altura, vozes já se levantavam proclamando o crime de constrangimento ilegal praticado pelo policial nestas ocasiões, bem como o abuso de autoridade e até mesmo o crime de tortura, quando o emprego das algemas visasse deliberadamente ao sofrimento físico ou mental da pessoa.

## **2.2 Contexto Histórico da Edição da Súmula**

O momento histórico da edição da súmula coincide com aquele em que a Polícia Federal intensificou suas operações, efetuando seguidas prisões dos chamados criminosos de

“colarinho branco”, figuras públicas e de poderio econômico que foram algemadas e apresentadas como troféus através da televisão.

O ministro Marco Aurélio, relator da ação que culminou na edição da súmula, relembrou o caso do deputado Jader Barbalho, que foi apresentado em um aeroporto algemado (o que o ministro chamou de “presepada”), sob o pretexto de que os policiais estariam cumprindo determinações internacionais da Organização de Aviação Civil Internacional, no que tange ao transporte de presos em aeronaves, olvidando-se da incoerência deste dispositivo com a Constituição Federal.

A Polícia Federal cometeu abusos especialmente nas prisões efetuadas por ocasião da Operação Satiagraha, em que foram expostos algemados à mídia o banqueiro Daniel Dantas, o investidor Naji Nahas, além do ex-prefeito Celso Pitta.

Outra situação emblemática do período foi o julgamento do *Habeas Corpus* nº 111.111, em que o Presidente do STJ garantiu ao banqueiro Salvatore Cacciola, foragido na Itália após ter sido condenado pela Justiça brasileira pelos crimes de lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta, o direito de não ser submetido ao uso de algemas, quando chegasse ao Brasil. Ao caso, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio da proporcionalidade, por entender que a dignidade da pessoa humana não poderia ser submetida a restrições, uma vez que, diante das circunstâncias concretas do caso, presumível seria que o preso não se comportaria de modo a justificar o emprego de medida tão extrema. Entendeu o STJ, portanto, que, à luz dos direitos fundamentais, o uso de algemas em um preso idoso rodeado por dezenas de agentes seria uma prática manifestamente inconstitucional.

Quebrou-se a lógica do pelourinho televisivo, que constitui (na era da comunicação) a mais contundente expressão midiática da humilhação, tal qual ocorreu com as prisões no caso Satiagraha. Um dos suspeitos chegou a ser surpreendido de pijama e a ‘televisão pelourinho’ lá se encontrava, registrando a cena, para gozo, prazer e deleite dos amigos do Direito Penal do Inimigo (GOMES, 2008).

Muito embora fique claro que o que se busca, com a edição da súmula, é evitar o sensacionalismo midiático na cobertura jornalística da prisão de pessoas que não são clientes habituais da justiça criminal, o presidente do STF, Gilmar Mendes, nega que a ideia da súmula tenha sido motivada pelos abusos cometidos na operação Satiagraha:

O juízo geral é que está havendo uma exposição excessiva, degradante, afrontosa à dignidade da pessoa humana. Então, o Tribunal se sentiu no dever de se pronunciar com a celeridade adequada sobre este tema (Revista ÉPOCA, 2008).<sup>1</sup>

O importante é que, sem dúvidas, o texto da súmula procura coibir o sensacionalismo tanto na cobertura de prisões de “colarinho branco”, como dos “pobres”, já que o direito de informar de que são titulares os órgãos da imprensa não pode suplantar o direito à intimidade e à imagem do preso, assegurados constitucionalmente a todos sob a égide do constitucionalismo pátrio, e não apenas a figuras públicas e abastadas.

A respeito do sensacionalismo midiático, a Ministra Carmen Lúcia assim se manifestou em 22 de agosto de 2006, enquanto relatora, no bojo do Habeas Corpus nº 89.429/RO:

O uso de algemas não pode ser arbitrário e principalmente que a prisão não é espetáculo, pois a atuação da Polícia Federal, principalmente, quando presos temporários são expostos à ação devastadora das câmeras de televisão, deve ser revista com urgência. Possivelmente, se não houvesse registro midiático nas prisões, sequer haveria provocação do STF sobre o assunto, embora seja de todo recomendável essa manifestação pretoriana.

O *writ* tratava de pedido de liminar concedido pelo STF a um Conselheiro do Tribunal de Contas de Rondônia, para que não fosse algemado nem exposto à imprensa quando houvesse de ser conduzido da carceragem da Polícia Federal em Brasília ao STJ para ser ouvido. O paciente alegou ter sido algemado em sua residência quando foi preso e exposto à imprensa de todo o país.

Antes do advento da edição da súmula vinculante em comento, o tema relativo ao uso das algemas já era regulamentado por lei, embora parcamente, através de dispositivos insertos no Código de Processo Penal ou no Código de Processo Militar. O art. 234 deste deixa evidente que a força só poderá ser empregada em casos extremos, de desobediência, resistência ou tentativa de fuga, regulando, ainda, que não será permitida nos presos a que se refere o art. 242, § 1º do mesmo diploma legal, que são Ministros de Estado, representantes do governo e outros.

Os arts. 284 e 292 do Código de Processo Penal estipulam também o caráter excepcional da medida, restringindo seu uso aos casos em que efetivamente haja resistência ou que ofereçam real perigo por parte do preso. Recentemente, outros dispositivos,

---

<sup>1</sup> Supremo Decide Regular o Uso de Algemas. Revista Época, 07/08/2008.

reajustados pela Lei nº 11.689/2008, que regula o procedimento relativo ao Tribunal do Júri, dispuseram também sobre o uso das algemas, como o art. 474, § 3º do CPP, que reafirma seu caráter excepcional: “salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.”

Nesse contexto, todas as vezes em que houver excesso, extrapolando os limites legais, o uso indevido das algemas poderá configurar abuso de autoridade, regulamentada nos art. 3º, alínea “i” e 4º, alínea “b”, da Lei nº 4.898/65.

A Lei de Execução Penal, por sua vez, estipulou no art. 199 que o emprego das algemas deveria ser regulamentado por decreto federal. Como a determinação não saiu do papel, o Supremo Tribunal Federal terminou por editar a súmula vinculante nº 11, que sofreu vários questionamentos acerca de sua constitucionalidade, pois ao poder judiciário não cabe prioritariamente exercer a função legislativa.

A propósito, a regulamentação legal do uso das algemas já deveria ter sido feita há algum tempo, vez que desde 2004 existia o Projeto de lei nº 185 do Senado, de autoria do senador Demóstenes Torres, em tramitação, tendo sido inclusive aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) poucos dias antes da publicação da súmula.

Por fim, acabou que a súmula vinculante nº 11, malgrado tenha sofrido severas críticas sobre seus aspectos formal e material, ouviu muitas vozes se levantarem a seu favor:

O uso indiscriminado enseja procedimento vexatório e incompatível com o princípio da dignidade humana, há que se salientar que no Brasil sempre houve regulamentação pelo uso de algemas, seja de forma tácita ou de forma expressa, desde as ordenações filipinas no século XVII, passando pelo Código Criminal do Império em 1830 e chegando aos dias atuais com o advento do Código de Processo Penal em 1941 (BARBOSA, *apud* JORGE, 2010).

### **2.3 Julgamento do Habeas Corpus nº 91.952**

Nesse contexto histórico, portanto, e no intuito de refrear abusos cometidos com o emprego de algemas, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade do Plenário, na sessão

realizada em 13 de agosto de 2008, aprovou e editou a Súmula Vinculante nº 11, cujo teor é o seguinte:

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.

Analisemos, então, o processamento e julgamento do *Habeas Corpus* que culminou na edição dessa súmula.

O *Habeas Corpus* nº 91.952, julgado em 07 de agosto de 2008, foi impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, para anular o Processo-Crime nº 7/2003, em curso na Comarca de Laranjal Paulista, em São Paulo, em que o paciente Antônio Sérgio da Silva foi condenado a treze anos e seis meses de reclusão pela prática do crime de homicídio triplamente qualificado.

A defesa alegou, mediante diversos recursos, a nulidade do julgamento em virtude de ter sido o réu mantido algemado durante todo o tempo em que permaneceu perante o Júri, inclusive invocando o já citado HC nº 89.429, em que se decidiu que o uso de algemas há de obedecer aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de nulidade. A defesa assevera, ainda, a insubsistência da justificativa dada pela Juíza-Presidente do Júri, de que “a segurança no Tribunal era realizada por apenas dois policiais civis”<sup>2</sup>, porquanto não se demonstrava a necessidade de algemar o réu, visto que não era “perigosíssimo, como, à primeira vista, poderia transparecer.”<sup>3</sup>

No bojo do *writ*, a Procuradoria Geral da República emitiu parecer em que se manifesta pelo indeferimento da ordem, uma vez que:

O uso de algemas não afronta o princípio da presunção de não-culpabilidade e a manutenção do réu algemado durante a sessão plenária do Tribunal do Júri não configura constrangimento ilegal se a medida se mostra necessária ao bom andamento do julgamento e à segurança das pessoas que nele intervêm. A adoção do procedimento ficaria a critério do Juiz-Presidente do Tribunal do Júri no exercício da polícia das sessões.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 10 de março de 2010.

<sup>3</sup> Relatório do Ministro Marco Aurélio.

<sup>4</sup> Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 10 de março de 2010.

No seu elucidativo voto, o ministro relator faz uma retrospectiva de todas as legislações pretéritas, desde o Brasil Império, que continham algum dispositivo concernente ao uso da força, além de perpassar seus argumentos por todos os incisos do art. 5º da Constituição Federal que cuidam dos direitos e garantias fundamentais inerentes àqueles que estão sob custódia do Estado ou que estejam sendo processados e julgados.

Ao dar primazia aos princípios da não-culpabilidade e da dignidade humana, o Ministro Marco Aurélio ensina:

Em primeiro lugar, levem em conta o princípio da não-culpabilidade. É certo que foi 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.<sup>5</sup>

O Ministro considerou, ainda, a disparidade de armas em que se encontrou a defesa do réu na situação do julgamento, já que não havia sido demonstrada por práticas anteriores a periculosidade do agente. Além disso, afirmou que a situação foi de todo degradante para o réu, ainda mais porque já se encontrava sob custódia há algum tempo, comparecendo fragilizado perante o Conselho de Sentença para ser julgado.

O voto fez menção, ainda, ao item 3 das regras da Organização das Nações Unidas para tratamento de prisioneiros, que estabelece que o emprego de algemas jamais poderá se dar como medida de punição, o que enfatiza a excepcionalidade do uso, que somente poderá ocorrer nos casos em que se mostre realmente indispensável para impedir ou evitar a fuga do preso ou quando se cuidar comprovadamente de prisioneiro perigoso.

Essa diretriz, aliás, remonta desde os tempos do Império, quando Dom Pedro, como Príncipe Regente, ordenou, em Decreto de 23 de maio de 1821:

[...] 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 aflitiva, por sentença final.<sup>6</sup>

Considerou o voto, ainda, que a permanência do réu algemado no Tribunal do Júri sugere os jurados, eis que pessoas leigas que podem tirar quaisquer ilações do quadro

---

<sup>5</sup> Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 10 de março de 2010.

<sup>6</sup> Trecho retirado do voto do relator, disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 10 de março de 2010.

verificado, podendo indicar as algemas, à primeira vista, que se trata de criminoso da mais alta periculosidade.

Quanto à justificativa da Juíza-Presidente da sessão, o Ministro Marco Aurélio entendeu que não havia um único dado concreto relativo ao perfil do acusado que ditasse, em prol da segurança, a sua permanência com algemas e considerou que o fato de apenas dois policiais civis estarem fazendo a segurança naquele dia era uma deficiência na estrutura do Estado que não autorizava o desrespeito à dignidade do envolvido, cabendo aí o adiamento da sessão, para resguardar um direito inerente ao cidadão e que, portanto, deveria prevalecer.

A Ministra Ellen Gracie, acompanhando o voto do relator, frisa que quem deve saber quais são as circunstâncias especialíssimas que autorizam o uso das algemas é o juiz-presidente do Tribunal do Júri, que bem conhece o seu foro. Contudo, considera também insuficiente a justificativa dada pela juíza de Laranjal Paulista, uma vez que a falta de aparato policial na sessão é um fato a que o réu não deu causa, e que pode ser remediado, em entendimento consentâneo com o do Ministro Carlos Britto.

Ao fim, portanto, do julgamento deste *writ*, por uma sugestão do Presidente Gilmar Mendes e do Ministro Cezar Peluso, amparado pelos entendimentos dos demais membros da Suprema Corte, foi encaminhada a proposta de edição de verbete vinculante sobre a matéria, tendo em vista que “esse processo, na realidade, mesmo que não se queira, tem essa repercussão e esse alcance, porque se fixa a tese da excepcionalidade do uso das algemas.”<sup>7</sup>

Quanto ao objeto típico da súmula, os ministros acordaram que seria a interpretação dos dispositivos constitucionais que asseguram a dignidade e a integridade física e moral do preso, resguardando-lhe de sofrer tortura ou tratamento degradante, porque, na verdade, “trata-se de aplicação de uma consequência que decorre diretamente desses dois dispositivos constitucionais e, portanto, está acima de qualquer legislação – no caso, aqui, foi aplicado o Código de Processo Penal – e de alguma outra que venha a ser editada.”<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Ministro Menezes Direito, voto disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 10 de março de 2010.

<sup>8</sup> Ministro Cezar Peluso, voto disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 10 de março de 2010.

## 2.4 Críticas feitas à Súmula Vinculante nº 11

A súmula em comento já sofreu inúmeros ataques desde a sua publicação. O primeiro deles diz respeito ao requisito básico necessário para a edição de súmulas vinculantes, disposto no art. 103-A da Constituição Federal, que é a existência de decisões reiteradas sobre matéria constitucional. A súmula 11, contudo, foi editada com base em apenas uma única decisão, que o *Habeas Corpus* nº 91.952, embora haja ainda duas decisões acerca do assunto, mais antigas, quando a composição do Tribunal era completamente diversa: o *Habeas Corpus* nº 71.195 e o Recurso em *Habeas Corpus* nº 56.465.

O primeiro foi votado em outubro de 1994 pela 2ª turma, tendo como relator o Ministro Francisco Rezek, em que se indeferiu o *writ* sob o fundamento de que o uso de algemas durante o julgamento em plenário do Júri “não constitui constrangimento ilegal se essencial a ordem dos trabalhos e a segurança dos presentes”<sup>9</sup>, levando-se em conta as informações de que o réu pretendia agredir o juiz-presidente e o promotor de justiça (FUDOLI, 2008).

Já o Recurso em *Habeas Corpus* mencionado foi votado em setembro de 1978 pela 2ª turma, tendo como relator o Ministro Cordeiro Guerra, manifestando-se o STF pelo improvimento do RHC<sup>10</sup>, levando em conta que não constitui constrangimento ilegal algemar o preso durante audiência para inquirição de testemunhas, para evitar a fuga do preso e a segurança das testemunhas, “inserindo-se a decisão no âmbito da condução pelo juiz dos trabalhos desenvolvidos na audiência” (FUDOLI, 2008).

Além da não observância do requisito básico supracitado, repudia-se também a edição da súmula devido à falta de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública; de grave insegurança jurídica e de relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas.

Relativamente à materialidade da súmula, critica-se pelo vício de que a matéria de que trata é mais ampla do que a contida no *Habeas Corpus* que lhe deu origem. De fato, o

---

<sup>9</sup> Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 17/04/2010.

<sup>10</sup> Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 17/04/2010.

STF partiu de um caso específico tratado no *writ*, que dizia respeito à ofensa à dignidade humana pelo uso de algemas no Tribunal do Júri, para o caso geral – uso de algemas pela autoridade policial -, legislando sobre o tema, ocupando-se de uma função precipuamente desenvolvida pelo poder Legislativo.

O Superintendente Regional da Polícia Federal de São Paulo, Leandro Daiello Coimbra, em debate realizado no Fórum Criminal de Barra Funda, em São Paulo, manifestou-se contrário à súmula, dizendo que “não algemar o preso seria prendê-lo em cela de porta aberta” (*apud* SANTOS, 2010), pondo os policiais em risco desnecessário, segundo as informações contidas no Manual sobre Uso de Algemas da Polícia Federal, também citado por ele, que visa à segurança e preservação da integridade física do preso, do policial e de terceiros, evitando fugas, suicídios, etc. Ainda sobre o discurso do Superintendente, em debate no Fórum Criminal de Barra Funda, São Paulo, em agosto de 2008:

As algemas evitam, ainda, atos irracionais dos presos, pois para ele, seria impossível prever o comportamento do preso, porque a prisão possui elevado grau de estresse, portanto recomenda-se que se faça o uso sempre de algemas tanto nas prisões como para os presos conduzidos (SANTOS, 2010).

Malgrado a nítida preocupação da Polícia Federal em respaldar os direitos à vida, à segurança e à integridade física dos policiais, não se pode esquecer que situações distintas apresentam peculiaridades, podendo o uso de algemas significar, em alguns casos, abuso de poder, porquanto excessivo, e, em outros, configurar medida de cunho necessário para assegurar a segurança, senão dos policiais, de terceiros ou até mesmo do próprio preso.

A respeito do manual supracitado, o diretor da Polícia Federal, Luiz Fernando Corrêa, reuniu-se com o ministro da Justiça logo após a edição da súmula e informou que estava sendo elaborado um novo manual, contendo os procedimentos que deveriam ser observados na rotina dos policiais, de acordo com as novas determinações do STF, de forma que se observe, principalmente, a segurança de todos os envolvidos em cada operação.

O diretor, porém, criticou a decisão da Suprema Corte, aduzindo que “só no Brasil se discute uma norma de segurança tão eficaz” (*apud* BERNARDES, 2008), mas afirmando

que “vamos, dentro das técnicas que se possam utilizar, fazer um escalonamento para o emprego necessário da algema observando as diretrizes da súmula.”<sup>11</sup>

As críticas da Polícia Federal à súmula ressoaram por todos os estados brasileiros, mobilizando policiais, sindicatos, a cúpula da PF e até mesmo a sociedade civil para os problemas enfrentados pelos agentes públicos desde a normatização do assunto pelo STF, o que será objeto de estudo no capítulo que se segue.

---

<sup>11</sup> PF fará novo manual após restrição ao uso de algemas. Artigo jornalístico disponível em <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI3109378-EI5030,00.html>. Acesso em 19 de abril de 2010.

### 3 ATUAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

#### 3.1 Procedimento a ser adotado pelos policiais

A Constituição da República, no art. 144, preceitua ser dever do Estado a segurança pública, que deverá ser assegurada a todos mediante a atuação dos órgãos policiais. Estes, para bem executar seu *mister*, necessitam contar com instrumentos fundamentais para a consecução de sua finalidade protetiva, como a arma de fogo e as algemas, por exemplo.

Assim, como bem preleciona Fernando Capez, as algemas representam imprescindível artefato na atuação da prática policial, pois:

Possui tríplice função: proteger a autoridade contra a reação do preso; garantir a ordem pública ao obstaculizar a fuga do preso; e até mesmo tutelar a integridade física do próprio preso, a qual poderia ser colocada em risco com a sua posterior captura pelos policiais em caso de fuga (2009).

Contudo, não se quer dizer com isso que o emprego de algemas constitui consectário natural de toda e qualquer prisão. É que, se não utilizadas com reservas, terão sido desviadas em sua finalidade, apresentando nítido caráter punitivo ou vexatório, podendo configurar, até mesmo, ofensa aos princípios da dignidade humana e da presunção de inocência, conforme o caso.

Consigna o texto da súmula vinculante em comentário que as algemas somente poderão ser utilizadas nos 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”. Pois bem. Tendo o STF lançado mão de fórmulas jurídicas abertas, ao invés de arrolar taxativamente as hipóteses autorizadoras do uso de algemas (o que, por óbvio, nem seria possível), deixou a análise das situações ensejadoras de seu uso a cargo da discricionariedade da autoridade policial ou judiciária.

Há quem proclame a proscrição desse juízo discricionário, pela insegurança jurídica que naturalmente ele causa. Efetivamente, a redação da súmula vinculante traz essa insegurança juntamente com a discricionariedade que propõe, mas não poderia ser diferente. Para aqueles que defendem a busca a qualquer preço pela segurança, só restam duas opções: ou permitir o emprego indiscriminado das algemas em toda e qualquer prisão, ou se veda

completamente o seu uso, uma vez que - repetimos – não é possível ao legislador antever exaustivamente todas as situações que poderiam dar ensejo ao emprego das algemas e as que não poderiam. Portanto, diante deste caso, o melhor é buscar a alternativa intermediária, regulamentando o emprego de algemas fincado na discricionariedade na autoridade policial ou judiciária.

Nesse contexto, e no intuito de amenizar a insegurança que a discricionariedade traz, a súmula vinculante previu a necessidade de justificação da excepcionalidade por escrito. Buscou-se claramente coibir o abuso do agente ou da autoridade que decidir pelo uso das algemas, ao prescrever sua responsabilidade civil, penal e administrativa, caso não fundamente a decisão.

Assim, tanto as autoridades policial e judicial, como os agentes, ao cumprir mandados ou atender a uma ocorrência, devem justificar por escrito a necessidade ou não do uso de algemas para condução do preso.

O Desembargador Maurílio Moreira Leite, atuante em Santa Catarina, defende, porém, que a justificativa por escrito é mais um formalismo, “dos muitos que existem na administração pública”, bastando “a menção à necessidade do uso de algemas quando da lavratura do flagrante” e, no caso de prisão preventiva, que “a justificativa poderá ser feita no próprio mandado judicial” (2010).

*Data venia*, acredito que a simples “menção” à necessidade do uso das algemas, no caso de prisões em flagrante, não é o suficiente, devendo o policial, quando da lavratura do ato, justificar o porquê da imprescindibilidade da medida, sob pena de cair por terra a intenção da súmula de coibir abusos no uso de algemas. Nos mandados judiciais para cumprimento de prisões preventivas, no entanto, a justificativa poderia se dar no próprio mandado, como forma de favorecer a celeridade e desobstaculizar o andamento do feito, deixando de lado – agora sim – um formalismo exagerado, desde que realmente justifique a necessidade da medida.

No caso das prisões preventivas, constata-se que a justificação da excepcionalidade dá-se de maneira mais tranqüila, vez que a autoridade tem mais tempo para decidir pela necessidade do uso das algemas, ao averiguar as circunstâncias de cada caso de

maneira a chegar a um juízo mais seguro acerca da imprescindibilidade da medida (acerca das situações que podem justificar ou não o uso de algemas, vide próximo tópico).

Nas prisões em flagrante é onde reside o maior problema, a meu ver, uma vez que o tempo que se tem para decidir pela necessidade do uso de algemas é ínfimo e, somado ao calor da situação, pode ser difícil tomar a decisão do uso ou não, ainda mais porque o policial estará preocupado com eventuais responsabilizações.

Nesses casos, poderá o policial fundamentar posteriormente o uso das algemas, não se podendo configurar, em tais casos, o crime de abuso de autoridade, tema de que tratarei mais adiante.

De bom alvitre é que se ressalte que, em caso de dúvida do policial no uso ou não das algemas, deverá militar em seu favor o brocardo *in dubio pro societate*, de maneira a fazer imperar o bom senso e a razoabilidade pois, nesse caso, poderá ser considerado como temor justificável.

Outra questão que se levanta é a concernente à possibilidade de condução do preso escoltado por policiais, em substituição ao uso das algemas. A voz uníssona entre os órgãos e agentes policiais é de que a troca do artefato por aparato judicial é tarefa hodiernamente impossível, tendo em vista a necessidade de pelo menos dois policiais para escoltar um preso sem algemas, número esse que esbarra na deficiente estrutura do Estado atual. Seria um problema a mais para os serviços penitenciários e policiais do país, que já enfrentam déficits e rombos que dificultam a manutenção de seus trabalhos.

Quanto à resolução da questão, citam-se vários óbices, a exemplo do acúmulo de atividades desempenhadas pela polícia (SANTOS, 2010) e a falta de celeridade do Judiciário (FUDOLI, 2008), que resiste em interferir na implementação das políticas públicas a cargo do Poder Executivo, pois o entendimento predominante é o de que isto violaria a divisão tripartite dos poderes.

Não se olvide, porém, que a estrutura estatal deficiente não é justificativa para que se autorize o desrespeito à dignidade humana. O melhor é que, diante da análise das circunstâncias do caso concreto, possa a autoridade decidir pelo uso de algemas ou pelo adiamento da sessão, nos casos em que o devido reforço policial não seja possível.

Em todo caso, deve-se sempre primar pela razoabilidade e não macular direitos fundamentais sob o pretexto de que a aparelhagem policial é deficitária. De acordo com Luiz Flávio Gomes:

Um dos argumentos para se atropelar direitos no nosso país diz respeito à sua falta de civilização. Dizem: 'Brasil é um país atrasado, logo, não se pode exigir muito em termos de garantias'. A prosperar esse raciocínio, nunca sairemos desse atraso. Estamos, em muitos aspectos, abaixo do padrão de civilização mundial. Não nos parece correto nivelar por baixo, sim, por cima (2008).

### 3.2 O quê justifica o emprego de algemas

A súmula vinculante nº 11 determina que somente se justificará a excepcionalidade do uso de algemas quando houver resistência por parte do preso ou fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, perigo esse que poderá ser desencadeado pelo preso ou por terceiros, como é o caso de comparsas que tentam o resgate do companheiro.

Nesse diapasão, tem-se que a indispensabilidade da medida, a necessidade do meio e a justificação teleológica (GOMES, 2008) são requisitos imprescindíveis, que devem estar presentes concomitantemente no momento da prisão, para que se justifique o emprego das algemas.

No mesmo sentido, colaciona-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça que, não obstante date de um momento bem anterior ao da edição da súmula em comento, ainda guarda atualidade, de acordo com os contornos dados pelo STF à questão em 2008. *In verbis*:

PENAL. RÉU. USO DE ALGEMAS. AVALIAÇÃO DE 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. (STJ. RHC 5.663. Sexta Turma. j. 19.8.96. min. William Patterson. DJ de 23.9.96).

Contudo, o uso de expressões jurídicas abertas pelo STF impede que se tenha um juízo sempre seguro acerca da necessidade ou não do uso de algemas, deixando à prudente

discrecionariiedade do policial, ficando difícil afirmar que o propósito de amenizar a insegurança jurídica envolvendo o tema do emprego de algemas é uma meta alcançável. Senão vejamos.

A resistência, utilizada pela Suprema Corte como um dos casos em que comportará a excepcionalidade, é a única que não enseja maiores problemas, eis que se trata de uma situação que pode ser aferida de modo objetivo. De fato, identificar quando o preso resiste à prisão não é uma tarefa difícil, pois a resistência sempre virá acompanhada de visíveis manifestações de descontentamento do preso, que tentará reagir geralmente com força física à prisão. Essa conduta subsume-se inclusive no tipo penal insculpido no art. 329 do Código Penal Brasileiro.

Entretanto, o “fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros” é aspecto nebuloso e de difícil aferição no caso concreto, vez que eivado de apreciação subjetiva.

Poderá a pessoa presa ou que deve ser presa ser algemada com base exclusivamente na natureza do crime que cometeu? Em outras palavras, assaltantes, homicidas, latrocidias poderão sempre ser algemados, ao contrário de estelionatários? Ou será exigida uma conduta efetiva demonstrando periculosidade por parte do réu, como, por exemplo, lançar à vítima ou à testemunha um olhar ameaçador?

Os debatedores do tema se dividem. Alguns chegam mesmo a considerar que, tendo em vista o “inato desejo de liberdade do ser humano” (FUDOLI, 2008), haveria fundado receio de fuga em toda execução de prisão, seja ela em flagrante ou não, ou mesmo em toda situação em que o réu vislumbre possibilidade de fuga.

As autoridades policiais esboçam um “manual” contendo as situações concretas que podem justificar o emprego das algemas, como o conduzido com sintomas de embriaguez ou de ter feito uso de substâncias entorpecentes, ou aquele detido justamente por ter praticado ato violento, pois já demonstrou que põe em risco a vida alheia<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> *Tudo o que você precisa saber sobre o emprego/uso de algemas após a edição da Súmula 11 do STF.* Disponível em: <http://falaguarda.blogspot.com/2010/03/tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-o.html>. Acesso em março/2010.

A mera utilização de arma de fogo ao perpetrar o crime configura também, para alguns, a necessidade de emprego de algemas:

Não será fácil o cumprimento de tal orientação haja vista a ausência, na maioria das hipóteses, de dados objetivos para que a autoridade ou seu agente se conscientize da necessidade do uso de algemas. É um enigma colocado diante do policial para, de imediato, ser decifrado, com cominação se não optar pela solução adequada. Considere-se uma prisão em flagrante de crime em que foi utilizada arma de fogo, sem que se conheça seu autor, sua personalidade, seus antecedentes etc. Evidente que a situação, por si só, justificaria o uso de algemas (LEITE, 2010).

A relevância do tema antes mesmo do advento da súmula vinculante nº 11 fez com que o então Deputado Wagner Rubinelli, do PT de São Paulo, apresentasse projeto de lei no sentido de regulamentar o uso de algemas pela polícia:

Projeto de Lei nº 5.494/05

Art. 1º - O art. 199 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 199- No cumprimento dos mandados de prisão será dispensado o uso de algemas quando o agente:

I – for réu primário e tiver bons antecedentes;

II – não resistir à prisão;

III – não se tratar de prisão em flagrante;

IV – não empreender fuga.

§ 1º - No Tribunal do Júri, sendo o réu primário e tendo bons antecedentes, será dispensado o uso de algemas, salvo quando a autoridade judicial entender que o réu representa perigo.

§ 2º - A autoridade judicial poderá, analisando o caso concreto, determinar ou não o uso de algemas.

Assim, de acordo com o projeto, a autoridade policial dispensará o emprego de algemas quando o réu for primário, tiver bons antecedentes, não resistir à prisão, não empreender fuga ou quando não se tratar de prisão em flagrante. Do mesmo modo, no Tribunal do Júri, não se utilizará algemas se o réu for primário e tiver bons antecedentes.

Contudo, da maneira como se encontra, o projeto de lei não está apto a devolver a segurança jurídica que o caso requer, ao contrário, complica alguns problemas já existentes. Pela redação do inciso III, sempre se utilizaria algemas quando se tratasse de prisões em flagrante, não importando o caso concreto, o que seria uma afronta ao princípio da

proporcionalidade e, dependendo da situação real, à dignidade humana e à presunção de inocência, podendo caracterizar apenas um meio de ridicularizar o preso publicamente.

O inciso IV, por sua vez, tem uma redação infeliz, pois consigna que não se utilizará algemas naquele que “emprender fuga”. Ora, se o preso fugir, é certo que não mais será necessário algemá-lo!

Outrossim, a leitura dos parágrafos 1º e 2º indica que a intenção é a de retirar a discricionariedade do policial, retirando dele a análise do caso e elencando situações objetivas que ensejariam o uso de algemas, mas transferindo o poder de decisão para a autoridade judicial, que poderá, de acordo com a análise das circunstâncias reais do caso, decidir pela necessidade ou não de algemar o preso. Assim, o final do dispositivo faz cair por terra a intenção de trazer segurança jurídica ao tema.

Confuso e inútil ao que se propõe, o projeto de lei levantou intermináveis discussões no Congresso Nacional e sequer saiu ainda do âmbito da Câmara dos Deputados.

Então, a pergunta que retrata a questão nevrálgica relativa à atuação dos agentes públicos persiste. Que justificativa será aceita para que se caracterize o fundado receio de fuga e de ameaça à integridade física de outrem, evitando-se a nulidade da prisão ou mesmo de todo o processo? A gravidade do crime perpetrado, a folha penal extensa do acusado, o concurso de pessoas, o uso de arma de fogo e a possível embriaguez do preso são algumas das alternativas citadas para responder à questão.

Por outro lado, há casos em que as algemas são aparentemente desnecessárias, como no caso em que o policial vai atender a uma ocorrência de briga de casal, sem grandes consequências, na condução de presos por inadimplemento de pensão alimentícia ou mesmo nos casos em que estejam envolvidas pessoas notoriamente pacíficas.

Não se pode esquecer, no entanto, da imprevisibilidade do homem, que já surpreendeu policiais e juízes em casos emblemáticos na história, quando presos cometeram atos irracionais em um momento de desespero. Nesse ponto, observa-se que independe da periculosidade do agente, de sua estatura corpórea, idade ou *status* social.

Como exemplo mundial, tem-se o caso de Brian Nichols, de 34 anos, acusado de estupro, em julgamento perante o Tribunal do Júri em Atlanta, Estados Unidos, em 2005,

onde permaneceu no plenário sem algemas, alegadamente para não influenciar o Conselho de Sentença. Nichols conseguiu retirar a arma do policial que o escoltava e alvejá-lo, além de acertar mais dois agentes de polícia e de matar o juiz Rowland Barnes e a estenografa Julie Brandau. Recapturado, o acusado foi descrito por seu advogado como uma pessoa de “personalidade tranquila e muito querido entre seus companheiros de trabalho” (*apud* CAMARGO, 2008).

O exemplo assemelha-se ao ocorrido em 2005 no Mato Grosso do Sul, em que um pecuarista acusado de matar duas pessoas era conduzido de Itaquari para Naviari, transportado na parte traseira da *Blazer* da Polícia Civil sem algemas, porque era pessoa conhecida na região e sem antecedentes, tomou o volante e jogou a viatura contra uma carreta. O acidente matou um policial de 47 anos e feriu mais quatro pessoas, propiciando a fuga do acusado.

Em 2004, no estado de Goiás, a Polícia Rodoviária Federal foi chamada para atender a uma ocorrência em que um vigilante, dirigindo um fusca, perdeu o controle do veículo e bateu contra a parede de uma loja. Levado sem algemas ao Distrito Policial, ao chegar à porta da delegacia, o acusado sacou uma arma e matou um agente de 23 anos. Acerca do ocorrido, o promotor da cidade declarou à imprensa que “atribui a tragédia ao fato de os policiais militares não terem algemado o preso, procedimento padrão de segurança” (*apud* CAMARGO, 2008).

Verifica-se neste último exemplo que uma simples contravenção ou qualquer delito de menor potencial ofensivo poderá oferecer perigo, e não apenas os crimes graves. Salienta-se que, a princípio, os autores de delitos de menor periculosidade, com supedâneo na Lei 9.099 de 1995, art. 69, não serão autuados em flagrante, mas apenas se registrará uma ocorrência circunstanciada, em que o autor se compromete a comparecer espontaneamente em juízo. Reconhece a doutrina que é um direito subjetivo do autor de ver-se em liberdade caso assuma esse compromisso (BITTENCOURT, *apud* CAMARGO, 2008).

De todo o exposto, constata-se que realmente não seria possível o texto da súmula vinculante nº 11 emitir um rol exauriente de todas as situações autorizadas do uso de algemas, diante da enorme diversidade de situações reais de perigo que podem se delinear no dia-a-dia. Nessa esteira, a necessidade ou não da medida deverá ser aferida diante das circunstâncias do caso concreto, tanto pela autoridade policial como pela judiciária.

O fato é que tudo pode ser resolvido pela boa aplicação do princípio da proporcionalidade diante da situação concreta, de modo que a adequação, a necessidade e a ponderação da medida sejam aquilatadas diante de cada caso. Sempre que não estiver patente a imprescindibilidade da medida ou que for evidente o seu uso imoderado há uma flagrante afronta à proporcionalidade, podendo-se caracterizar o crime de abuso de autoridade. É claro que muitas vezes não é fácil distinguir se o uso foi lícito ou não, de modo que, havendo a dúvida, não há que se falar em crime, militando em favor do policial o brocardo *in dubio pro societate*.

De qualquer modo, fundamental é sempre buscar o equilíbrio e a razoabilidade da medida excepcional, sem chegar, porém, a decisionismos em relação à proporcionalidade, gerando decisões teratológicas, sem nenhuma fundamentação acerca da necessidade ou não de algemar o preso.

### **3.3 Da responsabilidade dos agentes**

A súmula vinculante nº 11 prevê consequências para quando as algemas forem utilizadas sem a devida justificção, ou quando esta for inócua para explicar a excepcionalidade da medida. Estipula a nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere e a responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou autoridade, além da responsabilidade civil do Estado.

A prisão, ainda que legal, não autoriza todo tipo de constrangimento, de modo que o abuso no emprego de algemas configure medida vexatória e humilhante, uma espécie de penalidade “extra” para o preso. O Direito Penal da humilhação não se coaduna com o atual Estado Democrático de Direito, sendo “típico do Estado de Polícia, que exerce o chamado poder punitivo paralelo bruto” (GOMES, 2008), em um direito penal que afronta as regras limitadoras do *jus puniendi* estatal.

Nesse sentido, o uso de algemas, por expressa determinação, fica adstrito aos casos extremos de resistência e oferecimento de real perigo por parte do preso, sob pena de responsabilização do agente ou da autoridade responsável pela prisão.

Neste ponto, porém, a súmula não trouxe nada de novo, não cabendo aí, portanto, a crítica de que o STF teria legislado, ocupando-se de função precipuamente conferida a outro poder. As legislações existentes já previam a excepcionalidade da medida, bem como delineavam as responsabilidades nos âmbitos civil, penal e administrativo.

A Lei 4.898/65 já regulamenta há muito tempo a responsabilidade daqueles que, no exercício de suas funções, cometem abuso de autoridade. Aliás, esta é uma condição *sine qua non* para a aplicação da lei, uma vez que, se não cometido o crime no exercício das funções, o agente deverá incidir, no âmbito criminal, nas penas cominadas a outro delito, e não ao de abuso de autoridade.

### 3.3.1 Responsabilidade Civil

Na seara cível, a supracitada lei, no art. 6º, § 2º, prevê a indenização de “quinhentos a dez mil cruzeiros”, a ser paga por aquele que cometeu o crime de abuso de autoridade. Estatui, ainda, que, sendo possível fixar o valor do dano, a indenização deverá corresponder ao montante calculado.

Para o Direito Civil, importa saber quais os reflexos da conduta ilícita perpetrada pelo agente, somente interessando o fato do qual advenha dano passível de ser indenizado, para que se recomponha o equilíbrio desestabilizado pela conduta do causador do dano, porquanto seja o Direito Civil essencialmente patrimonial. Não havendo dano, portanto, o ato ilícito é irrelevante para o Direito Privado.

O art. 186 do Código Civil aduz que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, estatuinto, assim, a responsabilidade por danos materiais ou apenas por danos morais.

Para a verificação da ocorrência do dano, tem-se que o problema surge quando há exclusivamente o dano moral, uma vez que o patrimonial é de fácil constatação e aferição. Todavia, é incontroverso o direito à indenização exclusivamente por danos morais daquele

que é algemado em desacordo com as determinações da súmula vinculante nº 11, pois, por expressa determinação constitucional e por mandamentos legais, assegurou-se esta indenização, conquanto denote um cunho eminentemente punitivo, típico do Direito Penal e não do Direito Civil.

Contudo, quando o ofendido pleiteia indenização exclusivamente por ocorrência de danos morais, observa-se na prática forense que tem sido difícil a prova de que houve efetivamente o abuso, deixando os Tribunais de julgar as lides com base em meros indícios:

CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DETENÇÃO E USO DE ALGEMAS. POLICIAIS DO EXÉRCITO. MOVIMENTO GREVISTA. POLICIAIS MILITARES. AUSÊNCIA DE PROVAS. 1. Embora o autor sustente a causa de pedir da presente ação, no fato de ter sido preso, algemado e conduzido coercitivamente pelos policiais do Exército ao Comando Militar, não trouxe aos autos comprovação forte e suficiente dos fatos alegados, de forma a ensejar a indenização por danos morais pleiteada. 2. Não pode o magistrado presumir a existência de fatos e alegações que embasam o pedido de indenização por danos morais, julgando a lide com base em simples indícios. 3. Apelação da União provida. 4. Remessa oficial prejudicada. (TRF1, AC 200143000016192, DJ DATA:10/09/2003 PAGINA:209).

Quando o preso é algemado e exposto às câmeras e à execração pública, entretanto, há decisões que concluem pela ilegalidade do ato:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ILEGALIDADE DE ATUAÇÃO DE AGENTES DA POLÍCIA FEDERAL. 1. A prisão sem resistência não justifica a utilização de algemas, situação que constitui prática humilhante e constrangedora, tanto mais que geralmente realizada com exposição do prisioneiro à curiosidade pública. 2. O lapso prescricional de quem visa defender seu direito, não deve ser computado do trânsito em julgado, para o Ministério Público, da sentença absolutória, mas sim do trânsito em julgado para os próprios demandantes. (TRF4, AC 200170000011340, DJ 10/10/2002 PÁGINA: 616).

Mas o fato é que todos os pedidos que já foram julgados pelo Supremo desde a edição da súmula foram negados (CHRISTOFOLETTI, 2010), por falta de comprovação das alegações.

Nos casos raros em que o uso arbitrário da força - e aqui vale a ressalva de que será mais comum a força e a violência causarem os danos, do que o próprio uso das algemas - causar danos materiais ao ofendido, ficará o agente, ainda, de acordo com o art. 949 do Código Civil, obrigado a reparar os danos materiais resultantes de sua conduta ilícita, que poderão ser atinentes a despesas com tratamentos ou lucros cessantes, quando a vítima tiver que se afastar de suas atividades.

Assim, delinea-se a responsabilidade extracontratual na seara cível daquele que algema o preso em dissonância com os preceitos legais, devendo ser obrigado a reparar o dano patrimonial causado ou, na maioria das alegações, a indenizar o ofendido exclusivamente por danos morais.

### 3.3.2 Responsabilidade Penal

O agente ou autoridade age com discricionariedade, podendo averiguar caso a caso a imprescindibilidade do uso das algemas, nos estritos limites estabelecidos pela súmula e pela lei. Atuando fora desses limites, o agente extrapola as suas funções e parte para o campo da arbitrariedade, dando ensejo à aplicação das normas relativas ao delito de abuso de autoridade.

Todas as vezes em que houver excesso no emprego de algemas pode restar configurado o crime *supra*, inserto nas normas do art. 3º, “i” ou 4º, “b” da Lei 4.898/65:

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

*Omissis*

i) à incolumidade física do indivíduo.

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

*Omissis*

b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei.

Impende observar que a alínea “b” do art. 4º da Lei 4.898/65 revogou tacitamente o inciso III do parágrafo único do art. 350<sup>13</sup> do Código Penal, que regula o abuso de poder,

---

<sup>13</sup> “Art. 350 - Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder:

Pena - detenção, de um mês a um ano.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre o funcionário que:

*Omissis*

III - submete pessoa que está sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei.”

uma vez que possuem a mesma redação e a lei do abuso de autoridade é mais recente e mais específica.

Ainda em relação a possíveis revogações efetuadas pela citada lei, tem-se o caso do art. 322<sup>14</sup> do Código Penal, que trata do delito de violência arbitrária. Há muito tempo reina a controvérsia acerca da absorção ou não deste crime pelo de abuso de autoridade, prevalecendo no Supremo o entendimento reiterado de que esta revogação não ocorreu, considerando os crimes instituídos diversos e não incompatíveis entre si, abrindo espaço para a configuração de concurso material ou formal de crimes, caso haja o delineamento da violência arbitrária e do abuso de autoridade. A título de exemplo, colaciona-se o julgado a seguir, da lavra do Ministro Eros Grau:

HABEAS CORPUS. PENAL. CP, ART. 322. CRIME DE VIOLÊNCIA ARBITRÁRIA. REVOGAÇÃO PELA LEI N. 4.898/65. INOCORRÊNCIA. O artigo 322 do Código Penal, que tipifica o crime de violência arbitrária, não foi revogado pelo artigo 3º, alínea i da Lei n. 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade). Precedentes. Recurso ordinário em habeas corpus não provido (RHC 95617 / MG, Julgamento: 25/11/2008).

Para a correta delimitação do crime de abuso de autoridade é necessário que haja o elemento subjetivo geral do tipo, somente podendo ser praticados a título de dolo, uma vez que inexiste a forma culposa para estes delitos. Imprescindível, ainda, que o agente saiba que sua conduta exorbita o seu poder, sendo este um elemento subjetivo especial do tipo. Assim, se o agente utilizou as algemas indevidamente, porém na crença de que agia corretamente, não há que se falar em responsabilidade penal, uma vez que a ausência do elemento subjetivo do tipo desqualifica a conduta como crime.

Ocorrido o delito de abuso de autoridade, o agente ou autoridade responsável pelo uso indevido de algemas incorrerá nas sanções previstas no art. 6º, § 3º c/c §§4º e 5º da Lei do Abuso de Autoridade. *In verbis*:

Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal.

*Omissis*

---

<sup>14</sup> “Art. 322 - Praticar violência, no exercício de função ou a pretexto de exercê-la: Pena - detenção, de seis meses a três anos, além da pena correspondente à violência.”

§ 3º A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em:

- a) multa de cem a cinco mil cruzeiros;
- b) detenção por dez dias a seis meses;
- c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos.

§ 4º As penas previstas no parágrafo anterior poderão ser aplicadas autônoma ou cumulativamente.

§ 5º Quando o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser cominada a pena autônoma ou acessória, de não poder o acusado exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de um a cinco anos.

Outrossim, pode haver o concurso entre o abuso de autoridade e outros delitos, sendo o mais coerente de ocorrer devido ao uso indevido de algemas – embora ainda extremamente raro – o concurso com lesão corporal ou constrangimento ilegal, conquanto neste último seja difícil estipular uma diferenciação com o abuso de autoridade, no caso concreto.

Há quem fale, ainda, na possível ocorrência de tortura quando as algemas forem empregadas indevidamente, devendo incorrer o agente nas penas insertas na Lei nº 9.455/1997. Malgrado o pensamento pareça desarrazoado e extremamente drástico perante o caso das algemas, se viesse a ocorrer a tortura, também poderia o agente responder por ela, em concurso com o crime de abuso de autoridade.

Por fim, urge ressaltar a independência das instâncias. A administrativa (de que se tratará no tópico seguinte) e a penal são totalmente independentes, de modo que a decisão administrativa não depende daquela proferida na esfera criminal e vice-versa. Comprovado o cometimento do ilícito funcional por sindicância ou processo administrativo, o agente poderá, desde logo, sem necessidade de aguardar o desfecho do processo criminal, ser punido pela Administração Pública.

A instância civil também independe da criminal, de modo, porém, que não se discuta mais sobre a existência do fato ou sobre quem seja seu autor, quando estas questões de acharem decididas no âmbito penal, de acordo com as regras do art. 935 do Código Civil.

### 3.3.3 Responsabilidade Administrativa

Para complementar a tríplice responsabilização do agente ou autoridade que fizer mau uso das algemas, tem-se a sua penalização na seara administrativo-disciplinar, sujeitando-o aos regramentos da Lei 8.112/90 ou das leis orgânicas das carreiras jurídicas se for o caso.

O § 1º do art. 6º da lei do abuso de autoridade assevera que a sanção administrativa será aplicada conforme a gravidade do abuso cometido, podendo consistir em advertência; repreensão; suspensão do cargo, função ou posto pelo prazo de cinco a cento e oitenta dias, com perda de vencimentos e vantagens; destituição de função; demissão; demissão, a bem do serviço público.

Os procedimentos a ser adotados para a deflagração do procedimento administrativo, bem como para as ações civil e penal estão pormenorizados nos dispositivos seguintes da supramencionada lei.

### 3.3.4 Responsabilidade Civil do Estado

A última consequência prevista na súmula vinculante nº 11 para o não cumprimento das condições necessárias ao uso regular de algemas é a responsabilidade civil do Estado, que já vinha regulada no art. 37, § 6º da Constituição Federal, posteriormente corroborada pelo art. 43 do Código Civil de 2002, com o qual guarda total compatibilidade normativa. Consolidaram os dispositivos a responsabilidade objetiva do Estado, ou seja, independe de culpa do agente causador do dano.

Urge ressaltar que somente subsistirá esta responsabilidade estatal se o agente causar o dano na qualidade de representante do Estado, ou seja, no exercício de suas funções.

Contudo, além da jurisprudência estar considerando os fatos inábeis à comprovação da irregularidade no uso das algemas, na farta maioria dos casos submetidos à

análise desde 2008, some-se o intrincado sistema de precatórios para tornar praticamente fictícia a possibilidade de percepção de indenização por parte do Estado.

### 3.4 Colisão entre direitos fundamentais

A animosidade presente na discussão acerca do emprego de algemas deve-se ao fato de envolver a colisão entre interesses fundamentais para a sociedade. Por um lado, a Constituição Federal determina que a segurança pública é direito e dever de todos, sendo exercida através dos órgãos policiais; de outro, da Carta Magna emanam princípios basilares para o Estado Democrático, como a presunção de inocência e a dignidade humana, que devem ser respeitados quando o Estado exercer seu poder de polícia.

Para a maioria dos que exercem a atividade policial, o que importa é o ato da prisão dos infratores, mesmo que esta viole direitos fundamentais (SANTOS, 2010). É que, se a prisão (que é o mais) é amparada por lei, não se justifica o não emprego de algemas (que é o menos), uma vez que o estado natural de liberdade do homem já foi restringido.

Nessa esteira, sendo feita a prisão sem alardes, o uso de algemas deve ser a regra, como consectário natural e compatível com o estado de cerceamento de liberdade legalmente imposto (FUDOLI, 2008). Seria lícita, pois, a colocação das algemas por ocasião da prisão, durante as audiências, transporte do preso até o presídio, ao Fórum ou ao Instituto Médico Legal, dentre outras situações.

Ronaldo Rebello do Brito Poletti e Uélton Santos Silva preceituam, acerca do binômio uso de algemas e abuso de autoridade que:

A verdadeira quebra de direitos fundamental se dá com a restrição da liberdade. A algrma não configura uso abusivo de força, mas, sim, um mecanismo legítimo para a prevenção do uso da força policial, o que pode colocar em risco desnecessário a integridade de terceiros e do preso. Nem todos os direitos fundamentais do preso são preservados, ao menos temporariamente, a começar pela sua liberdade de locomoção. Os direitos incompatíveis com a prisão são restringidos, como, por exemplo, o exercício do sufrágio (*apud* JORGE, 2010).

Frise-se que há, ainda, o direito à segurança e à dignidade humana também por parte de testemunhas, vítimas, juízes, advogados, membros do Ministério Público e demais transeuntes que circulam pelos fóruns todos os dias, que devem ser destinatários, além do preso, das garantias aos direitos fundamentais. Como exemplo, cite-se o art. 794, primeira parte, do Código de Processo Penal que dispõe que o juiz criminal é responsável pela segurança dos presentes às audiências.

Contudo, as garantias e direitos fundamentais não podem ser vistos de uma só ótica, bem como a restrição do direito à liberdade do preso não pode ser utilizada como pretexto para justificar a ofensa aos demais direitos inerentes à pessoa.

A presunção de inocência serve para impedir que o preso seja tratado como condenado desde o princípio, sofrendo restrições de direitos desnecessárias à apuração dos fatos e ao cumprimento da lei penal. Proíbe, ainda, que as medidas cautelares sejam utilizadas como castigo, muito além de sua finalidade de assegurar o escopo processual.

Desta maneira, quando da avaliação da necessidade do uso de algemas, devem ser sopesados os direitos inerentes à pessoa do preso e aqueles de que é titular toda a sociedade, em uma aplicação genuína da teoria garantista integral.

Na Itália dos anos setenta, através de juízes do grupo Magistratura Democrática, nasceu um movimento do uso alternativo do direito, culminando com a propositura do pensamento garantista de Luigi Ferrajoli, precipuamente por se estar diante de um Estado totalitário que, à época, não respeitava minimamente os direitos fundamentais, notadamente os individuais.

A teoria garantista, como consequência da evolução histórica dos direitos da humanidade, hoje “considera o acusado não como objeto de investigação estatal, mas sim como sujeito de direitos, tutelado pelo Estado, que passa a ter o poder-dever de protegê-lo, em qualquer fase do processo” (CALABRICH; FISCHER; PELELLA, 2010, p. 35).

Contudo, tem-se encontrado reiteradas decisões jurisprudenciais e construções doutrinárias que difundem um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico (CALABRICH; FISCHER; PELELLA, 2010, p. 31 e 34), uma vez que proclama de forma desproporcional e isolada a proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos

cidadãos que se vêem investigados, processados ou condenados, em uma nítida afronta à tese central do garantismo.

O art. 5º, principal dispositivo garantista da Carta Magna, encontra-se inserto no capítulo que se intitula “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, além de estar assentado sobre os pilares do Estado Democrático de Direito, não existindo, pois, apenas para a proteção aos interesses e direitos fundamentais individuais. A Constituição proclama, ainda, a observância rigorosa aos deveres fundamentais, do Estado e dos cidadãos.

Nesse diapasão, normas de hierarquia inferior (ou até mesmo súmulas e decisões jurisprudenciais) não podem ignorar ou restringir o que já está delineado constitucionalmente, na seara dos direitos e deveres fundamentais, devendo o Direito Processual Penal e o Direito Penal conformarem-se aos ditames da Constituição Federal.

Assim, a partir de uma compreensão integral da teoria de Ferrajoli aplicada ao tema em comento, deve-se levar em conta que não apenas os direitos individuais do preso devem ser observados, mas também não se deve descurar da necessária proteção aos cidadãos, garantindo-se-lhes segurança. É que o art. 144 da Constituição proclama o dever de assegurar segurança, não apenas evitando condutas criminosas, mas também apurando devidamente aquelas cometidas e, sendo o caso, punindo o responsável.

A esse respeito, o ministro Gilmar Mendes reconheceu:

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso, mas também uma proibição de omissão. Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental [...] (*apud* CALABRICH; FISCHER; PELELLA, 2010, p. 37).

É certo que o princípio da proporcionalidade e a teoria garantista integral têm a mesma preocupação: o equilíbrio na proteção de todos os direitos e deveres fundamentais expressos na Constituição, sejam eles individuais ou coletivos. Desta maneira, o dever de proteção do Estado, incluindo a segurança dos cidadãos, implica na obrigação de restringir

direitos fundamentais individuais do preso, sempre que for necessário, adequado e proporcional.

### **3.5 Dificuldades na aplicação da súmula**

Cada ocorrência apresenta-se com uma conotação diversa, sendo impossível para o legislador fixar antecipadamente critérios claros e exaustivos sobre o uso de algemas, o que acaba inevitavelmente dificultando a ação policial, devendo a autoridade ou agente analisar a necessidade ou não de algemar o preso no momento da prisão ou do transporte do presidiário.

Assim, a decisão acerca do emprego das algemas deverá ser tomada cautelosamente, diante de cada caso concreto, somente devendo o agente usá-las quando saltar aos olhos a viabilidade de sobrepujar os direitos individuais do preso em prol dos direitos coletivos e individuais dos que porventura estejam sendo de qualquer forma ameaçados e, nesses casos, utilizá-las efetivamente.

O problema que surge durante a execução de uma prisão em flagrante, por exemplo, é que nunca se sabe o que pode acontecer, do que será capaz aquele que vê sua liberdade ameaçada e que, no calor da emoção, pode ter reações extremadas. Ademais, nessa situação, o agente não possui, via de regra, tempo hábil à verificação cautelosa da necessidade ou não da utilização das algemas. Não dispõe o policial de tempo suficiente para averiguar os antecedentes do preso, a gravidade do crime que cometeu, a existência ou não de concurso de pessoas, a possibilidade de fuga, se o preso porta algum tipo de arma, se é perigoso, etc. Em casos assim, exemplos não faltam de policiais que pagaram com a própria vida pela negligência.

Com a edição da súmula em estudo o problema se agravou ainda mais. É que, diante de um enunciado vinculante partindo da Corte Suprema do país prevendo uma gama enorme de responsabilidades pelas quais deverão responder os agentes ou autoridades responsáveis pela colocação de algemas quando não verificados os pressupostos autorizadores, os policiais, não tendo como se inteirar, muitas vezes, do comportamento futuro do preso, contam tão-somente com o elemento “sorte”. Assim, na dúvida de algemar ou

não, ficarão apreensivos e temerosos diante das responsabilidades a que poderão responder, podendo optar pelo não uso das algemas, mesmo pondo em risco sua própria segurança.

Foi com esse pensamento que o policial rodoviário federal Fabiano da Silva Faria publicou em seu blog<sup>15</sup> artigo sob o curioso título “Sendo preso, eu quero ser algemado”, no qual aduz que:

Decorrente da pressão social contínua, onde (com justiça, convenhamos) será defendido o não uso das algemas para todos do povo, vamos ter policiais com um nível de alerta mais elevado, portando armas com mais tensão, além disto, estes agentes irão sempre se comportar como se o detido fosse sempre reagir, e que poderão vir a interpretar todos os movimentos do custodiado como uma ameaça para si e para outros. Daí, já dá pra imaginar, quais são as notícias que irão aparecer. Por isso, reafirmo que, em caso de uma prisão ou detenção da minha pessoa, farei questão do uso das algemas para minha condução, deixando o meu condutor em condições de diminuir a sua preocupação comigo, o que será seguro para todos nós, haja vista o nível de habilitação técnica das nossas polícias brasileiras.

É para diminuir essa pressão imposta ao policial que o melhor mesmo é, como já foi defendido nesse estudo, a aplicação do princípio *in dubio pro societate* no caso de prisões em flagrante. Ou seja, sendo razoável a dúvida na colocação ou não das algemas, devido ao pouco tempo de que dispõe o agente para averiguar as circunstâncias do caso, deve militar em seu favor o referido brocardo, retirando-lhe as responsabilidades pela condução do preso algemado, e somente em caso de evidente abuso deverá ser responsabilizado.

Outro problema que se impõe é o referente à justificativa por escrito da excepcionalidade da medida. Malgrado seja requisito importante para coibir os abusos comumente verificados, apresenta-se como um entrave à prática forense e policial. É que, em presídios nos quais são feitas centenas de transportes diários, se o diretor tiver que comunicar ao juiz, por ofício, de forma fundamentada, em cada um dos deslocamentos, o porquê deste preso estar algemado e o porquê daquele outro não estar, obstaculiza-se a celeridade no andamento dos feitos, e cria-se uma burocracia que dificilmente se fará presente na prática.

Essa dificuldade surge até mesmo em decorrência da ausência de modulação dos efeitos da súmula vinculante nº 11 no tempo, o que é permitido pelo art. 4º da Lei nº 11.417/08, “por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”. De um dia para o outro passou a ser proibido o que era corriqueiro em audiências e execuções de prisões em todo o país, impondo, ademais, a necessidade de justificação por escrito.

---

<sup>15</sup> Endereço eletrônico: <http://fabianofederal.stive.com.br/>. Acesso em 26 de abril de 2010.

Outro ponto que merece destaque é o que é considerado como “fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia”, apto a justificar a necessidade da utilização das algemas. A existência de concurso de agentes torna mais fácil a fuga do preso? O uso de arma de fogo, a folha penal extensa ou a gravidade do crime indicam qual o custodiado mais perigoso?

Considere-se um preso acusado da prática do crime de tráfico internacional de drogas. Teoricamente, um crime grave, a que a lei comina pena de cinco a quinze anos de reclusão. No entanto, a prática revela que a grande maioria dos presos acusados deste crime, infelizmente, não são os verdadeiros culpados pela máfia criminosa, mas apenas aqueles conhecidos por “mulas”, que aceitaram a incumbência movidos pelo dinheiro de que, muitas vezes, são bastante necessitados, e que não oferecem perigo ou risco de fuga.

Outrossim, o crime pode ter sido cometido em concurso de pessoas, mas o comparsa pode estar foragido até mesmo fora do país. O preso pode ter muitos antecedentes criminais, mas apenas de crimes conhecidos por “intelectuais”, como falsificação de documentos, nem mesmo sabendo como usar a força para reagir à prisão ou tentar fugir.

Por esses exemplos, conclui-se que não há como se estabelecer critérios objetivos para determinar que esse grupo de criminosos será algemado, ao passo que aquele outro grupo não. Todas essas situações são subjetivas e dependem de uma análise das circunstâncias do caso concreto, para a verificação da proporcionalidade da medida.

Ressalte-se que essa preocupação concernente à efetividade da execução de prisões já tinha sido manifestada pelo Procurador-Geral da República que, representando o Ministério Público, foi ouvido previamente pelo STF sobre o tema, consoante a exigência legal do art. 2º, § 2º da Lei nº 11.417/08<sup>16</sup>.

No entanto, devido à grande repercussão prática da súmula no funcionamento e na administração do sistema de justiça criminal, no plano de sua legitimação social, teria sido de bom alvitre que se tivesse a manifestação de terceiros sobre o tema, como as polícias civil, militar, rodoviária federal, OAB, Ministério da Justiça ou associações de proteção aos

---

<sup>16</sup> “Art. 2º. § 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.”

direitos humanos, para que pudessem contribuir para o debate, na forma do art. 3º, § 2º<sup>17</sup>, da supracitada lei.

---

<sup>17</sup> “Art. 3º. § 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

## 4 ABRANGÊNCIA E EFEITOS DAS NULIDADES

### 4.1 Sistema de nulidades processuais

O processo compõe-se de uma sucessão de atos que se desdobram em sequência, visando e culminando no provimento final. Ato processual, nas palavras de Tourinho Filho (2007, p. 108), é “o ato jurídico emanado das partes, dos Órgãos Jurisdicionais, dos seus auxiliares e, enfim, dos terceiros, interessados ou desinteressados – ligados ao processo – capaz de criar, modificar ou extinguir efeitos processuais”.

Procedimento e ato processual são dois conceitos que se integram e se complementam, de modo que, parafraseando a ideia de Carnelutti, o procedimento é obtido ao se juntar os atos, ao passo que estes nascem a partir da decomposição do procedimento.

Os atos de um procedimento, para que sejam perfeitos e produzam os efeitos jurídicos esperados, devem ser típicos, ou seja, devem se realizar em conformidade com o paradigma legal, que existe para regular a sua constituição intrínseca e extrínseca. Note-se, contudo, que nem sempre todos os requisitos para a perfectibilização do ato encontram-se concentrados em um único dispositivo da lei, podendo estar espalhados por todo o ordenamento, incluindo-se aí também as súmulas vinculantes. Nesses casos, o ato processual deve se conformar a todos os requisitos que, combinados, formam a “amostra do ato” (TOURINHO FILHO, 2007, p. 108).

A nulidade será declarada quando houver atipicidade do ato, sendo uma “consequência jurídica da prática irregular de ato processual, seja pela não-observância da forma prescrita em lei, seja pelo desvio de finalidade surgido com a sua prática” (OLIVEIRA, 2006, p. 639). Observe-se que toda nulidade, como sanção que é, deve ser declarada expressamente pelo órgão julgador, até porque a tendência natural é que o processo siga seu curso após a prática de determinado ato, e não que pare a todo instante para verificar a validade de cada ato praticado.

Tomando por base a intensidade dos vícios que maculam os atos, faz-se a clássica distinção deles em nulos, anuláveis e inexistentes (OLIVEIRA, 2006, p. 640).

Fruto de criação doutrinária e jurisprudencial, a categoria dos atos inexistentes está à margem das nulidades e compõe-se daqueles atos que, por violarem demasiadamente a lei, sequer chegam a ser anulados, pois que considerados inexistentes.

O magistério de Tourinho Filho (2007, p. 110-111) classifica-os em inexistência material e inexistência jurídica, de modo que aquela se evidencia quando o ato sequer foi praticado, ao passo que os atos inexistentes juridicamente são aqueles que, malgrado tenham sido praticados, foram-no de maneira tão grotesca que são desprovidos de qualquer significado jurídico.

Aliás, este é um ponto de distinção corrente entre atos inexistentes e atos nulos: aqueles não produzem efeito nenhum, e estes, conforme vaticina Pacelli (2006, p. 641), “não só produzem efeitos até serem anulados, como também implicam consequências jurídicas mesmo após o reconhecimento de sua nulidade”. E exatamente por não produzirem efeitos, os atos inexistentes não podem ser convalidados.

Citando Carnelutti, Tourinho Filho (2007, p. 110-111) afirma que o ato inexistente, por não ser um ato perfeito nem imperfeito, é simplesmente um não-ato, por não possuir os pressupostos necessários à existência de um ato processual. Por essa razão, prescindem de decretação judicial para que se tornem ineficazes, pois o são desde o seu nascedouro.

O ato nulo, por sua vez, necessita desta decretação de ineficácia, que se perfaz através do que se chama de nulidade. Esta, portanto, é a sanção decretando a ineficácia do ato atípico, praticado com transgressão aos parâmetros legais.

Ora o ato será fulminado com a sanção da nulidade absoluta, ora com a nulidade relativa, com efeitos diversos, mas igualmente importantes. No entanto, para que se passe à análise das diferenciações existentes entre as duas espécies de nulidades, faz-se *mister* o exame do que Tourinho Filho (2007, p. 158) chama de “viga mestra em matéria de nulidade”, que é a regra insculpida no art. 563 do Código de Processo Penal.

O dispositivo legal aduz que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”, deixando patente a adoção do princípio do

*pas de nullité sans grief*, segundo o qual somente haverá anulação de algum ato se houver um nexo causal concreto entre a sua atipicidade e o prejuízo advindo à parte.

A evolução da teoria do processo informa que este é construído com o fim precípuo de dar o provimento judicial, consagrando o seu conteúdo e finalidade, em detrimento do rigorismo das formas procedimentais, prevalecendo o princípio da instrumentalidade das formas. A esse respeito, Pacelli ensina que:

O processo, bem como todos os ritos e formas procedimentais, dirige-se a uma finalidade muito clara: o provimento judicial final, a ser construído com a contribuição dos interessados (acusação e defesa), de modo a realizar-se a única *justiça* judiciária possível, isto é, aquela da qual tenham efetivamente participado, em igualdade de condições, todos os envolvidos na questão penal. Assim, a não-observância da forma prescrita em lei somente terá relevância na exata medida em que possa impedir a realização do *justo processo*, seja promovendo o desequilíbrio na participação e efetiva contribuição das partes, seja afetando o adequado exercício da função estatal jurisdicional (2006, p. 641-642).

Desta maneira, a primeira distinção que se faz entre as nulidades absolutas e relativas é a definição dos interesses envolvidos na irregularidade.

As nulidades relativas dizem-se “relativas” justamente por interessar às partes envolvidas a averiguação da possível existência e consequência do prejuízo. Este, conquanto interesse, de certo modo, à própria função jurisdicional, poderá estar presente em um ato instituído fundamentalmente no interesse das partes, de maneira que só a elas caberá aquilatar o prejuízo porventura sofrido. Não cabe ao Estado, em princípio, determinar a renovação de ato cuja atipicidade não tenha afetado o interesse das partes, principalmente se, malgrado a existência de vícios, o ato tenha atingido a finalidade para a qual foi produzido.

É justamente por depender de valoração das partes que a nulidade relativa se sujeita a preclusão, se não alegada nos prazos estipulados pelo art. 571 do Código de Processo Penal. Preclusos, os atos a princípio anuláveis convalidam-se, se tiverem atingido seu fim, mesmo praticado sob outra forma, e se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos, segundo o disposto no art. 572 do mesmo diploma legal.

Na seara da nulidade absoluta, por sua vez, o prejuízo advindo à parte é absolutamente presumido ou, nas palavras de Pacelli, há “verdadeira *afirmação* ou *pressuposição* da existência do prejuízo” (2006, p. 644), não cabendo à parte a alegação ou prazo preclusivo, podendo a nulidade ser declarada a qualquer momento e *ex officio*.

Isto porque os interesses que o ato atípico fere são de ordem eminentemente pública, referentes à validade da função jurisdicional, esbarrando o vício em questões atinentes à configuração do devido processo legal, maculando garantias constitucionais individuais insertas no atual modelo processual, devendo, pois, ser fulminado pela nulidade absoluta.

A respeito desta diferenciação entre as espécies de nulidades, Pacelli vaticina:

Com efeito, enquanto a nulidade relativa diz respeito ao interesse das partes em determinado e específico processo, os vícios processuais que resultam em nulidade absoluta referem-se ao processo penal enquanto *função jurisdicional*, afetando não só o interesse de algum litigante, mas de *todo e qualquer (presente, passado e futuro)* acusado, em todo e qualquer processo. O que se põe em risco com a violação das formas em tais situações é própria função judicante, com reflexos irreparáveis na qualidade da jurisdição prestada (2006, p. 643).

Na trilha da instrumentalidade das formas, que considera o processo como meio, como *instrumento* para se chegar ao direito, e não o próprio direito, cuidou o código processual de editar o art. 566, em complementação ao art. 563, aduzindo que “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”.

Da conjugação dos artigos influi-se, então, que somente deverá ser decretada a nulidade de ato que tenha trazido efetivo prejuízo às partes, bem como que tenha influído na apuração do convencimento do juiz ou da verdade. O que deve ser analisado, pois, é a capacidade de influência do ato nulo na decisão da causa.

Há atos que, conquanto tenham sido praticados à margem das formalidades previstas em lei, alcançou sua finalidade e não ostentou nenhuma potencialidade probatória, não tendo influenciado o convencimento do juiz na mensuração da decisão final. Nesses casos, portanto, aglutinados os requisitos constantes no supracitado art. 572, poderá o ato ser convalidado.

Contudo, em se tratando de averiguação de interesses em matéria de nulidades, está-se a falar das nulidades relativas, e não absolutas. É que estas dizem respeito a vícios gravíssimos, porque princípios constitucionais são malferidos, interessando, pois, a todos. Por isto, não se reserva às partes o juízo de conveniência e oportunidade quanto ao

reconhecimento e alegação de existência da nulidade, ao contrário do que ocorre nas nulidades relativas, já que o ato, embora viciado, pode não trazer qualquer prejuízo à parte.

Coadunando-se com a regra da existência de prejuízo e de influência no *decisum* para anular-se o ato atípico, o Código de Processo Penal estabelece no art. 565 que: “nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”.

Conquanto qualquer das partes formais no processo possa argüir a nulidade, bem como o Ministério Público na condição de *custos legis* (TOURINHO FILHO, 2007, p. 163), somente poderá assim proceder se não houver dado causa ao ato atípico ou concorrido para a imperfeição do ato. Do mesmo modo, quando a formalidade preterida só interessar à parte contrária, somente a esta caberá argüir a invalidação do ato.

Assim proclama o código para evitar manobras escusas da parte, gerando um vício para lhe beneficiar, conturbando a marcha normal do processo e prejudicando o devido processo legal. Constitui o artigo em análise um aliado contra a fraude, a má-fé e a esperteza de quem deseja tirar proveito da violação da lei.

Apresenta este dispositivo inclusive um análogo no Código de Processo Civil, *in verbis*: “Art. 243. Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa”.

Contudo, esse contexto apresentado é próprio das nulidades relativas, porquanto as absolutas devem ser reconhecidas a qualquer tempo, inclusive de ofício. Assim, conforme já afirmado, a regra do interesse na declaração da nulidade somente encontra guarida nas relativas, uma vez que as absolutas ferem tão grotescamente as regras do devido processo legal, que devem ser proclamadas tão logo sejam descobertas, em favor da própria atuação jurisdicional.

O art. 571 do Código de Processo Penal estipula as oportunidades em que a nulidade deverá ser arguida pela parte interessada, sob pena de convalidação, sendo relativa, e conjugados os requisitos do art. 572, já mencionados.

Art. 571. As nulidades deverão ser argüidas:

I - as da instrução criminal dos processos da competência do júri, nos prazos a que se refere o art. 406;

II - as da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais, salvo os dos Capítulos V e VII do Título II do Livro II, nos prazos a que se refere o art. 500;

III - as do processo sumário, no prazo a que se refere o art. 537, ou, se verificadas depois desse prazo, logo depois de aberta a audiência e apregoadas as partes;

IV - as do processo regulado no Capítulo VII do Título II do Livro II, logo depois de aberta a audiência;

V - as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 447);

VI - as de instrução criminal dos processos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, nos prazos a que se refere o art. 500;

VII - se verificadas após a decisão da primeira instância, nas razões de recurso ou logo depois de anunciado o julgamento do recurso e apregoadas as partes;

VIII - as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem.

Em se tratando de nulidade absoluta, não obstante possa ser levantada, por questão de economia processual, dentro dos prazos estabelecidos no art. 571, nada obsta que também seja arguida em qualquer outro instante.

Nesse ponto cabe uma consideração acerca da coisa julgada criminal. É que, transitada em julgado a sentença e sendo esta absolutória, não há mais meios de se invalidar um ato nulo, pois inexistente, no Brasil, revisão da coisa julgada criminal *pro societate*. Assim, não dispondo mais de meios para o reexame da causa, permanecerá o ato, conquanto nulo, produzindo seus efeitos jurídicos.

Já em se tratando de sentença condenatória, nem mesmo o trânsito em julgado impedirá a arguição de nulidades absolutas, seja por meio de *habeas corpus*, com fulcro no art. 648, inciso VI do CPP, ou pela via revisional, fundamentada no art. 626 do mesmo codex.

Decretada a nulidade, passa-se à análise dos efeitos.

O ato atípico, praticado com inobservância dos preceitos legais, permanecerá produzindo seus efeitos jurídicos até que a sanção da ineficácia seja-lhe aplicada através de provimento jurisdicional, tornando-o, então, nulo.

Declarada a nulidade do ato imperfeito, deverá esta submeter-se à regra da causalidade, prevista no art. 573, § 1º do CPP, segundo a qual a referida nulidade deverá se estender também aos atos que sejam subseqüentes àquele, ou seja, que lhe sejam dependentes ou conseqüentes.

Segundo a definição de Pacelli, dependente é aquele ato cuja existência dependa da existência e validade daquele declarado nulo, ao passo que conseqüente é aquele que é efeito ou resultado do ato atípico (2006, p. 651).

Não há como prever e enumerar as diversas oportunidades que poderão ensejar a derivação da nulidade, mas, como exemplo típico e mais atinente à questão do uso de algemas, pode-se citar a contaminação da nulidade que ocorre nas hipóteses de provas obtidas a partir de outra cuja ilicitude haja sido declarada, o que se dá na aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Contudo, o ato praticado à margem dos paradigmas legais poderá ser convalidado. De fato, os atos atípicos cuja sanção imposta seja a de nulidade relativa submetem-se a prazo preclusivo, de modo que, se não arguida a tempo e modo, a lei considerará que não houve prejuízo à parte.

Assim, dá-se o convalescimento do ato se conjugados os requisitos do art. 572: a não arguição *oportuno tempore* da nulidade, o fato do ato ter atingido seu fim mesmo praticado de forma diversa e se a parte tiver aceito seus efeitos mesmo que tacitamente. É de se frisar que, embora o *caput* do mencionado artigo refira-se expressamente a casos específicos de nulidades, não são somente a estes que se aplica a regra da sanabilidade.

O *caput* do art. 573 prevê, ainda, que, caso não ocorra a convalidação pela maneira apontada na lei, caberá ao juiz determinar que seja o ato renovado ou, simplesmente, retificado.

#### **4.2 Nulidade por uso indevido de algemas**

A questão nevrálgica trazida pela súmula vinculante n.º 11 é, efetivamente, a relativa à nulidade do ato ou do processo em que as algemas tenham sido utilizadas em dissonância com o regramento sumulado. A esse respeito, Fernando Capez considera:

Aí residem os problemas, pois, nesse contexto, inúmeras questões surgirão: o uso injustificado de algemas ensejará o relaxamento da prisão em flagrante? No caso da prisão preventiva, o abuso no uso de algemas poderá invalidar a mesma, provocando a soltura do preso? Na hipótese de o uso ser regular, a ausência de motivação ou a motivação insuficiente acarretarão a nulidade da prisão? (2009)

De fato, pode-se distinguir duas situações: a primeira, quando não existir motivação ou se esta não for suficiente para justificar o uso de algemas, e a segunda, quando houver o efetivo abuso na utilização do instrumento, segundo as determinações da súmula. De acordo com a classificação que se faça das nulidades decorrentes dos dois vícios, haverá a produção de diferentes efeitos.

A ocasião em que não haja justificativa escrita e fundamentada acerca do uso de algemas deverá ser classificada como nulidade relativa. Isto porque a situação se encaixa no art. 564, inciso IV do Código de Processo Penal, que estipula a anulação do ato por omissão de formalidade que lhe constitua elemento essencial. Logo depois, o art. 572 prevê a sanabilidade quanto a este tipo de vício, deixando patente o enquadramento desta nulidade como “relativa”.

Disto se conclui que, havendo a falta da justificativa exigida pela súmula, tal ausência poderá ser sanada, culminando com a convalidação do ato, não havendo que se falar em renovação deste ato.

De fato, não seria razoável que, procedida a prisão do indivíduo com o uso de algemas, dentro das situações em que a lei a admite (resistência ou perigo de fuga ou à integridade física de outrem), fosse o ato anulado e se soltasse o preso, unicamente por não haver a justificativa por escrito. Essa fundamentação poderá se dar em momento posterior, até porque o juiz dispõe de momentos oportunos para verificar a ocorrência de alguma causa de nulidade e saná-la, antes do prosseguimento do processo. Não seria de bom alvitre por em liberdade uma pessoa que se apresentou perigosa no momento de sua prisão, em detrimento do direito coletivo à segurança, unicamente por falta de uma formalidade.

Adquirem contornos mais delicados, entretanto, as situações em que o preso foi algemado sem que tivesse apresentado resistência ou perigo de fuga ou de lesão à integridade

física própria ou de terceiros. É que, nesses casos, poderá estar configurado um efetivo abuso na utilização das algemas, maculando os direitos fundamentais individuais à dignidade humana e à presunção de inocência.

Sendo assim, de acordo com o sistema de nulidades explicitado no tópico anterior, por ferir princípios constitucionais, a nulidade decorrente desta situação seria absoluta, ensejando o desfazimento do ato imperfeito, podendo gerar inclusive a soltura do preso, caso esse ato seja prisão preventiva ou temporária.

Não se pode deixar de considerar, contudo, que soltar o preso poderá configurar uma afronta ao direito à segurança de que é titular toda a sociedade e que cabe também ao Estado assegurar. Mais uma vez, portanto, socorre-se à proporcionalidade diante de cada caso concreto, para que, sopesando os interesses conflitantes, possa-se chegar à melhor decisão.

Observe-se, porém, que se vem alterando no decorrer do tempo a consideração de determinadas falhas processuais como sendo absolutas ou relativas, de modo que a tendência hodierna é de estreitar o campo das nulidades absolutas e alargar o das relativas. O conceito das duas espécies de nulidades continua inalterado, ocorrendo apenas a mudança na classificação de determinado ato viciado em absolutamente ou relativamente falho. Nucci acrescenta que:

Embora na situação geradora de uma nulidade absoluta continue a ser presumido o prejuízo, sem admitir prova em contrário, o que se vem fazendo é transferir determinadas situações processuais, antes tidas como de prejuízo nítido, para o campo dos atos processuais cujo prejuízo é sujeito à comprovação (2007, p. 860).

Diferente é o caso de atos processuais, excetuando-se as prisões, praticados com o réu algemado, dentre eles a audiência para inquirição de testemunhas, reconstituição do crime, o comparecimento ao Instituto Médico Legal para exames. Nessas situações, há quem não entenda o porquê da previsão de nulidade no enunciado da súmula, pois não há qualquer relação entre a prova produzida e a colocação de algemas no réu (FUDOLI, 2008).

De fato, o sistema processual penal brasileiro considera a nulidade das provas obtidas por meios ilícitos, a exemplo de gravações clandestinas, prevendo, inclusive, a contaminação das provas obtidas a partir das ilícitas, em uma clássica aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, originária da jurisprudência norte-americana e incorporada pelos tribunais brasileiros.

No entanto, não se pode considerar obtida por “meios” ilícitos as provas colhidas em atos processuais nos quais o réu ou investigado permaneceu algemado, até porque isto não mudará a autoria ou a materialidade da infração penal, não atrapalhará o exercício do contraditório e da ampla defesa, nem influenciará no convencimento do juiz. Se o crime não for afeto à competência do Tribunal do Júri, o julgamento será feito por um juiz togado, que não ficará sugestionado diante do fato do réu permanecer algemado, não lhe presumindo culpado.

Há que se considerar, ainda, que, se o réu permaneceu algemado durante atos processuais por determinação fundamentada do juiz, difícil fica questionar essa sua decisão e aplicar a sanção de nulidade ao ato, pois é dele o poder de polícia na ocasião e é ele quem está acompanhando de perto os acontecimentos e a pessoa do réu. Parece desarrazoado que ele tenha que submeter sua decisão à consideração de um superior, porque deve caber a ele a análise da periculosidade do acusado e se este oferece perigo ao bom andamento dos trabalhos e à segurança dos presentes.

É nesse sentido que a jurisprudência vem se posicionando, somente admitindo a sanção da nulidade nos casos em que as algemas forem notoriamente utilizadas com o propósito de exhibir o preso como troféu à mídia, ou de maneira humilhante:

HABEAS CORPUS. Tráfico e associação para o tráfico de substância entorpecente. Prisão em flagrante. Nulidade. Não-ocorrência. Ação penal. Justa causa. Ausência. Não-verificação. Liberdade provisória. Descabimento. Algemas. Uso. Nulidade processual. Inexistência. Não apresentando o auto de prisão em flagrante qualquer vício ou irregularidade, eis que lavrado com atendimento às normas imperativas contidas no Código de Processo Penal, revela-se legal a prisão do agente. Não há que se cogitar de ausência de justa causa para a deflagração da ação penal, eis que existem provas indiciárias suficientes de que o paciente praticou os delitos descritos na peça acusatória. O fato de o agente eventualmente possuir atividade lícita e residência fixa, o que, aliás, não está cabalmente comprovado, não é fundamento para a pronta colocação do mesmo em liberdade, especialmente em se tratando dos delitos de tráfico e de associação para o tráfico, que têm causado severa repulsa e intranquilidade na sociedade e abalo na ordem pública, sendo o primeiro considerado hediondo, que não permite ao agente responder o processo em liberdade, notadamente quando, regular e legalmente, preso. Por outro lado, o uso de algemas durante a audiência de instrução e julgamento não acarreta, por si só, a nulidade do processo, especialmente quando necessário para a tranqüila e segura realização do ato, tendo em vista, por exemplo, o grande número de réus, a presença de inúmeros familiares destes e o pequeno contingente da escola; aliás, a Súmula nº 11 do STF não tem, à evidência, o absurdo propósito de tornar inviável o uso de algemas, mas sim o de evitar que estas sejam empregadas de forma espalhafatosa, humilhante ou teatral. De outro lado, não se verifica, até agora, qualquer excesso de prazo a justificar a soltura do agente. Ordem denegada. (TJRJ – 2008.059.06872 – Habeas Corpus – 1ª Des. Moacir Pessoa de Araujo – Julgamento: 09/10/2008 – Primeira Câmara Criminal). (grifo do autor)

Adolescente - roubo - preliminares - nulidade por uso de algemas no interrogatório - inobservância do princípio da identidade física do juiz - afastadas - internação - diversas passagens - medida adequada I. Não há constrangimento ilegal pelo uso das algemas durante o interrogatório. Incumbe ao juiz manter a ordem no curso dos respectivos atos e a decisão está fundamentada. II. Incabível aplicar o princípio da identidade física do juiz na vara de infância e juventude. OECA prevê procedimento específico determinado. III. Necessária a internação do menor que ostenta diversas passagens e pratica ato infracional após fugir da unidade educacional onde cumpria medida de semiliberdade. (TJDF - APE: 83043820088070001 DF 0008304-38.2008.807.0001 - Relatora Sandra de Santis – Julgamento: 28/05/2009 – 1ª Turma Criminal – Publicação: 18/06/2009, DJ-e pág. 185). (grifo do autor)

Habeas corpus. Roubo duplamente majorado. Vítimas lesionadas com disparos de arma de fogo. Morte, no local do crime, de um dos apontados autores do fato. Paciente reincidente específico e que responde a processo outro, sob acusação de prática de tentativa de homicídio qualificado. Prisão provisória, emergente da autuação em flagrante, que não se reveste de ilegalidade alguma. Garantia da ordem pública a justificá-la. Uso de algemas na audiência justificado pela magistrada e que encontrava adequação às circunstâncias do fato delituoso e ao perfil aparente do acusado. Providência, de resto, que não interferiria na regularidade dos autos de instrução. Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 70031316730, Sétima Câmara Criminal, TJRS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira - Julgado em 13/08/2009) (grifo do autor)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXCESSO DE PRZO. REITERAÇÃO DE PEDIDO. NÃO CONHECIMENTO. NULIDADE DO INTERROGATÓRIO. USO DE ALGEMAS. IMPOSSIBILIDADE. I – Constatado que o primeiro argumento da impetração já foi objeto de apreciação em outro *mandamus*, dele não se conhece, por caracterizada a reiteração. II – Não há que se falar em nulidade do feito, em razão de ter sido o paciente interrogado algemado, porquanto a manutenção das algemas resultou de prudente e fundamentada decisão do magistrado a quo. Pedido não conhecido quanto ao primeiro fundamento. Conhecido e indeferido quanto ao segundo. (TJGO; HC 33116-3/217; Goiânia; Relatora Des. Amélia N. Martins de Araújo; DJGO 30/10/2008; pág. 428) (grifo do autor)

O que parece mais complicada é, realmente, a situação do policial, cuja fundamentação deverá se submeter ao crivo do juiz, que tem o poder-dever de determinar diligências para sanear alguma nulidade porventura existente no processo, antes que este continue seu curso natural. Passa-se, então, a analisar algumas situações peculiares de nulidades, que poderão decorrer da atividade do agente policial.

#### 4.2.1 Nulidade em inquérito policial

O entendimento majoritário da doutrina é o de que inexistente nulidade em sede de inquérito policial, por ser uma peça meramente informativa. De fato, trata-se de um

procedimento administrativo com o intuito primordial de formar a opinião do Ministério Público, que poderá ofertar denúncia com base nele, mas não é um instrumento imprescindível à instauração do processo, vez que o MP pode deflagrá-lo sem nem mesmo haver um inquérito instaurado. Nesse sentido também é o entendimento jurisprudencial:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. USO DE ALGEMAS. SÚMULA VINCULANTE N. 11/STF. REGRAMENTO. IRREGULARIDADE. MEDIDAS. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INQUÉRITO POLICIAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM DENEGADA. 1. O uso de algemas pela autoridade policial, quando não configurar caso de resistência, de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia por parte do preso ou de terceiro, expõe o indivíduo a situação degradante e afrontosa à dignidade da pessoa humana. 2. A Súmula vinculante n. 11/STF foi editada para coibir o uso abusivo de algemas pela polícia. Todavia, a sua utilização em desacordo com os regramentos da aludida Súmula, não é causa de trancamento de inquérito policial, uma vez que este nada mais é do que mero procedimento investigatório, cujo desenvolvimento e desfecho não devem ser obstados por meio de habeas corpus, para não se incorrer no risco de coactar as atividades próprias da polícia judiciária e do ministério público. 3. O trancamento de inquérito policial somente poderá ocorrer quando for possível identificar, à primeira vista, que o fato imputado sequer em teses constitui ilícito penal, quando não houver indícios de autoria ou quando evidenciada a inexistência da materialidade em razão das provas apresentadas. 3. Ocorrida a utilização irregular de algemas durante a investigação caberá ao ministério público federal adotar as medidas próprias visando apurar eventuais irregularidades. 4. Caso em que, conforme ressaltam os impetrantes, a utilização indevida de algemas deu-se por ocasião do cumprimento dos mandados relativos às prisões temporárias, que não mais subsistem, por isso que ocorridas em 12.08.2008, e não tendo sido prorrogadas, exauriram-se em 16.08.2008, quando, então, foram decretadas as prisões preventivas, sendo certo que a súmula vinculante n. 11/STF foi editada em 13.08.2008 e publicada em 22.08.2008. (TRF 1ª R.; HC 2008.01.00.040438-8; MT; Quarta Turma; Rel. Des. Fed. Mário César Ribeiro; Julg. 14/10/2008; DJF1 31/10/2008; Pág. 115).

É certo que muitas vezes o juiz vale-se das provas obtidas durante a fase pré-processual e, por essa razão, as autoridades policiais devem obedecer às formalidades inerentes aos procedimentos. Contudo, caso haja a realização de algum ato com manifesta preterição de formalidade, o magistrado poderá, durante a instrução ou até mesmo antes dela, determinar que seja refeito.

Considerando o sistema processual brasileiro como misto (inicia-se de maneira inquisitiva e finda no modelo acusatório, com o processo) ou como acusatório, adotando como prova somente aquela produzida em juízo, de qualquer maneira os vícios porventura existentes na fase de inquérito policial não deverão provocar a nulidade de todo o processo que se seguir a ele. Isto porque o juiz tem o poder-dever de determinar que seja refeita prova produzida irregularmente na fase policial, ou mesmo que se desentranhe dos autos do processo a prova ilicitamente obtida (NUCCI, 2007, p. 861).

Do exposto, conclui-se que, caso algeme-se o preso, em dissonância com os preceitos da súmula, durante a obtenção de alguma prova no inquisitório, este não deverá ser anulado, porquanto seja apenas uma peça informativa, tampouco se invalidará o processo subsequente. Nesses casos, o magistrado mandará refazer a prova em juízo de forma regular.

#### 4.2.2 Nulidade em prisão em flagrante

A prisão em flagrante delito é medida cautelar que visa preservar a instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal, necessária, pois, à consecução dos fins do processo, desde que realizada dentro dos parâmetros legais, na observância dos requisitos autorizadores. Assim procedendo, ela é importante providência acautelatória da prova da materialidade o crime e de sua autoria.

O art. 5º, inciso LXI da Constituição Federal estabelece que toda prisão deverá ser precedida de ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, excetuando, no mesmo dispositivo, as prisões em flagrante que, por sua própria natureza, dispensa a justificativa anterior ao ato.

O legislador, tendo em vista que, de regra, são os policiais que lavram os autos de prisão em flagrante, estabeleceu uma série de formalidades que devem ser observadas para evitar abusos e garantir os direitos do cidadão. Ao lado delas, desde 2008 a súmula vinculante nº 11 cuidou de instituir mais um formalismo: a necessidade de justificação fundamentada para o uso de algemas na ocasião da prisão.

As formalidades legais para o auto da prisão em flagrante são, inegavelmente, elemento essencial do ato, em virtude da excepcionalidade deste modelo de cerceamento da liberdade. E, como formalidades essenciais que são, encaixam-se bem na regra do art. 564, inciso IV do CPP, que, juntamente com o art. 572 do mesmo diploma, classifica tal vício como nulidade relativa, que poderá ser sanada.

O art. 306, § 1º do CPP determina que o auto de prisão em flagrante deverá ser encaminhado ao juiz competente nas 24h que sucederem a prisão. Nesta ocasião, caso o

magistrado verifique a inobservância de alguma formalidade na lavratura do flagrante, relaxará a prisão e decretará a prisão preventiva caso esteja presente alguma das causas autorizadoras previstas no art. 312 do CPP, legalizando-se, assim, o encarceramento.

Caso não se verifique nenhuma hipótese de prisão preventiva, deverá ser observada a regra do parágrafo único do art. 310, segundo a qual o juiz poderá, depois de ouvido o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

De fato, não há razão para que se anule o auto de prisão de flagrante pela simples inobservância de uma formalidade, e que se ponha em liberdade alguém que foi pego cometendo um delito e cuja restrição de liberdade seja albergada pela lei processual.

Nucci complementa a idéia acima exposta aduzindo que:

O auto de prisão em flagrante já não proporciona início à ação penal e, se falha houver nesse instrumento, a única consequência que pode provocar é o relaxamento da prisão, mas não a decretação da nulidade. Por isso, não se precisa corrigir eventuais omissões neles constantes (2007, p. 866).

#### **4.3 O caso específico do Tribunal do Júri**

O *habeas corpus* 91.952, a partir do qual o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 11, tratou de caso específico de julgamento perante o Tribunal do Júri, conforme já explicitado no primeiro capítulo do presente estudo. O *writ* fora impetrado para anular, a partir do libelo, o processo em questão, devido à utilização indevida das algemas no paciente perante o Conselho de Sentença, que teria sido influenciado negativamente.

Na ocasião do julgamento, a Juíza Presidente do Tribunal do Júri de Laranjal Paulista, diante do pedido da defesa para retirar as algemas do réu, justificou a sua utilização aduzindo que a medida era absolutamente necessária ao andamento dos trabalhos, uma vez que a segurança na audiência estava sendo realizada apenas por dois policiais civis, e que era consentânea com os atos realizados antes da pronúncia, nos quais o réu permaneceu algemado.

Em seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio considerou que a justificativa da juíza era insuficiente, pois a aparelhagem estatal deficitária não deveria servir como desculpa para macular direitos fundamentais do indivíduo, devendo a presidente da sessão tê-la adiado diante da segurança deficiente.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, analisando o mesmo pleito de anulação, em segunda instância, considerou que a utilização das algemas durante o julgamento não implicava a nulidade arguida, vez que foi congruente com a ordem jurídico-constitucional, não se mostrando arbitrária nem desnecessária.

A Corte Suprema, por sua vez, concedeu a ordem, determinando a realização de novo julgamento no Júri, desta feita sem a utilização de algemas.

Justificando seu posicionamento, o Ministro Marco Aurélio citou acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, julgando a apelação criminal nº 74.542-3, estabeleceu que “algema não é argumento e, se for utilizada sem necessidade, pode levar à invalidação da sessão de julgamento”<sup>18</sup>. O relator considerou que as algemas jamais deverão ser usadas como punição, somente justificando-se quando se mostrar inevitável ante a periculosidade do preso ou o perigo de fuga.

O Ministro Relator complementou seu voto consignando que:

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.

A respeito da sugestibilidade dos jurados, urge fazer algumas ponderações. O STF considerou que os jurados, leigos que são, ficariam suscetíveis a imaginar que o réu que é apresentado algemado é o autor do crime em julgamento. Contudo, com a vênua devida ao entendimento da Suprema Corte, não se pode atribuir este tipo de pensamento aos jurados pelo fato de não serem bacharéis em Direito.

Com efeito, a Constituição Federal deu aos cidadãos, embora leigos, a importante missão de julgar pessoas processadas por determinadas modalidades delituosas e a lei

---

<sup>18</sup> Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

ordinária cuidou de especificar os requisitos necessários para verificar a capacidade de um cidadão para formar o Conselho de Sentença.

Assegurou-se, ainda, a soberania dos veredictos, de forma que estes não devem ser fundamentados. Isto faz com que não seja possível definir exatamente os motivos com base nos quais os jurados decidiram pela condenação ou pela absolvição do réu, não sendo prudente afirmar que o Conselho de Sentença fica sugestionado a considerar culpado quem for apresentado algemado ao julgamento.

Pergunta-se: tendo em vista que, depois da edição da súmula, caberá o uso de algemas nos réus que apresentarem concretamente alguma periculosidade, nesses casos, a sua condenação estará praticamente certa? A prosperar esse raciocínio de que os jurados ficam influenciados pelas algemas, a resposta seria afirmativa, pois os jurados terão em mente que doravante somente serão algemados os réus perigosos e, se são perigosos, provavelmente são culpados!

Se for assim não se poderá algemar mais ninguém no Tribunal do Júri, nem mesmo nos casos permitidos pela súmula, pois será fatalmente condenado pelo sugestionável Conselho de Sentença.

Obviamente, esta não parece ser a melhor saída, até porque o juiz-presidente tem o poder de efetuar esclarecimentos para evitar induções errôneas por parte dos jurados. Ademais, estes não formam sua decisão com base exclusivamente na visualização do réu, sendo submetidos por horas à oratória de profissionais que procuram, exaustivamente, explicar-lhes as provas dos autos e transmitir-lhes as regras constitucionais e legais atinentes ao caso sob exame.

Quanto à questão da nulidade nos procedimentos afetos à competência do Júri, devido à utilização indevida de algemas, tem-se que o caso merece um pouco de cautela. É que não parece razoável que se anule todo o processo por considerar insubsistente a justificativa do juiz-presidente para a colocação das algemas durante o julgamento em Plenário. Quando muito, deverá ser refeita apenas a audiência perante o Conselho de Sentença e os atos posteriores que lhe sejam derivados ou que dela sejam consequência, mantendo-se os atos anteriores que não tiveram sua validade impugnada e que não foram contaminados pela nulidade do julgamento.

Urge, ainda, questionar: qual justificativa dada pelo juiz-presidente do Júri deverá ser aceita e qual deverá ser recusada para servir de fundamento à utilização de algemas?

No *habeas corpus* que se citou, o STF não considerou suficiente a alegação da juíza de que a falta de segurança obstava o bom andamento da sessão, aduzindo que isto não deveria servir de justificativa para macular o direito fundamental à presunção de inocência. Sustentou que deveria ter sido adiado o julgamento para uma data em que a escolta policial fosse suficiente para garantir a segurança da audiência, dispensando-se o uso das algemas.

Seria ideal, realmente, que os fóruns do Brasil pudessem contar com um reforço policial adequado durante as sessões, mas isso se revela impossível na prática, porque a aparelhagem estatal brasileira passa longe do ideal. De fato, se fôssemos adiar julgamentos para uma data em que o número de policiais presentes fosse suficiente para garantir a segurança, iríamos obstaculizar ainda mais o andamento dos processos, que já encontram muitos óbices na concreção da celeridade prevista constitucionalmente.

Ademais, se a justificativa de um problema grave como a falta de segurança nas sessões não foi aceita para se utilizar as algemas, então nenhuma outra deveria ser válida também.

Isto posto, para coadunar os mandamentos constitucionais e legais à prática forense, o melhor mesmo seria somente anular um julgamento perante o Júri quando a irregularidade no uso das algemas fosse gritante. Caso contrário, a justificativa dada pelo juiz-presidente deverá ser aceita (até porque ele é detentor do poder de polícia durante as sessões), levando-se em conta também que os jurados são capazes de se determinarem segundo a prova dos autos e os argumentos da defesa e da acusação.

Aliás, esse tem sido o entendimento jurisprudencial quando o assunto é nulidade por uso indevido de algemas no Tribunal do Júri. Colacionam-se os seguintes julgados, dos Tribunais de Justiça da Paraíba e do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO PRELIMINAR. Acusado que permaneceu algemado na sessão plenária. Nulidade Inexistente. Periculosidade do agente. Fundamentação no artigo 474, § 3º do CPP. Preliminar rejeitada. Mérito. Cassação. Impossibilidade. Plausibilidade da tese acusatória. 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” havendo duas versões nos autos a respeito do fato narrado na exordial,

não há que considerar contrária à prova dos autos a decisão dos jurados que optou por uma delas. Cassação do veredicto popular afastada sob pena de se afrontar a soberania do júri, constitucionalmente assegurada. Irresignação ministerial. Pedido de novo julgamento. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Princípio da soberania do júri. Absolvição mantida. Recurso conhecido e provido. Se o Conselho de Sentença opta por uma das versões apresentadas, amparada pelo acervo probatório, não há que se falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, devendo a mesma ser mantida, em respeito ao princípio constitucional da soberania do júri. (TJPB; ACr 037.2003.011015-1/005; Rel. Juiz Conv. José Aurélio da Cruz; DJPB 15/10/2008; pág. 6).

Tribunal do Júri. Réu que permaneceu algemado durante o julgamento, tendo sido indeferido o requerimento da defesa para que lhe fossem retiradas as algemas. Habeas Corpus onde se alega constrangimento ilegal, pugnando-se pela incidência da Súmula nº 11 do Supremo Tribunal Federal. 1 Por ocasião da sessão em plenário, o Juiz Presidente entendeu necessária a medida para preservação da segurança, no sentido de que os trabalhos corresse sem maiores transtornos. 2 Afora isso, o fato do réu ter permanecido com algemas não influenciou o ânimo dos jurados quando o condenaram, uma vez que ele próprio confessou a prática delitativa. Acresce que ao recorrer limitou-se a questionar a dosimetria penal, aceitando o veredicto do Conselho de Sentença. 3 A aplicação do mencionado verbete deve ser decidida caso a caso. Não está proibido o uso de algemas, apenas se exige que tal providência seja justificada pelas circunstâncias da hipótese em concreto, como ocorreu neste processo. 4 – A defesa não logrou demonstrar qualquer prejuízo a justificar o reconhecimento da pretensa nulidade. 5 – Não houve evidência de qualquer ilegalidade ou arbitrariedade. 6 – Ordem denegada. (TJRJ – 2008.059.06050 – Habeas Corpus – 1ª Ementa. Des. Cairo Ítalo Franca David – Julgamento: 11.09.2008 – Quinta Câmara Criminal).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A súmula vinculante nº 11 foi editada trinta e seis dias depois da deflagração da Operação Satiagraha pela Polícia Federal, limitando o uso de algemas aos casos de resistência, fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física do preso ou de outrem, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito, sob pena de responsabilização da autoridade e de anulação do ato.

O Ministro Gilmar Mendes afirma que a súmula ajudou a consagrar o STF e se diz orgulhoso de ter denunciado e combatido o Estado Policial, onde a polícia se tornara um Poder. O Ministro da Justiça, Tarso Genro, sustenta que a súmula encerrou as prisões-espetáculo da Polícia Federal.

No entanto, a realidade mostrada em quase dois anos de vigência do verbete vinculante é bem diferente. Desde agosto de 2008, vinte oito casos chegaram ao Supremo acerca do assunto, a maior parte alegando abuso no uso das algemas e ausência de justificativa por escrito. Destes pedidos, dezessete já foram julgados, todos negados pelo próprio STF (CHRISTOFOLETTI, 2010).

No maior centro criminal da América Latina, o Fórum da Barra Funda, em São Paulo, circulam cerca de mil e cem presos todos os meses, todos invariavelmente algemados, mesmo depois do STF firmar a excepcionalidade do uso de algemas. Para o juiz Sérgio Mazina Martins, presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, “há séculos as algemas vinham sendo usadas para conduzir os presos. Mas, quando alguns ricos são presos e algemados, alguns se insurgem e o Supremo edita a súmula”. Complementa, ainda:

Se no maior fórum da América Latina ninguém cumpre, imagine no resto do país. Essa súmula não existe de fato no país, onde os pobres continuam sendo algemados indiscriminadamente. A aplicação da súmula, infelizmente, é feita a partir de critérios de discriminação socioeconômica (MARTINS, *apud* CHRISTOFOLETTI, 2010).

A reportagem do Jornal Folha de São Paulo entrevistou algumas pessoas no Fórum de Barra Funda e constatou que, no cotidiano, a súmula vinculante nº 11 é praticamente desconhecida. Dois policiais militares afirmaram que nunca ouviram falar sobre a norma, e que em cinco anos jamais viram um preso sem algemas. Ainda segundo a reportagem:

O advogado Wanderley Francisco Cardoso, que acompanhou uma audiência ao lado do cliente algemado, diz nunca ter invocado a súmula. 'As algemas são uma garantia de segurança. Acabei de sair de uma audiência em que meu cliente foi condenado a 18 anos de prisão por seqüestro-relâmpago e roubo. Você nunca sabe como a pessoa pode reagir.' (CHRISTOFOLETTI, 2010).

Percebe-se, pois, que, apesar do intuito do Supremo de barrar decisões e ações contrárias aos mais basilares princípios do Estado Democrático de Direito, como a presunção de inocência e a dignidade humana, a súmula vinculante não tem encontrado muito respaldo no dia-a-dia forense, talvez por ser uma norma que dá espaço para a interpretação individual do juiz. De fato, para averiguar se as algemas devem ou não ser empregadas, a autoridade tem de levar em conta inúmeras características pessoais do conduzido, bem como circunstâncias atinentes ao caso real, de modo que a aferição da excepcionalidade da medida varia de acordo com a avaliação pessoal de cada autoridade.

Para os juízes não parece haver maiores problemas no momento de optar ou não pelas algemas, já que pertence a ele o poder de polícia nas audiências que presidem, bem como a percepção real da situação. Tanto é assim que os Tribunais vêm considerando a justificativa dada pelos juízes, deixando de anular os processos em que o uso de algemas tenha sido questionado.

Contudo, no tocante aos policiais a situação complica um pouco mais. É que são eles que estão na lida diária para efetuar prisões em flagrante ou mandados, desconhecendo as características do conduzido, devendo decidir em poucos segundos acerca da necessidade ou não do uso de algemas, sob pena de, fazendo a escolha errada, ser responsabilizado civil, penal e administrativamente, ou pagar com a própria vida.

Ademais, essa decisão do policial será submetida ainda ao crivo do juiz, que poderá entender que o agente agiu com abuso, saneando as irregularidades do processo. É por isto que se defende, neste estudo, que a dúvida razoável do policial deverá lhe beneficiar, militando em seu favor o aforismo *in dubio pro societate*, somente sendo responsabilizado quando estiver patente o abuso e, neste último caso, deve ser efetivamente penalizado.

De todo o exposto, conclui-se que, independentemente do que de fato motivou a Suprema Corte para a elaboração da súmula das algemas, a sua intenção é de todo positiva, porquanto busca coibir as condutas típicas do Estado de polícia, em que os direitos fundamentais são burlados diuturnamente. De acordo com o especialista em ciências penais,

criminologia e terrorismo André Luiz Woloszyn, essa decisão poderia até surtir bons efeitos “caso não existissem 550 mil mandados de prisão a serem cumpridos, 1,5 milhão de foragidos da Justiça, caos no sistema penitenciário [...], defasagem material e em efetivos policiais e sobrecarga no sistema judiciário” (WOLOSZYN, 2010).

Não se pode abrir mão, porém, dos direitos fundamentais individuais e coletivos dos próprios policiais e do restante da sociedade, destinatários também do direito à segurança, que deve ser igualmente promovido pelo Estado. Nessa esteira, somente diante do caso concreto é que se pode decidir pela utilização ou não das algemas, sopesando os direitos fundamentais e aplicando a razoabilidade, para averiguação da necessidade e adequação da medida.

Esta decisão poderá depender de variados fatores, como a manifesta periculosidade do agente, o concurso de pessoas, o uso de arma de fogo, a ingestão de bebidas alcoólicas ou substâncias entorpecentes, a ameaça proferida a alguma vítima, testemunha ou ao juiz, a deficiência de escolta policial, dentre outros.

Além da responsabilidade do agente, a segunda conseqüência prevista pela súmula para quando houver utilização das algemas em dissonância com o que ela preceitua, é a nulidade da prisão ou do ato a que se refere. A esse respeito, concluiu-se com o presente estudo que é desarrazoado cogitar em nulidade de todo o processo, podendo, no máximo, anular-se o ato viciado e todos aqueles subseqüentes que sejam dele conseqüentes ou dependentes, mas não havendo razão para invalidar os atos anteriores perfeitos, acabados e sem relação com o vício causador da nulidade.

Contudo, deve-se buscar a sanabilidade do ato imperfeito, em consonância com o art. 572 do Código de Processo Penal, para que, juntamente com o princípio de que não se anula atos dos quais não adveio prejuízo, sejam as prisões e os atos processuais mantidos sempre que possível, em prol do bom andamento do processo.

Na ocorrência de vícios que maculam o devido processo legal, no entanto, como aqueles que provocam o cerceamento de defesa do preso, deverão os atos ser anulados mesmo sem comprovado o prejuízo, eis que este é presumido quando se trata de nulidade absoluta.

Levando-se em conta que a tendência atual é de estreitar o campo das nulidades absolutas e alargar o das relativas, tem-se que a maior parte dos atos imperfeitos estará contaminada por vícios sanáveis, somente devendo o ato ser anulado e refeito em caso de estrita impossibilidade de convalidação. Isto porque anular uma prisão, por exemplo, por inobservância de uma formalidade seria livrar solto um possível condenado que poderá inclusive fugir e esconder-se, pondo em descoberto interesses sociais em prol de vícios perfeitamente contornáveis, o que não é razoável.

No atual sistema processual penal, deve-se dar prevalência ao conteúdo e à finalidade do ato, em detrimento de sua forma, coadunando-se com o entendimento acerca das nulidades atinentes ao uso de algemas, esposado neste estudo.

## REFERÊNCIAS

BERNARDES, Helen. *Polícia Federal apresenta manual sobre uso de algemas*. Disponível em: <http://noticias.cancaonova.com/noticia.php?id=269301>. Acesso em 19 de abril de 2010.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral*. Salvador: JusPodivm, 2010.

CAMARGO, Lorival. *Uso de Algemas: abuso de autoridade ou segurança para o policial*. Disponível em <http://revista.ssp.gov.br>. Acesso em 28 de abril de 2010.

CAPEZ, Fernando. *A questão da legitimidade do uso de algemas*. Disponível em [www.lfg.com.br](http://www.lfg.com.br). Acesso em 26 de abril de 2010.

CHRISTOFOLETTI, Lilian. *Súmula que regula uso de algema é ignorada*. Disponível em [www.folha.uol.com.br](http://www.folha.uol.com.br). Acesso em 30 de abril de 2010.

FARIA, Fabiano da Silva. *Sendo preso, eu quero ser algemado*. Disponível em <http://fabianofederal.stive.com.br/>. Acesso em 26 de abril de 2010.

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 14 de fevereiro/2010.

GOMES, Luis Flávio. *Algemas: uso restrito, súmula 11 e Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 14 de fevereiro/2010.

JORGE, Heloisa Helena Quaresma Passos. *Uso de algemas: medida de segurança ou abuso de autoridade*. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.28288>. Acesso em março/2010.

LEITE, Maurílio Moreira. *Prisão e algemas*. Disponível em: [http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/Prisao\\_e\\_Algemas\\_\\_Des\\_Maurilio.pdf](http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/Prisao_e_Algemas__Des_Maurilio.pdf). Acesso em março/2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6ª ed. Belo Horizonte: DelRey, 2006.

SANTOS, Paulo Sérgio dos. *O emprego de algemas e a Súmula Vinculante nº 11*. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5347](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5347). Acesso em fevereiro/2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

WOLOSZYN, André Luis. *O STF e a presunção de inocência*. Disponível em [www.folha.uol.com.br](http://www.folha.uol.com.br). Acesso em 30 de abril de 2010.