

USO DE ALGEMAS: a judicialização do procedimento

SANTOS, Edelvio dos

Resumo: Apesar da emissão da Súmula Vinculante nº 11 em 13 de agosto de 2008 permanece no ambiente policial a ansiedade decorrente da insegurança jurídica quanto ao uso de algemas. Em 2016 foi iniciado um trabalho a respeito do mesmo assunto por esse subscritor por ocasião do desenrolar do primeiro período do curso de Direito ainda em andamento. Desde então pouco se desenvolveu sobre o mesmo assunto. Este trabalho, além de ratificar a incerteza jurídica que permeia o uso de algemas no meio policial, expõe ainda o ativismo judicial – em lugar do processo legislativo – que, antes de solucionar a questão, contamina a insegurança, posto que, na prática, atrai para o poder judiciário o poder de legislar, estimulando o mesmo ativismo em instâncias inferiores e inibindo o poder que deveria legislar o assunto. Diante da ainda permanente indecisão legal e jurídica, o assunto clama por uma definição, e o cumprimento da lei norteará como assim deve ser o procedimento a adotar.

Palavras-chave: Algemas. Princípios. Leis. Súmula 11. Subjetividade

Introdução

Por ocasião do primeiro período do curso de direito da Faculdade de Direito de Varginha, foi desenvolvido um trabalho que tratava da viabilidade da utilização de algemas em presos e/ou conduzidos, considerando-se a súmula vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal. Naquela oportunidade defendi uma mera opinião de que conduzidos na condição de presos deveriam ser legalmente algemados. Isto é, faria parte do processo de prisão a algemação, o que excluiria o questionamento sobre o policial ou agente condutor a respeito da viabilidade do ato, de sua legalidade, de sua necessidade e até mesmo do nível de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

[Digite aqui]

Cumpra esclarecer que o presente objetivo é demonstrar dois aspectos tão relevantes quanto a legalidade do uso de algemas: o primeiro é reescrever afirmações do autor Foucault para justificar e atualizar suas assertivas. Sentir-se algemado faz parte sim de uma punição publicitada, necessária à opinião pública, ou, ainda mais, demonstra uma das consequências do cometimento de determinados crimes e ainda mais, um fator desestimulador a novas práticas. O segundo é levar ao leitor a reflexão da ingerência do poder judiciário no campo legislativo, no dito ativismo judicial, quanto à formatação de “legislação paralegal” com o viés de regulamentação de procedimento policial, apenas porque entendeu ser seu o dever de preservar a imagem de pessoas expoentes sob a condição de presas.

A fim de traçar um paralelo entre o crime e sua pena correspondente, lançou-se mão de diversas assertivas do livro “Vigiar e Punir” de Michel Foucault, porque ali foram encontrados argumentos fortes para a demonstração do que ora se afirma.

A tipificação de um crime e sua conseqüente pena estabelece um certo grau proporcionalidade entre o bem jurídico ofendido e o “sofrimento” que deve ser infringido ao seu autor.

Por essa razão, a punição oculta, anônima, escondida para o crime de colarinho branco, pouparia o criminoso do que realmente é por ele temido, que é sua exposição pública como cometedor de determinado delito de consequências danosas à sua imagem.

Portanto, são duas as proposições que ora se encaminham. A primeira propõe uma regulamentação definitiva sobre o uso das algemas no ato de cumprimento de conduções coercitivas, prisões e traslado de presos. E a segunda, concomitante à primeira: Que essa regulamentação seja resultante de um processo legislativo, com a conseqüente emissão de lei para a definitiva segurança jurídica do agente policial ou penitenciário. Leia-se aqui a sugestão de afastamento do poder judiciário com seu ativismo, resguardando a si, o alinhamento de decisões, excluindo, por conseguinte, o fazimento de normas com força imperativa e determinativa.

[Digite aqui]

A Súmula Vinculante 11 do STF

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 criou o instituto da Súmula Vinculante a fim de tentar diminuir as divergências no âmbito das instâncias inferiores do judiciário, que, naquela ocasião, passava por diversas inseguranças provocadas pela prevista reforma constitucional cinco anos após a promulgação da Carta Magna de 1988.

Desde então, a possibilidade de emissão de Súmulas Vinculantes, ofereceu aos tribunais superiores, especialmente STF e STJ, a competência de alinhar decisões judiciais de primeiro grau, até então divergentes. Resultou tal fator da Emenda Constitucional 45, a interpretação de que as súmulas, com força de lei, poderiam ser vistas como resultante de outras normas oriundas de processos legislativos

Mesmo havendo diversas leis que tratavam do uso de algemas, não havia uma precisa regulamentação e as opiniões divergiam entre si quanto ao uso de algemas. Isso provocava um grande número de recursos – que chegavam a desaguar no STF -, especialmente dos defensores e defendidos que argumentavam ofensa a princípios constitucionais, especialmente ao princípio da dignidade da pessoa humana. O objetivo da súmula seria exatamente este: permitir a solução alinhada nas instâncias inferiores, evitando recursos.

A motivação para a emissão da súmula vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, em 13 de agosto de 2008 deveu-se a manutenção do pedreiro Antônio Sérgio da Silva algemado durante seu julgamento pelo Tribunal do Júri de Laranjal Paulista.

Na verdade, a real motivação do dispositivo decorria da algemação de pessoas influentes econômica e politicamente por ocasião da operação *Satiagraha* e da operação Castelo de Areia, deflagradas pela Polícia Federal dias antes. Foi emitido um Habeas Corpus (HC 91.952), e a consequente anulação da condenação do pedreiro. No dia 13 de agosto 2008, foi publicada a súmula, a qual limita o uso de algemas, licitamente, a casos excepcionais de resistência, de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física do policial ou alheia, por parte do preso ou de terceiros; e prevê, ainda, a aplicação de penalidades pelo abuso no seu uso indevido, pois se consubstanciaria em constrangimento físico e moral do preso, sob

[Digite aqui]

ameaça de penalização por abuso do condutor por constrangimento ilegal e físico do preso, se não fosse justificado por escrito. Por consequência, o uso indevido de algemas poderia ocasionar responsabilidade civil, penal e disciplinar para o policial e ainda nulidade da prisão ou do ato processual.

O Supremo Tribunal Federal defendeu, na ocasião a necessidade e a justificativa da emissão da súmula vinculante 11, baseando-se no argumento de que havia uma inércia do Poder Executivo por mais de 24 anos que não regulamentara a Lei de Execuções Penais, LEP (Lei 7210/84), e do poder legislativo que também não propusera a iniciativa.

É a seguinte a íntegra do texto aprovado:

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

Assim surgiu a súmula vinculante 11, em 13 de agosto de 2008, a qual, aqui se pretende arguir. Surgiu no calor efervescente da prisão de pessoas acusadas de corrupção e detentoras de poder econômico e político, que se sentiram constrangidas e com orgulho ferido diante de sua exposição pública. Fora oportuna a sua prisão, como retalhadora fora a emissão da súmula como meio de travamento de ativismo policial. Entretanto para combater o ativismo policial, recorreu-se ao ativismo judicial. O arcabouço jurídico aí se formou e por mais que doutrinas se manifestem, este marco deixou em aberto o assunto e exposto o problema.

A emissão da súmula vinculante 11 não resolveu a questão como também não definiu critérios precisos.

Faz-se necessário punir o crime com castigo

Além de necessário, para fins de preservação de segurança e integridade física de condutor e conduzidos, o uso de algemas compõe o ritual do ato da prisão. Tal prática deveria ser institucionalizada como consequência simbólica de punição

[Digite aqui]

especialmente a quem comete crime de colarinho branco. Tal afirmação vai de encontro exatamente ao que se apregoa com a emissão da Súmula Vinculante 11 do STF, publicada em 13 de agosto de 2008.

A fim de estender ainda mais o assunto, reportando a Foucault (p.100),

Encontrar para um crime o castigo que convém é encontrar a desvantagem cuja ideia seja tal que torne definitivamente sem atração a ideia de um delito. É uma arte das energias que se combatem, arte das imagens que se associam, fabricação de ligações estáveis que desafiem o tempo. **Importa constituir pares de representação de valores opostos, instaurar diferenças quantitativas entre as forças em questão, estabelecer um jogo de sinais-obstáculos que possam submeter o movimento das forças a uma relação de poder.** (grifos nossos).

Uma das mais antigas dúvidas populares foi estabelecer a definição precisa do que é crime. Independentemente da mais viável definição a que se possa chegar, o interesse em reprovar atitudes individuais e coletivas se justifica proporcionalmente ao dano causado a outrem – indivíduo ou sociedade – e de acordo com a capacidade estatal de delimitar a natureza e o alcance das investigações e também estabelecer os parâmetros e limites em torno dos quais se desenvolvem os princípios e as normas do Direito Penal.

Convém destacar a definição a que chegou René Ariel Dotti, quando deu o conceito material de crime (p.375) “O crime é a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena”.

Dessa forma, a pena deve ser proporcional ao crime. A lesão social e/ou individual causada deve ter uma correspondente punitiva legal de mesma grandeza. Poder-se-ia argumentar o retorno às regras de Talião (olho por olho e dente por dente), mas não se trata aqui de dar ao Estado o poder de vingança que a sociedade clama por meio do sistema judiciário. Trata-se sim de que haja à vista da sociedade, na figura do punido, o exemplo, o risco para quem comete semelhante delito.

[Digite aqui]

Poder-se-ia afirmar que as penas impostas deveriam se restringir à prisão ou a multas pecuniárias, se possível, todas, resguardadas da exposição pública. Estas seriam inócuas. As penas de multas pecuniárias seriam tão ínfimas que o patrimônio resultante dos delitos seria minimamente “arranhado” e novas oportunidades surgiriam em mesmo sentido como novas oportunidades de delinquência. A falta de exposição pública retiraria da pena o desestímulo configurado aos demais à prática de crimes de igual teor e envergadura.

Para um motivo que leva os homens a cometer um crime, há muitos outros que os levam a ações indiferentes, que só são delitos perante as más leis. Quanto mais se estender a esfera dos crimes, tanto mais se fará que sejam cometidos, porque se verão os delitos especificados pelas leis forem mais numerosos, sobretudo se a maioria dessas leis não passarem de privilégios a um pequeno número de senhores bem sucedidos. São novos crimes, tipificadores de novos comportamentos desonestos, sujeitos a novas penas, quase sempre não punidoras, logo não desestimadoras ao cometimento do mesmo ato. Pelo contrário, chega-se a supor que se possa ver no novo crime o vislumbre de uma nova oportunidade delinquente impune.

As pessoas devem ver na pena o lado negativo do crime, a consequência punitiva a quem ousa delinquir. Uma pena oculta e uma multa irrisória servem de incentivo à prática do crime de enriquecimento ilícito, especialmente aquele praticado contra o patrimônio público. Parece haver uma clemência maior quando os delitos são praticados contra o Estado, especialmente contra o patrimônio público. Seria como se pudesse considerar que o dano ao bem público não atinge o indivíduo, logo se trata de um dano menor. Ao contrário, o dano público atinge um número muito maior de indivíduos, portanto a reação social deveria ser mais exemplar e desestimuladora.

“É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”.

Retomando a origem da Súmula Vinculante 11, todo o seu teor visou inibir a utilização de algemas e evitar a exposição dos presos sob risco de

[Digite aqui]

responsabilização penal do agente e civil do estado. E era essa exposição a verdadeira punição que melhor funcionava e, por isso mesmo, a punição mais temida a ser evitada pelos então presos.

Esse remédio jurídico, na ocasião de sua publicação, visou exatamente poupar a exposição pública de presos ricos e politicamente influentes. O Supremo Tribunal Federal cumpriu exatamente o que interessava aos delinquentes. A eles era conveniente a preservação da imagem de homens “probos” e “íntegros”, quando, na verdade, os atos ali desvelados revelaram o oposto.

De acordo com Foucault (p. 101),

A punição ideal será transparente ao crime que sanciona; assim, para quem a contempla, **ela será infalivelmente o sinal do crime que castiga** (grifo nosso); e para quem sonha com o crime, a simples ideia do delito despertará o sinal punitivo. Vantagem para a estabilidade da ligação, vantagem para o cálculo das proporções entre crime e castigo e para a leitura quantitativa dos interesses; pois tomando a forma de uma consequência natural, a punição não aparece como o efeito arbitrário de um poder humano.

É necessário punir o crime com a pena correspondente, ou não será punição. Poder-se-á considerar a pena como meio de recuperação do indivíduo ou como meio de resguardar a sociedade do indivíduo indesejável. Todavia, ratifica-se, não será para o criminoso uma punição nem terá o reflexo desestimulante perante os demais membros da mesma sociedade.

Pelo aspecto legal

A emissão da Súmula Vinculante 11 adveio do hiato legal existente. Não se chegava a uma definição – e ainda não se chega – a respeito da legalidade do uso de algemas. Ao mesmo tempo que a referida súmula tentou disciplinar a prática, deixou no campo subjetivo. Desde que **justificada a excepcionalidade por escrito**, pelo agente, está autorizada a condução sob algemas. Ou seja, nada resolveu.

[Digite aqui]

Evitar as algemas sob alegação de ilegalidade não se sustenta. O artigo 282 do Código de Processo Penal está inserido no título IX, que trata “Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”. Diz o artigo até seus incisos I e II:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - Necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

II - Adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Não se trata aqui de analogia, proibida e excluída do direito penal. Trata-se de utilizar todos os mesmos argumentos para a aplicação de medidas cautelares à utilização das algemas. Os objetivos são os mesmos.

Adianta-se, ainda, que tem-se clara a certeza de que medidas cautelares são oriundas de decisões judiciais e, no caso das algemas, tal ato processual não seria necessário porque, na maioria dos casos de necessária algemação, a decisão deveria ser tomada pelo policial condutor.

Este artigo do Código de Processo Penal serve aqui para resguardar a legalidade já prevista para comportamento policial.

Consta, ainda, no Código de Processo Penal (CPP) no artigo 284 que “não será permitido o uso de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso”. Logo a própria legislação reconhece a possível previsão da iminente necessidade.

A súmula retrata o ativismo judicial

Ouso ainda me referir ao mesmo ato do Supremo Tribunal Federal como uma “intromissão” aos mandamentos republicanos constitucionais de separação e independência dos poderes constituídos. Não justifica a transposição das atribuições do legislativo e dos legisladores a emissão da Súmula Vinculante 11 do STF. Se ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de

[Digite aqui]

lei, conforme assegura o princípio da legalidade, disposto no inciso II, do artigo 5º da Constituição Federal. A Súmula Vinculante parece contrariar tal princípio. Embora ela tenha força de lei, não é lei. A lei se resguarda na força do resultado legislativo. No obedecer aos trâmites ordinários, submete-se aos filtros naturais do tempo e de opiniões – especialmente as divergentes – que lhe asseguram e respaldam sua legitimidade. A súmula satisfaz o hiato circunstancial, mas suplica pelo processo legislativo. Dessa forma, antes de regulamentar o uso de algemas, a súmula 11 compõe, em si, um elemento típico do Ativismo Judicial.

A todos é negado o direito de desconhecimento da lei. Este princípio não se estende ao conhecimento de todas as súmulas, vinculantes ou não, de todos os tribunais, superiores ou não. As súmulas são alinhamentos de decisões judiciais. Ao povo importa a lei que autoriza determinados atos, e a lei que proíbe, impede e impõe sanções a quem contraria o que por ela é tipificado como desvio.

Assim se concluiu o trabalho anterior a respeito das algemas:

A quebra de dignidade ou do princípio de inocência não está no fato de expor as algemas, mas no próprio indivíduo, sob o uniforme de presidiário ou conduzido pelo braço forte da lei. Antes de defender o seu princípio de digno, provavelmente, terá ele mesmo desconsiderado o valor dos valores e bons costumes de outrem.

Ratifico a mesma opinião no sentido de defender que as pulseiras de aço que inibem movimentos agressivos e reativos – as algemas – são simbólicas em duplo sentido. Desnudam a empáfia dos conduzidos presos, limitando seus movimentos e alcançando-lhes a alma. Aos olhos de quem os admirava, o símbolo da lei punidora atravessa os incentivos ao cometimento criminoso.

Para Foucault, (1987, p. 87),

A punição ideal será transparente ao crime que sanciona; assim, para quem a contempla, ela será infalivelmente o sinal do crime que castiga; e para quem sonha com o crime, a simples ideia do delito despertará o sinal punitivo. Vantagem para a estabilidade da ligação, vantagem para o cálculo das proporções entre crime e castigo e para a leitura quantitativa dos interesses; pois tomando a forma de uma consequência natural, a punição não aparece como o efeito arbitrário de um poder humano.

Considerações Finais

A súmula 11 não teve a coragem de proibir o uso de algemas. Limitou-se a ameaçar os agentes de sua utilização e coibir a atividade policial e carcerária. Mais que não atingir o seu objeto de regulamentar o uso do objeto, demonstrou, por ocasião de sua publicação, interessar-se pela imagem das personalidades políticas conduzidas e presas, baseando-se nas alegações de preservação da dignidade da pessoa humana ou no princípio legal de mesmo teor.

Naquele instante, a prisão, ou a ausência momentânea de liberdade física, não eram as punições adequadas. Porém, para pessoas detentoras de credibilidade pública “irretocável”, sua exposição era mais temida, logo a melhor “punição”. Exatamente esta fora preservada pela emissão da súmula 11. Junto com o argumento do princípio da dignidade da pessoa humana, os presos se promovem na preservação “legal” de sua autoridade e a sociedade atingida se vê ultrajada no sentimento da impunidade e, ao mesmo tempo, muitos outros podem se estimular no mesmo caminho do crime compensado e compensador.

A pena aplicada a determinado crime não pode ser estimuladora, não pode deixar indiferente a quem deve temê-la, ou, ainda, corresponder a risco consideravelmente pequeno diante dos benefícios auferidos dos lucros desonestos. Os privilégios a criminosos devem acabar, sem, no entanto, que sejam, questionar seus direitos constitucionais.

Tradicionalmente alguns criminosos eram considerados heróis, portadores de uma glória duvidosa, mas arraigada na sociedade. A inversão dessa condição deve-se sustentar justamente na publicidade feita dos símbolos crime e pena. O crime passa a parecer como uma desgraça e o “malfeitor como um inimigo a quem se reensina a vida social.

Em “*A mitigação das penas*” Foucault constrói a ideia dicotômica representada por valores opostos mediante o estabelecimento da relação entre a atração pela prática de um delito e a desvantagem que torne seu cometimento definitivamente sem atração, mediante o castigo, a pena. Essa relação tem características estáveis, atemporais, desafiadoras do tempo e local.

[Digite aqui]

Para Foucault encontrar para determinado crime o castigo correspondente “importa construir pares de representação de valores opostos, estabelecer um jogo de sinais-obstáculos que possam submeter o movimento das forças a uma relação de poder”.

Está aqui o ponto fora da curva norteadora do poder. O poder judiciário – não legislador – deve, para o bem geral da nação esforçar-se para não extrapolar sua competência constitucional, sob pena de provocar sua própria incredibilidade. Regulando-se, transmitirá aos súditos a segurança jurídica que estes almejam. Claro ficará. Quem cometer o crime poderá ser preso e conduzido algemado. Este símbolo se equipará à grades das cadeias e penitenciárias. Não se pode e nem se deve transigir.

Referências

BITTAR, Eduardo C. B., ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6. Ed. São Paulo, SP. Atlas, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula vinculante nº 11.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. 3ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. (Título Original: Surveiller et punir. Traduzido por Raquel Ramallete). 37. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

SANTOS, E.: GOMES, R.P.B; BENFICA E.M.A.. **Uso de Algemas: O Direito Brasileiro e o Uso de Algemas**. Anais o I Seminário de Iniciação Científica – Faculdade de Direito de Varginha, 2017.

Vade Mecum Saraiva / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Cúria, Livia Céspedes e Fabiana Dias da rocha. – 23. Ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2018.