



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 643-PGR-RG

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE Nº 11/DF

PROPONENTE : CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DOS TRABALHADORES
POLICIAIS CIVIS – COBRAPOL

RELATORA : Ministra **Ellen Gracie**

1. A CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DOS TRABALHADORES POLICIAIS CIVIS – COBRAPOL formulou pedido de cancelamento da Súmula Vinculante nº 11, que regula as hipóteses excepcionais em que é lícita a utilização de algemas, prevendo a necessidade de justificação por escrito para a medida, além de determinar a punição do agente ou autoridade responsável pelo seu uso abusivo.
2. Sustenta a proponente que a súmula violaria o princípio da isonomia, pois, ao priorizar o resguardo do direito à imagem frente à liberdade de informação, teria negligenciado “(...) o direito à segurança e à vida dos Profissionais de Segurança Pública (...)” (fls. 3).
3. Destaca as dificuldades do policial para antever as reações dos diversos indivíduos e decidir sobre a necessidade ou não, em cada situação, do uso de algemas, transcrevendo excertos do artigo “*Psicologia das Algemas*”, do policial civil e psicólogo LUCIANO PORCINCULA GARRIDO, o qual aborda a imprevisibilidade do comportamento humano. Busca, assim, demonstrar a precocidade da edição da súmula, que ocorreu sem a realização de estudo específico ou a participação de operadores ou acadêmicos da área de segurança pública.
4. Alega ter havido ofensa ao princípio da separação dos poderes, devido à suposta usurpação pelo Supremo Tribunal Federal da função precípua do Poder Legislativo de elaboração das leis.

5. Afirma, ademais, não ter sido observado um dos requisitos para a edição de súmula vinculante, qual seja, a reiteração de decisões dessa Corte em matéria constitucional.

6. Sustenta, por fim, ter havido ofensa à presunção de probidade do agente público e de legitimidade dos atos por ele praticados.

7. Quanto à adequação formal do presente pedido de cancelamento de súmula vinculante, a Procuradoria Geral da República alinha-se ao entendimento esposado pelos Ministros RICARDO LEWANDOWSKI (fls. 50/51), JOAQUIM BARBOSA (fls. 53) e ELLEN GRACIE (fls. 56/57), reconhecendo a legitimidade da entidade sindical proponente e a pertinência entre a sua finalidade de representação e o conteúdo da sumula vinculante impugnada, bem como a suficiência de seus fundamentos, conforme se depreende da breve síntese anteriormente exposta.

8. A Súmula Vinculante nº 11 foi editada pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 13 de agosto de 2008, com o escopo de evitar abusos na utilização de algemas, consolidando o entendimento da Corte quanto à sua excepcionalidade.

9. A decisão de editar a súmula foi tomada durante o julgamento do *Habeas Corpus* nº 91.952¹, quando o Plenário dessa Corte anulou a condenação do paciente naquele feito, devido ao fato de o Juízo ter autorizado a colocação das algemas durante seu julgamento, sem que fosse apresentada justificativa suficiente para tanto.

10. Contudo, na sessão de aprovação do texto da Súmula Vinculante nº 11, destacou-se que ela teria por escopo evitar o uso abusivo das algemas não apenas no âmbito do Tribunal Popular, mas, também, durante a execução de prisões cautelares e outros atos processuais – como é o caso das audiências realizadas no juízo criminal comum –, pondo fim, inclusive, ao seu emprego para exposição pública de presos e investigados².

¹ “ALGEMAS - UTILIZAÇÃO. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga. JULGAMENTO - ACUSADO ALGEMADO - TRIBUNAL DO JÚRI. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório.” (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Plenário, julg. em 07/08/2008, DJe nº 241, divulg. em 18/12/2008, publ. em 19/12/2008)

² São elucidativos, nesse sentido, os comentários feitos, naquela ocasião, pelo Ministro GILMAR MENDES: “Na verdade, quando estamos a falar hoje desta questão da algema, na prática brasileira, estamos a falar da aposição da algema para os fins de exposição pública, que foi objeto inclusive de considerações específicas no voto do Ministro Marco Aurélio. De modo que é preciso que estejamos atentos. Certamente temos encontro marcado também com esse tema. A Corte jamais validou esse tipo de prática, esse tipo de exposição que é uma forma de atentado também à dignidade da pessoa humana. A exposição de presos viola a idéia de presunção de inocência, viola a idéia de dignidade

11. Verifica-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal, mediante a edição da súmula vinculante em questão, buscou resguardar a dignidade das pessoas presas e evitar o aviltamento de seus direitos, em especial, de sua intimidade, por meio de sua exposição na mídia.

12. É bem verdade que, em diversas ocasiões, tem havido a desvirtuação do uso das algemas – em especial quando o preso ou investigado é agente político ou pessoa pública com reconhecido poder econômico, bem como quando se trata de crime com certa repercussão na imprensa falada e escrita –, com a indevida exibição da pessoa presa, no intuito de demonstrar a suposta “eficiência” dos profissionais de segurança pública.

13. Não há qualquer dúvida, com efeito, sobre a necessidade de regulamentação do emprego de algemas, uma vez que sua utilização desnecessária ou abusiva viola diretamente a Constituição Federal, que impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, inciso XLIX).

14. Todavia, há que se questionar se tal regulamentação poderia ter sido feita por meio da edição da citada súmula vinculante, levando-se em consideração, inclusive, que se trata, na hipótese, de matéria de natureza penal.

15. Como é sabido, o instituto da súmula vinculante foi introduzido no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 45/2004, no intuito de otimizar a prestação jurisdicional e dirimir controvérsias por meio da vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal quanto a determinadas matérias de índole constitucional³.

16. Assim sendo, não há que se falar, em um primeiro momento, em ofensa ao princípio da separação de poderes, pois tal separação deve ser entendida conforme sua descrição no texto constitucional. De fato, considerando que é a própria Constituição que

da pessoa humana, mas vamos ter oportunidade, certamente, de falar sobre isto.

Neste caso específico, a aplicação da algema já é feita com o objetivo de violar claramente esses princípios. Em geral, já tive a oportunidade de dizer, algemar significa expor alguém na televisão nesta condição, ou prender significa hoje algemar e colocar alguém na televisão.” (DJe nº 214/2008, p. 18) (grifo nosso)

³ Art. 103-A. “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

admite referido instituto, caem por terra os argumentos apriorísticos relativos à usurpação da função típica de elaboração das leis do Poder Legislativo pelo Supremo Tribunal Federal, desde que observados os requisitos previstos pelo Poder Constituinte Derivado Reformador.

17. É bem verdade que, nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988, compete privativamente à União legislar sobre direito penal e processual penal. A edição de súmula vinculante, no entanto, não consiste em atividade legislativa.

18. Assim, contanto que atendidos os requisitos trazidos pelo artigo 103-A da Constituição Federal, é possível, excepcionalmente, a edição de súmula vinculante sobre matéria criminal. Dito de outra forma: a edição de súmula vinculante referente a questões criminais somente mostra-se cabível quando a matéria penal ou processual penal tenha sido constitucionalizada.

19. Quanto a esses requisitos, assiste razão à entidade sindical proponente, pois não há “reiteradas decisões” do Supremo Tribunal Federal ou “controvérsia atual” que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas relacionadas à utilização das algemas, além do que é bastante questionável o seu enquadramento como matéria de caráter constitucional. De se indagar, outrossim, se a súmula teve por objetivo a “validade, interpretação e a eficácia” de alguma norma determinada.

20. Constam como precedentes para a elaboração da Súmula Vinculante nº 11, a par do *Habeas Corpus* nº 91.952, cujo julgamento ocorreu em 7 de agosto de 2008, apenas o *Habeas Corpus* nº 89.429, julgado em 22 de agosto de 2006⁴, o *Habeas Corpus* nº 71.195, julgado em

⁴ “HABEAS CORPUS. PENAL. USO DE ALGEMAS NO MOMENTO DA PRISÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA EM FACE DA CONDUTA PASSIVA DO PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES. 1. O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes. 2. Habeas corpus concedido.” (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJ de 02/02/2007)

25 de outubro de 1994⁵, e o Recurso em *Habeas Corpus* nº 56.465, julgado em 5 de setembro de 1978⁶.

21. Constatase, ainda, a partir da observação das datas dos julgamentos, que não se pode falar em uma “controvérsia atual”, consoante a dicção do art. 103-A, § 1º, da Constituição Federal, na utilização de algemas por profissionais de segurança pública.

22. É bem verdade que apenas nos dois primeiros julgados em questão essa Supremo Corte considerou abusivo o emprego das algemas. Nos dois últimos, devido às peculiaridades dos casos concretos, considerou não ter havido constrangimento ilegal aos pacientes.

23. Entretanto, ao invés de tal realidade retratar a existência de uma verdadeira “controvérsia” sobre o uso das algemas, demonstra, na verdade, o reiterado entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao caráter extraordinário de sua utilização e a impossibilidade de regular-se aprioristicamente o seu emprego, dada a diversidade das várias situações em que autoridades e outros agentes públicos vêm-se obrigados a ponderar se devem ou não servir-se de tal instrumento, ferramenta operacional destinada à preservação da segurança e integridade física de todos envolvidos na diligência policial ou ato processual.

24. Por isso mesmo, diante da ampla repercussão prática da súmula vinculante no âmbito do sistema de justiça criminal, de fato teria sido relevante, como destacou a entidade sindical proponente, até mesmo para fins de garantir legitimidade ao teor da súmula em questão, que tivesse sido aberta a possibilidade de manifestação de determinados setores da sociedade – de que são exemplo a Polícia Civil, a Polícia Militar, a Polícia Federal, a OAB e as associações de proteção aos direitos humanos –, antes da edição de seu enunciado.

25. Destaque-se, ainda, nesse contexto, que, se a finalidade da edição da súmula foi o de amenizar a insegurança jurídica envolvendo o tema do emprego das algemas, dificilmente tal objetivo será alcançado. É que, salvo o caso de resistência, os demais critérios previstos na Súmula

⁵ “HABEAS CORPUS. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. PROTESTO POR NOVO JÚRI. PENA INFERIOR A VINTE ANOS. UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS NO JULGAMENTO. MEDIDA JUSTIFICADA. I - No concurso material de crimes considera-se, para efeito de protesto por novo júri, cada uma das penas e não sua soma. II - O uso de algemas durante o julgamento não constitui constrangimento ilegal se essencial a ordem dos trabalhos e a segurança dos presentes. Habeas corpus indeferido.” (Rel. Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, DJ de 04/08/1995)

⁶ “Não constitui constrangimento ilegal o uso de algemas por parte do acusado, durante a instrução criminal, se necessário a ordem dos trabalhos e a segurança testemunhas e como meio de prevenir a fuga do preso. Inépcia da denúncia não comprovada. RHC improvido.” (Rel. Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, DJ de 06/10/1978)

para que seja considerada justificada a excepcionalidade do uso de algemas – ou seja, o fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física do preso ou de terceiros – são bastantes subjetivos.

26. Quanto ao requisito constitucional, que impõe que a súmula vinculante tenha por objetivo “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas” (art. 103-A, § 1º), é bem verdade que durante os debates ocorridos na sessão em que se definiu o referido verbete sumular, os Ministros do Supremo Tribunal Federal fizeram menção aos incisos III⁷ e XLIX⁸ do art. 5º da Constituição Federal para justificar a sua edição.

27. Além disso, a doutrina aponta os arts. 284⁹ e 292¹⁰ do Código de Processo Penal, que tratam do uso restrito da força quando da prisão de uma pessoa, como as normas legais cuja interpretação teria sido diretamente objetivada pela Súmula Vinculante nº 11 – embora, por ocasião de tais debates, tais artigos sequer tenham sido mencionados.

28. Vale notar, todavia, que tais dispositivos da lei processual penal, tal qual os incisos do art. 5º da Constituição Federal, anteriormente citados, não tratam especificamente da questão do uso das algemas por autoridades e demais agentes públicos.

29. Com efeito, como chegou a destacar a entidade sindical proponente, a única norma penal a tratar da matéria até o julgamento do *habeas corpus* nº 91.952 era o art. 199 da Lei nº 7.210/84, o qual determina que o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal. E, como é sabido, tal decreto ainda não foi editado.

30. Vê-se, portanto, que não foi observado o requisito previsto no artigo 103-A, §1º, da Constituição Federal, pois não há no ordenamento jurídico pátrio, uma norma determinada de caráter geral que discipline o uso de algemas – já que o art. 474, § 3º, do Código de Processo Penal, conforme será abordado em seguida, limita-se a regular os processos de competência do Tribunal do Júri –, quanto mais que determine a necessidade de que sua utilização seja justificada por escrito.

⁷ “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

⁸ “É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.”

⁹ “Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.”

¹⁰ “Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.”

31. Conclui-se, portanto, que a súmula vinculante criou uma condição para o uso de algemas que não estava prevista na legislação ordinária. Assim, teria o Supremo Tribunal Federal inovado o ordenamento jurídico, ultrapassando, como destacou a entidade sindical proponente, os limites constitucionais de sua competência, uma vez que não pode atuar como legislador positivo.

32. Tal observação também se aplica à previsão no enunciado da Súmula Vinculante nº 11, da extensão da sanção de nulidade aos atos processuais praticados com o investigado ou réu algemado em procedimentos não afetos ao Júri.

33. Isso porque, se é plausível que os jurados possam vir a ser influenciados pelo fato do réu estar algemado, questão abordada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* nº 91.952, em outras hipóteses – como é o caso da prisão em flagrante ou da presença em audiência para oitiva de testemunhas – não há qualquer relação entre a prova produzida e a utilização de algemas.

34. Em tais casos, ainda que tal uso seja tido por indevido, em nada afetará a produção da prova, o exercício do contraditório ou da ampla defesa nem tampouco a formação do convencimento do Juiz. De fato, se o crime não for doloso contra a vida, o julgamento será presidido por um agente especializado, ou seja, por um juiz togado, que sabe que o fato de o réu estar algemado encontra justificativa nas circunstâncias do caso concreto, e que não se presume a sua culpabilidade.

35. Em verdade, o mero uso de algemas em atos processuais não pode implicar, por si só, em nulidade, até mesmo tendo em vista o que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal, “*(n)enhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*”.

36. Não por acaso o legislador ordinário, pouco antes da edição da Súmula Vinculante nº 11, limitou-se a regular a matéria apenas no âmbito do Tribunal do Júri, ao editar o art. 474, § 3º, dispondo que “*não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes*”, e o art. 478, o qual determina que “*durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: 1 – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas*

como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado”.

37. Vale notar, ainda, no que se refere à previsão de que, se houver emprego abusivo das algemas, a autoridade responsável responderá penal, civil e administrativamente por seus atos, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado, a Súmula Vinculante nº 11 não trouxe nada de novo, pois, em caso de constrangimento ilegal, continuam a ter aplicação as sanções penais, administrativas e civis previstas na legislação pertinente, merecendo destaque a Lei nº 4.898/65.

38. Na verdade, uma análise do ordenamento jurídico vigente, com a consideração dos diversos princípios jurídicos direta ou indiretamente relacionados à matéria – como o da dignidade da pessoa humana, da presunção da inocência, da proporcionalidade, entre outros – leva a crer que já existem regras suficientes para o uso moderado das algemas – entre eles, os já citados arts. 284 e 292, ambos do Código de Processo Penal –, que nunca foi, portanto, desregrado ou arbitrário. Tanto é assim que essa Suprema Corte jamais validou o uso abusivo de tal instrumento, como chegou a destacar o Ministro GILMAR MENDES na sessão da edição do verbete sumular¹¹.

39. Dessa feita, verifica-se que a Súmula Vinculante nº 11 não trouxe qualquer novidade, a despeito do seu nobre intento de consolidar o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à excepcionalidade do emprego de algemas, pondo fim, entre outras coisas, ao sensacionalismo feito pela mídia quando uma prisão ou outro ato processual é realizado.

40. Não há dúvida de que a utilização de algema com o objetivo de expor a figura do preso ou investigado a situação vexatória é conduta reprovável, merecendo seu autor reprimenda, após a observância do devido processo legal. Trata-se de hipótese de mera aplicação da legislação vigente.

41. Vê-se, portanto, que, não há maiores justificativas para a permanência da Súmula Vinculante nº 11 no ordenamento jurídico pátrio, até mesmo pela abrangência de seu teor, que, a par de uma genérica sanção de nulidade, estabelece restrições ao uso de algemas, olvidando a variedade das situações fáticas e a realidade do cotidiano da autoridade policial e demais agentes públicos.

¹¹ Conferir nota nº 2.

42. Sobre o tema, importa ressaltar os argumentos expendidos pelo então Procurador-Geral da República ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA por ocasião da elaboração do texto definitivo da Súmula Vinculante nº 11:

“(...) do ponto de vista da situação fática, considero relevante observar que uma circunstância é aquela em que o réu é levado, pela prática de um ato processual, a uma audiência judicial em que há uma prévia preparação, designação, de modo que o próprio juiz pode tomar providências para adequar a segurança à presença do réu sem algemas – e aí a razão da norma que está em vigor a partir do dia 10. A outra hipótese é aquela em que o agente público, ao cumprir um mandado judicial de constrição da liberdade, gera uma situação de tensão natural entre aquele que será privado da sua liberdade, situação essa potencialmente conflituosa.

A preocupação do Ministério Público, exatamente porque tem atribuições de controle externo, é porque, nessa segunda situação, a observância dessa regra gera maior tensão. Porque a própria avaliação de quem fará a prisão pode se frustrar diante de uma compreensão equivocada da conduta da própria pessoa ou de quem estiver próximo. É uma preocupação com a aplicação do comando dessa súmula em face de situações concretas. Da mesma maneira que se preserva, com razão, a dignidade da pessoa humana – e o Ministério Público está ao lado dessa tese –, também temos de ter a consciência de que não podemos partir da presunção contrária de que o agente do Estado – o policial –, quando cumpre com os seus deveres, também estaria, presumidamente, violando a regra.

(...)

A preocupação do Ministério Público é no sentido de que essa ponderação se faça com o mesmo rigor da aplicação desse enunciado, porque, se há hipótese de descumprimento, de violação – não do comando constitucional, na verdade, mas do enunciado da súmula –, ela também não pode gerar uma situação de desestabilização do trabalho do Estado quando age nessa função importante de manter a segurança e de dar apoio à atuação jurisdicional de persecução penal. A preocupação do Ministério Público é esta: vamos agir, devemos agir, mas todo o Judiciário deve estar consciente de que, como pode haver o desvio de um lado, pode também o agente colaborar nesse sentido.

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

Então, é só uma ponderação da atuação do Ministério Público diante deste contexto. Não podemos viabilizar esse interesse não só estatal, mas também da própria sociedade, de conter a criminalidade e usar, quando necessário, a força na exata medida.” (DJe nº 214/2008, p. 18) (grifo nosso)

43. Com o cancelamento de referido verbete sumular, tal como ocorria anteriormente, incumbirá ao próprio profissional de segurança

pública, no momento da ação, ou ao magistrado, durante a audiência, avaliar se as circunstâncias justificam ou não o emprego de algemas como meio necessário para neutralizar a resistência, impedir a fuga ou evitar que o preso ou investigado ponha em risco a integridade física própria ou alheia.

44. Assim, vários são os motivos para o cancelamento da Súmula Vinculante nº 11, inclusive, resguardar a possibilidade dos profissionais de segurança pública utilizarem as algemas de forma legítima e condizente com a realidade de sua atividade, pois como destacou o Ministro CEZAR PELUSO na sessão em que definido o teor de seu texto,

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

Nos casos de dúvida, a interpretação tem sempre de ser a favor do agente do Estado, porque realmente é situação perigosa a de conduzir preso. Não se trata de ato anódino (...).” (DJe nº 214/2008, p. 18) (grifo nosso)

45. Diante do exposto, o Procurador-Geral da República manifesta-se favoravelmente ao cancelamento da Súmula Vinculante nº 11.

Brasília, 26 de outubro de 2009

ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA