

SÚMULA VINCULANTE Nº 11 (STF), IMPOSIÇÃO DAS ALGEMAS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA¹

BINDING OPINION N. 11 (BRAZILIAN SUPREME COURT), IMPOSITION OF HANDCUFFS AND DIGNITY OF THE MANKIND

Ingo Wolfgang Sarlet²

Jayme Weingartner Neto³

Resumo

O texto investiga em que medida o princípio da dignidade da pessoa humana, na base da Súmula vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, implica determinada orientação jurisprudencial quanto às consequências da falta de fundamentação no uso de algemas. Ao distinguir três principais hipóteses fáticas, postula-se solução diferenciada que, no caso das audiências de instrução de processos que não da competência do Tribunal do Júri, significa nulidade a ser arguida pela defesa e com indicação de prejuízo, pena de preclusão.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana; Algemas; Súmula Vinculante; Supremo Tribunal Federal.

Abstract

This paper investigates to what extend the principle of the dignity of the human person, on the basis of the Binding Opinion n. 11 from the Brazilian Federal Supreme Court, implies certain jurisprudence concerning the consequences of the justification of the usage of handcuffs. While making a difference between three major factual alternatives, the claim is to apply a different solution which, in the case of hearings related to law procedures not submitted to the jurisdiction of the Jury, consists in nullity that needs to be argued by the defendant indicating concrete harm.

Keywords: Dignity of The Human Person; Handcuffs; Binding Opinion; Brazilian Federal Supreme Court.

Sumário: 1 Considerações introdutórias e delimitação do tema; 2 Dignidade da Pessoa Humana como proibição de humilhação e tratamento desumano e degradante e edição da Súmula Vinculante nº 11; 3 A violação da Súmula nº 11 do STF e o problema do alcance da sanção da nulidade do ato processual; 4 Considerações finais; 5 Referências.

¹ Artigo recebido em: 07/06/2016. Aceito para publicação em: 10/06/2016.

² Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität München. Professor Titular da Faculdade de Direito da PUCRS, Professor na Escola Superior da Magistratura do RS (AJURIS), Desembargador do TJRS. E-mail: <iwsarlet@gmail.com>.

³ Mestre (Coimbra) e Doutor em Direito (PUCRS). Professor Adjunto da UNILASSALE. Desembargador do TJRS. E-mail: <jweingartner@mp.rs.gov.br>.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS E DELIMITAÇÃO DO TEMA

A extensão e a eficácia da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal (doravante, STF), que trata do uso de algemas, vêm sendo objeto de amplo debate, de modo especial em sede jurisdicional, considerando a repercussão prática do referido enunciado vinculativo. Abstraindo-se aqui a discussão em torno do instituto das súmulas vinculantes (por si só objeto de acirrada controvérsia, inclusive no plano doutrinário) em geral e da oportunidade e conveniência da edição de uma súmula buscando regular o uso de algemas em particular, o que se busca tematizar neste ensaio é *em que medida o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de uma proibição de tratamento humilhante e degradante* (o que, desde logo, se assume como sendo a motivação e objetivo precípuo da Súmula nº 11) *implica determinada interpretação e aplicação do enunciado vinculativo por parte dos órgãos jurisdicionais ordinários*, especialmente quando agregam, no exame dos casos concretos, consequências não necessariamente cogentes, porquanto não explicitadas no texto da Súmula, para além de não encontrarem suporte na própria jurisprudência dominante no STF sobre tais aspectos. Explica-se:

De acordo com o que dispõe a Súmula Vinculante n. 11 do STF, que aqui se transcreve na íntegra:

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.

Do enunciado, destaca-se (sem prejuízo da polêmica em torno de eventual inversão promovida pelo STF ao afirmar o caráter excepcional do uso das algemas e não o contrário) precisamente a parte que diz respeito às *consequências cominadas pelo STF no caso de falta de fundamentação por escrito e adequada da excepcionalidade do uso de algemas* (nos casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou de terceiros), quais sejam, a possibilidade de responsabilização disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade que determinou o uso das algemas, bem como a nulidade da prisão ou do ato processual a que esta se refere, tudo sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Reduzindo ainda mais o espectro da investigação, o que nos move é especificamente a discussão sobre a *natureza (e consequências) da nulidade do ato processual praticado ao arrepio da Súmula*, pois embora o STF (como, de resto, o próprio STJ) – como será desenvolvido logo adiante – venha decidindo que se cuida de nulidade relativa, dependente da demonstração em concreto de prejuízo, não faltam decisões de Tribunais (em caráter ilustrativo, mas com particular ênfase, a exemplo das proferidas pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS) que anulam de ofício o ato processual (interrogatório e/ou audiência de instrução), portanto, sem que tenha mesmo havido requerimento da parte no sentido de que fosse justificado em audiência o uso das algemas, mas inclusive à míngua de pedido de cominação da sanção da nulidade em momento posterior, *v.g.*, nas alegações finais ou mesmo em sede recursal⁴.

Sumariamente esboçado o problema específico que nos motiva e passando, na sequência, a estruturar a narrativa responsiva, o que se pretende sustentar, em síntese, é não apenas (1) a necessidade de uma *interpretação prudente* da Súmula nº 11, buscando sempre preservar a sua função *concretizadora* de manifestação essencial à *dignidade da pessoa humana* (2), mas especialmente apresentar e discutir os principais argumentos esgrimidos no âmbito da *querela jurisprudencial* em torno da natureza da *nulidade* ensejada pela falta ou inadequação e mesmo insuficiência da fundamentação adotada para justificar a excepcional utilização das algemas por determinação de agente ou autoridade público (3), ao que seguirá uma breve síntese *conclusiva* (4).

Registra-se, por oportuno, que mais do que uma análise baseada em levantamento bibliográfico geral e específico, cuida-se especialmente de uma discussão dos principais argumentos vertidos pelos agentes do Poder Judiciário, a partir, como já lembrado, dos precedentes da 3ª Câmara Criminal do TJRS, sempre em diálogo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, tudo tendo como eixo a dignidade da pessoa humana e sua significação concreta nas hipóteses que envolvem o uso de algemas.

⁴ Cf., em caráter ilustrativo, Apelação Crime nº 70052573169, Rel. Des. João Batista Marques Tovo, j. 14/3/2013; Apelação Crime nº 70053096376, Rel. Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, j. 14/3/2013; Apelação Crime nº 70053442240, Rel. Des. João Batista Marques Tovo, j. 14/3/2013; Apelação Crime nº 70053482717, Rel. Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, j. 25/4/2013.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PROIBIÇÃO DE HUMILHAÇÃO E TRATAMENTO DESUMANO E DEGRADANTE E EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11

A dignidade da pessoa humana assume, para além da condição de valor e de imperativo deontológico, particular feição e assume múltiplas funções na ordem jurídico-constitucional. A exemplo do que se verifica em outros lugares, com destaque aqui para o paradigma da Lei Fundamental da Alemanha e da doutrina e da jurisprudência constitucional germânicas, que, como é notório, influenciaram profundamente a evolução constitucional ocidental subsequente, a dignidade da pessoa humana ocupa, em primeira linha, a posição de *princípio objetivo fundamental e estruturante do sistema constitucional brasileiro* (artigo 1º, III, CF/88), servindo, nesse sentido, como critério material da interpretação e aplicação dos demais direitos e garantias fundamentais e da ordem jurídica em sua totalidade. Mas a articulação do princípio da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais não se esgota nessa função de matriz jurídico-objetiva, porquanto a dignidade da pessoa humana opera também como *fundamento e conteúdo de direitos*, ainda que não de todos os direitos fundamentais⁵. Por outro lado, no concernente à sua estrutura normativa, a exemplo do que ocorre com as normas de direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana poderá assumir a *dupla condição de princípio e de regra*⁶, como, na segunda hipótese, bem ilustra a proibição categórica e universal da tortura e de toda forma de tratamento desumano e degradante, textualmente consagrada no artigo 5º, III, da CF/88. À vista de tal exemplo já é possível justificar que também no Brasil a dignidade da pessoa humana é tanto princípio geral e objetivo da ordem jurídico-constitucional quanto norma de direito fundamental, seja na condição de cláusula geral e inclusiva de posições subjetivas fundamentais autônomas, seja, como já referido, pelo fato de – a depender do caso – coincidir com o núcleo essencial de outros direitos fundamentais que correspondem, como no exemplo da proibição da tortura e do tratamento desumano e degradante, a recortes autônomos que correspondem a determinadas exigências essenciais à dignidade da pessoa humana.

⁵ Cf. a posição adotada pelo primeiro autor, Sarlet, 2012, p. 100 e ss.

⁶ Cf. Na literatura brasileira v., em ordem cronológica quanto à recepção e defesa da correspondente posição adotada por Robert Alexy, Sarlet, 2010, p. 86 e ss. (note-se que a primeira edição da obra remonta a 2001), bem como Silva, 2009, p. 200-2002.

Considerando que a dignidade da pessoa humana é uma *categoria aberta* e que - embora fortemente condicionada por uma determinada tradição filosófica de matriz Kantiana (apenas para referir o autor mais citado e que representa um marco central embora não exclusivo para o tema da dignidade humana) - tem sido objeto de um processo de permanente *reconstrução e densificação* quanto ao seu significado concreto, notadamente para o Direito e no que diz com a definição das situações que configuram sua violação, inevitável e mesmo necessário que os agentes e órgãos do Poder Judiciário, em especial os que exercem a jurisdição constitucional, tenham um papel de destaque nesse processo.

É exatamente o que ocorreu com o gradativo reconhecimento de uma função defensiva da dignidade da pessoa humana, no sentido de uma blindagem contra intervenções por parte dos poderes públicos e atores privados, especialmente quando em causa situações de notória violação de seus elementos essenciais, designadamente, quando em causa a redução da pessoa (concebida como sujeito autônomo ou pelo menos potencialmente racional e autônomo) à condição de mero objeto da ação alheia, o que deu ensejo à consagração, pelo menos na Alemanha, da difundida fórmula (Günter Dürig) do homem-objeto, como critério (não único, embora relevante) material e tópico para identificar *violações da dignidade humana*⁷. Nessa perspectiva, toda e qualquer instrumentalização ou reificação do ser humano, como se verifica justamente nas hipóteses da redução à condição de escravo, da tortura e de tratamentos tidos como desumanos ou degradantes, gradativamente incorporada aos textos constitucionais, à legislação interna dos Estados e ao sistema supranacional de proteção dos direitos humanos, configura já e sempre uma violação da dignidade da pessoa humana aqui compreendida como regra impeditiva de determinadas condutas, como bem ilustra o enunciado do artigo 5º, III, da Constituição Federal de 1988.

Mas além da circunstância de que tortura, tratamento desumano e degradante são ainda cláusulas carecedoras de definição e concretização quanto ao seu próprio e particular suporte fático, não se trata, a enumeração, de um *numerus clausus*. Com efeito, o reconhecimento de um número

⁷ Cf. Dürig, 1956, p. 127.

significativo de outras hipóteses nas quais está em causa a condição da dignidade da pessoa humana como *critério material para a blindagem contra intervenções na esfera pessoal*, como se verifica justamente no caso da proibição de tratamento humilhante (modalidade de tratamento degradante, se assim preferirmos), encontra-se em *aberto para a regulação pelo legislador e proteção por parte dos órgãos jurisdicionais*. Aliás, este precisamente o mote do enunciado sumular do STF ora objeto de nossa análise, muito embora se deva reconhecer que a utilização de algemas quando da detenção de alguém pela autoridade pública (seja policial, seja judiciária) não corresponda, no plano do direito comparado, a uma reconhecida intervenção na dignidade da pessoa humana, mas sim, a depender do caso, modo e circunstâncias da imposição do uso de algemas, como, v.g., na exposição midiática do preso, hipótese que também se revelou relevante quando da edição da Súmula nº 11 do STF.

À vista do exposto, para melhor compreensão da *ratio* subjacente ao enunciado sumular ora comentado, vale reconstruir a própria trajetória e o contexto que ensejou não apenas a sua edição, mas também o seu particular conteúdo, que assumiu caráter analítico e não se limitou a proscrever o uso de algemas de forma degradante e/ou humilhante, com o que estaria preservada uma ampla e desejável margem de apreciação aos agentes policiais e em especial jurisdicionais.

Em primeiro lugar, cumpre lembrar a intensa *polêmica* que cercou a edição da aludida Súmula, parcialmente evocada pela simples leitura da sessão plenária de 13/8/2008, na qual o STF debateu e aprovou o teor vinculante. O estopim, como se sabe, foi o HC 91.952, julgado seis dias antes (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/8/2008), caso de julgamento perante o Tribunal do Júri, no interior paulista, no âmbito do qual a defesa postulara expressamente, na abertura dos trabalhos, que o réu fosse liberado das algemas, diante da influência negativa que a figura a ferros causaria nos jurados⁸.

⁸ Nos debates, o Min. Relator, ao concordar com a Min. Carmen Lúcia, que relatou antigo e impressionante impacto negativo que tivera, na infância, ao ver um réu algemado num júri, acrescentou: “Foi o impacto que tive, quando presidente da Corte, ao ver descer de um avião, algemado, um ex-governador e ex-senador da República. E a minha expressão foi de carioca: ‘isso é uma presepada’.” (p. 873). E, mais adiante (p. 883): “Penso que houve, em relação a um acusado, até aqui simples acusado que foi resgatado de Mônaco, a formalização de *habeas* para não ser nem algemado nem filmado.”

Mas o *contexto* que efetivamente determinou a edição da Súmula era outro, designadamente o da *exposição pública das pessoas presas e algemadas pelos meios de comunicação*, como se extrai da seguinte manifestação do 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 (...) algemar significa expor alguém na televisão nesta condição, ou prender significa hoje algemar e colocar alguém na televisão” (STF, DJe nº 214/2008, p. 18, Min. Gilmar Mendes). Aliás, é de se recordar que parte da opinião pública, à época, referia-se – de modo em geral crítico! - à súmula como “Cacciola/Dantas” (como se o enunciado normativo tivesse o intuito de proteger os mais abastados e determinadas autoridades públicas), mas, a despeito disso, o fato é que, na esfera pública, passaram a ser debatidos os riscos e limites de um estado policialesco e o acirramento da espetacularização midiática da persecução penal.⁹

Neste cenário, o STF, de ofício, aprovou a indigitada súmula. Para demonstrar as “reiteradas decisões em matéria constitucional” (CF, art. 103-A, *caput*), a Corte indicou mais duas decisões proferidas pelo STF já sob a égide da Constituição Federal de 1988. No primeiro caso, o HC 89.429, Rel. Min. Carmen Lúcia (2007), foi concedido salvo-conduto para que o Conselheiro Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (como já ocorrera com o Presidente do Tribunal de Justiça de Rondônia, HC 89.416), não fosse algemado nem exposto à exibição perante as câmeras da imprensa quando de sua transferência/condução da Superintendência da Polícia Federal, em Brasília, para ser ouvido no STJ. No outro julgado, mais antigo, o HC 71.195, Rel. Min. Francisco Rezek, também atinente ao Tribunal do Júri, a defesa alegara que o réu permaneceu algemado durante o plenário, mas o *writ*, contudo, foi indeferido, sendo a alegação de motivo de segurança considerada suficiente pelo STF, que observou que, no plenário, a defesa concordou com a manutenção das algemas. Soma-se ao quadro uma terceira decisão, que, entretanto, remonta ao longínquo ano de 1978 (RHC 56.465, Rel. Min. Cordeiro

⁹ Para uma visão mais detalhada do fenômeno da espetacularização da comunicação social, bem como para situar a crônica policial e processual no âmbito da liberdade de imprensa, confira-se Weingartner Neto, 2002, p. 108 e ss. e 261 e ss., respectivamente.

Guerra), caso referente a audiência de instrução na qual o réu estava algemado e na qual foi inquirida testemunha. Também neste caso a alegação de constrangimento foi afastada, não restando claro se houve postulação da defesa quando da audiência ou apenas em sede recursal ou de posterior revisão criminal.

A partir de tais precedentes, bem como mediante referência aos artigos 1º, III, 5º, III, X e XLIX, da CF; art. 350 do Código Penal, art. 284 do CPP, art. 234, § 1º; do Código de Processo Penal Militar, bem como o art. 4º, “a”, da Lei nº 4.898/1965, como se tratando de normas em torno das quais havia “controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (§ 1º do art. 103-A da CF, grifei), é que o STF justificou a edição da Súmula nº 11.

À vista do exposto, o que se verifica é que o STF redigiu uma norma restritiva do uso de algemas, cujo preceito pode assim ser formulado: *não use algemas sem necessidade*, visto que a técnica redacional avançou as três exceções que tornam lícita a utilização de algemas: casos de resistência; fundado receio de fuga; fundado receio de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros. Quanto ao *valor/princípio subjacente à norma* (o que se extrai dos dispositivos constitucionais citados) resulta evidente que se trata da *dignidade da pessoa humana*.

Por outro lado, embora não explicitado no texto sumular, é possível, como já adiantado, afirmar que o enunciado vinculante também enseja a seguinte variante normativa: *não use algemas para humilhar*, vedando a prática de atos degradantes e desumanos, que violam a dignidade da pessoa humana.

Assim, embora *questionável se o uso em si de algemas já representa uma violação da dignidade da pessoa* (o que, se for admitido como correto, implica afirmar que a absoluta maioria dos Estados e de suas ordens jurídicas chancela prática indigna), o que merece destaque, sem prejuízo de outros aspectos a serem discutidos e da correção do uso do instituto da Súmula no caso, é a mensagem clara de que a humilhação pura e simples, o uso desnecessário e, portanto, abusivo, de algemas ou mesmo outros meios que reduzem a pessoa à condição de objeto ou limitam fortemente sua capacidade

de ação e liberdade, assim como a exposição pública e não raras vezes para efeitos “midiáticos” (reforçando o argumento da humilhação) da pessoa algemada devem ser repudiados¹⁰.

Para fechar esta primeira etapa e sem adentrar mais a fundo a discussão, que desborda do escopo do presente ensaio, ao que parece – e aqui em apertada síntese - a *violação da dignidade da pessoa humana*, na acepção sumulada do STF, reside na *imposição arbitrária*, porquanto *desnecessária e não devidamente justificada, das algemas e não no uso em si de tal método de contenção*. Dito de outro modo, eventual constrangimento físico e moral do preso, a prevalecer tal orientação, igualmente restaria configurado apenas quando não justificado (por escrito) o uso excepcional e necessário das algemas, mas não em virtude do uso das algemas em si.

Feitas tais considerações sobre a origem e finalidade da Súmula nº 11 e a sua imbricação (pelo menos em determinado sentido polêmica) com a dignidade da pessoa humana, é o caso de, no próximo segmento, avançarmos com o estudo de caso a que nos propusemos na introdução, qual seja, o da adequada compreensão das consequências, em particular a nulidade do ato processual, cominadas pelo enunciado normativo do STF.

3 A VIOLAÇÃO DA SÚMULA Nº 11 DO STF E O PROBLEMA DO ALCANCE DA SANÇÃO DA NULIDADE DO ATO PROCESSUAL

A Súmula nº 11 do STF, já reproduzida na íntegra no capítulo introdutório, estabelece a sanção da nulidade da prisão e do ato processual à qual esta se refere quando não justificada por escrito a excepcionalidade do uso das algemas, de acordo com os parâmetros fixados pelo próprio enunciado vinculante. O STF, contudo, *não especificou a natureza da nulidade*, se absoluta ou relativa, de tal sorte que em sede das instâncias judiciais ordinárias, tal sanção passou a ser objeto de diferenciado e controverso tratamento à luz das circunstâncias de cada feito.

Exemplo disso pode ser identificado na atual orientação imprimida, por maioria, pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,

¹⁰ Cf. manifestação anterior do autor Sarlet, 2010, p. 154.

onde a nulidade tem sido decretada de ofício, portanto, sem requerimento das partes, em geral por ocasião do ato processual no qual o réu é interrogado (mas poderia tratar-se de apenas algemado atuando como testemunha), presumindo-se, *na falta de qualquer justificativa quanto ao uso excepcional das algemas, a configuração de constrangimento físico e moral do preso*, desconstituindo-se a sentença para fins de renovação da instrução, o que, de acordo com tais decisões, se reveste também de caráter pedagógico (Cf. Apelação Crime nº 70053096376, Relator Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, j. 28/3/2013).

A despeito da suposta bondade intrínseca de tal linha argumentativa, que tem por consequência – registre-se de passagem – a renovação de atos instrutórios, o prolongamento do feito e, eventual e paradoxalmente, a depender do caso, inclusive maior constrangimento para o réu! – é necessário avançar com a reflexão, à vista *dos evidentes limites pragmáticos e teóricos de tal posicionamento*, dentre os quais a circunstância de que se está a contornar a questão de qual espécie de nulidade se trata, isto é, se absoluta ou relativa, descurando-se inclusive do tratamento que os tribunais superiores têm dado ao regime do prejuízo e, ainda, resvalando-se para um domínio de precedência absoluta da forma, sem espaço para qualquer ponderação.¹¹ Já por tais razões, temos que é imperativo enfrentar o problema de maneira sistemática e com maior fôlego, no escopo de clarear as necessárias distinções para uma resposta satisfatória às tensões postas pela incidência da súmula vinculante em tela no processo penal brasileiro.

É necessário, portanto, distinguir as diversas configurações fáticas e o seu respectivo e necessariamente peculiar enquadramento normativo e argumentativo. Num primeiro passo, é o caso de deslindar o *alcance do programa normativo estabelecido pelo preceito pretoriano, que condiciona o uso das algemas às hipóteses enunciadas na Súmula*. Em segundo lugar, percebe-se que o STF estabeleceu uma *condição de controle*, de aferição da inescapável margem de aplicação concreta pela autoridade policial ou judicial, qual seja, *a justificação da excepcionalidade por escrito*. Já no terceiro

¹¹ Com tal premissa, o autor Jayme Weingartner Neto inaugurou voto divergente no âmbito da Terceira Criminal, HC nº 70054530308, Rel. Des. João Batista Marques Tovo, j. 21/5/2013.

momento, cuida-se de aplicar *as sanções previstas na Súmula*: (i) responsabilidade (disciplinar, civil e penal) do agente/autoridade; e (ii) nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere; sem prejuízo (iii) da responsabilidade civil do Estado.

À vista do exposto, é essencial desembaralhar os termos dessa complexa equação normativa. Com efeito, violar a súmula, na sua integridade, configura uma ilicitude, já que, à evidência, não se trata, propriamente, de uma ilegitimidade processual. Necessário frisar, todavia, que o preceito pode estar atendido (as algemas foram usadas em caso de necessidade) sem que a condição de controle tenha sido preenchida (ausência de fundamentação), de modo a configurar, nesta hipótese, uma ilicitude parcial. O que aqui se sugere, nesta senda, é que o ilícito, em si, total ou parcial, não é refratário à modulação de efeitos processuais (nulidade absoluta ou relativa) e tampouco à aplicação proporcional das sanções disciplinares, civis e penais ao agente (cumuladas ou selecionadas), em ambos os casos (ou num e noutro), eventualmente ainda em concurso com a responsabilidade civil do Estado.

Tais considerações, embora sumárias, permitem seguir com a análise para efeitos de, considerando a experiência acumulada nas lides forenses, identificar *três distintas e principais situações que integram o suporte fático da Súmula Vinculante nº 11 e que desafiam tratamento igualmente diferenciado* sem que se esteja a abrir mão da aplicação do enunciado vinculante.

O primeiro caso diz com o uso das algemas para efeitos *eminentemente (ou pelo menos cumulativamente) midiáticos*,¹² em geral patrocinadas pela autoridade policial, situação na qual verificada a humilhação e nuclearmente violada a dignidade do preso. Neste caso, resta configurada nulidade absoluta por afronta direta dos arts. 1º, III, e 5º, III (tratamento degradante), X (honra e imagem, pelo menos) e XLIX (desrespeito à integridade moral), nulidade que pode e deve ser decretada de ofício,

¹² Trata-se da constelação fática que parece ter sido o catalisador emocional do STF, a englobar uma série de possibilidades, inclusive serem patrocinadas por autoridade judiciária e cujo elemento comum afigura-se o evidente desvio de finalidade. Ressalva-se que não é o mero registro midiático da prisão – em si acontecimento da história de nosso tempo, mormente se de figuras públicas – que incorre em violação do preceito sumulado, pois muitas vezes as algemas se fazem necessárias, socorrendo, ainda, a posição preferencial das liberdades comunicativas, notoriamente a liberdade de imprensa. Sobre a posição preferencial da liberdade de imprensa, vide Weingartner Neto, 2002, p. 147 e ss.

acarretando, a par da responsabilização do binômio Estado/agente policial, a liberdade do preso. Não há, entretanto, que falar, *a priori*, de nulidade processual. Ademais, nada impede renovação do decreto prisional, presentes as hipóteses autorizativas, desde que, para efeito do uso de algemas, seja este devidamente justificado, bem como afastado o uso midiático proscrito pela Súmula nº 11.

A segunda hipótese, das *algemas nas sessões plenárias do Tribunal do Júri*, se desnecessárias e/ou desmotivadas, por igual configura nulidade absoluta, seja pela afronta aos mesmos dispositivos constitucionais citados (embora não necessariamente com a mesma intensidade e intenção!), seja por transgressão ao art. 474, § 3º, do CPP, também devendo ser decretada de ofício, acarretando, além da responsabilização do Estado e do agente responsável pelo ato, nulidade processual, uma vez presumível o prejuízo ao réu. Aqui assume relevo a circunstância de que especialmente nos processos da competência do Júri (hipótese, aliás, que originou a edição da Súmula ora em comento) os Jurados decidem por íntima convicção e sem fundamentação, impossibilitando assim o pleno controle da racionalidade da condenação, sendo inviável expurgar o gravame simbólico negativo da situação que resulta da apresentação algemada do réu quando da sessão de julgamento. Outrossim, também neste caso a liberdade do preso (por força de liberação decorrente da nulidade do ato processual em função do uso indevido de algemas) deverá ser reavaliada, diante dos vetores do art. 312 do CPP e da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXXVIII).

A terceira hipótese, das *algemas nas audiências de instrução e julgamento de processos que não da competência do Tribunal do Júri*, se desnecessárias e/ou desmotivadas, configura, na perspectiva da proposta aqui articulada, nulidade relativa, que deve ser arguida pela defesa (e pelo Ministério Público), pena de preclusão, caracterizando possível afronta aos dispositivos constitucionais mencionados. Não implica, todavia, presunção de humilhação (diante do cenário controlado e fiscalizado pelas partes da sala de audiência)¹³, embora presumível o prejuízo à defesa, tanto na modalidade pessoal (a autoimagem deprimida com a qual o réu enfrentará o interrogatório)

¹³ Presunção que se deve inverter, todavia, se, mesmo diante de postulação defensiva, a autoridade judiciária não fundamenta a utilização das algemas.

quanto técnica (impressão negativa nas testemunhas e nos sujeitos processuais, inclusive o imparcial), o que deve ser ponderado em escrutínio rigoroso ao exame da fundamentação da eventual sentença condenatória.

A possibilidade de prejuízo, que não é inexorável, justifica o ônus da parte em levantar e controverter a situação humilhante, que não resulta, no caso, da mera utilização das algemas, mas na falta de necessidade e correspondente justificação pela autoridade. A ausência de fundamentação, por sua vez, não implica automática nulidade processual, mas configura, por si, violação da súmula e acarreta eventual responsabilização do binômio Estado/órgão jurisdicional. Aliás, em relação ao magistrado, que descumpriu dever formal de fundamentação axiologicamente reforçado, deveria haver, mesmo na ausência de prejuízo processual, verificação pelos órgãos de correição, pelo menos no sentido de orientação. Por outro lado, a liberdade do preso, em caso de anulação da sentença e da audiência de instrução e julgamento deverá ser reavaliada, diante dos vetores do art. 312 do CPP e da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXXVIII).

As diretrizes aventadas, ao menos é o que se sustenta, coadunam-se com vertente majoritária da doutrina e da prática jurisprudencial e realizam harmonização adequada dos valores em conflito na questão das algemas.

Os precedentes jurisprudenciais, sem definir se a nulidade é de natureza absoluta ou relativa, têm reiteradamente decidido “não configurar constrangimento ilegal a utilização de algemas, *desde que devidamente fundamentada em elementos concretos* que se amoldem às circunstâncias previstas na Súmula Vinculante 11/STF”. Nesse sentido, calha transcrever ementa extraída de julgado do STF:

RECLAMAÇÃO. PROCESSO PENAL. USO DE ALGEMA. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE À SÚMULA VINCULANTE N. 11 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NECESSIDADE DA MEDIDA FUNDAMENTADA. 1. Dispõe a Súmula Vinculante n. 11 que: “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”. 2. A leitura do ato ora reclamado evidencia que a excepcionalidade da medida foi determinada em razão do perigo que o Reclamante representaria à integridade física daqueles que participaram da audiência se

estivesse sem as algemas. Pautou-se a autoridade Reclamada na evidente periculosidade do agente. Fundamento consistente. Inexistência de contrariedade à Súmula Vinculante n. 11 do Supremo Tribunal. Precedentes. 3. Reclamação julgada improcedente (STF, Rcl 8712 / RJ, Relatora Ministra Carmem Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 20/12/11).

Ademais, *firme o entendimento do STF, assentando que o prejuízo deve ser concreta e oportunamente demonstrado* em cada situação, mesmo no plano das nulidades absolutas:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE PROCESSADA PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.343/2006. PEDIDO DE NOVO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ART. 400 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ATO PRATICADO CONFORME A LEI VIGENTE À ÉPOCA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA.

I – Se a paciente foi processada pela prática do delito de associação para o tráfico, sob a égide da Lei 11.343/2006, o procedimento a ser adotado é o especial, estabelecido nos arts. 54 a 59 do referido diploma legal.

II – O art. 57 da Lei de Drogas dispõe que o interrogatório ocorrerá em momento anterior à oitiva das testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal.

III – O princípio processual do tempus regit actum impõe a aplicação da lei vigente à época em que o ato processual deve ser praticado, como ocorreu, não havendo razão jurídica para se renovar o interrogatório da ré, como último ato da instrução.

IV - Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie).

V – Ordem denegada. (HC 113.625 / RJ SEGUNDA TURMA, j. em 11/12/12) (grifou-se)¹⁴.

Não há como deixar de sublinhar que a palavra do STF é de especial relevância, pois, ao sancionar com nulidade a violação ao preceito normativo encerrado na Súmula Vinculante nº 11, o Pretório Excelso não aprofundou tal aspecto. Já por tal razão, além de ser legítimo distinguir, na esteira da doutrina, nulidade absoluta de relativa (a última a significar arguição pela parte, pena de preclusão), interpreta-se, num e noutro caso, o *topoi* das nulidades sempre ligado ao regime do prejuízo, concreto e demonstrado, exatamente nos termos

¹⁴ Na mesma esteira, também do STF, v. HC 94.441 e HC 86.789.

sedimentados (e já apontados) pelo guardião constitucional, órgão, nunca é demais lembrar, emissor da súmula em apreço, e cuja prática decisória há de ser, em perspectiva teleológica e sistemática, devidamente considerada.

Nesse sentido, da banda da doutrina, destaca-se, para ilustrar e por representar - até onde se pode identificar - posição majoritária na doutrina e jurisprudência brasileiras, lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

A decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação.

Isso não significa que em todos os casos se exija a produção de prova da ocorrência de prejuízo; normalmente essa demonstração se faz através de simples procedimento lógico, verificando-se a perda da faculdade processual conferida à parte ou o comprometimento dos elementos colocados à disposição do juiz no momento da sentença tiveram influência no resultado final do processo.

Afirma-se que as nulidades absolutas não exigem demonstração do prejuízo, porque nelas o mesmo costuma ser evidente. Alguns preferem afirmar que nesses casos haveria uma presunção de prejuízo estabelecida pelo legislador, mas isso não parece correto em todos os casos, pois as presunções levam normalmente à inversão do ônus da prova, o que pode não ocorrer quando a ocorrência do dano não oferece dúvida.

(...)

No entanto, deve-se salientar que, seja o prejuízo evidente ou não, ele deve existir para que a nulidade seja decretada. E nos casos em que ficar evidenciada a inexistência de prejuízo não se cogita de nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta." (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26/27).

No mesmo sentido, aliás, colacionam-se julgados do Superior Tribunal de Justiça, guardião, por seu turno, da integridade e autoridade do Direito Nacional:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE ABSOLUTA. JUÍZO QUE INDEFERIU A FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS PELO DEFENSOR DURANTE A REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO DE CORRÉU. EXCESSO DE PRAZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).
2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, “no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.”
3. “A relevância de se qualificar o interrogatório judicial como um expressivo meio de defesa do acusado conduz ao reconhecimento de que a possibilidade de o réu co-participar, ativamente, do interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos traduz projeção concretizadora da própria garantia constitucional da plenitude da defesa, cuja integridade há de ser preservada por juízes e Tribunais, sob pena de arbitrária denegação, pelo Poder Judiciário, dessa importantíssima franquia constitucional” (HC. 94.016/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, DJe 27/02/2009).
4. **A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563, do Código de Processo Penal, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, uma vez que, conforme já decidiu a Corte Suprema, o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - pas de nullité sans grief - compreende as nulidades absolutas**, o que não foi demonstrado no presente caso (HC 81.510, 1.^a Turma Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12/04/2002). Com efeito, na espécie, observa-se que a impetração oferece apenas alegações genéricas de prejuízo - a mera referência à condenação do Paciente -, que, como visto, não podem dar ensejo ao reconhecimento de nulidade, para invalidação da sentença penal condenatória. É imprescindível a demonstração concreta do prejuízo, por exemplo, com a apresentação de teses de acusação que poderiam ser refutadas por meio do ato indeferido ou com a indicação de quais fatos obscuros poderiam ser esclarecidos na oportunidade.
5. Com a condenação do Paciente, verifica-se a ausência do alegado excesso de prazo para a constrição cautelar, ante a incidência da Súmula n.º 52/STJ: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”.
6. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.
7. Habeas corpus não conhecido (HC 238479 / PE, 5^a T., j. em 13/11/12) (grifou-se)¹⁵.

Nesse contexto, ainda no que toca ao ponto em exame, forçoso observar que não há consenso doutrinário no que tange ao regime das nulidades. Para determinada corrente, os atos nulos bifurcam-se em nulos ou anuláveis, o que corresponderia à diferenciação entre nulos absolutos ou nulos

¹⁵ No mesmo sentido, v. o HC 155226/SP T6 - SEXTA TURMA, j. em 26/06/12.

relativos. Veja-se, por exemplo: “Retomando-se a questão da diferenciação (clássica) substancial entre as nulidades, mister complementar que se terá hipótese de *nulidade absoluta* quando os vícios decorrentes do ato realizado em desconformidade com o que determinado de forma abstrata atingir diretamente a própria função jurisdicional.” As nulidades absolutas teriam o prejuízo presumido pela legislação; as relativas “demandariam demonstração concreta do prejuízo”. Todavia, os autores defendem a necessidade de ponderação, mesmo no caso de nulidade absoluta, “fundamental fazer a análise de ponderação se, do modo como praticado o ato (contra a lei), haveria, efetivamente, prejuízo para o *processo* (para as partes). E, em caso positivo, quais atos subsequentes deveriam ser declarados nulos (art. 573, §§ 1º e 2º, CPP).” – a premissa é de que o processo é regulado pela instrumentalidade das formas e a ênfase não está na natureza do vício, mas nos “efeitos que são gerados sobre o *processo*, e, nesse aspecto, se há violação da paridade de armas, causando-se prejuízo para alguma das partes.” (OLIVEIRA; FISCHER, 2012, p. 982-983)¹⁶.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se buscou demonstrar, a aplicação da Súmula nº 11 do STF, preservando-se intacto o seu conteúdo e a sua *ratio, representa particular e em si legítima (do ponto de vista jurídico-constitucional brasileiro) opção jurisprudencial a assegurar, na concreta hipótese da imposição do uso de algemas, o princípio da dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais de personalidade que lhe são correlatos*, devendo, portanto, não apenas por força da autoridade do órgão que a editou, mas já também pelo seu conteúdo, vincular os órgãos e agentes públicos jurisdicionais e administrativos ordinários.

Todavia, tal aplicação, como aqui se propôs, há de se dar de *modo adequado e compatível não apenas com as peculiaridades das situações concretas, implicando necessária diferenciação* (à vista, por exemplo, das três hipóteses exemplificativamente colacionadas: uso midiático, Tribunal do Júri,

¹⁶ Para um contraponto, v. em especial, GLOECKNER, 2013, especialmente p. 429 e ss.

audiências de instrução e julgamento) quanto ao tratamento jurídico decorrente da exegese do enunciado vinculante. Além disso, no que diz respeito à sanção da nulidade do ato processual praticado mediante ofensa ao teor da súmula nos casos de processos criminais e julgamentos que não são da competência do Tribunal do Júri, indispensável seja levado em conta, ainda mais à míngua de particular e precisa orientação pelo STF quando da edição da Súmula ora comentada, a própria jurisprudência do Pretório Excelso a respeito das nulidades, de tal sorte que a decretação de ofício da nulidade do processo a partir da audiência na qual ocorreu a violação da Súmula, com base em presunção absoluta de prejuízo, não se afigura como juridicamente mais consistente, já que firme a orientação dos Tribunais Superiores (STF e STJ) no sentido de que o prejuízo deverá ser concretamente demonstrado. Para as hipóteses de uso demonstradamente midiático das algemas e dos julgamentos pelo Tribunal do Júri, pelas razões já expostas, a ausência de fundamentação adequada da necessidade do uso de algemas implicará nulidade passível de decretação de ofício e a colocação em liberdade do preso.

Tal solução diferenciada, além de guardar sintonia com a orientação jurisprudencial consolidada nos Tribunais Superiores, preserva íntegra, portanto também afinada com as exigências da proporcionalidade, as demais cominações decorrentes da Súmula nº 11, designadamente, a responsabilização do agente responsável pela infração, bem como não acarreta, como alguns poderão esgrimir, situação de grave risco para a sociedade, em termos de segurança, visto que, caso presentes as hipóteses autorizativas, poderá ser renovado o decreto prisional.

Assim, embora não esgotadas as hipóteses de controvérsias legítimas geradas pela Súmula e por sua aplicação, arrisca-se afirmar que o desde logo limitado objetivo do presente ensaio a quatro mãos poderá, sendo recebido com espírito amistoso e ao mesmo tempo crítico-reflexivo, contribuir para avançar nas discussões teóricas e práticas sobre o tema.

5 REFERÊNCIAS

DÜRIG, Günter, “Der Grundsatz der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes”. **Archiv des öffentlichen Rechts**, n. 81, 1956.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal. Introdução Principiológica à Teoria do Ato Processual irregular.** Salvador: JusPODIVM, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência.** 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.