

**DEBATES QUE INTEGRAM A ATA DA 20ª (VIGÉSIMA) SESSÃO ORDINÁRIA, DO PLENÁRIO,
REALIZADA EM 13 DE AGOSTO DE 2008**

DEBATES E APROVAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ministro Marco Aurélio, ficamos, a partir da sessão passada, de discutir o tema do novo verbete vinculante sobre o uso de algemas.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, os Colegas estão lembrados que julgamos, na última assentada, o Habeas Corpus nº 91.952, e o Plenário, sem divergência, teve a oportunidade de assentar, naquele julgamento, na análise da matéria, que a utilização de algemas é sempre excepcional, sendo o último recurso diante da possibilidade real de fuga e da periculosidade do agente.

No **habeas** a que me referi, o pronunciamento do Tribunal foi adiante, alcançando o afastamento do cenário jurídico de um decreto condenatório, de uma decisão do Tribunal do Júri que implicara a condenação do acusado.

Encaminhei a Vossa Excelência um simples esboço de verbete vinculante para constar da súmula da jurisprudência predominante do Supremo. Evidentemente, esse esboço há de contar com a colaboração dos Colegas no sentido de aperfeiçoá-lo, de tornar realmente extremo de dúvidas que a utilização de algemas é exceção. A regra é ter-se, com as cautelas próprias, a condução do cidadão, respeitando-se, como requer a Constituição Federal, a respectiva integridade física e moral.

Mencionei, Presidente, como referências, em primeiro lugar, o diploma primário, o diploma básico - a Constituição Federal -, aludindo ao artigo 1º, que versa os fundamentos da República e revela, entre esses, o respeito à dignidade humana. Também fiz alusão, sob o ângulo constitucional, a outra garantia: a garantia dos cidadãos em geral, dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no Brasil com respeito à integridade física e moral.

Em última análise, mencionei o inciso XLIX do artigo 5º a revelar que há de se respeitar a integridade física e moral do preso. Lastimavelmente, no Brasil, considerados os danos, a responsabilidade civil, administrativa e até a penal ainda engatinham.

Remeti, também, a preceito que torna claro que consubstancia tipo penal o abuso de autoridade. Mais do que isso: o Tribunal, tendo em conta o precedente a que me referi, assentou que o próprio Código de Processo Penal contém dispositivo que, interpretado, sob o ângulo teleológico, do objetivo da norma, conduz ao afastamento do uso abusivo das algemas.

Também menciono como referência o Código de Processo Penal Militar, pedagógico a respeito da matéria. E, por último, há uma lei, que tem sido muito pouco acionada, coibindo, sob o ângulo da tríplice responsabilidade - administrativa, cível e penal -, o abuso por parte da autoridade constituída. E então comecei, de forma muito sintomática, a referência aos precedentes, citando o Recurso de **Habeas Corpus** nº 56.465, de São Paulo, relatado pelo Ministro Cordeiro Guerra, ex-integrante, antes de vir a honrar esta Casa, do Ministério Público.

Mencionei, também, precedentes do Ministro Francisco Rezek e da Ministra Cármen Lúcia e, por último, o julgado do último dia 7 do corrente mês. E, então, esbocei a seguinte proposta de verbete: “Preso. Uso de algemas. A utilização de algemas, sempre excepcional, pressupõe o real risco de fuga ou a periculosidade do conduzido, cabendo evitá-la ante a dignidade do cidadão”.

É o esboço que está em Mesa para apreciação pelo Colegiado. Apenas consigno que busquei ser, ao máximo, fiel à dicção, à doutrina da própria Corte.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, Vossa Excelência e o Ministro-Relator me permitem? Também concordo plenamente com todas as ponderações, o raciocínio e os argumentos do eminente Relator, mas está parecendo-me que, talvez, a Corte devesse ser um pouco mais explícita.

Proponho outra redação: “Só é lícito o uso de algemas” – Ministro Eros Grau, não estou pondo na negativa, só estou começando com a expressão “é lícito”. Não estou dizendo que é ilícito, mas que “Só é lícito ...em caso de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia por parte do custodiado”. Parece-me que, assim, cobriríamos todas as hipóteses possíveis de necessidade, como diz o eminente Ministro- Relator, “do uso excepcional das algemas”.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Ministro Cezar Peluso, Vossa Excelência pode repetir a redação?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - “Só é lícito o uso de algemas em caso de fundado receio de fuga...”. Não basta o mero receio, pois qualquer um pode tê-lo; é preciso que haja algum fundamento para tanto, como, por exemplo, na detenção de um velho que não consegue andar, pode haver até o receio de fuga, mas ele não é fundado. Ou de perigo à integridade física própria, isto é, do próprio custodiado, ou alheia, por parte do custodiado.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Ministro Cezar Peluso, isso já incluiria os casos de resistência?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sim. A resistência significa risco à integridade física dos agentes e do próprio custodiado.

Creio que não basta o enunciado. É preciso que o Tribunal deixe claras as conseqüências jurídicas da inobservância da súmula vinculante. Isto é, o Tribunal não pode transformá-la em mera recomendação, no sentido de que os agentes de autoridade possam, segundo o seu arbítrio, cumpri-la, ou não, sem nenhuma conseqüência.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO - Ministro **Celso**, Vossa Excelência me permite?

Tenho a sensação de que o Ministro **Marco Aurélio** pôs a questão com absoluta correção, como de hábito, mostrando a importância da decisão do Supremo.

Pouca gente se lembra, nessas horas, de decisões similares em países que têm estratificada a sua Corte Suprema, como foi o **Case Miranda**, nos Estados Unidos, que anulou todo um processo exclusivamente porque faltou a identificação explícita dos direitos do réu quanto à sua defesa.

Penso que a nossa Corte Suprema, concretamente, deu um passo extremamente avantajado quando reconheceu essa excepcionalidade, como disse o Ministro **Marco Aurélio**, do uso de algemas. Mas nós precisamos talvez aqui deixar o subterfúgio. O que estarrece é que realmente, diante de uma decisão tomada à unanimidade da Corte Suprema do país, um delegado da Polícia Federal, pura e simplesmente, desqualifique essa decisão do Supremo, entendendo que é normal o uso de algemas, que depende do uso de algemas em uma situação de fato.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministro Menezes Direito, Vossa Excelência me permite?

Isso revela o que tenho consignado - e já consigno há uns três ou quatro anos -, que estamos vivendo um período de perda de parâmetros, de abandono a princípios, princípios caros em uma sociedade que se diga democrática.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO - Então, essa advertência posta pelo Ministro **Cezar Peluso** tem toda pertinência. Nós temos de explicitar que o descumprimento dessa súmula vinculante traz conseqüência, conseqüência não apenas no campo penal, com o crime de desobediência, como conseqüências gerais para o Estado no campo da indenização por dano moral.

É necessário explicitar isso concretamente, porque não pode a decisão da Corte Suprema ficar subordinada a essas manifestações completamente extemporâneas de afronta visível ao que aqui foi decidido.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sem prejuízo da responsabilidade administrativa e penal do agente.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, entendo que a redação proposta pelo Ministro Cezar Peluso, em seqüência do Ministro Marco Aurélio, atende bem às exigências constitucionais. Eu me louvo muito na Constituição.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES

(PRESIDENTE) - Na verdade, pelo que percebo, há acréscimos que estão sendo feitos, a questão da responsabilidade e da anulação do ato.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – O que a redação consagra é a tese da excepcionalidade do emprego de algemas. Essa tese que arranca diretamente da Constituição

está explicitada, está consagrada na proposta de redação, porque a Constituição é que diz com todas as letras, art. 5º:

“III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;”

Esse tratamento degradante significa infamante, humilhante, como se dá quando o ser humano, ainda que preso em flagrante de delito, é exibido ao público como se fosse um troféu, uma caça, numa atmosfera de exibicionismo policial.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Perfeito. Depois, a Constituição, não satisfeita com essa determinação em prol da dignidade da pessoa humana, diz no inciso XLIX do mesmo art. 5º:

“XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;”

E não há dúvida de que o uso das algemas exacerba o estado de privação da liberdade com conseqüências de ordem física e de ordem moral.

Não podemos, porém, perder de vista, sobretudo quando a prisão se dá em flagrante, que num contexto de segurança pública os agentes policiais não podem perder jamais o que se poderia chamar de prudente arbítrio para saber se a situação é exigente ou não da quebra dessa excepcionalidade, mas sempre no pressuposto de que o uso das algemas é excepcional.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – É nesse sentido, é a prudente discricção.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Porque arbítrio, aqui, não é arbitrariedade.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Entendo também que a proposta do Ministro Cezar Peluso tem o mérito de obrigar que juiz, que determine o uso das algemas em qualquer dos presos, fundamente a sua decisão, fora do flagrante, portanto, para assegurar a ordem de uma audiência, ainda que processada perante o Tribunal do Júri. E, para concluir, Ministro Cezar Peluso, eu sugiro, apenas, que devemos substituir “custodiado” por “preso”, porque a Constituição menciona preso em diversas passagens, não usa “custodiado”, “preso”, só isso.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, Senhores Ministros, eu só gostaria de acrescentar que pronunciamento da Corte, nesta oportunidade, é relevante para definir os estritos limites a respeito de uma situação que me dá impressão de estarmos vivendo uma época surrealista: qualquer investigador de polícia, em início de carreira, sabe quando deve usar as algemas; qualquer um. Vivi muitos anos como Juiz de

Direito em São Paulo, exercendo a jurisdição penal, e jamais tive conhecimento de algum caso em que investigador de polícia não soubesse distinguir, diante da situação de fato, se deveria, ou não, usar as algemas.

Portanto, todo esse debate que se levanta não é sobre a inteligibilidade do que a Corte declara; há, nele, outros motivos, a respeito dos quais a Corte, a meu ver, deve permanecer sobranceira, porque não são esses desafios que põem em risco a autoridade do Supremo Tribunal Federal, num Estado Democrático de direito, a menos que este deixe de ser, a partir de agora, Democrático e de direito. Esses discursos não são relevantes.

É importante que a Corte fixe sua posição e, mais do que isso, que deixe claras as responsabilidades do cumprimento, porque, com isso, deixaremos explícito que o Ministério Público, o Ministério da Justiça, o Diretor do Departamento de Polícia Federal, Estadual, Municipal, o juiz de Direito, todos têm responsabilidade diante do conteúdo e da eficácia da súmula.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – É na mão deles que está o cumprimento de uma súmula que resguarda normas de caráter constitucional.

De modo que, Senhor Presidente, também estou de acordo com os adendos e faço, finalmente, a seguinte proposta de nova redação, em que incluo a sugestão da Ministra Ellen Gracie, para deixar peremptória a hipótese de resistência...

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO EROS GRAU - Senhor Ministro Cezar Peluso, poderia fazer uma pequena observação?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Pois não, claro.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO EROS GRAU - Gostaria só que constasse desses nossos debates uma pequena observação que me parece fundamental. Falou-se em discricção. Na verdade, não é um ato discricionário.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas, evidente. A discricção aí é prudente ponderação do caso concreto.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO EROS GRAU – Se Vossa Excelência me permitir terminar a frase, é o seguinte: entendo que a discricionariade - eu e a doutrina -, é uma escolha entre indiferentes jurídicos. Aí se trata da aplicação da Constituição e da lei. De modo que não se trata de arbítrio, não, mas sim de aplicar o que nós decidimos. É ato de legalidade, ato vinculado.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - É o que a doutrina italiana chama de ato devido, “*atto dovuto*”.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Eu quero ver excluir a subjetividade do agente diante de um caso concreto.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO EROS GRAU - Ministro, não vamos fazer disso aqui um seminário e nós dois não vamos nunca concordar.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Mas foi Vossa Excelência que introduziu o tema do seminário aqui, a falar de doutrina. Vossa Excelência é que está trazendo a doutrina para cá.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO EROS GRAU - Absolutamente. Senhor Presidente, estou tentando deixar claro e explicitado que não se trata de um ato discricionário, mas sim de um ato de aplicação, ato vinculado. O Ministro Marco Aurélio resumiu tudo. Esse é o ponto para que não se trate de imprudência. É ato vinculado. Tem de se aplicar a Constituição e a súmula nesses termos, sem margem de escolha pessoal. Só isso.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – A própria súmula é vinculante, nem precisa dizer que a decisão é vinculante.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, eu vou enunciar aqui o que redigi e submeter à consideração da Corte: “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, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente e da autoridade, bem como de nulidade da prisão ou do ato processual”. Pode não ser, eventualmente, como já sucedeu, em ato típico de prisão, o uso de algemas, mas em outras circunstâncias, caso em que o ato processual fica contaminado de nulidade.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (PRESIDENTE) - A periculosidade já está na proposta do Ministro Marco Aurélio.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sim, mas é perigo à integridade física própria ou alheia. Esse perigo, ou resulta das condições objetivas ou das subjetivas. Isto é, no caso de alguém preso em flagrante por crime violento, evidentemente a presunção é de que pode apresentar risco.

Por isso é que me parece esta uma época surrealista. Qualquer investigador de polícia sabe quando deve usar algemas. O resto é polêmica que tem outros propósitos. Não há nenhuma dificuldade de ordem prática em aplicar a súmula, como nunca houve, até certa época!

É o que eu submeto à consideração da Corte.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Eu gostaria de ouvir novamente o texto.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, vou ler outra vez: “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...” - podemos acrescentar -, “ou de sua

periculosidade, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente e da autoridade, bem como de nulidade da prisão ou do ato processual”.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO - Ministro **Peluso**, qual é a redação da oração final?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – A oração final é: “... sob pena de responsabilidade disciplinar...” – porque envolve infração disciplinar -, “civil e penal do agente e da autoridade”.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Por que não administrativa, Ministro Peluso, ao invés de disciplinar?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Disciplinar no sentido de administrativa.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Porque, talvez, administrativa é mais ampla.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - E a parte final?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – A parte final: “...bem como de nulidade da prisão ou do ato processual”.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ministro Marco Aurélio.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, o teor, em si, é extraído do ordenamento jurídico. Apenas estava conversando com o Ministro Peluso sobre o afastamento de um possível pretexto da autoridade policial para pôr as algemas - preservar a integridade física - o que é excepcionalíssimo – do próprio custodiado, do próprio preso, porque, nesse campo, o subjetivismo é que vai grassar, e continuaremos tendo a generalização do uso das algemas.

Não sei se deixaríamos, porque Vossa Excelência, Ministro Cezar Peluso, se refere à integridade...

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – À integridade física própria ou alheia por parte do preso.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Própria direciona ao conduzido.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - É, mas pode ocorrer, Excelência.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Receio que seja uma alavanca para chegar-se sempre, sempre, à utilização das algemas.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministro, mas o que me parece é que, qualquer que seja a redação que o Supremo dê, se o agente e a autoridade não quiserem cumprir, não será a redação que os vai impedir.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas não podemos raciocinar, também, com o excepcional, o teratológico, o extravagante. No mais, penso que, na substância, a redação está harmônica com as discussões travadas quando do julgamento do **habeas** referido e com a ordem jurídica, principalmente a constitucional.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Como é que poderíamos acrescentar aqui ou propor um enunciado autônomo?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Tenho para mim que a redação do Ministro Peluso atende a todas essas situações.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO - Pode repetir, Ministro **Peluso**? Vossa Excelência pode repetir?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - “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, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente e da autoridade, bem como de nulidade da prisão, do ato processual...”. Podemos acrescentar “sem prejuízo do registro”.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Em casos devidamente justificados.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Então é isto: “Só é lícito o uso de algemas em casos devidamente justificados...”.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Ministro Peluso, por favor, apenas uma intervenção. Começando com “O uso de algemas só é lícito em tais casos... - estes, esses e aqueles -, a serem justificados sob pena de...”.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO - Ministra **Ellen Gracie**, perdão, desculpa a interrupção, é que se colocar “devidamente sob pena de”, pode vincular a ausência de justificação à penalidade. Então, tem que se tirar, tem que se colocar nessa forma que o Ministro **Peluso** sugeriu agora.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Gostaria de fazer uma pergunta, Senhor Presidente.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Sim.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Estamos tratando da periculosidade do agente. E quando a periculosidade estiver no ambiente em que opera o agente? Refiro-me às regiões conflagradas do Brasil, quando a periculosidade não está no agente que procede a prisão, mas no ambiente em que opera o preso.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Basta acrescentar "...por parte do preso ou de terceiros".

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Na verdade, essa situação está contemplada na redação.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO EROS GRAU – Se Vossa Excelência me permitir, colocaríamos no final da frase "... cumprindo ao agente justificá-lo".

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - A preocupação do Ministro Celso é que essa justificativa seja expressa, reduzida a termo. Ela pode dar-se **a priori**, quando o juiz determina, motiva o seu, ou **a posteriori**, depois de conduzido o preso, na delegacia e em termo próprio, no boletim de ocorrência ou outro documento apropriado.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Para que permita, como pretende o Ministro Celso, que o Poder Judiciário possa eventualmente confrontar essa justificativa por escrito.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Então, a redação ficaria assim: "Só é lícito o uso de algemas em caso devidamente justificado, por escrito, de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente e da autoridade, bem como de nulidade da prisão ou do ato processual".

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, seria interessante digitarmos e distribuímos para aprovação.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - E votaremos logo em seguida.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Vamos ouvir o Procurador-Geral, então?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Primeiro, vamos ter o texto digitado e, depois, vamos ouvi-lo. Primeiramente vamos chegar ao texto básico. Portanto, essa é a deliberação prévia, e prosseguiremos em seguida.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Agora, Senhores Ministros, eu proporia que nós retomássemos, então, a discussão a partir dessa nova proposta, a questão das algemas, a partir dessa nova proposta submetida pelo Ministro Peluso.

Diz o texto: "Só é lícito o uso de algemas em caso devidamente justificado por escrito de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente da autoridade, bem como de nulidade da prisão ou do ato processual."

Esta é a proposta.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Senhor Presidente, tenho uma sugestão de desmembramento do texto para que ele fique o mais claro possível.

A proposta, que farei circular em seguida, é a seguinte: “O uso de algemas só é lícito 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. A excepcionalidade será justificada por escrito. O desrespeito a este enunciado sumular acarretará responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade, bem assim a responsabilidade civil do Estado tanto quanto a nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere”.

Incorporaram-se todas as sugestões e se colocou a redação em ordem direta.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, não sei, mas tenho preferência por um texto mais curto, porque aí temos vários períodos. Neste, temos um período só, com algumas orações um pouco mais longas. Mas, no outro, temos um texto com vários períodos. Quanto a essa referência ao Estado, que não incluí, parti do pressuposto de que era coisa tão óbvia que nem precisava ser dita. Mas, em todo caso, para que não se corra o risco de supor que o Estado não responda, eu sugeriria que, ao final, se colocasse “...sem prejuízo da responsabilidade do Estado...”

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, em conteúdo, a proposta de redação da Ministra Ellen não diverge da do Ministro Peluso. O conteúdo é o mesmo. A forma é diferente porque a Ministra decompôs o enunciado em períodos para homenagear a clareza. Eu concordo, salvo quanto ao início da primeira frase. Prefiro a fórmula adotada pelo Ministro Peluso, começando com o advérbio “só é lícito”, porque coloca ênfase no caráter excepcional do uso das algemas que, no fundo, é a tese central consagrada por essa nossa súmula. O grande objetivo é dizer que o emprego de algemas é excepcional. Quando a frase começa com o advérbio “só é lícito”, ela ganha em ênfase.

Nessa medida, concordo com a proposta da Ministra Ellen, contanto que preserve as primeiras palavras, a redação inicial da frase central proposta pelo Ministro Peluso, o advérbio em primeiro lugar, “só”.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, a redação proposta pela eminente Ministra Ellen Gracie está contemplando a responsabilidade do Estado também?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Sobre isso o Ministro Peluso já fez referência.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – O conteúdo é o mesmo.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Então, como foi observado, em substância, não há diferença maior entre as duas propostas: uma faz enunciado em frases mais curtas, e o Ministro Peluso redigiu a súmula com frases um pouco mais longas.

Para mim, estou de acordo com ambas as propostas, mas não me oponho a esta agora ofertada pela eminente Ministra Ellen Gracie.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – Só peço escusas aos colegas porque não há acentos nesse meu computador.

Anotarei isso na cópia que foi agora encaminhada.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – A vírgula em “tanto quanto” deve ser eliminada, não é? Na frase final; “tanto quanto” - sem vírgula - “a nulidade da prisão do ato processual a que se refere”.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Essa vírgula está excessiva.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - A preocupação que o Ministro Celso de Mello traduz é a de que, com esta redação, se poderia afirmar que a justificativa seria prévia.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO - Senhor Presidente, como disse o Ministro **Carlos Ayres**, não há diferença básica na substância da súmula que retrata bem o voto do Relator, condutor da maioria, Ministro **Marco Aurélio**, e as preocupações com o cenário que estamos vendo.

O que me preocupa é que não temos súmulas com várias orações.

As nossas súmulas sempre têm uma só oração, um só comando. Sugiro aproveitarmos essa redação, com esta observação que fez o eminente Ministro **Carlos Britto**, de começar com o verbo, quase que uma locução adverbial, no caso, para dar ênfase à excepcionalidade.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – A proposta do Ministro Cezar Peluso é exatamente essa.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO – É exatamente nesse sentido. A minha sugestão é que se mantenha esse conteúdo com esta continuação: “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...”, conforme o Ministro **Cezar Peluso** já tinha posto, “...justificada a excepcionalidade por escrito, acarretando o desrespeito a esse enunciado a responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, bem assim a responsabilidade civil do Estado tanto quanto a nulidade do ato ou do ato processual a que se refere”.

Quer dizer, na linha de se fazer um só texto.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Então vamos formular.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO - “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 de preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, bem assim a responsabilidade civil do Estado tanto quanto a nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere”.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ministro, tanto quanto não seria “e”? É um aditivo.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ministro Menezes Direito, ficaria então “... sob pena de responsabilidade disciplinar, civil, penal...”

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO - “(...) sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, bem assim a responsabilidade civil do Estado e a nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere”. Engloba.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - E a nulidade? Acho que não há dúvida quanto a isso.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO - Mas isso não precisa constar da súmula.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO - Ministro **Celso de Mello**, aproveitando a oportunidade, não sei se é oportuno ou não, o Ministro Presidente me corrigirá certamente, Vossa Excelência fez referência ao efeito vinculante. Creio oportuno, até, compreendermos que as súmulas vinculantes, de uma maneira geral, abrangem também o efeito impeditivo de recurso, porque ela é o mais abrangendo o menos. Isso alcançaria até os recursos de agravo para evitar que subisse quando houvesse a súmula vinculante.

É importante deixar claro porque as pessoas podem dar essa interpretação equívoca e, assim, paramos lá embaixo os recursos. Não há sentido termos uma súmula de efeito vinculante e deixarmos os recursos continuarem a subir, inclusive os agravos contra os despachos denegatórios de recursos. Fica bem assentada essa formulação.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - É importante essa ressalva.

Ouçó, a partir dessa construção realmente colegiada, o eminente Procurador-Geral da República.

O DR. ANTÔNIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA (PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) - Senhor Presidente, Senhores Ministros, certo de que se insere nas atribuições do Ministério Público, previstas na Constituição da República, a de realizar o controle externo da atividade policial, atribuição esta cuja importância ainda não foi suficientemente compreendida e, ao

mesmo tempo, para manter a coerência da posição que assumi na manifestação oral, na sessão de julgamento do **Habeas Corpus** nº 91.952, desejo fazer breves observações para reflexão do Tribunal, neste momento em que se delibera a propósito do enunciado de Súmula Vinculante nº 11, que trata do uso das algemas. Algumas dessas observações, evidentemente, já foram até agitadas na discussão porque no texto inicial se referiam a questões previstas, mas no texto que agora se propõe algumas delas ficaram superadas visto que foram atendidas.

Na sessão anterior, a questão foi enfrentada à luz de uma situação de fato que revelava a utilização de algemas durante uma sessão do Tribunal do Júri. Embora tenha sido essa a situação de fato, e o meu pronunciamento tinha como base essa situação de fato, o pronunciamento da Corte teve caráter abrangente, proclamando-se a excepcionalidade do uso das algemas em todos os casos. Na sessão anterior, não fiz referência, até porque ainda não se encontrava em vigor, à Lei nº 11.689, de 09 de junho do corrente ano, que alterou dispositivos do Código e introduziu o § 3º do artigo 474, cujos termos são os seguintes:

“Art.474

§ 3o Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.”

Cláusulas que, evidentemente, revelam não só a excepcionalidade, mas as hipóteses em que se pode ultrapassá-la.

Como afirmei na sessão anterior, 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 concretude dessa norma exigirá também do Judiciário, em todas as instâncias, até pelas conseqüências que gera, e uma delas é extremamente grave, não digo a nulidade da prisão, mas a nulidade do ato processual e a sua eventual conseqüência no próprio processo penal, além dessas cautelas e ressalvas que devem ser impostas a quem vai cumprir o comando e

quem vai viver aquele momento de conflituosidade e, também, o julgador, os entendimentos jurisprudenciais que se formam, para que tal compreensão não dê margem a uma anulação reiterada de processos em que possa ter havido até uma participação dolosa da pessoa submetida à constrição.

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.

É essa a consideração que faço diante do enunciado da súmula.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, sem alongar o debate, gostaria de fortalecer as ponderações sempre muito prudentes do eminente Procurador-Geral e dizer que, realmente, 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 da 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. Secundaria, nesse sentido, as ponderações do Procurador-Geral.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - É importante ressaltar - a questão não está em jogo, mas tenho a oportunidade de dizer - que, quando nós discutimos esse tema da algema, na verdade, estamos apenas a focar um dos aspectos dos abusos.

O Ministro Celso de Mello acaba de mencionar decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a exposição de presos, que é um caso clássico da jurisprudência constitucional mundial.

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 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.

De modo que é esta a questão que precisa ser de fato enfatizada, e ao Ministério Público incumbe a missão também de zelar pelos direitos humanos. É fundamental que ele coarcte essas ações, inclusive propondo os inquéritos devidos, as ações penais de responsabilidade, se for o caso.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Vou, então, reler o texto, Senhores Ministros, que é o seguinte: “Só é lícito o uso de algema 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, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade bem assim a responsabilidade civil do Estado e a nulidade da prisão ou do ato”.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO - Senhor Presidente, falta, depois de “terceiros”, “justificada a excepcionalidade por escrito”.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Então, releio: “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 bem assim a responsabilidade civil do Estado e a nulidade da prisão ou do ato processual”.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Acho que, em se tratando do Estado, poderíamos tirar, talvez a palavra “civil” para não repetir duas vezes “civil” na mesma frase, porque a responsabilidade só pode ser civil.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Responsabilidade do Estado?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sim.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Porque é um conceito técnico.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É que o art. 37, § 6º, não faz menção à responsabilidade civil.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, para evitar a necessidade de insistir na responsabilidade do Estado, poderíamos, como propus, botar uma vírgula no final, acrescentando: "..., sem prejuízo da responsabilidade do Estado".

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A esta altura, deve estar muito preocupado o Advogado-Geral da União.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Justificada a excepcionalidade por escrito.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas não precisa, Ministro Celso de Mello, porque não vai justificar antes. Há certos casos em que pode até ser justificada antes.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Presumidamente perigoso. Já está pré-justificado.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO - Já está claro.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Então é este o texto:

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

É isto?

Portanto, posso considerar aprovada com este teor, Senhores Ministros. Será a Súmula Vinculante 11, do Supremo Tribunal Federal.

Farei constar da ata as observações do Ministro Carlos Alberto Direito, ressaltando que passamos a reconhecer que as súmulas vinculantes agora passam a ser dotadas também, ou passamos a reconhecer, das características das súmulas impeditivas de recurso.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, só mais uma coisa, uma coisa simples, enfim: nas referências ao art. 5º da Constituição, deve constar não apenas o inciso XLIX, mas também o inciso III, que proíbe tratamento desumano.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Esses dois fundamentos.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO - Ministro **Peluso**, e o inciso X do art. 5º. Porque é responsabilidade de indenização por dano moral e imagem.