V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - O julgamento perante o Tribunal do Júri não requer a custódia preventiva do acusado, até então simples acusado - inciso LVII do artigo 5º da Lei Maior. Hoje não é necessária sequer a presença do acusado - Lei nº 11.689/08, alteração do artigo 474 do Código de Processo Penal. Diante disso, indaga-se: surge harmônico com a Constituição mantê-lo, no recinto, com algemas? A resposta mostra-se iniludivelmente negativa.

Em primeiro lugar, levem em conta o princípio da não-culpabilidade. É certo que foi submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia o tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito. Segundo o artigo 1º da Carta Federal, a própria República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Da leitura do rol das garantias constitucionais - artigo 5º -, depreende-se a preocupação em resguardar a figura do preso. A ele é assegurado o respeito à integridade física e moral - inciso XLIX. Versa o inciso LXI, como regra, que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

Além disso, existe a previsão de que a custódia de qualquer pessoa e o local onde se encontre hão de ser comunicados

imediatamente ao juiz competente, à família ou à pessoa por ele indicada - inciso LXII. Também deve o preso ser informado dos respectivos direitos, entre os quais o de permanecer calado, ficando-lhe assegurada a assistência da família e de advogado - inciso LXIII. O inciso LXIV revela que o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial. Mais ainda, a prisão ilegal há de ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária - inciso LXV - e ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança - inciso LXVI.

Sob o ângulo do cumprimento da pena, impõe-se a separação em estabelecimentos prisionais considerada a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado - inciso XLVIII.

Ora, estes preceitos - a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país - repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento no Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta

periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados sugestionados.

O tema não é novo. Na apreciação do *Habeas Corpus* nº 71.195-2/SP, relatado pelo ministro Francisco Rezek, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 4 de agosto de 1995, a Segunda Turma assentou que a utilização de algemas em sessão de julgamento somente se justifica quando não existe outro meio menos gravoso para alcançar o objetivo visado:

> HABEAS CORPUS. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. PROTESTO POR NOVO JÚRI. PENA INFERIOR A VINTE ANOS. UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS NO JULGAMENTO. MEDIDA JUSTIFICADA.
>
> [...]
>
> II - O uso de algemas durante o julgamento não constitui constrangimento ilegal se essencial à ordem dos trabalhos e à segurança dos presentes.
> Habeas corpus ideferido.

Assim também decidiu a Primeira Turma desta Corte no *Habeas Corpus* nº 89.429-1/RO, relatora ministra Cármen Lúcia, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de fevereiro de 2007. Assentou o Colegiado:

> [...] 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.

No Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso de *Habeas Corpus* nº 5.663, do qual foi relator o ministro

William Patterson, acórdão publicado no Diário da Justiça de 23 de setembro de 1996, outro não foi o entendimento, como se constata da seguinte ementa:

> Penal. Réu. Uso de algemas. Avaliação da necessidade.
>
> - A imposição do uso de algemas ao réu, por constituir afetação aos princípios de respeito à integridade física e moral do cidadão, deve ser aferida de modo cauteloso e diante de elementos concretos que demonstrem a periculosidade do acusado.
>
> - Recurso provido.

Deste julgamento, sem voto discrepante, participaram os ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Anselmo Santiago.

De modo enfático, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal nº 74.542-3, acórdão publicado na Revista dos Tribunais nº 643/285, estabeleceu que "algema não é argumento e, se for utilizada sem necessidade, pode levar à invalidação da sessão de julgamento".

Essa postura remonta ao tempo do Império. Dom Pedro, quando ainda Príncipe Regente, em Decreto de 23 de maio de 1821, ordenou:

> [...] que em caso nenhum possa alguém ser lançado em segredo, em masmorra estreita, escura ou infecta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para as adoecer e flagelar; ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grilhões e outros quaisquer ferros, inventados para martirizar homens, ainda não julgados, a sofrer qualquer pena aflitiva, por sentença final; entendendo-se, todavia, que os Juízes e Magistrados Criminais poderão conservar por algum tempo, em casos gravíssimos, incomunicáveis os delinqüentes, contanto que seja em casas arejadas e cômodas e nunca manietados ou sofrendo qualquer espécie de tormento. (Em

"Coleção das Leis do Brasil de 1821", Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1889, Parte II, p. 88 e 89).

O Código de Processo Criminal do Império - de 29 de novembro de 1832 -, no capítulo "Da Ordem de Prisão", dispunha, no artigo 180, que, "se o réu não obedecer e procurar evadir-se, o executor tem direito de empregar o grau da força necessária para efetuar a prisão, se obedecer porém, o uso da força é proibido". A Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, reformou o Código de Processo Criminal, mas manteve a mencionada norma.

Nova reestruturação do processo penal brasileiro somente ocorreu trinta anos depois, com a Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro do mesmo ano. O artigo 28 deste último preceituava que o preso não seria "conduzido com ferros, algemas ou cordas, salvo o caso extremo de segurança, que deverá ser justificado pelo condutor; e quando o não justifique, além das penas em que incorrer, será multado na quantia de dez a cinqüenta mil réis, pela autoridade a quem for apresentado o mesmo preso".

A Constituição de 1891 conferiu às unidades federativas a competência para legislar sobre matéria processual penal. Algumas exerceram a competência legislativa, enquanto outras se limitaram a adotar a legislação do Império. O artigo 28 do referido decreto regulamentar, então, acabou repetido em várias leis.

Com a Carta da República de 16 de julho de 1934, foi restabelecida a competência privativa da União para legislar sobre direito penal. Em 15 de agosto de 1935, sendo Ministro da Justiça e Negócios Interiores Vicente Ráo, foi apresentado o Projeto de Código de Processo Penal, cujo artigo 32 vedava "o uso de força ou o emprego de algemas, ou de meios análogos, salvo se o preso resistir ou procurar evadir-se". O projeto não vingou, em virtude da Constituição promulgada com o golpe de Estado de 1937 (em José Frederico Marques, "Tratado de Direito Processual Penal", São Paulo, Saraiva, 1980, v. I, § 83, p. 123).

O novo Código somente veio à balha em 3 de outubro de 1941, passando a viger desde então o artigo 284 - "Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso" -, que, embora não se refira expressamente ao uso de algemas, sinaliza as situações de fato extremas em que poderão ser utilizadas. É o que se constata, ainda, no artigo 292 dele constante, a revelar que, se houver, mesmo 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".

Na Lei de Execução Penal - nº 7.210/84 -, bem se revelou o caráter excepcional da utilização de algemas, instando-se

o Poder Executivo à regulamentação no que previsto, no artigo 159, que o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal. Se, quanto àquele que deve cumprir pena ante a culpa formada, o uso de algemas surge no campo da exceção, o que se dirá em relação a quem goza do benefício de não ter a culpa presumida, ao simplesmente conduzido, indiciado ou mesmo acusado que responda a processo-crime?

Até mesmo na área penal militar, a utilização de algema é tida como excepcional. Consta do artigo 234 do Código de Processo Penal Militar:

> O emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor. De tudo se lavrará auto subscrito pelo executor e por duas testemunhas.

O § 1º do citado artigo, harmônico com a Carta de 1988, revela especificamente que:

> O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242.

O artigo 242 prevê que:

> Art. 242 - Serão recolhidos a quartel ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão, antes de condenação irrecorrível:
>
> a) os ministros de Estado;
>
> b) os governadores ou interventores de Estados, ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de Polícia;

> c) os membros do Congresso Nacional, dos Conselhos da União e das Assembléias Legislativas dos Estados;
>
> d) os cidadãos inscritos no Livro de Mérito das ordens militares ou civis reconhecidas em lei;
>
> e) os magistrados;
>
> f) os oficiais das Forças Armadas, das Polícias e dos Corpos de Bombeiros, Militares, inclusive os da reserva, remunerada ou não, e os reformados;
>
> g) os oficiais da Marinha Mercante Nacional;
>
> h) os diplomados por faculdade ou instituto superior de ensino nacional;
>
> i) os ministros do Tribunal de Contas;
>
> j) os ministros de confissão religiosa.

Pois bem, se fica excluída a utilização da algema seja qual for o quadro, quanto a essas pessoas, o que se dirá no tocante àquele que, vindo sob a custódia do Estado há algum tempo, já se encontra fragilizado e comparece ao tribunal para ser julgado?

Vale registrar, ainda, que o item 3 das regras da Organização das Nações Unidas para tratamento de prisioneiros estabelece que o emprego de algemas jamais poderá se dar como medida de punição. Isso indica, à semelhança do que antes previsto no artigo 180 do Código de Processo Criminal do Império, que o uso desse instrumento é excepcional e somente pode ocorrer nos casos em que realmente se mostre indispensável para impedir ou evitar a fuga do preso ou quando se cuidar comprovadamente de perigoso prisioneiro.

A ausência de norma expressa prevendo a retirada das algemas durante o julgamento não conduz à possibilidade de manter o acusado em estado de submissão ímpar, incapaz de movimentar os braços e as mãos, em situação a revelá-lo não um ser humano que pode haver claudicado na arte de proceder em sociedade, mas uma verdadeira fera.

Não bastasse a clareza vernacular do artigo 284, a afastar o emprego de força, tomada esta no sentido abrangente - ante abusos de toda sorte, vendo-se, nos veículos de comunicação, algemadas pessoas sem o menor traço agressivo, até mesmo outrora detentoras de cargos da maior importância na República, em verdadeira imposição de castigo humilhante, vexaminoso -, veio à balha norma simplesmente interpretativa, e, portanto, pedagógica, específica quanto à postura a ser adotada em relação ao acusado na sessão de julgamento pelos populares, pelos iguais, alfim, pelo Júri. A recente Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, ao implementar nova redação ao artigo 474 do Código de Processo Penal, tornou estreme de dúvidas a excepcionalidade do uso de algemas.

Eis o preceito:

> Artigo 474 [...]
>
> § 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

É hora de o Supremo emitir entendimento sobre a matéria, inibindo uma série de abusos notados na atual quadra, tornando clara, até mesmo, a concretude da lei reguladora do instituto do abuso de autoridade, considerado o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, para a qual os olhos em geral têm permanecido cerrados. A Lei em comento - nº 4.898/65, editada em pleno regime de exceção -, no artigo 4º, enquadra como abuso de autoridade cercear a liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder - alínea "a" - e submeter pessoa sob guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado por lei - alínea "b".

No caso, sem que houvesse uma justificativa socialmente aceitável para submeter um simples acusado à humilhação de permanecer durante horas e horas com algemas, na oportunidade do julgamento, concluiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que a postura adotada pelo Presidente do Tribunal do Júri, de não determinar a retirada das algemas, fez-se consentânea com a ordem jurídico-constitucional. Proclamou a Corte que "a utilização das algemas durante o julgamento não se mostrou arbitrária ou desnecessária e, por conseguinte, não vinga a nulidade argüida", aludindo, no entanto, a precedente da Segunda Turma do Supremo que vincula a permanência do preso algemado à necessidade de manutenção da ordem dos trabalhos e de garantia da segurança dos presentes (folhas 408 e 409, numeração de origem, dos autos em apenso).

Vale frisar, por oportuno, que, abertos os trabalhos do Júri - o acusado já estava preso há um ano e meio - o defensor, Dr. Walter Antônio Dias Duarte, pediu a palavra e assim se manifestou:

> MM. Juíza: Hão (com a correção vernacular) que ser retiradas as algemas do acusado para que algemado não influencie indevidamente o ânimo dos senhores jurados. Se necessário for a defesa apontará a Vossa Excelência as correspondentes folhas dos autos onde o meritíssimo Juiz de então cancelou dois dos motivos que autorizavam a decretação da preventiva, vez que a garantia da ordem pública e a conveniência da instrução criminal não mais integravam o rol dos motivos que autorizam a decretação desta custódia (fls. 115). Se, como precedente jurisprudencial e julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que tem por ementa: "Írrito o julgamento do Júri se o réu permaneceu algemado durante o desenrolar dos trabalhos sob a alegação de ser perigoso, eis que tal circunstância interfere no espírito julgador e, conseqüentemente, no resultado do julgamento, constituindo constrangimento ilegal que dá causa a nulidade".(RT. 643/285) - confiram com a ata da sessão realizada, que se encontra às folhas 301 e 302 do apenso, numeração de origem.

O Ministério Público se opôs à retirada das algemas. Afirmou que ficara o réu algemado durante todas as audiências de instrução, reclamando fosse guardada a coerência. Olvidou, com essa óptica, que o erro anterior não justificava a manutenção da violência.

Então, a Juíza deliberou:

> Entendo que não constitui constrangimento ilegal o réu permanecer algemado em Plenário, sobretudo porque tal circunstância se faz estritamente necessária para preservação e segurança do bom andamento dos trabalhos, já que a segurança hoje está sendo realizada por apenas dois policiais civis. Assim, indefiro o pleito da defesa, observando ainda, como bem notou a Dra. Promotora de Justiça que o réu permaneceu algemado em todas as audiências ocorridas antes da pronúncia.

Não foi apontado, portanto, um único dado concreto, relativo ao perfil do acusado, que estivesse a ditar, em prol da segurança, a permanência com algemas.

Quanto ao fato de apenas dois policiais civis fazerem a segurança no momento, a deficiência da estrutura do Estado não autorizava o desrespeito à dignidade do envolvido. Incumbia sim, inexistente o necessário aparato de segurança, o adiamento da sessão, preservando-se o valor maior, porque inerente ao cidadão.

Concedo a ordem para tornar insubsistente a decisão do Tribunal do Júri. Determino que outro julgamento seja realizado, com a manutenção do acusado sem as algemas. Informo que, hoje, ante pronunciamento em outro *Habeas Corpus*, o de nº 86.453-8/SP, o paciente encontra-se em liberdade há cerca de três anos, sendo que a sentença de pronúncia - último ato que sobeja, prevalecente o voto, a interromper a prescrição, no caso de vinte anos - data de 2004.