

O CONTROLE DA JUSTIFICATIVA DO USO DE ALGEMAS APÓS A EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 11

THE JUSTIFICATION CONTROL OF THE USE OF HANDCUFFS AFTER THE 11TH BINDING PRECEDENT EDITION

ROGERIO BARROS SGANZERLA*

RESUMO

O trabalho analisa o modo como o Poder Judiciário trata o uso das algemas após a edição da Súmula Vinculante 11 em agosto de 2008. O objetivo é visualizar como deve ser uma atuação efetiva do Poder Judiciário de modo que a Súmula Vinculante não se torne obsoleta e ineficaz no cotidiano dos Tribunais. Para isso, serão apresentados alguns pontos controversos e seus fundamentos para uma interpretação de acordo com a finalidade da elaboração da súmula e o dirigismo constitucional, quais sejam: nulidade absoluta da justificativa, abdicação de dano concreto para caracterização da nulidade e verificação fática dos requisitos da Súmula Vinculante. Por fim, conclui-se que a soma desses requisitos são elementos necessários para que a Súmula Vinculante 11 não se torne uma orientação inerte e ineficaz no controle de arbitrariedades cotidianas.

PALAVRAS-CHAVE: Súmula Vinculante 11. Algemas. Controle. Justificativa. Poder Judiciário.

ABSTRACT

The paper analyzes how the Judiciary views the use of handcuffs after the edition of the 11th Binding Precedent in August 2008. The goal is understand how should be an effective position of the Judiciary so that the Binding Precedent does not become obsolete and ineffective in everyday Courts. For this, it will be introduced some controversial points and its interpretation bases according to the elaboration purpose of the precedent and the constitutional dirigisme, which are: absolute nullity of the justification, abdication of concrete damage to characterize the nullity and factual verification of the requirements of Binding Precedent. Finally, we conclude that the total of these requirements are necessary elements for the Binding Precedent 11 does not become an inert and ineffective orientation in controlling everyday arbitrariness.

KEYWORDS: 11 Binding Precedent. Handcuffs. Control. Warrant. Judiciary.

* Mestrando em Direito (UNESA). Graduado em Direito (Escola de Direito FGV-RJ). Graduando em Filosofia (UNIRIO). rogeriosganzerla@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O estudo e suas críticas tiveram origem através de um Grupo de Estudo Dirigido realizado com alunos de 3º período na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, cujo objeto, naquela data, analisou todas as decisões sobre algemas provenientes de quatro Tribunais, chegando, comparativamente, às mesmas conclusões e abordagens que são feitas neste trabalho.

Para a elaboração deste trabalho foram analisados o STF e o STJ e os vinte e sete Tribunais Estaduais. O objetivo deste trabalho é analisar como o Judiciário está aplicando a Súmula Vinculante 11, e a partir daí examinar se como está sendo o controle do uso da aljava pelo Poder Judiciário. Porém, a pesquisa foi retirada da versão deste artigo, restando apenas as críticas originadas da verificação das decisões.

Primeiramente será feito uma justificativa do porque a Súmula Vinculante não deve apenas se resumir a sua edição, mas também ao controle exercido pelos diversos Tribunais do país tendo assim um dever de atuação e verificação dos elementos necessários para seu uso.

Em seguida serão apresentados alguns pontos controversos e seus fundamentos para uma interpretação de acordo com a finalidade da elaboração da súmula e o dirigismo constitucional, quais sejam: nulidade absoluta da justificativa, abdicação de dano concreto para caracterização da nulidade e verificação fática dos requisitos da Súmula Vinculante.

Por fim, conclui-se que a soma desses requisitos são elementos necessários para que a Súmula Vinculante 11 não se torne uma orientação inerte e ineficaz no controle de arbitrariedades cotidianas.

2. DEVER DE CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO

Antes da edição da Súmula Vinculante 11 pelo Supremo Tribunal Federal em 22 de outubro de 2008, desde 1941 o Código de Processo Penal já previa no art. 284¹ e art. 292² a possibilidade moderada de uso de algemas. Contudo, ainda que houvesse uma regulação sobre o uso de força, a discricionariedade era muito alta ao agente público, que poderia utilizar da norma de acordo como entendesse, sendo também possível não enquadrar o uso da algema como uma hipótese de “uso de força”, mas sim de proteção.

Em 1950 foi editado um decreto no Estado de São Paulo que disciplina o emprego de algemas³. As hipóteses, basicamente, se resumem a resistência, fuga, ébrios e turbulentos. Já em 1969, o Código de Processo Penal Militar também trouxe uma nova regulamentação sobre o uso de algemas no seu art. 234, §1^{o4}, dando como hipóteses a fuga ou agressão por parte do preso. A

-
- 1 Art. 284, CPP: Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.
 - 2 Art. 292, CPP: Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscripto também por duas testemunhas.
 - 3 Decreto 19.903 de 30 de outubro de 1950: Art. 1^o O emprego de algemas far-se-á na Polícia do Estado, de regra, nas seguintes diligências: 1^o – Condução à presença da autoridade dos delinquentes detidos em flagrante, em virtude de pronúncia ou nos demais casos previstos em lei, desde que ofereçam resistência ou tentem a fuga; 2^o – Condução à presença da autoridade dos ébrios, viciosos e turbulentos, recolhidos na prática de infração e que devam ser postos em custódia, nos termos do Regulamento Policial do Estado, desde que o seu estado extremo de exaltação torne indispensável o emprego de força; 3^o – Transporte, de uma para outra dependência, ou remoção, de um para outro presídio, dos presos que, pela sua conhecida periculosidade, possam tentar a fuga durante a diligência, ou a tenham tentado, ou oferecido resistência quando de sua detenção.
 - 4 Art. 234, §1^o, CPPM: 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.

seguir, em 1984, a Lei de Execuções Penais trouxe no art. 199⁵ que a disciplina do uso de algemas seria feita posteriormente, o que só foi feito, efetivamente, em 09 de junho de 2008, através do art. 474, §3º, CPP⁶, mas regulamentando estritamente o uso durante o Tribunal do Júri.

Dessa forma, somente em agosto de 2008 é que a regulamentação através da Súmula Vinculante 11 é que passou a ter efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei, conforme o art. 103-A, CFRB/88. O respeito à Súmula Vinculante, então, passa a ser obrigatório em qualquer situação de uso de algema por parte da administração pública, gerando, além disso, uma obrigação por parte do Supremo Tribunal Federal de controle da aplicação da Súmula.

A fundamentação da aprovação da Súmula Vinculante foi justamente a carência de justificativas concretas e o desrespeito às garantias individuais do indivíduo presentes na Constituição. Entre elas destacam-se a exposição da imagem de “criminoso” na mídia, perante terceiros ou juiz, ferindo a integridade moral, presunção de inocência, liberdade individual e dignidade da pessoa humana. A exposição e o abuso dos procedimentos estavam beirando o absurdo e era preciso proteger aquilo que a Constituição se prezou a exterminar no momento da sua criação.

Surge então um dever de controle por parte do Poder Judiciário. Esse controle e revisão por parte do Poder Judiciário (e não só do STF) advêm de uma reestruturação do papel do Estado na sociedade. Conforme Lênio Streck expõe, o Estado

5 Art. 199, LEP: O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal.

6 Art. 474, §3º, CPP: 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.

Democrático de Direito trouxe uma terceira forma de Estado de Direito, agregando às anteriores (Liberal e Social) dois novos pilares: democracia e direitos fundamentais. Para tanto, a Constituição assume a feição de transformadora das estruturas da sociedade. Porém, para a efetivação dessa transformação constitucional há dois entraves primordiais que precisam ser transpostos pelo Direito, quais sejam, o velho modelo de Direito liberal-individualista-normativista e a visão hermenêutica submersa num imaginário metafísico objetificante, no interior do qual ainda ocorre a separação sujeito-objeto (STRECK, 2004, p. 86-87).

Por isso, para Elias Diaz, o Direito e o Estado têm sido entendidos tão-somente como mecanismos retardatários e imobilistas da sociedade, e instrumentos para única e exclusivamente exploração e opressão. Uma das três teses elencadas por ele para que isso ocorra é que se o Direito não serve para nada ou por nada importante, em termos de mudança social, se somente são mecanismos de opressão e exploração, a conclusão é a de que nas condições de domínio de uma sociedade com economia capitalista daria no mesmo um Direito e um Estado Democrático representativo e um Direito e um Estado ditatorial e fascista. Desta forma, como terceira tese, aqueles que rechaçam por estéril o trabalho de participação e colaboração nas instituições jurídico-políticas, demonstram que estão em plena medida fechando toda a saída para esses setores sociais menos favorecidos que não seja a do exclusivo ativismo na ilegalidade, com as dificuldades, sacrifícios e grandes riscos de ineficácia e fracasso que isso implica e tem implicado historicamente (DIAZ, 1998, p. 143-154).

Assim, o Direito deve ser impulsionador das transformações sociais, incluindo também a atuação do Poder Judiciário nessa sua atribuição fiscalizatória da Constituição de 1988. Independente dos debates que tratam da legitimidade do Poder Judiciário como controle de leis e da Constituição tendo em vista os juízes não terem sido eleito por voto popular, a experiência de inúmeras nações tem apontado para o fato de que o Estado Democrático de

Direito não pode funcionar sem uma justiça constitucional, sendo possível até considerar uma condição de possibilidade daquele Estado. A soberania do parlamento cedeu passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação de Poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantado pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado. A ideia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental. O poder constituído, por natureza derivado, deve respeitar o poder constituinte, pode definição originário (MOREIRA, 1993, p. 178 e ss.).

Nesse sentido, a atuação do Poder Judiciário (justiça constitucional) se torna imprescindível no Estado Democrático de Direito. As liberdades dos Poderes encontrarão limites na própria normatividade da Constituição, os direitos nela previstos e nos mecanismos que o próprio texto constitucional estabelece para a sua efetivação. Como expôs Freeman, a Constituição não é mais somente um instrumento que se limita a definir procedimentos e aplicar leis, mas também organizar e qualificar estes procedimentos ordinários por forma a evitar a usurpação da soberania popular por parte de instituições públicas ou privadas (FREEMAN, 1992, p. 13).

De qualquer forma, não se contentando apenas com um constitucionalismo procedimentalista, *o novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais* (GARCIA HERRERA, 1996, p. 83)

Portanto, de acordo com os fundamentos trazidos acima, pode-se dizer que o papel do Poder Judiciário, na posição de justiça constitucional, deve proteger os direitos previstos na

Constituição, sendo mais grave ainda a sua omissão no tocante a regras a ele formuladas, em especial, a Súmula Vinculante 11. Diz-se isso, pois, não mais podendo se contentar com o aspecto meramente formal dos direitos e dos procedimentos, é necessário averiguar a material aplicação do Direito em relação à Constituição, não podendo, assim, as decisões judiciais se contentarem a tratar de elementos superficiais. Quando foi elaborada tal Súmula, ficou também a cargo do Poder Judiciário o controle desta aplicação, devendo verificar se o seu emprego estava sendo feito de forma correta.

As considerações aqui feitas podem insurgir em argumentos de que o controle hoje apresentado está sendo feito de forma correta, e não deficiente como se tenta demonstrar. O problema em tal posicionamento estar-se-ia em admitir que o aspecto fiscalizatório dos juízes limita-se apenas em verificar se há justificativa pura e simples, como delimita o texto sumular. O que aqui se pretende criticar é que esse controle, de acordo com o “novo” papel dirigente do Poder Judiciário deve ser mais concreto e olhar não apenas para justificativas abstratas, que digam a respeito de condições estruturais ou que falem sobre o crime atual ou anterior cometido pelo agente, mas sim no tocante às condições concretas apresentadas pelo indivíduo que deram ensejo no uso da algema. Esta visão visa dar um entendimento material a tudo aquilo que foi tratado anteriormente, dando efetividade aos princípios e regras constitucionais, proteção do indivíduo frente às maiorias e controle sobre discricionariedade subjetiva do agente público.

3. NULIDADE ABSOLUTA DA JUSTIFICATIVA

A redação da Súmula Vinculante diz expressamente que a pena para o descumprimento dos requisitos ali expressos enseja a nulidade da prisão e do ato processual a que se refere. Essa disposição, durante a pesquisa, gerou divergência de interpretação

em vários acórdãos, dizendo uns que essa nulidade trata-se de relativa, enquanto outros entendem que a nulidade é absoluta. As implicações são diversas dependendo da posição adotada, inclusive para a presença dos requisitos de preclusão da decisão e dano concreto. Aqui será defendido o entendimento da nulidade absoluta.

Primeiramente, a sanção de nulidade pode ser distinta em três tipos diferentes de sistemas: a) todo e qualquer defeito do ato jurídico leva á nulidade; b) nulo só será o ato se a lei assim expressamente o declarar; c) um sistema misto, distinguindo-se as irregularidades conforme a sua gravidade. No CPC, adotando uma interpretação mais moderna, o ato nulo será quando houver cominação expressa e também quando, na comparação com o modelo legal, se verificar que não foi celebrado com fidelidade a este. Já o CPP, diferentemente, entende que a nulidade estará presente somente naqueles casos que o legislador expressamente previu dentro da sua concepção de imperfeições (GRINOVER, DINAMARCO, CINTRA, 2005, p. 351).

Isso é relevante devido à diferença do ato absolutamente nulo para o ato relativamente nulo. Em resumo, o primeiro trata de um interesse de ordem pública e que pode e deve ser decretada de ofício pelo juiz independente de provocação da parte interessada devido a sua importância ao processo. Já a nulidade relativa, ao contrário, vem de interesse exclusivamente da parte não podendo o juiz o declarar de ofício, não tendo em lei uma cominação da sua nulidade, dependendo da comparação do ato celebrado em concreto com o modelo legal: se não houver finalidade a este e se ao estiver em jogo um interesse da ordem pública, estaremos diante de um caso de nulidade relativa (GRINOVER, DINAMARCO, CINTRA, 2005, p. 354).

Dessa forma, guiado pelo princípio da causalidade, será nulo aquele ato que dele seja dependente, devendo, então, anular todo o processo a partir do ato celebrado com imperfeição, conforme art. 573, §1º, CPP. Porém, pode ser repetido o ato irregular e não anulando o processo inteiro caso os atos

posteriores não sejam dependentes do ato nulo. Essa convalidação do ato será diferente caso se trate de uma nulidade absoluta ou relativa. No caso de uma nulidade relativa, não sendo argüida pela parte interessada quando pela primeira vez se manifesta nos autos convalida o ato, ocorrendo, assim, a preclusão da faculdade de alegar (art. 572, CPP). Contudo, tratando-se de nulidade absoluta, depois da sentença de mérito a irregularidade torna-se irrelevante e não se pode mais decretar a nulidade do ato viciado. No CPC essa regra sofre uma ponderação quando se enquadrar em alguma hipótese do art. 485, CPC, podendo ser ajuizada uma ação rescisória em até dois anos do trânsito em julgado, ficando preclusa a matéria a partir do término do prazo (art. 495, CPC). Já no CPP há a possibilidade de propor revisão criminal a qualquer tempo depois do trânsito em julgado para desconsiderar qualquer vício presente no art. 621, mas somente é possível ao acusado alegar tal irregularidade (art. 623, CPP).

Trazendo, enfim, essa teoria para a aplicação da algema, falar que a nulidade referente a Súmula Vinculante é relativa trata-se de um equívoco. Se a arguição do uso indevido deva ser feito na primeira oportunidade possível, no caso da nulidade relativa, a preclusão ocorrerá quando se entender que houve uma omissão, por exemplo, nas alegações finais ou durante a audiência, dependendo da interpretação do magistrado.

Diz-se que é absoluta, pois se trata de um interesse de ordem pública e não privado, limitando-se às partes. O caráter ostensivo da algema está na vinculação da sua imagem a um ser culpado, ferindo sua dignidade, violando sua moral e tornando vulnerável a presunção de inocência. Não se pode afirmar que é simplesmente um interesse da parte, sendo assim disponível. Quando é um direito que trata não só do patrimônio, mas de um procedimento coletivo, que fere o Estado Democrático de Direito e não somente um desejo que a parte possui em se omitir e quando há uma implicância transindividual nesse mesmo direito e não apenas singular, estamos diante de um interesse de ordem pública, devendo assim ser tratada como nulidade absoluta.

Porém, sendo uma nulidade absoluta, o teor de ordem pública nesta nulidade faria com que o juiz pudesse a decretar de ofício até o trânsito em julgado, seja em recurso, alegações finais ou sentença, não existindo a preclusão sobre a matéria. Mais ainda, se entendendo que seja possível enquadrar no art. 485, V, CPC⁷ e art. 621, I, CPP⁸, seria possível ainda a propositura, inclusive, de ação rescisória e revisão criminal, sendo esta última pertinente a qualquer tempo. Tanto a revisão criminal e a ação rescisória se baseiam na violação de um texto legal. O problema está quando se questiona como a Súmula Vinculante se enquadra dentro do ordenamento jurídico.

Primeiramente, a Súmula Vinculante se diferencia de qualquer outra súmula devido ao seu efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, conforme-se art. 103-A, CFRB/88. No julgamento da ADI sobre a inconstitucionalidade da ação declaratória, inserida no ordenamento pela EC n° 03/93, o Ministro Moreira Alves aduziu que o STF não atuará de nenhum modo como órgão participante do processo legislativo, sendo simplesmente para uniformizar o entendimento judicial sobre a constitucionalidade ou não de determinada norma jurídica, não havendo interferência alguma na função criadora judicial, porque a fixação de determinada interpretação da norma, com força vinculante, apesar de encerrar um comando negativo, prescreve a interpretação conforme a Constituição⁹.

7 Art. 485, V, CPC: A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: violar literal disposição de lei.

8 Art. 621, I, CPP: A revisão dos processos findos será admitida: quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos.

9 Em sentido contrário, o Min. Marco Aurélio ressaltou que o efeito vinculante provido pelo STF decorrerá da simples e obrigatória observância do que foi decidido no processo objetivo, sem que os interessados nos conflitos concretos tenham participado. Essa interpretação pode ser transposta para a Súmula Vinculante tendo como princípio que o enunciado emitido pelo STF não teve participação do processo legislativo

Esse instituto do efeito vinculante da decisão adveio da *common Law*¹⁰. Nesse sistema, o processo silogístico de subsunção do fato a norma é o mesmo que provenha a norma do direito legislado ou de um precedente. O raciocínio jurídico utilizado para se chegar ao resultado é verdade seja a fonte da norma uma lei ou precedente. O que faz a diferença para reconhecer às decisões judiciais o *status* de fonte formal de direito é o modelo de função social da jurisdição adotado no país. Em países que limitam a função social do judiciário, reduzindo seu papel ao de mero departamento de Estado, prevendo-lhe basicamente a função de resolver conflitos intersubjetivos, como é o caso da França, rejeitam o instituto do efeito vinculante (SILVA, 2005, p. 169-170).

O Brasil adotou um sistema que foi influenciado em grande parte pelo sistema dos Estados Unidos. Lá, a Suprema Corte exerce seu poder normativo definitivo quando o assunto está “maduro” juridicamente, já exaustivamente debatido nas instâncias inferiores e conhecidas as conseqüências sociais das diversas abordagens adotadas, de sorte que, ao elaborar o direito de criação judicial, o Tribunal pode avaliar o grau de controvérsia da questão, delineando seus efeitos, o que lhe capacita a eleger o momento político adequado para resolver o assunto, bem como determinar o nível de generalidade de sua decisão, a fim de torná-la o mais aceitável socialmente possível. Aqui, de forma parecida, o recurso extraordinário e o especial, com a edição da Lei nº 10.259/01, passaram a outorgar ao STF e STJ o poder de, no processo de uniformização de interpretação de lei federal,

representativo, sendo um ato meramente objetivo do Tribunal (ADI 913-3, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 23/08/1993).

- 10 Nesse sistema, o precedente judicial torna-se lei e deve ser obrigatoriamente seguido pelos juízos das cortes inferiores, enquanto que o sistema da *civil Law* concentra-se no direito posto pelo Legislador. Entretanto, a mais clara distinção entre ambos é que no sistema da *civil Law* o juiz é livre para considerar a decisão de uma corte superior, enquanto que na *common Law*, isso nunca é feito, salvo em algumas situações específicas (SILVA, 2005, p. 166-167).

determinar liminarmente a suspensão de todos os processos em que a controvérsia esteja estabelecida.

Dessa forma, por ser de origem do sistema de *common Law*, questiona-se se seria possível, no Brasil, dar a esse efeito vinculante um caráter de fonte formal do direito. O precedente judicial, consagrado numa simples súmula, não é autoridade intrínseca de fonte de direito, pois não cria, não inova, não elabora lei; cinge-se a aplicá-la, o que significa que é a própria voz do legislador (BUZAID, 1985, p. 215). Já a jurisprudência, na visão de Kelsen, o tribunal tem de verificar se, no caso que se lhe apresenta, existem *in concreto* os pressupostos de uma consequência do ilícito determinados *in abstracto* por uma norma geral. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto¹¹. A verificação do fato condicionante pelo tribunal é, portanto, em todo sentido, constitutiva. Surgem, assim, dois tipos de sistemas: para o primeiro, a produção de normas jurídicas está completamente concentrada e reservada ao órgão legislativo e os tribunais limitam-se a aplicar ao caso concreto as normas gerais produzidas por aquele órgão; para o segundo, além do órgão legislativo central cabe também aos tribunais a criação do Direito. Logo, quando o tribunal de última instância proferir uma decisão vinculante para casos idênticos pode uma decisão judicial ter um caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quando ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso (não há norma predeterminada), o tribunal cria com sua decisão dotada de força de precedente,

11 Complementa Kelsen: só através da verificação, efetuada na decisão judicial, de que uma norma geral a aplicar ao caso concreto apresentado perante o tribunal é vigente – e tal norma é vigente quando foi criada constitucionalmente –, se torna esta norma aplicável ao caso concreto e se cria, através dela, para este caso, uma situação jurídica que antes da decisão não existia (KELSEN, 2003, p. 265).

Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral. De qualquer forma, em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, assim como o órgão a que a Constituição confere pode para legislar. Se aos tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais, mas também normas jurídicas gerais, eles entrarão em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição, significando uma descentralização legislativa (KELSEN, 2003, p. 263-283).

Mais inda, como Barroso expõe, a interpretação jurídica não é meramente uma atividade mecânica e de revelação de conteúdos contidos nos textos legislativos, especialmente quando eles se utilizam de termos polissêmicos, de conceitos jurídicos indeterminados ou de princípios gerais. Nessas situações, o intérprete desempenha o papel de co-participante do processo de criação do Direito, dando sentido a atos normativos de textura aberta ou fazendo escolhas fundamentadas diante das possibilidades de solução oferecidas pelo ordenamento. Por isso que há uma distinção importante entre **enunciado normativo** – isto é, o texto, o relato abstrato contido no dispositivo – e **norma**, entendida como o produto da aplicação do enunciado a uma situação concreta (BARROSO, 2009, p. 81). Entretanto, Lenio Streck sustenta que texto e norma não são coisas separadas, não podendo ser vistos/compreendidos isoladamente um do outro. A diferença está na ontologia, pois o texto só será compreendido na sua norma e a norma só será compreendida a partir do seu texto. Isso quer dizer que o sentido não pode ser arrancado do texto, mas ele já traz “em si” um compromisso – que é a pré-compreensão que antecipa esse “em si” – e que é o elemento regulador de qualquer enunciado que façamos a partir daquele texto. Assim, o texto da Constituição só pode ser entendido a partir de sua aplicação. Entender sem aplicação não é um entender. A *applicatio* é a norma (tização) do texto constitucional. A Constituição será, assim, resultado de sua interpretação (portanto, de sua compreensão como Constituição), que tem

o seu acontecimento no ato aplicativo, concreto, produto da intersubjetividade dos juristas, que emerge da complexidade das relações sociais. E, por consequência, uma “baixa compreensão” acerca do sentido da Constituição inexoravelmente acarretará uma “baixa aplicação”, com efetivo prejuízo para a concretização dos direitos fundamentais. Por isso, o texto não está a disposição do intérprete, porque ele é produto dessa correlação de forças que se dá não mais em um esquema sujeito-objeto, mas sim, a partir do círculo hermenêutico, que atravessa o dualismo metafísico (STRECK, 2008, p. 290-300).

Portanto, a partir de todas essas abordagens, é possível aferir que a Súmula Vinculante possui um caráter de fonte formal de direito. Como resume de forma essencial Fabio de Azevedo, não existe um consenso sobre a caracterização das fontes formais de direito (AZEVEDO, 2009, p. 36-40). Um primeiro entendimento, defendido por Caio Mário, as divide em principais (lei) e acessórias (analogia, costumes e princípios gerais do direito) (PEREIRA, 2005, p. 180). Um segundo entendimento, defendido por Orlando Gomes e Serpa Lopes, sustenta que apenas os costumes e a lei podem ser consideradas como fontes formais do direito, já que apenas os dois são capazes de produzir a regra jurídica de imediato. Um terceiro entendimento, defendido por José Maria Leoni, entendo como fontes formais a lei, os usos, os costumes, a jurisprudência e a manifestação de vontade (GOMES, 2001, p. 39). Arnaldo Sussekintende que fontes formais de direito são aquelas que geram direitos e obrigações nas relações que incidem, devendo ser hierarquizadas e em sintonia com a Constituição (SUSSEKIND, 2004, p. 119-120). Já Miguel Reale, na sua teoria tridimensional do direito, afirma que a norma jurídica é produto dos acontecimentos de um modo geral, que são os fatos; fatos nada mais são do que acontecimentos da vida social. A partir daí, os valores devem ser examinados conforme o interesse social específico da lei. A norma servirá exatamente ao entrelaçamento e à união entre esse fato e o valor do qual ela irá emergir ao seu produto (REALE, 2006, p. 553).

Logo, independente da visão que se adote no tocante a dualidade texto/norma, a concepção a ter em mente deve ser a de que a Súmula Vinculante, ao propor um enunciado cujo texto é vinculante, sua norma equipara-se àquela que uma lei em sentido material se propõe. Como aduz Clóvis Bevilácqua, lei é “uma ordem geral emanada de uma autoridade reconhecida, e imposta coativamente à obediência de todos” (BEVILAQUA, 2001, p. 49). Para ser uma lei em sentido material ela precisa conter todos os requisitos, do contrário, será apenas em sentido formal. O STF, sensível dessa distinção, entende que a Corte não pode realizar o controle de constitucionalidade de lei apenas em sentido formal. A Súmula Vinculante 11, dessa forma, possui uma ordem geral e imposta coercitivamente a todos (vinculante). Além disso, conforme já explicitou Arnaldo Sussekind, a Súmula Vinculante também gera direitos e obrigações através do seu enunciado. Sem adentrar no caráter democrático e constitucionalidade da elaboração do texto, Kelsen também já expunha que quando uma norma individual não é predeterminada no conteúdo por uma norma geral criada por via legislativa, o precedente judicial vinculante, especialmente a de última instância, será uma espécie de lei tendo em vista o poder que a Constituição conferiu para legislar. Nessa linha, conforme aduz Lênio Streck, a Constituição, através do seu poder derivado, é resultado da interpretação e o texto só pode ser entendido pela sua aplicação. Não interpretar gerará a não aplicação da Constituição que, em consequência, encadeará na ineficácia dos direitos ali previstos.

É isso que aqui se critica na aplicação da súmula através da não aplicação da nulidade absoluta como requisito da Súmula Vinculante 11. Negar esse caráter é permitir que haja ineficácia dos dispositivos ali inscritos. Sendo nulidade absoluta, assim, seria possível a argüição a qualquer tempo, inclusive, como proposto, através de ação rescisória e revisão criminal, haja vista que a exigência de violação ao texto legal também pode ser entendido como a de uma Súmula Vinculante pelos argumentos acima expostos, quais sejam: efeito vinculante do enunciado,

dever interpretativo da norma pelo Poder Judiciário, autoridade constitucional de previsão de tal ato e enquadramento como fonte formal de direito.

4. ABDICAÇÃO DE DANO CONCRETO PARA CARACTERIZAÇÃO DA NULIDADE

Durante a pesquisa foi possível encontrar acórdãos que exigiam a presença de dano concreto para que pudesse verificar a presença dos requisitos ou declarar a nulidade do uso das algemas. No caso, é irrelevante o fato de que esse critério representa um número pequeno em relação ao total de justificativas, pois, em tese, ele não deveria nem existir.

Diz-se isso por que o teor da Súmula Vinculante apresenta alguns aspectos que demonstram que a mera conduta do agente coator no sentido contrário da norma já basta para a nulidade do ato.

Um desses aspectos é o de que o uso da algema é exceção, enquanto que a liberdade daquele que está sendo acusado é regra. Obviamente, com a pesquisa, é impossível saber se o número práticas diminuiu ou não com a edição da súmula até porque as ações estatais que não usam mais algemas não são contabilizadas na pesquisa. O que se pode aferir dos dados é se há um controle do Poder Judiciário daquelas ações que usam a algema e que são contestadas pelos indivíduos. Assim, se a exceção agora é uso da algema e a regra é a preservação da integridade e liberdade do indivíduo, é contra senso aferir que a prática que não traga prejuízo ao sujeito ainda assim deva ser considerada legal tendo em vista que, de qualquer modo, trata-se de uma exceção e como tal deve ser interpretada restritivamente.

Como já visto, entende-se pela nulidade absoluta da justificativa o que a diferencia no lapso temporal para a sua impugnação, quem pode argüir e o efetivo dano ao acusado. As duas primeiras hipóteses também já foram trabalhadas no tópico

anterior, o que desnecessita a sua repetição. Contudo, no tocante ao dano concreto é preciso fazer uma observação.

A nulidade absoluta, por atingir interesse de ordem pública, permite ao juiz que o indague a qualquer tempo, sendo inclusive possível que a propositura de ação rescisória e revisão para argüir esta nulidade. Sendo assim, é possível enquadrar também como uma nulidade do art. 564, IV, CPP¹².

O texto fala sobre a formalidade que constitua elemento essencial ao ato. Conforme aduz Tourinho, caso se trate de formalidade que diga respeito a ato estrutural, não pode haver sanatória; se acidental ou secundário, sim. Contudo, o ato que pode ser sanado não se confunde com a necessidade de dano concreto para a configuração da nulidade. Sendo possível sanar o ato, conforme o art. 572, CPP, considerar-se-á válido ainda assim. No caso de dano concreto, não há nulidade sem prejuízo. Para que o ato seja declarado nulo é preciso que haja entre a sua imperfeição e o prejuízo às partes um nexó efetivo e concreto. Porém, no caso da nulidade absoluta o dano é presumido, inadmitindo prova em contrário (TOURINHO FILHO, 2006, p. 482).

Mais ainda, o art. 564, IV, CPP, trata de um elemento essencial e não meramente formal. Nesse caso, segundo Tourinho, ainda que o legislador preveja a sua sanabilidade, a nulidade é absoluta de qualquer forma, nada podendo saná-la. A fundamentação está no fato de que se é uma formalidade que desconfigura o ato essencial, obviamente não pode haver sanabilidade. Do contrário, não se trataria mais um ato essencial, mas ordinário e qualquer.

Especificamente no tocante às algemas, pode-se dizer que a motivação e a presença da justificativa são elementos essenciais ao ato e que a omissão deles, de forma clara, ensejariam nulidade absoluta ao uso da algema. Havendo justificativa, mas ela

12 Art. 564, IV, CPP: A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

sendo diversa dos critérios apresentados na Súmula Vinculante também há clara nulidade absoluta dessa justificativa apresentada haja vista que o texto apresenta as três únicas hipóteses que possibilitam seu uso (resistência, fundado receio de fuga e perigo à integridade física). Caso haja uma justificativa com base nos arts. 284 e 292, CPP, Dec. 19.903/50, art. 234, §1º, CPPM e art. 199, LEP, há claramente uma norma posterior e especial em relação a elas que trata da matéria de forma clara e precisa (Súmula Vinculante).

Porém, questionando o art. 474, §3º, CPP, que trata do uso da algema durante o Plenário do Júri, é possível argumentar que a Súmula, mesmo sendo posterior, é de caráter geral e o artigo do CPP é especial, delineando seu uso no Júri. O problema é que sendo tratada desta forma e emanando um enunciado mais geral não seria razoável a Súmula Vinculante ter requisitos mais específicos e o artigo de lei possuir requisitos mais abrangentes. Deveria ser o contrário. Diz-se isso, pois o art. 474, §3º, CPP, possibilita a justificativa com base na segurança das testemunhas, garantia da integridade física dos presentes e necessário à ordem dos trabalhos. Os dois primeiros requisitos estão englobados pela Súmula Vinculante “no perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros”. Já o terceiro requisito (ordem dos trabalhos), de tão abrangente e geral, consegue englobar e inverter a ordem, tornando os requisitos da Súmula Vinculante mais específicos que ele. Dessa forma, é imprescindível que haja uma justificativa, durante o Tribunal do Júri, que seja baseada nos requisitos da Súmula Vinculante que, conseqüentemente, embasariam aqueles do art. 474, §3º, CPP. Caso se fundamente no critério de “ordem dos trabalhos” de forma geral e sem a devida facticidade que se propõe a Súmula Vinculante, há uma séria violação do preceito da justificativa, o que fará desta fundamentação nula de pleno direito.

Além disso, tratando do momento temporal no qual é feito o uso da algema há algumas variações sobre a nulidade Sendo caso de **prisão em flagrante**, é perigoso falar em convalidação do

uso irregular da algema quando o juiz decretar a prisão cautelar no momento da averiguação do flagrante. Isso faria com que a atuação coercitiva e ilegal do Estado sobre um indivíduo protegido pela presunção de inocência e outros direitos constitucionais pudesse estar apoiada num momento posterior de averiguação de requisitos e fundamentos completamente diferentes. Deve haver, de qualquer maneira, uma responsabilização para o desrespeito a regras e algumas formalidades, o que é essencial nos tempos atuais.

Uma questão interessante ocorre quando há uma **prisão cautelar** e há um uso irregular da algema. Como há a nulidade absoluta, prejuízo presumido e invalidação do ato, falar que a prisão cautelar estaria invalidade ensejaria algumas questões, tendo em vista esta prisão estar baseada numa decisão justificada e legal. Na prática, a anulação da prisão anularia também a decisão judicial de prisão. Caso não se entenda assim, ensejando ainda a validade da decisão e a nulidade do ato cerceador de liberdade, haverá um contra censo, pois no momento que o indivíduo colocar os pés fora do estabelecimento prisional poderá haver uma nova prisão cautelar tendo em vista que há uma prisão cautelar decretada contra ele (que nunca foi revogada). Tornar-se-ia uma situação surreal. Se a decisão judicial cautelar era válida, porque soltar o indivíduo se ele novamente será preso assim que sair do estabelecimento? Ou de um lado haveria a ineficácia da decisão judicial que determinou a decretação da preventiva ou, de outro lado, haveria a ineficácia da decisão que anulou a prisão cautelar. No entender particular de nada interfere a responsabilidade civil e penal do agente coator no uso da algema e do Estado. Porém, inclina-se para uma opinião pela convalidação do ato ilegal visto que é uma situação com características requisitos mais específicos que a prisão em flagrante, baseada numa decisão judicial e com elementos probatórios que merecem ser ponderados com àqueles direitos do indivíduo. Por mais que possa haver uma responsabilização pelo uso ilegal, poderá ser convalidado.

Por fim, questiona-se a hipótese de uso de algemas no transporte dos presos. Normalmente, quando é negado ao indivíduo o direito de permanecer na sessão de julgamento sem o uso da algema é levantada a questão do número de policiais que o trouxeram para a audiência ou que seria impossível garantir a integridade de todo. Como será dito nos tópicos a seguir, deficiências do Estado não podem recair sobre o peso do indivíduo. Por isso, quando se fala que o transporte do preso seria debilitado pela retirada das algemas, tal argumento não é pertinente. O uso da algema tem como principal consequência negativa a imagem produzida perante terceiros. No transporte, corredores internos do fórum e em situações parecidas isso não se verifica até porque não há essa exposição. O transporte é uma situação completamente diferente da audiência ou de qualquer ato público de exposição. Não se pode, assim, argüir que o uso da algema durante a audiência justifica-se porque ele foi transportado nessas circunstâncias ou que para resguardar a integridade de todos na audiência ele precisa estar algemado no transporte também, como foi verificado em algumas justificativas.

5. VERIFICAÇÃO FÁTICA DOS REQUISITOS DA SÚMULA

Na redação da Súmula Vinculante 11, encontram-se expressos três requisitos para que seja possível o uso da algema, quais sejam, resistência, fundado receio de fuga e perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros.

A exigência de tais requisitos nos acórdãos¹³ que deram origem à Súmula se basearam na perspectiva de que a aplicação da algema no caso concreto não deve ser justificada pela autoridade

13 HC 91.952-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe nº 241, 19/12/2008; HC 89.429, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 02/02/2007

coatora na generalidade, mas na demonstração em concreto da fuga do preso, perigo a integridade alheia e resistência. Isso quer dizer que o indivíduo, para ter sua integridade cerceada tem que, no mínimo, emanar alguma atitude suspeita (dentro dos requisitos) que justifique o uso da algema, sendo, assim, necessário a ele o caráter ativo do ato ilegal a fim de justificar o ato legal (uso da algema).

O que muito se notou nos acórdãos pesquisados foi justamente o contrário. Tomando por base somente aquelas justificativas que tratavam dos requisitos da Súmula (receio de fuga, integridade física, periculosidade, elementos quantitativos e resistência), muitas delas procuravam legitimar o uso da algema com base simplesmente na segurança dos trabalhos, dificuldade de acesso, muitas pessoas presentes no recinto, fugas anteriores de outros presos, outro crime praticado pelo agente, entre outros.

O primeiro critério a ser examinado é a forma com que os juízes utilizam os requisitos com base em termos abstratos e sem fundamento concreto. Em todos os Tribunais pesquisados, foi encontrado um número mínimo de acórdãos que justificavam o uso com base numa atitude prévia do acusado em tentar se evadir, numa conversa ou tratamento concreto que poderia dar ensejo a um perigo à integridade ou mesmo uma resistência do indivíduo à atividade estatal. A justificativa não precisa ser extensa e trazer todos os problemas da comarca, mas sim aquelas atitudes do agente que fundamentaram o seu uso.

Além disso, muito também se encontrou que a legitimação do uso da algema seria com base na periculosidade e elementos quantitativos. Esses dois critérios podem ser enquadrados como sub-critérios da integridade física, mas devido a tanta reiteração no seu uso foi necessário a sua subdivisão. Foram usados em muitos casos para demonstrar que certo crime grave anterior praticado pelo indivíduo (ou qualquer tipo de antecedentes) deveria servir de base para o uso da algema. Mais ainda, justificava-se que a escassez de funcionários, número de pessoas na sala, fuga

anterior de presos, ausência de detector de metais, entre outros, como forma de incumbir ao preso a deficiência estatal.

Como dito anteriormente, a regra é não usar a algema, que somente se legitima quando houver a presença de atos concretos que se enquadrem nos requisitos dispostos na Súmula Vinculante. Logo, o indivíduo é que deve ser o sujeito ativo da ilicitude e não o Estado. Quando as autoridades justificam o uso com base em deficiências estruturais e elementos que o Estado próprio não conseguiu suprir com o tempo está colocando o indivíduo no pólo passivo, sendo que ele não provocou nenhuma ação que pudesse ensejar o seu próprio cerceamento de liberdade. Diz-se isso, pois, quando se justifica a prática no número excessivo de pessoas na sala, não seria melhor limitar em parte a publicidade e atender também o direito individual da integridade física e liberdade? Quando se justifica com base num crime grave anterior (na maioria das vezes crimes com violência), além do fato de ser um *bis in idem*, o que crimes dessa natureza possuem de especial em relação a crimes econômicos, contra a administração pública ou contra a fé pública? Em tese, esses últimos crimes têm no pólo passivo a coletividade e não apenas uma pessoa, alguns crimes possuem penas maiores que os crimes contra a vida e muitos dos praticantes desses crimes também já praticaram condutas anteriores. Então, qual a razão dessa discriminação no uso de algemas se não há qualquer alusão a diferenciação no teor da Súmula?

Em resumo, as visões aqui apresentadas tentam questionar preconceitos e olhares tendenciosos a certos pensamentos que tiram do indivíduo seus direitos e fazem do Estado um ente cada vez mais autoritário e, principalmente, arbitrário, intenção contrária àquela emanada pela Súmula Vinculante desde a sua edição. Ao se justificar o uso de algemas nesses critérios ditos anteriormente, ainda mais aqueles que nasceram de uma incapacidade do Estado, seduz-se ao argumento da restrição de direitos em prol da coletividade, mas, em verdade, quem está sendo julgado, o cidadão ou o Estado? Porque é preciso recair

sobre o indivíduo acusado esse peso quando é ele quem tem o direito de proteção contra as maiorias?

CONCLUSÃO

A pretensão deste estudo foi demonstrar a necessidade de um Poder Judiciário atuante e fiscalizatório. De modo algum se pugna por um ativismo judicial, mas sim uma verificação e controle daquilo que ele próprio editou.

Porém, mais ainda, não deve haver um controle sem critérios ou de forma desorganizada tal como é hoje, porém de forma harmoniosa e objetiva, mediante a utilização de parâmetros fáticos do acusado na utilização da algema, abdicando do dano concreto para que se caracterize a violação do direito do indivíduo e a nulidade absoluta da justificativa, pois se trata de um direito de ordem pública e não uma mera disposição particular de direito.

Essa junção é que possibilitará uma efetivação dos valores previstos na Constituição e a real aplicação da algema. Do contrário será criado um ambiente ilusório de ação e controle onde há uma norma que delimita a atuação estatal, mas sem efetividade e controle da realidade social.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE E SILVA, Celso de. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2005.

ARRUDA, Paulo. *Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Ed. CampusElsevier. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**, Campinas: Red Livros, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalizarão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva. 2006.

BUZAID, Alfredo. **Uniformização da jurisprudência**. *Ajuris*, 24, 1985.

DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos Penais da Europa**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr e Ana Cláudia FerigatoChoukr. Rio de Janeiro: Ed.Lumen Juris, 2005.

FERREIRA, Marcos Aurélio G. **O Devido Processo Penal – Um Estudo Comparativo**. São Paulo: Ed. Lumiere. 2004.

GUERRA, Sérgio. Discricionariiedade administrativa - Limitações da vinculação legalitária e propostas pós-positivistas. In: SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre; M. NETO, Floriano de Azevedo. (Org.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

JACKSON, Vicki & TUSHNET, Mark. **Comparative Constitutional Law**. New York, NY: Foundation Press. 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOPES, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris. 2008.

MORATO, Leonardo L. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SCHREIBER, Simone. **O princípio da presunção de inocência**. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/7198/o-principio-da-presuncao-de-inocencia>. Acessado em 11 de novembro de 2011.

STRECK, LenioLuis. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2008.

STRECK, LenioLuis. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, LenioLuis. **Ciência política & Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

STRECK, LenioLuis. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006**. São Paulo: Método, 2007.

TOURINHO, Fernando da C. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2004.

Recebido em 13/09/2012.

Aprovado em 14/12/2012.

