

A REGULAMENTAÇÃO DO USO DAS ALGEMAS NA EXECUÇÃO PENAL

Autor: Rômulo de Andrade Moreira- Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Salvador - UNIFACS.

Foi publicado no Diário Oficial da União do dia 27 de setembro, o Decreto nº. 8.858/16, regulamentando o disposto no art. 199 da Lei nº 7.210/84 - Lei de Execução Penal, que trata do uso das algemas no processo de execução da pena.

Segundo a norma legal, o emprego de algemas levará sempre em consideração o inciso III do **caput** do art. 1º e o inciso III do **caput** do art. 5º da Constituição Federal, que dispõem, respectivamente, sobre a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana e sobre a proibição de submissão ao tratamento desumano e degradante.

Também devem ser observados, doravante, a Resolução nº 2010/16, de 22 de julho de 2010, das Nações Unidas sobre o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, as chamadas Regras de Bangkok, além do Pacto de San José da Costa Rica, que determina o tratamento humanitário dos presos e, em especial, das mulheres em condição de vulnerabilidade.

Assim, observadas tal normatividade, inclusive os referidos documentos internacionais, será *"permitido o emprego de algemas apenas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, causado pelo preso ou por terceiros, justificada a sua excepcionalidade por escrito"*, sendo expressamente vedado o seu emprego *"em mulheres presas em qualquer unidade do sistema penitenciário nacional durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período em que se encontrar hospitalizada."*

Nada obstante louvável a publicação do Decreto, impressiona o tempo que se levou para regulamentar o art. 199 da Lei de Execuções Penais, o que permitiu, com muita frequência, a exposição de presos provisórios ou definitivos, homens e mulheres, conduzidos sob algemas, independentemente de idade, sexo, condições físicas, etc.

Agora, além deste Decreto, temos o art. 284 do Código de Processo Penal que *"não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso."* Este dispositivo vem complementado pelo art. 292, que tem a seguinte redação: *"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."*

Ainda em nosso ordenamento jurídico, podemos utilizar o disposto no art. 234, § 1º. 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. § 1º. - 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.*” (grifo nosso).

Vê-se, assim, que a utilização de algemas deve se restringir a casos excepcionais, quando haja, efetivamente, perigo de fuga ou resistência por parte do preso; fora daí, o uso desnecessário deste instrumento fere a dignidade da pessoa humana, representando uma ilegítima (e desautorizada) restrição a direito fundamental. A propósito, Gilberto Thums anota que “*a violência simbólica se maximiza quando o réu é apresentado ao juiz precedido de aparato de segurança do Estado, algemado, e com ordens de olhar para o chão.*”¹

Atente-se que a Lei de Execução Penal impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios (art. 40). Logo, o uso abusivo e sem critério de algemas é conduta ilegal e, como veremos adiante, criminosa. Na verdade, mesmo que nada dispusesse a legislação ordinária, o certo é que o texto constitucional vedaria a utilização deste meio de força, sem que houvesse necessidade e indispensabilidade da medida, senão vejamos.

A Constituição Federal é clara ao estabelecer como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e como princípio a prevalência dos direitos humanos (arts. 1º., III e 4º., II). Mais adiante, no art. 5º., ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, assegura “*aos presos o respeito à integridade física e moral*” e “*que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*” (incisos III e XLIX).

Ora, “*quando o direito interno inclui a dignidade entre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito, estabelece a dignidade da pessoa como ‘fonte ética’ para os direitos, as liberdades e as garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais.*”²

Para José Afonso da Silva, “*a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.*”³

Segundo Étienne Vergès, “*le principe de dignité de la personne humaine domine de très nombreux domaines du droit. Il a fait son apparition à l’issue de la seconde guerre mondiale dans les textes internationaux.*”⁴

¹ Sistemas Processuais Penais, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 182.

² Célia Rosenthal Zisman, Estudos de Direito Constitucional – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, São Paulo: Thomson IOB, 2005, p. 23.

³ Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros, 10ª. ed., 1995, p. 106.

⁴ Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 55.

Célia Rosenthal Zisman anota ainda que “a consciência da dignidade do homem, a evolução da humanidade que se verifica com a aceitação da necessidade de respeito do homem como pessoa, leva ao entendimento de que a dignidade depende do respeito aos direitos fundamentais por parte de cada indivíduo da sociedade e também por parte do Estado.” (Grifo nosso).⁵

O indiscriminado e excessivo uso das algemas, viola, ademais, o princípio da presunção de inocência (art. 5º., LVII). Neste sentido, conferir Roberto Delmanto Junior.⁶ Este autor cita, a propósito, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: “o uso abusivo de algemas se constitui em prática atroz, bestial ou aviltante, podendo chegar à tortura.”⁷

Canotilho explica que são “*princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.*”⁸

No plano internacional, podemos citar as “Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos”, documento adotado pelo 1º. Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977. A Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social, no item 33, recomenda-se, dentre outras coisas, que “a sujeição a instrumentos tais como algemas, correntes, ferros e coletes de força nunca deve ser aplicada como sanção. Mais ainda, correntes e ferros não devem ser usados como instrumentos de coação. Quaisquer outros instrumentos de coação só podem ser utilizados nas seguintes circunstâncias: a) Como medida de precaução contra uma evasão durante uma transferência, desde que sejam retirados logo que o recluso compareça perante uma autoridade judicial ou administrativa; b) Por razões médicas sob indicação do médico; c) Por ordem do diretor, depois de se terem esgotado todos os outros meios de dominar o recluso, a fim de o impedir de causar prejuízo a si próprio ou a outros ou de causar estragos materiais; nestes casos o diretor deve consultar o médico com urgência e apresentar relatório à autoridade administrativa superior.” (grifo nosso).

Devem ainda ser indicados dois pactos internacionais, ambos promulgados pelo Brasil, que também proclamam o respeito à integridade física e moral dos presos, o que impede a utilização indiscriminada de algemas: Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (Decreto 592, de 06 de julho de 1992 – art. 10) e Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678, de 06 de novembro de 1992 – art. 5º.). Sobre a validade, no plano interno, destes documentos internacionais, veja-se o art.

⁵ Estudos de Direito Constitucional – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, São Paulo: Thomson IOB, 2005, p. 39.

⁶ As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª. ed., 2001, p. 67.

⁷ Idem, p. 114.

⁸ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 6ª. ed., p. 1.151.

5º., § 2º. da Constituição Federal: "*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*"

A propósito, Fábio Konder Comparato ensina que "*a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de expressarem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. (...) Seja como for, vai-se afirmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflitos entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico.*"⁹ É o chamado princípio da prevalência da norma mais favorável.

Segundo Perez Luño, "*este processo de afirmação internacional dos direitos humanos (...) abre – apesar de tudo – uma esperança em uma humanidade definitivamente livre do temor em ver constantemente violados seus direitos mais essenciais.*"¹⁰

Aliás, no Brasil, esta preocupação é antiga, pois o Decreto nº. 4.824, de 22 de novembro de 1871, já determinava no seu art. 28 que "*o preso não será conduzido com ferros, algemas ou cordas, salvo o caso extremo de segurança, que deverá ser justificado pelo condutor.*"

Pergunta-se, então: caso haja abuso na utilização deste instrumento de força, sua utilização desnecessária e abusiva, qual a consequência para o sujeito que ordenou a medida odiosa? Sem dúvidas, incorre o funcionário público no crime previsto na Lei nº. 4.898/65 (arts. 3º., "i" e 4º., "a", "b" e "h"), delitos de ação penal pública incondicionada, com pena máxima de seis meses de detenção, além de multa, perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos (art. 6º., §§ 3º., 4º. e 5º.). O art. 4º., "h" da Lei nº. 4.898/65 estabelece ser crime de abuso de autoridade "*o ato lesivo da honra, ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal.*" Comete este delito a autoridade que age com o propósito de lesar a honra ou o patrimônio de uma pessoa, física ou jurídica. Esta lei tem dois objetivos primordiais: que a função pública seja exercida na mais absoluta normalidade democrática, no sentido que os representantes da administração pública tenham um comportamento legal, portanto, sem abusos de qualquer ordem; d'outro modo, a lei também visa a proteger as garantias individuais inerentes à pessoa, aquelas mesmas postas na Constituição Federal.

Na lição de Canotilho, no Estado Democrático de Direito deve-se atentar para o Princípio da Proibição do Excesso, impondo-se a observância de três requisitos: adequação, necessidade e proporcionalidade. Segundo o jurista português, "*a exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da necessidade pretende evitar a adoção de medidas*

⁹ *Apud* Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 91.

¹⁰ Los Derechos Fundamentales, Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 42 (tradução livre).

restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de protecção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos 'coactivo', relativamente aos direitos restringidos." Para ele, *"proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos actos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem."*¹¹

Norberto Bobbio afirmava que os *"direitos do homem, a democracia e a paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais."* Por outro lado, continua o filósofo italiano, *"(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas."*¹²

De toda maneira, e para concluir, não esqueçamos que na sessão do dia 13 de agosto do ano de 2008, aprovou-se a Súmula Vinculante nº. 11, nos seguintes termos: *"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, 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."*

¹¹ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 6ª. ed., 2002, pp. 455 e 1.151.

¹² A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 01 e 05.