

Fundamentos Filosóficos, Históricos e Jurídicos do Uso de Algemas e Vestes Estigmatizantes por Réus Presos nos Tribunais do Júri Brasileiros ¹

Divo Augusto Cavadas

Professor Efetivo DES-II de Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade Estadual de Goiás (UEG). Mestrando em História pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, PUC GOIÁS, Brasil.

RESUMO

O presente artigo científico pretende expor os fundamentos do uso de algemas e vestes estigmatizantes (como uniformes prisionais) no processo penal brasileiro – com ênfase no rito especial do júri –, sob a ótica filosófica, historiográfica e jurídica, tecendo críticas a respeito da prática à luz da Súmula Vinculante n. 11 do Supremo Tribunal Federal, a fim de se evitar uma influência negativa nos membros do Conselho de Sentença.

Palavras-Chave: direito; história; filosofia; processo; penal; júri; algemas.

ABSTRACT

The scientific article intends to expose the basis of the use of handcuffs and stigmatizers clothes (such as prison uniforms)

¹ Registre-se no trabalho de pesquisa para elaboração deste artigo científico a indispensável colaboração do eminente Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Dr. Eduardo Mayr, que contribuiu não apenas no aspecto técnico deste estudo, mas na orientação e transmissão de sua experiência profissional e pessoal, significativamente relevante para o resultado final das pesquisas.

on the Brazilian criminal procedural law – with an emphasis in the special procedural of the Jury Criminal Court –, under the philosophical, historiographical and juridical lens, weaving critical comments of this subject in the light of the binding precedent n. 11 of the Supreme Court of Brazil, in order to avoid a negative influence on the members of the jury.

Keywords: law; history; philosophy; procedure; criminal; jury; handcuffs.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito processual penal possui evolução dogmática recente na ciência jurídica, ao contrário do que ocorre com o direito penal, cujas raízes modernas deitam-se nos trabalhos de filósofos e juristas que despontaram no período histórico iluminista, com destaque para Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria (1738-1794).

O direito adjetivo criminal, como forma de materialização do *jus puniendi*, foi destinatário de influxos teóricos significativos da doutrina comparada norte-americana, em especial dos Estados Unidos da América (EUA). Contudo, o sistema penal existente em semelhante República possui diversas notas distintivas em relação às elucubrações aventadas por sua comunidade científica jurídica – notadamente, no que tange à rigidez da atividade policial, manifestada de forma mais ostensiva a partir do *Movimento Lei e Ordem*, em expansão desde a década de 1980.

Nada obstante semelhante realidade manifestada no plano fenomênico, é cediço que o direito processual penal é fruto não somente do jusnaturalismo humanista florescido a partir do período iluminista, mas principalmente do positivismo jurídico na releitura teórica do século XX, como forma de sobrelevar o objetivo de limitação do arbítrio em um Estado Democrático e Social de Direito.

Ao desenvolver-se no âmbito dogmático e científico, o direito processual penal tenciona adotar o modelo acusatório, com rígida separação entre as atividades de investigar, acusar, julgar e executar a pena, de forma a garantir o corolário da imparciali-

dade e aplicar o princípio constitucional do juízo natural (Constituição Brasileira de 1988, art. 5º, XXXVII e LIII). Nesse desiderato, a maioria dos procedimentos em matéria criminal restam circunscritos pelo sistema de valoração probatória do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, com supedâneo no art. 155 do Decreto-Lei Federal n. 3.689/1941 (Código de Processo Penal – CPP/1941).

Entretanto, subsiste no direito processual penal um rito de natureza especial em que o julgamento entre comuns prevalece sobre a apreciação técnica de juiz togado, que no Brasil é investido em sua função pela via meritocrática do concurso público: trata-se do procedimento (ou rito) do júri, composto perante órgão jurisdicional conhecido por Tribunal do Júri.

Nesse órgão, a apreciação do caso penal é submetido a sete jurados, escolhidos dentre o povo segundo requisitos determinados no CPP/1941, fomentando ao máximo a democratização do julgamento de crimes dolosos contra a vida, nos termos do art. 5º, XXXVIII, da Constituição Brasileira de 1988, que traz os princípios aplicáveis ao rito, a saber: plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e competência para julgar crimes dolosos contra a vida.

Os jurados, ao contrário dos juízes togados, não dispõem de rigoroso conhecimento jurídico para apreciar casos penais; a fim de deslindar o referido obstáculo, permeiam regras e princípios especiais no rito do júri. Uma das orientações de maior significado é a aplicação do sistema de valoração probatória da íntima convicção no Tribunal do Júri. Nesses termos, a decisão tomada pelos jurados prescinde de motivação ou fundamentação, julgando crimes dolosos contra a vida exclusivamente conforme sua consciência.

Soluciona-se grave controvérsia, mas não se exime o procedimento especial do júri de um profundo debate crítico, em especial acerca da possibilidade de se influenciar a decisão dos jurados, ainda mais considerando-se o princípio da plenitude de defesa (Constituição Brasileira de 1988, art. 5º, XXXVIII, “a”)

- que, em uma leitura *a contrario sensu*, permite que a acusação sustente a condenação com base em elementos extrajurídicos da mesma forma que a defesa pode deles se valer para pleitear a absolvição ou a redução de pena.

A influência supramencionada poderá ser positiva ou negativa, a depender dos elementos de persuasão manejados pela acusação ou pela defesa. Aduz-se ao fato ora constatado o sistema de fixação do veredicto pelo corpo de jurados no ordenamento brasileiro (maioria, ao contrário da prática no direito comparado norte-americano, que se baseia no julgamento pela unanimidade), o que gera novos debates na doutrina pátria, especialmente quanto ao polêmico resultado “4x3” - fruto de prolífero embate na comunidade jurídica nacional, que certamente desbordaria os lindes do presente trabalho.

Nesse sentido, situações como o uso de algemas e de uniforme do estabelecimento penal onde está encarcerado o acusado podem abalar sobremaneira o estado anímico dos jurados, influenciando decisivamente o veredicto em prol da condenação em flagrante violação à imparcialidade que deve existir no julgamento de casos penais.

Outrossim, o sopesamento de interesses como a segurança e incolumidade física de todos os atores do rito especial do júri (juiz, promotor público, jurados, advogado e ouvintes na plateia) é de fundamental importância, principalmente quando há risco de fuga ou de uso da violência por parte do acusado. Os postulados normativos aplicativos da razoabilidade e da proporcionalidade devem ser levados em consideração, ao menos quanto ao uso de algemas durante as audiências em que houver a presença do acusado no procedimento do júri, seja na fase do *judicium accusationis*, seja na fase do *judicium causae*.

Ainda assim, não são raras as hipóteses em que os representantes da acusação exploram ao máximo os elementos de persuasão que circunscrevem o acusado no momento da audiência, o que certamente vulnera de morte o princípio da ampla defesa em seus múltiplos aspectos, conforme prelecionado pelo art. 5º, LV, da Constituição Brasileira de 1988.

Este estudo tem por temática o sistema da íntima convicção no procedimento especial do júri e sua manifestação no âmbito do conselho de sentença, com especial destaque para a influência negativa que determinados elementos de persuasão exercem no estado anímico dos membros do conselho de sentença, elencando-se como exemplos paradigmáticos o uso de algemas e de uniformes de estabelecimentos penais pelos acusados no momento das audiências do rito do júri.

Embora os elementos de persuasão aferidos sejam variados, não apenas no rito especial do júri, mas também na processualística penal como um todo, destacam-se dois que possuem notável interesse nas atividades hodiernas do Tribunal do Júri: o uso de algemas e o uso de uniformes do estabelecimento penal onde se encontra encarcerado o acusado.

A seleção dos exemplos – e estudos de caso correlatos – leva em consideração não apenas serem recorrentes no mundo fenomênico, mas também terem sido objeto de profunda análise da jurisprudência dos tribunais pátrios – principalmente o uso de algemas, objeto da Súmula Vinculante n. 11 do egrégio Supremo Tribunal Federal (STF).

O objetivo geral do presente trabalho é promover uma abordagem sistemática do rito do júri sob a égide do sistema de valoração probatória da íntima convicção – que também pode ser reconhecido como princípio aplicável ao julgamento pelo conselho de sentença – e de que forma o uso de algemas e uniformes influencia a opinião dos jurados. Embora sistemático, este trabalho não olvidará do rigor científico necessário, considerando o histórico e atividade exercidos por seus autores.

O objetivo específico, por sua vez, envolve uma profunda análise dos referidos elementos de persuasão, aptos a influenciar negativamente o conselho de sentença – estudo que não se limitará apenas no âmbito jurídico, mas filosófico e sociológico, também com supedâneo na formação acadêmica e prática dos autores.

As fontes manejadas na presente obra serão essencialmente bibliográficas, também reputando-se pertinente a apresentação

de pesquisas na área da criminologia e da sociologia criminal acerca do uso de algemas e vestes estigmatizantes no rito especial do júri, dotado de significativa historicidade no direito processual penal brasileiro.

A metodologia aplicada ao presente estudo é calcada na pesquisa qualitativa do levantamento bibliográfico *supra*. Ademais, as ilações de natureza dedutiva serão constantes, na medida em que o estudo da dogmática jurídica processual penal deve ser realizado inicialmente nas matrizes teóricas para que se desenvolvam reflexões de ordem prática, ainda mais em um estudo que contemple o sistema de valoração probatória típico do rito do júri, de significativa inserção social e, por vezes, apelo midiático – feliz ou infelizmente.

A prudência recomenda que o método dedutivo seja adequado ao direito processual penal, a fim de que suas bases teóricas encontrem guarida no mundo fenomênico. A sociedade brasileira, de matriz cultural latina, colonial e escravocrata, influenciou de forma ostensiva o direito processual penal, considerando que o principal diploma de ritos fora publicado durante o período histórico ditatorial conhecido como *Era Vargas* (1930-1945). Logo, o rigor científico da processualística penal é de fundamental relevância para que sua prática não tergiverse das bases teóricas limitadoras do arbítrio estatal, gerando um verdadeiro *direito processual penal simbólico*.

O presente estudo reputa-se em um diálogo reflexivo que não olvida da teoria filosófica crítica, elucubrada pela *Escola de Frankfurt* nos estudos neomarxistas publicados por essa corrente de pensamento ao longo do século XX. O direito processual penal recebe os influxos da superestrutura estatal capitalista, bem como da matriz autoritária já existente desde a origem de seu principal diploma a partir de 1941, conforme se verá nos capítulos subsequentes.

Nesse desiderato, o abuso de elementos de persuasão pelos representantes da acusação no Tribunal do Júri com o fito de promover influência negativa nos jurados que compõem o conselho

de sentença – tais como o uso de algemas e as vestes estigmatizantes (como uniformes de estabelecimentos penais) durante as audiências designadas no procedimento –, quando há coação explícita ou velada no acusado, constitui-se em violação a regras dispostas em tratados internacionais de direitos humanos, conforme sustenta este trabalho.

Aduz-se à vulneração da imparcialidade como pressuposto da fase decisória do rito especial do júri a violação das regras de importantes tratados internacionais de direitos humanos, muitos dos quais incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), bem como documentos internacionais relevantes, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (Regras de Mandela), que ao contemplarem o princípio constitucional da dignidade humana no tratamento de reclusos do sistema prisional, por via de consequência não o tornam estigmatizado perante os jurados no momento da audiência em plenário do Tribunal do Júri.

Logo, o estudo não apenas se limitará a uma abordagem estanque do direito processual penal brasileiro, mas buscará no direito comparado e no direito internacional dos direitos humanos o manancial necessário para se promover uma reflexão crítica acerca do uso de algemas, uniformes e outros artifícios estigmatizantes em acusados perante o Tribunal do Júri, intentando um diálogo sobre os abusos cometidos pelos representantes da acusação ao manipular tais elementos em favor da condenação.

Aliando a experiência e histórico acadêmico dos autores a uma abordagem científica de fenômeno sociológico ocorrido na prática do rito especial do júri, a presente obra introduz debate que certamente restará prolífero, principalmente no espectro de uma *teoria discursiva do direito processual penal*, baseada nos estudos desenvolvidos pela mencionada *Escola de Frankfurt*, mormente pelo filósofo germânico Jürgen Habermas.

Embora de elevada densidade teórica, este trabalho busca inserção prática, na medida em que a manipulação da psiquê dos jurados é uma infeliz realidade no mundo fenomênico, e por vezes resulta em sentenças posteriormente anuladas em segundo grau de jurisdição. Além disso, a influência midiática aliada aos elementos de persuasão estigmatizantes, como os que se reputam objeto deste estudo, exerce significativo abalo na decisão final do conselho de sentença, que resta vulnerada por considerações de natureza subjetiva, que deveriam ser contidas ao máximo no âmbito do Tribunal do Júri, conquanto seja admissível em tal procedimento o sistema de valoração probatória da íntima convicção.

Enfim, sustenta-se que o abuso na manipulação do uso de algemas, vestes estigmatizantes e outros elementos de persuasão negativos perante os jurados que compõem o conselho de sentença reputa-se em grave violação aos direitos humanos do acusado, devendo ser afastado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri ainda que execrável o delito cometido – consideração esta de ordem estritamente pessoal e não condizente com a imparcialidade do juiz presidente –, por ser corolário de um patamar civilizatório típico do Estado Democrático e Social de Direito.

O debate sobre direitos humanos no Brasil jamais pode ser considerado açodado, ainda que o país registre altos índices de criminalidade – dependentes de variados fatores que não podem ser reduzidos à posição midiática sobre a matéria. A proteção dos direitos humanos dos acusados existe não somente por sua intrínseca humanidade, mas para evitar que o arbítrio estatal atinja também o povo, o cidadão hodierno, o *homem médio e prudente*. Esse, para além do objetivo científico, é o objetivo social desta abordagem.

2. INTRODUÇÃO AOS FUNDAMENTOS HISTÓRICO-ETIMOLÓGICOS

A abordagem etimológica e histórica sobre o uso de algemas, vestes estigmatizantes (como os uniformes típicos do sistema prisional) e outros elementos negativos de persuasão em

acusados no processo penal é de suma importância para que se estude de que forma a manipulação de tais elementos pelos representantes da acusação (Ministério Público e assistente de acusação) pode se reputar significativa na formação do veredicto lavrado pelo conselho de sentença.

O uso de algemas, mais que um requisito de manutenção da incolumidade física e segurança dos atores envolvidos no sistema penal, de terceiros e do próprio acusado, subsiste como ostensivo artifício estigmatizante do sujeito passivo do *jus puniendi*, principalmente quando o acusado é coagido a usar algemas no principal ato processual da fase instrutória: a audiência de instrução – no procedimento bifásico do júri, cindida em audiência perante o juiz presidente no *judicium accusationis* e perante o plenário do júri no *judicium causae*.

Logo, uma abordagem jurídico-filosófica e crítica do uso de algemas e sua evolução na história do direito processual penal como símbolo do cárcere é fundamental para a compreensão de sua indiscriminada exigência em audiências do rito especial do júri defronte ao conselho de sentença – considerando que o objeto deste estudo é a influência negativa que semelhante prática exerce sobre o julgador leigo².

Para tanto, há que se calcar essa exposição na experiência histórica, jurídica, filosófica e sociológica de outras nações, que certamente influenciaram a matriz cultural brasileira, com destaque para os países da Europa continental e os EUA, que a partir do século XX passaram a assumir a posição deixada pelo Reino Unido quando do término do *concerto europeu* (1815-1914)³.

² Nada obstante, infelizmente vê-se com frequência na prática forense a influência que o uso de algemas, vestes estigmatizantes e outros elementos negativos de persuasão exercem sobre julgadores togados no processo penal. Contudo, a presente obra ater-se-á à influência exercida sobre os julgadores leigos do tribunal popular, pois crê-se firmemente ser mister aos julgadores togados, juízes de direito, recorrerem à formação jurídica e humanística necessária para o exercício da jurisdição, a fim de sua imparcialidade não restar comprometida por semelhantes práticas dos representantes da acusação. Outrossim, o uso de algemas e uniformes do sistema prisional somente deveriam ser exigidos quando estritamente necessário, observando-se o teor da Súmula Vinculante n. 11 do e. STF acerca do uso de algemas. Por isso, a fim de não se desbordar o objetivo da obra, consigna-se essa crítica, a fim de que os juízes de direito detentores de competência criminal reflitam prudentemente sobre a efetiva necessidade de réus presos apresentarem-se em audiência ostentando algemas, condição esta que poderá provocar abalos no estado anímico aptos a contaminar a imparcialidade até mesmo da mais impassível das mentes.

³ No espectro da história do direito internacional público e na teoria das relações internacionais, o Congresso de Viena em 1815 inaugurou período de equilíbrio do poder político na sociedade internacional

3. ETIMOLOGIA E HERMENÊUTICA JURÍDICO-PENAL

Preliminarmente, sustenta-se que a etimologia muito tem a contribuir no estudo de instituições jurídicas e fenômenos sociais. A construção histórico-cultural do significado nas sociedades contemporâneas influencia sobremaneira a utilidade que estas conferem ao objeto do significado, bem como a função que os Estados Soberanos também delimitam para referido objeto.

Na filosofia pós-moderna, o professor Jürgen Habermas, filósofo da *Escola de Frankfurt*, desenvolveu a chamada *teoria da ação comunicativa* (ou do *agir comunicativo*), elaborando ao longo de sua carreira acadêmica uma nova filosofia da linguagem (HABERMAS, 2011). Transpondo semelhante tese, *mutatis mutandis*, para o direito penal, afirma-se a incidência de uma *teoria da ação significativa* na abordagem do conceito analítico de delito.

Sobre a filosofia de Habermas e seus influxos na ciência jurídica e no direito penal, expõe-se didático escólio doutrinário (GALVÃO, 2013, pp. 35-36 e 45-46), *in verbis*:

Em sua Teoria da ação comunicativa, publicada na Alemanha em 1982, Habermas reconstruiu os pressupostos racionais implícitos na linguagem, ressaltando que em todo o ato de fala o falante manifesta aos ouvintes uma pretensão de validade (expectativa de que o que se diz é verdadeiro ou correto) ao mesmo tempo em que a submete à crítica, o que oferece uma possibilidade para a sua reformulação. Habermas ainda distinguiu a ação

conhecido como *concerto europeu*. Capitaneado pelo Reino Unido, que ao longo do imperialismo ou neocolonialismo vigorante no século XIX instituiu uma verdadeira *pax britannica* conforme estudos jusinternacionalistas, tal período findou-se com a eclosão da I Grande Guerra, em 1914. Durante o *concerto europeu*, o tabuleiro das relações internacionais tinha no Reino Unido seu principal ator econômico e político. Contudo, após a I Grande Guerra, os EUA passaram a exercer cada vez mais influência na sociedade internacional, mormente nos países latino-americanos. Tal ingerência não se limita apenas aos aspectos econômicos e políticos, mas também aos jurídicos, adotando o Brasil grande parte das teorias desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência comparadas norte-americanas, em detrimento do sistema romano-germânico adotado pelos países da Europa continental. Semelhante conflito entre os sistemas da *civil law* (romano-germânico) e *common law* (anglo-saxão) atingiu significativamente o direito processual penal brasileiro, com a crescente influência da teoria dos precedentes centrada nos julgamentos proferidos pelos egrégios Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), pelas teorias de inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (como a *teoria dos frutos da árvore venenosa – fruits of the poisonous tree*), pelos modelos de instrução probatória (como a arguição direta na produção de prova oral por meio do modelo de *cross examination*, em contraposição do tradicional modelo presidencialista de instrução processual penal), dentre outros exemplos que serão ofertados na presente obra. Para maior aprofundamento na temática jusinternacionalista correlata, cf. GUERRA, 2017; REZEK, 2008; SHAW, 2008; SEITENFUS, 2004.

comunicativa, em que o falante manifesta a intenção de comunicar uma opinião e entender-se com os demais participantes da comunidade de comunicação sobre as coisas comuns do mundo da vida, da ação teleológica (estratégica), em que o falante busca intervir na sociedade para a realização de um determinado fim, como é o caso da persuasão da opinião alheia e a imposição de normas de conduta. Em ambas as manifestações há uma pretensão do falante de que o saber que é expresso por meio da manifestação seja válido e isso quer dizer: verdadeiro para a ação comunicativa e correto para a ação teleológica. (...) A evolução crítica das teorias sociais e, conseqüentemente, das teorias do Direito e da Justiça indicaram a necessidade de mudar o paradigma tradicional da racionalidade prática (cognitiva instrumental) que influenciou as elaborações dogmáticas tradicionais do Direito Penal. A racionalidade prática se desenvolve por um sujeito que pensa o mundo a partir de si mesmo e, com base em sua própria consciência sobre os fatos sociais, produz a norma jurídica. Essa racionalidade permite o estabelecimento de um Direito Penal de índole antidemocrática que deve ser superado. A racionalidade comunicativa, por outro lado, promove uma intervenção menos utilitarista e mais procedimental do Direito, na medida em que a ordem normativa se orienta menos pelo conhecimento ou sua aquisição e mais pela forma com que os sujeitos capazes de linguagem e ação fazem uso do conhecimento.

Semelhantemente, propõe-se neste estudo uma abordagem do uso de algemas nas audiências do rito especial do júri que leve em preliminar consideração seu significado no plano linguístico, a exercer apriorística influência nos jurados enquanto atores sociais. Nesse sentido, essencial aferir o significado da expressão em comento para obtemperar sobre seu impacto na sociedade contemporânea e, por via de consequência, no estado anímico dos integrantes do conselho de sentença.

A expressão “algema” é oriunda do árabe *al-djama’a* (“pulseira”). No dicionário do professor Antônio Houaiss, a palavra tem por significado a exata definição do objeto ou artifício que a corporifica: “Espécie de argola de ferro provida de fechadura, que serve para prender uma pessoa pelo pulso” (HOUAISS, 2018).

Contudo, por vezes o significado de uma palavra não se limita ao objeto que ela pretensamente designa. Nesse sentido, o dicionário do professor Cândido de Figueiredo atribui ao vocábulo “algema” à seguinte definição: “Instrumento de ferro, com que se prende alguém pelos pulsos. Cadeia; grilheta. Oppressão” (FIGUEIREDO, 1913, p. 82). Ao trazer a opressão como um dos significados da palavra “algema”, o filólogo lusitano demonstra que semelhante petrecho inspira no imaginário humano a ideia do arbítrio. As algemas são, nesse sentido, o maior símbolo do cárcere.

A natureza das algemas como símbolo do cárcere perfaz-se nas sociedades modernas especialmente por meio do uso midiático em operações policiais de grande repercussão nacional. Em um processo penal de modelo supostamente acusatório, como ocorre no Brasil, a fase de investigação preliminar deveria manter-se destacada da instrução processual penal; contudo, a prática demonstra que tal proposição não se sustenta no mundo fenomênico.

Casos emblemáticos da jurisprudência criminal brasileira do rito do júri – cite-se, de forma ainda perfunctória, o *caso Eliza Samudio* (Ministério Público do Estado de Minas Gerais v. Bruno Fernandes de Souza), que será abordado mais detidamente ao longo desta obra – revelam que a influência midiática exerce desde logo um grave e negativo abalo no estado anímico dos integrantes do conselho de sentença. A exposição na mídia escrita, virtual e televisiva do acusado ostentando algemas – ainda que não ofereça risco a si mesmo e a terceiros – já o estigmatiza mesmo que o direito processual penal brasileiro adote o princípio constitucional da presunção de inocência (Constituição Brasileira de 1988, art. 5º, LVII).

Sustenta-se no presente estudo que a aplicação das algemas como elemento de convicção negativa para os julgadores leigos é intensificada pela manipulação midiática de tal objeto como símbolo do cárcere, de um *prejulgamento* ao acusado que ainda não teve sequer sua culpa formada após trânsito em julgado da sentença penal condenatória⁴.

Ademais, embora a doutrina nacional sustente que o processo penal brasileiro é informado pelo modelo acusatório, de rígida separação entre as funções de investigar, denunciar, julgar e executar a pena – e de fato verifique-se esse fenômeno na formalidade dos atos de persecução penal, com a existência de órgãos autônomos de Polícia Judiciária, Ministério Público e juízes destacados para a fase de conhecimento e de execução penal –, a prática também demonstra que diversos postulados típicos do modelo acusatório de processo penal são olvidados no transcurso da fase cognitiva, especialmente quanto à separação que deveria existir entre as ilações contidas no relatório do inquérito policial e a fundamentação das sentenças penais condenatórias em primeiro grau de jurisdição.

Apenas o fato de os autos de inquérito policial fazerem parte integrante e plenamente acessível dos autos processuais já demonstra a fragilidade do modelo acusatório praticado no Brasil, na medida em que caberia ao Ministério Público, em sua denúncia, reproduzir fielmente o disposto no relatório de inquérito policial, sendo este dispensável segundo remansoso entendimento pretoriano.

Na investigação de crimes dolosos contra a vida, em que por vezes há maior exposição midiática, a cautela por parte do juiz togado presidente e dos julgadores leigos membros do conselho de sentença deveria ser ainda maior em não se permitirem

4 Nada obstante, o e. STF formou precedente, em 2016, sobre a possibilidade de cumprimento provisório da pena após sentença penal condenatória em segundo grau de jurisdição, nos termos do julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292 (rel. min. Teori Zavascki). Sustenta-se neste estudo que tal entendimento, *data venia*, encontra-se inadequado dada a redação do art. 5º, LVII, da Constituição Brasileira de 1988, que atende aos princípios estabelecidos em tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica) – em seu art. 8, item n. 2 – e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 – em seu art. 14, item n. 2.

contaminar pelas ilações consubstanciadas nos autos de inquérito policial, considerando que os arts. 478 e 479 do CPP/1941⁵, ao trazerem rol taxativo de limitações à leitura de documentos pelos jurados, não incluem os autos do inquérito policial, que trazem considerações promanadas por sujeito parcial da persecução penal – a autoridade policial.

Logo, os representantes da acusação podem lançar mão de documentos constantes no inquérito policial, cujo desenvolvimento as mais das vezes fora fortemente marcado pela influência midiática no curso da investigação preliminar. Por mais que as regras *supra* vedem considerações sobre o uso de algemas nas alegações orais despendidas pelos representantes da acusação, as referências estigmatizantes inclusas nos autos de inquérito policial, ao alcance dos jurados e do juiz presidente do Tribunal do Júri, preliminarmente exercem o efeito negativo e violam o modelo acusatório. Esse e outros exemplos terminam por ensejar que parte da doutrina sustente ter o Brasil adotado um modelo misto⁶ ou *acusatório flexível*⁷.

5 Decreto-Lei n. 3.689/1941 (Código de Processo Penal). Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo. Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

6 Esta é a posição, dentre outros, do professor Guilherme de Souza Nucci. Relevante o excerto doutrinário de obra da lavra do referido estudioso, *in verbis*: “O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimento, recursos, provas, etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (...). Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP/1941) resultou no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório. Por tal razão, seria fugir à realidade pretender aplicar somente a Constituição à prática forense. Juízes, promotores, delegados e advogados militam contando com um Código de Processo Penal, que se estabelece as regras de funcionamento do sistema e não pode ser ignorado como se inexistisse. Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP/1941) evidencia o sistema misto” (NUCCI, 2012, p. 126).

7 Esta é a posição, dentre outros, do professor Luiz Flávio Gomes (GOMES, 2016). O professor Fernando da Costa Tourinho Filho, membro aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo, também aparenta filiar-se a essa corrente de pensamento, nos termos do escólio doutrinário de sua lavra que segue, *in verbis*: “No Direito pátrio, o sistema adotado, pode-se dizer, não é o processo acusatório puro, ortodoxo, mas um sistema acusatório com laivos de inquisitivo, tantos são os poderes conferidos àquele cuja função é julgar com imparcialidade a lide, mantendo-se equidistante das partes. Na verdade, pode o Juiz requisitar abertura de inquérito (art. 5º, II, do CPP/1941), decretar de ofício prisão preventiva (art. 311 do CPP/1941), conceder habeas corpus de ofício (art. 654, §2º, do CPP/1941), ser destinatário da representação (art. 39 do CPP/1941), ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes (art. 156, II, do CPP/1941), ouvir outras

Portanto, verifica-se em primeiro lugar que a manipulação semântica e discursiva das algemas como símbolo do cárcere e de uma apriorística culpa já é apta a formar no espírito dos julgadores do rito especial do júri – juiz presidente e jurados integrantes do conselho de sentença do Tribunal do Júri – uma convicção negativa sobre o acusado que ostenta semelhante objeto durante as audiências de instrução, ainda que seu uso não seja justificado nos termos da Súmula Vinculante n. 11 do e. STF.

4. TRAJETO HISTÓRICO NAS SOCIEDADES OCIDENTAIS

O uso de algemas em réus presos como forma de se impedir a fuga ou atentado à incolumidade física própria e de terceiros encontra-se imbricado na história das civilizações humanas desde priscas eras. Seu manejo como símbolo do cárcere e presunção de culpa deita raízes especialmente nas sociedades ocidentais, objeto de pesquisa desta parte do estudo.

Há que se distinguir, em abordagem preliminar, o uso de algemas – considerando a etimologia da palavra, já aferida *supra* – do uso de outros artifícios criados para subsidiar o cárcere nas penas privativas de liberdade, sejam elas provisórias ou definitivas.

Nesse sentido, podem ser destacados três objetos com finalidades distintas, a saber: as algemas, objeto específico deste trabalho; o *marca-passo*, nome popular conferido às algemas para pés, tendo caráter ainda mais carregado de simbolismo estigmatizante, sustentando-se ser uma flagrante violação a normas protetivas dos direitos humanos; e os grilhões, que para fins do presente estudo podem ser considerados as algemas ou *marca-passo* dotados de mecanismos aflitivos, divergindo portanto de sua finalidade protetiva para resultar em instrumento de tortura⁸.

testemunhas além das indicadas pelas partes (art. 209 do CPP/1941) e, inclusive, as referidas pelas testemunhas (§1º do art. 209 do CPP/1941), etc” (TOURINHO FILHO, 2012, pp. 79-80).

⁸ Existem estudiosos que aproximam os conceitos de *marca-passo* e grilhões, na medida em que também se constituem em método aflitivo de cerceamento da liberdade, no espectro psicológico. Posto isso, definem o *agrillamento* contemporâneo como o uso de *marca-passo* em réus presos provisória ou definitivamente, em seus ocasionais deslocamentos para o ambiente externo ao estabelecimento penal. Cf. a obra de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, em referenciado trecho que segue: “*Já quanto ao uso de grilhões, ou seja, peças metálicas para prender os tornozelos, estes se revelam nitidamente desproporcionais, sendo sua utilização injustificada*” (TÁVORA e ALENCAR, 2015, p. 828). Ressalte-se que, no Brasil, o caso “Ministério Público Federal v. Sérgio de Oliveira Cabral Santos Filho”, derivado da atuação da Polícia Federal

A Antiguidade clássica e pós-clássica apresenta o largo uso de grilhões no tratamento destinado a presos temporários e definitivos, dado o processo penal primitivo da época, que estimulava a pena de escravidão temporária para determinadas categorias delitivas – em especial devido à ausência de rígida separação entre o direito penal e o direito civil, por existirem à época ilícitos civis que resultavam em punições de natureza corporal tipicamente ligadas ao direito penal, como ocorria por ocasião da inadimplência de obrigações civis.

Outrossim, o agrilhoamento na antiguidade correspondia à natureza aflitiva de tal artefato, dada a subsistência da ideia de *vingança privada* existente em determinadas civilizações (como a babilônica e hebraica) e mesmo da ideia de *vingança pública* trazida a lume pela sociedade romana.

Uma melhor compreensão sobre de que forma a natureza vingativa da pena desenvolvia-se na Antiguidade pode ser obtida no magistério de BITENCOURT (2018, pp. 82-84), cujo didático excerto doutrinário segue adiante, *in verbis*:

Nas sociedades primitivas, os fenômenos naturais maléficos eram recebidos como manifestações divinas (“totem”) revoltadas com a prática de atos que exigiam reparação. Nessa fase, punia-se o infrator para desagravar a divindade. (...) Esta fase, que se convencionou denominar fase da vingança divina, resultou da grande influência exercida pela religião na vida dos povos antigos. (...) Com a evolução social, para evitar a dizimação das tribos, surge a lei de talião, determinando a reação proporcional ao mal praticado: olho por olho, dente por dente. Esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção

na chamada “Operação Calicute”, foi marcado pela exposição midiática do ex-governador do Estado do Rio de Janeiro Sérgio Cabral ostentando marca-passo na qualidade de preso provisório, o que se sustenta ser grave violação aos direitos humanos de acusado que não oferecia risco objetivo à incolumidade física própria e de terceiros ao longo do processo, sendo totalmente injustificado o agrilhoamento do ponto de vista do direito processual penal democrático e contemporâneo, considerando a natureza econômica do delito imputado ao acusado. Sobre a distinção entre crimes econômicos em sentido amplo e em sentido estrito, cf. CAVADAS, 2018.

criminal. A lei de talião foi adotada no Código de Hamurabi (Babilônia), no Êxodo (hebreus) e na Lei das XII Tábuas (romanos). (...) Finalmente, superando as fases da vingança divina e da vingança privada, chegou-se à vingança pública. Nesta fase, o objetivo da repressão criminal é a segurança do soberano ou monarca pela sanção penal, que mantém as características da crueldade e da severidade, com o mesmo objetivo intimidatório. (...) De qualquer sorte, em nenhuma dessas fases de vingança houve a liberação total do caráter místico ou religioso da sanção penal, tampouco se conheceu a responsabilidade penal individual, que somente a partir das conquistas do Iluminismo passou a integrar os mandamentos mais caros do Direito Penal.

O uso de algemas para os réus presos no transcurso do julgamento, ainda que na Antiguidade clássica fossem mais céleres que a prática forense atual, já denunciava o abuso inquisitivo e estigmatizante do referido artefato. Com especial interesse a partir da Idade Média, período histórico em que o direito germânico mesclou-se às instituições romanas e canônicas da nascente igreja cristã romana, o agrilhoamento e a adoção das algemas muçulmanas, mais funcionais e menos custosas para fabricação (então em escala artesanal), passam a ser procedimentos hodiernos de apresentação de réus encarcerados para julgamento, havendo apenas a experiência helênica, mormente ateniense, no que concerne ao julgamento por tribunal popular – sendo ainda mais comum o modelo presidencialista de juízo singular, baseado na prática franco-germânica.

Outrossim, o próprio encarceramento decorrente da pena de prisão, da qual o uso de algemas pode ser considerado maior símbolo, apresenta cerceamento do direito de liberdade ambulatorial comparável a forma de tortura, ainda que aparentemente branda. Nesse sentido, a pena de prisão pode ser considerada uma evolução das penas corporais de outrora. Assim opina o professor e sociólogo francês Michel Foucault sobre a superação dos suplícios corporais em favor da pena de prisão,

quando afirma que “a punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal”⁹.

Mesmo com a adoção da pena privativa de liberdade como substituta dos vetustos suplícios corporais, o uso de algemas – bem como, em determinados casos, a imoral permanência do uso de grilhões, como mencionado *supra* e conforme ainda adotado na prática de execução penal dos Estados Unidos da América no transporte de presos – ainda representa um resquício dos antigos suplícios¹⁰, especialmente no âmbito das prisões provisórias, nas quais a culpa sequer foi estruturada¹¹.

9 Cf. excerto de obra referenciada do eminente historiador e sociólogo francês, *in verbis*: “A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias conseqüências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício. O fato de ela matar ou ferir já não é mais a glorificação de sua força, mas um elemento intrínseco a ela que ela é obrigada a tolerar e muito lhe custa ter que impor” (FOUCAULT, 1999, p. 13). A existência de um Museu da Tortura em Amsterdã, nos Países Baixos, vem apenas a corroborar a institucionalização de semelhante prática ao longo de toda a Idade Média e início da Idade Moderna, somente vindo a ser gradativamente erradicada no aspecto formal das execuções penais a partir do século XVIII. Nada obstante, por lamentável ainda se observa a prática da tortura nas relações intramuros das instituições penitenciárias, mormente latino-americanas, que por meio da limitação de direitos fundamentais exercem suposto controle social informal da população carcerária.

10 Destaque-se o entendimento do professor e jurista italiano Mario Losano acerca da evolução do direito penal na Europa continental, em didático escólio doutrinário com o qual ilustra sua posição valendo-se do feixe de lictor, instrumento de tortura usado pelo império romano – curiosamente, símbolo do regime fascista em vigor na Itália de 1922 a 1945 EC. Segue o excerto, *in verbis*: “Entre tortura e pena existe uma mistura parcial, pois tortura não tem apenas uma função probatória, mas antecipa também no todo ou em parte a punição do culpado. A alegoria da Justiça de Bruegel, o Velho, representa um mundo judiciário em que a inexistência de garantias processuais não permite distinguir quem, entre os torturados, está sofrendo uma pena e quem está fornecendo uma prova. Até o final do século XVIII, de fato, a pena é essencialmente física. Na latinidade clássica, o símbolo do poder punitivo do Estado referia-se apenas às penas corporais: o feixe de lictor era efetivamente composto de varas para as punições menores e do machado para a punição capital. Não era diferente a situação dos ilícitos que hoje chamaríamos de civis: os credores insatisfeitos podiam vingar-se no corpo do devedor inadimplente, de forma que com o termo obrigatio (em latim, ligare é atar) designa-se originariamente tanto uma obrigação jurídica, quanto um vínculo físico” (LOSANO, 2007, p. 116). Incrivelmente, as instituições religiosas durante séculos exerceram significativo estímulo na execução de penas cruéis e infamantes.

11 Sobre a natureza excepcional das prisões provisórias, bem como da maior excepcionalidade do uso de algemas para apresentação de presos provisórios em audiências de custódia ou instrutórias ao longo do processo-crime, v. a abalizada opinião do professor Fauzi Hassan Choukr, no excerto dos comentários que seguem, *in verbis*: “Assim, há nítido contraste entre a CR [Constituição da República] e a CADH [Convenção Americana de Direitos Humanos] com a tópica do Código [de Processo Penal] quanto ao tratamento do relacionamento liberdade-prisão, pois a legislação infraconstitucional concebe esta última como instrumento essencial do modelo persecutório, e aloca a liberdade num plano de exceção em relação àquela. Tais bases são facilmente encontradas nas locuções empregadas pela jurisprudência e pela doutrina dominantes, que utilizam expressões como ‘conceder-se’ ao se referir à liberdade, ‘benefício’ ou ‘benesse’ para o tema das contracautelas pessoais, notadamente a ‘liberdade provisória’, esta última expressão bem emblemática do tratamento do tema, aliás, pois dela se extrai que provisória não é a prisão, mas sim a liberdade. A lógica do sistema inquisitivo persiste, não apenas no plano normativo, mas também no plano cultural” (CHOUKR, 2010, p. 452). Ao longo deste estudo científico, retornar-se-á à temática dos modelos de processo penal, com ênfase na distinção entre o modelo inquisitivo e o modelo acusatório, sustentando-se que o uso de algemas nas audiências instrutórias do rito especial do júri representa vínculo

Entendido o uso de grilhões, e posteriormente de algemas, como autêntica forma de suplício corporal – o primeiro, físico, e ambos, psicológicos –, verifica-se que a estruturação do processo penal a partir do período iluminista, notadamente a partir do século XIX, resultou no abandono formal dos suplícios corporais explícitos como espécies de sanção penal; contudo, sustenta-se que a estigmatização provocada pelo uso indiscriminado de algemas por presos provisórios ao longo do procedimento especial do júri representa uma prévia sanção penal, na medida em que a exposição desnecessária do acusado algemado (e, em alguns casos, algemado e agrilhado ou submetido também ao marca-passo) promove uma prévia incriminação e ilegal culpa apriorística, sem que sequer tenha sido lavrada sentença penal condenatória correspondente.

A necessidade de estigmatização da figura do criminoso, real ou suposto – na medida em que o objeto deste estudo é o uso de algemas por réus presos provisoriamente quando de sua apresentação em audiências do rito do júri –, é inerente a um modelo científico-positivo de criminologia, conforme propugnado na origem científica desta disciplina, no século XIX.

A criminologia positiva foi estruturada cientificamente pelo estudioso italiano Cesare Lombroso, na conhecida obra *O Homem Delinquente*, que estrutura sua teoria antropológica do delito e do criminoso. Segundo o criminólogo novecentista, o delinquente ostentaria características biológicas que o tornariam propenso à conduta delitativa, tese que condizia com a ascensão do determinismo nas correntes filosóficas do período, embaladas pelos estudos evolucionistas do naturalista britânico Charles Darwin, que cambiaram nas ciências humanas e sociais aplicadas para o fenômeno pseudocientífico do *darwinismo social*. Infelizmente, as ideias propugnadas por Lombroso contribuiriam para o aparato ideológico de governos totalitários na Europa, como o nacional-socialismo alemão e o fascismo italiano.

O entendimento de que o delinquente era um ser nato e propenso ao crime, nesse sentido, encontra azo em uma *criminologia* anacrônico modelo inquisitivo de processo penal.

logia positiva e antropológica como primeira escola de pensamento significativa dessa nova ciência, ligada ao direito penal, mas dele independente, o que leva juristas como o professor lusitano Jorge de Figueiredo Dias a vindicarem a existência de uma *ciência total do direito penal*, a englobar os estudos da dogmática jurídico-penal, da criminologia e da política criminal (DIAS, 2012).

Acerca da escola de criminologia positiva e seus impactos no Brasil, pertinente o seguinte escólio doutrinário, da lavra de MAÍLLO e PRADO (2013, p. 95), em obra conjunta e comentando a posição de C. Carvalho Junior, *in verbis*:

Com o lastro anteriormente dito, pode-se considerar que a criminologia positiva já havia nascido na Europa em meados do século XIX ou pouco antes. Contudo, sua consolidação somente tem lugar no final do mesmo século, em 1872, com a obra de Lombroso (O homem delinquente) e, em menor medida, com a de Ferri (Sociologia criminal) e Garofalo (Criminologia), o que se conhece como a escola positiva ou italiana. Na sequência do movimento europeu, o positivismo no Brasil emerge nos dois polos culturais que dominavam a vida jurídica naquele momento histórico – especialmente na segunda metade do século XIX – Olinda (Recife) e São Paulo. Em síntese: nele ‘predominava um subconsciente positivista na mentalidade brasileira que se expressou de forma variada e em diversos campos de atividades. Não havia, entretanto, uma consciência do positivismo como fenômeno cultural que nascera de uma construção tão idealizada e apriorística quanto o sistema que pretendia combater, tão sujeito a dogmas, preceitos, exco-munhões quanto a ideologia que procurara contestar. A intelectualidade brasileira do fim do século conhecia o positivismo, sabia-o bem, mas não o entendia por completo. Via-o como uma força revolucionária quando na verdade, era essencialmente conservador. Porém, para aquele Brasil despossuído, pré-científico, escravagista, que quase sucumbira ao desafio militar de uma peque-

na nação meio indígena, o conhecimento da ciência, o manuseio de uma linguagem técnica mais precisa, muito mais que o comportado sistema de Comte, revestia-se da sedução e da temeridade de um programa revolucionário completo, o que eclipsava os notórios aspectos conservadores e mecanicistas da doutrina positivista'. A Escola Positiva atingiu aqui seu apogeu no final do século XIX e início do século XX, com os trabalhos e projetos de Código Penal.

A escola positiva de criminologia, de matriz italiana, influenciou sobremaneira a ciência do direito penal brasileira, a ponto de se constituir em manancial teórico para a elaboração da Consolidação das Leis Penais de 1890 e mesmo do Código Penal de 1940, ainda em vigor no país, oriundo do autoritário governo de Getúlio Vargas.

Na criminologia atual, o estudo do criminoso passou a ser apenas um de seus pilares, cabendo destaque ao estudo da vítima, que recebe o nome de vitimologia. Uma das razões do recente desenvolvimento da vitimologia, ciência que estuda a vítima quanto à sua personalidade, inter-relação com o vitimizador, causas da vitimização, prevenção e reparação, e demais aspectos biopsicossociais, deve-se à transferência dos estudos da vertente firmada entre criminoso e vítima para uma outra, voltada à abordagem causal dos fenômenos jurídicos e psicossociais, em que o conhecimento da *dinâmica vitimal* e do processo de vitimização individual ou coletiva possam ser aferidos, com explicações e soluções. Passa-se do *quid juris* para o *quid facti* (MAYR, 1990a e 1990b).

Todavia, o fato é que, por ser manifestamente estigmatizadora, a escola positiva de criminologia estimulava o encarceramento dos indivíduos rotulados de *delinquentes*, posteriormente denominados de *desviantes* pela moderna criminologia – o que, sustenta-se, não alterou o etiquetamento social deferido a acusados de delitos que podem, ao longo de um processo criminal, ser absolvidos no aspecto jurídico, mas permanentemente condenados no seio do convívio social.

O uso de algemas, nesse sentido, justificado enquanto consectário da pena privativa de liberdade como meio menos gravoso que os antigos suplícios medievais permanece, sob o ponto de vista sustentado na presente obra, como método de indigitado etiquetamento social do preso provisório e definitivo, principalmente no tocante ao primeiro, cujo indiscriminado uso de algemas em audiências do rito especial do júri constitui-se em objeto deste estudo, bem como o uso de vestes estigmatizantes como formas de se influenciar negativamente o corpo de jurados do conselho de sentença.

5. ESCORÇO HISTÓRICO DA IMPOSIÇÃO NO USO DE ALGEMAS E VESTES ESTIGMATIZANTES NO BRASIL

O uso de algemas e vestes estigmatizantes (elementos de um conceito mais amplo que se sustenta denominar de *signos inquisitivos*, realidade no processo penal brasileiro que transcende os lindes do presente trabalho) em presos provisórios e definitivos no Brasil acompanhou, *mutatis mutandis*, o desenvolvimento histórico mundial, considerando o uso de tais aparatos nas sociedades ocidentais para se destacar e etiquetar o preso do restante da população – destacamento este que se torna, por vezes, mancha indelével a acompanhar o indivíduo mesmo quando se torna egresso do sistema prisional, o que dificulta uma das modernas funções da pena, qual seja, a ressocialização.

No âmbito da criminologia, o uso de tais elementos de convicção no momento das audiências, por ocasião do juízo de pronúncia e nas sustentações em plenário do júri, reforça o modelo calcado no que os estudos anglo-saxões denominam *labelling approach*¹².

12 A teoria do *labelling approach* ou *enfoque do etiquetamento*, nada obstante ser merecedora de críticas pela criminologia contemporânea de matriz crítica, ainda é considerada referencial seguro nos estudos sobre o crime e o criminoso, exercendo influência relevante na aplicação das formas de controle social. Nesse sentido, oportuno apresentar a opinião dos professores Luiz Regis Prado e Alfonso Serrano Maíllo sobre a matéria, *in verbis*: “O enfoque do etiquetamento chama a atenção sobre a importância que a reação tem para o delito. O enfoque do etiquetamento quer dizer basicamente duas coisas. Em primeiro lugar, que não existe quase nenhum ato que seja delitivo em si mesmo, mas delitivo ou desviado e aquilo que se define como tal pela comunidade ou pelos órgãos do sistema de Administração da Justiça. A chave para que algo seja delitivo, portanto, não reside tanto em suas características intrínsecas, mas no etiquetamento que dele se faça. Por exemplo, um grupo de jovens que perambula pela rua e atira pedras em um carro ou pega frutas de uma banca pode ser definido como um bando de delinquentes juvenis ou como garotos normais fazendo arruaças. Isso pode acontecer inclusive em delitos graves como o homicídio e as agressões sexuais. Assim se percebe como a reação que provoca um fato na comunidade ou no grupo é decisiva

Ademais, conforme já referido em momentos anteriores deste trabalho, tal situação a que se submete o acusado perante o conselho de sentença viola sistematicamente os preceitos legais contidos em tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, bem como documentos correlatos.

Verifica-se que semelhante afronta a direitos inerentes à dignidade humana é cediça no ordenamento pátrio, em virtude da herança trazida ainda por ocasião das Ordenações Filipinas, que traziam severas disposições acerca do procedimento de apuração criminal e normas penais incriminadoras, enquanto reminiscência do antigo regime das ordálias, comuns no período medievo, mas que permaneceram adaptadas à realidade brasileira durante todo o período colonial até a publicação do Código Criminal do Império¹³.

O tratamento dispensado aos acusados no processo penal brasileiro, fruto de uma matriz cultural latina, colonial, escravocrata e autoritária, difere do desenvolvimento histórico observado nas

para que seja definido como delitivo, desviado ou como algo normal acerca do qual não é preciso fazer nada. O delito, nessa perspectiva, já não pode ser visto simplesmente como um fato com determinadas características próprias que o definem e o distinguem dos fatos ilícitos: a reação provocada inclusive por fatos praticamente iguais é essencial para sua qualificação como delito ou não” (MAÍLLO e PRADO, pp. 319-320).

13 Ainda no ano de 1870, Candido Mendes de Almeida, em apresentação à edição brasileira das Ordenações Filipinas, já consideradas documento jurídico histórico no Direito brasileiro, apontava suas graves violações ao *direito natural*, antecessor dos atuais direitos humanos, frente à ordem constitucional inaugurada pela Carta Imperial de 1824, e ainda tecia importante crítica ao Código Criminal de 1830, nos seguintes termos, *in verbis*: “O nosso Legislador constituinte fez ao Paiz no art. 179 §18 da Constituição a solemne promessa de, quanto antes, dota-lo com dous Codigos, um Criminal, e outro Civil, fundados nas solidas bases da justiça e equidade. A primeira parte desta obrigação foi logo satisfeita com a Lei de 16 de Dezembro de 1830, que decretou o Codigo Criminal vigente, o trabalho mais importante da primeira Legislatura. Não obstante, não deixa de ser deficientíssimo, e exhibe em si a prova de que foi elaborado com pressa, e sem a madureza que taes commettimentos demandão; maxime depois dos abalos por que o Paiz acabava de atravessar. Havia em verdade justificado motivo no açodamento do Legislador. Vigorava ainda o Codigo Penal do antigo regimen, a Ord. do liv. 5º, cuja penalidade, sobre modo aspera e anachronica, dava largas ensanchas ao arbitrio do Juiz; mas que ainda seria supportavel, se não fosse acompanhada do respectivo processo, inquisitorial, vexatorio, e avesso ás doutrinas que a Constituição inaugurava” (ALMEIDA, 1870, p. V). Sobre as ordálias, embora norteado para o direito processual civil, interessante abordagem no âmbito da teoria geral do processo é realizada pelo professor Jônatas Luiz Moreira de Paula, *in verbis*: “A influência religiosa na Idade Média, associada à recepção dos costumes romanos pelos bárbaros, incrementou a utilização das ordálias. Contudo, havia uma conotação ideológica na sua utilização, pois a prova por meio das ordálias, essencialmente formalista, não visava a formação da consciência do juiz a respeito da verdade. Tinha por finalidade fazer a afirmação da existência de Deus diante de um povo recém-cristianizado, uma vez que a verdade aparecia com a vontade de Deus, como expressão do justo, do certo e do errado. (...) Também na Idade Média, em razão do desuso do juramento, surge a figura do combate judiciário ou duelo, institucionalizado sob o uso da força, uma vez que se evitava que os indivíduos não jurassem sobre fatos obscuros e não perjurassem sobre fatos certos. Apenas os litigantes se enfrentavam e a vitória no duelo representava vitória na demanda. A despeito de as Ordálias e os Juízos de Deus receberem maior atenção na Idade Média, sobretudo do Direito Germânico, o fato é que, desde o Direito Antigo, têm-se notícias de sua aplicação. É o que se pode encontrar no duelo-ordálio, procedimento comum a todos os povos da Antiguidade, presente no direito hebraico, grego e romano” (PAULA, 2003, p. 27).

sociedades ligadas ao tronco cultural anglo-saxão, que adotaram o modelo de sistema jurídico da *common law*, fortemente marcado pela teoria dos precedentes judiciais e da construção evolutiva do ordenamento jurídico por meio do entendimento pretoriano.

O acusado, visto como objeto do processo penal, era dissociado da figura de sujeito detentor de direitos ao longo do procedimento, impondo-lhe condição meramente passiva, prejudicando de forma indelével seu direito de defesa, hoje consubstanciado pelo princípio constitucional da ampla defesa (Constituição Brasileira de 1988, art. 5º, LV).

A autodefesa enquanto consectário da hoje consagrada ampla defesa era deveras prejudicada no período imperial e ao longo de grande parte do Brasil República, bem como limitada a defesa técnica pelo modelo presidencialista de audiência, que embora tenha sido substituído pela adoção do modelo anglo-saxão do *cross examination* nos albores do século XXI, ainda encontra resistência por parte de determinados atores do Poder Judiciário, ciosos da manutenção do *status quo* autoritário que foi imposto ao direito processual penal pátrio nos últimos setenta anos.

Nesse sentido, tornou-se gradativamente lugar-comum ao longo do século XX a imposição de algemas e vestes estigmatizantes para apresentação de réus presos em audiência nos variados procedimentos criminais, mormente no âmbito do Tribunal do Júri. Outrossim, o direito processual penal ao longo dos séculos XIX e XX era abordado do ponto de vista acadêmico como mero apêndice do direito penal material, sendo então denominado *direito penal judiciário* ou mesmo *direito penal adjetivo* (Cf. AZEVEDO, 1958)

Entretanto, a promulgação da Constituição Brasileira de 1988 representou marco histórico de fundamental importância para um novo paradigma científico no estudo do direito processual penal pátrio. Essa nova visão, calcada em um Estado Democrático de Direito pluralista e observador dos ditames de justiça social e de normas de proteção internacional dos direitos humanos, impactou a persecução criminal, efetivando a regra segundo a qual o acusado é sujeito do processo penal, não meramente um

objeto, conforme pode ser aferido segundo interpretação sistemática dos arts. 185 a 196 do CPP/1941¹⁴.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se, pois, que o uso de elementos estigmatizantes para fins de persuasão negativa do conselho de sentença no rito especial do júri – aqui exemplificados pelo uso de algemas e vestes estigmatizantes, como o uniforme da instituição prisional onde se encontra encarcerado o réu preso – trata-se de fenômeno dotado de profundo significado histórico e jurídico, divergindo do modelo acusatório de processo penal.

A distinção entre os modelos inquisitivo e acusatório, bem como a consideração de que o Brasil adotaria um *modelo misto* (a nosso ver, tão somente uma forma de se escamotear a matriz autoritária de processo penal vigente no país), é de profundo interesse para que se compreendam as razões pelas quais as personagens do sistema penal ignoram – e por que não dizer, por vezes estimulam – o abuso no uso de algemas em contraposição ao assentado pelo Pretório Excelso em sua Súmula Vinculante n. 11.

O uso de grilhões, algemas ou qualquer outro meio de constrição da liberdade ambulatorial deve ser considerado como ato excepcional, não apenas por imperioso preceito da jurisprudência pátria, mas também pela observância de tratados internacionais de direitos humanos e documentos conexos, como a própria Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU (Resolução n. 217-A-III, de 10 de dezembro de 1948).

Quanto aos aspectos jurídicos, afirma-se que a proibição do uso indiscriminado de algemas é mais tangível que a vedação ao uso obrigatório de vestes estigmatizantes frente aos membros do conselho de sentença – afinal, esta primeira já se encontra assentada em súmula jurisprudencial de caráter vinculante inclusive para órgãos públicos do Poder Executivo.

¹⁴ Os referidos dispositivos legais disciplinam o *interrogatório do acusado* como prova em espécie. Nada obstante tal capítulo do CPP/1941 tenha sua redação originária norteadas a uma hermenêutica de submissão do acusado enquanto objeto do processo, as alterações legislativas promovidas pelas Leis n. 10.792/2003 e 11.900/2009 tencionaram excluir essa verdadeira *coisificação* do acusado, integrando-o ao processo como sujeito detentor de direitos.

A tese sobre a proibição de vestes estigmatizantes, contudo, é mais ligada a aspectos da sociologia criminal que da dogmática jurídico-penal, pois inexistente no ordenamento jurídico brasileiro norma ou preceito jurisprudencial que vede semelhante proceder. Especialmente na prática forense, verificam-se as hodiernas condutas de integrantes do sistema penal, de forma notável no âmbito da execução penal, em constantemente impedir réus presos de trocarem suas roupas antes de se dirigirem às audiências.

Os réus presos são, em suma, conduzidos a usarem a roupa da instituição prisional, sob as mais diversas justificativas: falta de tempo, risco à segurança própria e de outrem – como se uma simples peça de vestuário pudesse oferecer semelhante risco –, dentre outras razões que não se justificam no mundo fenomênico, fruto, cremos, da matriz autoritária de processo penal que se instalou no Brasil desde a publicação do CPP/1941 e que não sofreu significativa mudança mesmo após as variadas alterações legislativas pelas quais passou o diploma brasileiro de ritos penais.

Injustificável, contudo, o uso indiscriminado de algemas, ou sua determinação pelo juiz presidente do Tribunal do Júri sem declinar especificadamente os fundamentos fáticos e jurídicos nos quais repousa sua decisão de apresentar o réu algemado perante o conselho de sentença. É providência salutar, fruto da determinação constitucional encastelada no art. 93, IX, da Constituição Brasileira de 1988, que o juiz togado fundamente todas as suas decisões judiciais; e especialmente nos feitos criminais, deve o juiz apresentar de forma exaustiva os fundamentos fáticos e jurídicos de decisões que limitem os direitos e garantias fundamentais do réu, cuja inocência reputa-se até prova em contrário, também por determinação da *Lex Mater* (Constituição Brasileira de 1988, art. 5º, LVII).

Quando o réu preso não oferece riscos à segurança própria e de terceiros, constatado por regular exame criminológico, que deve (ou deveria) ser realizado a cada encarceramento, não existem razões para que seja apresentado a julgadores leigos ostentando elementos que conduzam à intelecção de que possa ser culpado. É a completa perversão do referido princípio constitu-

cional da presunção de inocência, transmutando-se em presunção de culpa por uma estratégia que, embora do ponto de vista estritamente jurídico seja frágil, para o leigo e do ponto de vista sociológico e filosófico-simbólico por vezes é de grande influência para se determinar a condenação após votação do conselho de sentença que, por ostentar como princípio constitucional a soberania de seus veredictos, gera maior dificuldade para a defesa do réu em anular a consequente sentença penal condenatória em segundo grau de jurisdição. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal Recopiladas por Mandado D'El-Rey D. Philippe I.** 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

AZEVEDO, Vicente de Paulo. **Curso de Direito Judiciário Penal.** 2 v. São Paulo: Saraiva, 1958.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** v. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAVADAS, Divo Augusto. **Da distinção ontológica entre crimes econômicos em sentido amplo e estrito.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5624, 24 nov. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69741>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral, Tomo I – Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime.** v. 1. 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2012.

FIGUEIREDO, Cândido de. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa.** Lisboa: Editora Portugal Brasil Limitada – SOC, 1913.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões.** 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v. 1. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2011. 2 v.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Online de Português**. Disponível em: <http://www.dicio.com.br/algema/>. Acesso em: 14 jun 2018.

LOSANO, Mario G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**. Tradução: Marcela Varejão e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MAÍLLO, Alfonso Serrano; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAYR, Eduardo; PIEDADE, Heitor et al. **Vitimologia em Debate**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MAYR, Eduardo. **A Vitimologia, Hoje**. Suplemento Jurídico do D.O./Poder Judiciário RJ: agosto, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PAULA, Jônatas Moreira de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. III. 2. ed. Barueri: Manole, 2003.

REZEK, Francisco José. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2004.

SHAW, Malcolm M. **International Law**. 6. ed. Reino Unido: Cambridge University Press, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.