



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS -

UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

WAGNER DE FREITAS

**ANÁLISE CRÍTICA DA SÚMULA 11 DO SUPERIOR
TRIBUNAL FEDERAL**

**JUIZ DE FORA
2009**

WAGNER DE FREITAS

**ANÁLISE CRÍTICA DA SÚMULA 11 DO SUPERIOR
TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Presidente
Antônio Carlos, como requisito final
para obtenção do título de Bacharel em
Direito, sob orientação do Prof. Besnier
Villar.

**JUIZ DE FORA
2009**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Wagner de Freitas

Aluno

Análise crítica por simulação do Superior Tribunal Federal.

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

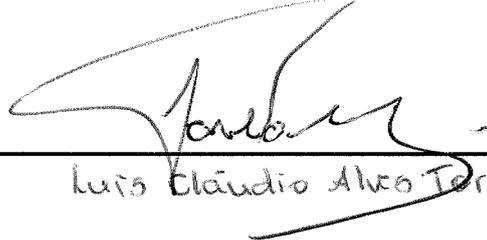
BANCA EXAMINADORA



Beonier Chiraki Villar



Alexandre Boroto



Luis Claudio Alves Torres

Aprovada em ___ / ___ / 2009.

À minha família e professores.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente à Deus, por me dar forças para continuar quando pensei em desistir.

Aos meus pais, Valter de Freitas e Marlúcia Carmo de Freitas, pelo exemplo de luta e perseverança.

Aos meus irmãos, Demilson, Luciana e Angélica, pelo incentivo.

À minha querida e amiga esposa, Natália da Costa Freitas, por todo amor, compreensão e pela dedicação e eficiência na administração de nosso lar e educação de nossos filhos, suprimindo com determinação e pulso firme minha falta nas horas de estudo e trabalho e por todo amor e admiração que tem por mim, estando sempre ao meu lado, não me deixando nunca desanimar ou até mesmo desistir.

Aos meus filhos, Emmanuelle da Costa Freitas, Ramon da Costa Freitas e Emmanuel da Costa Freitas, pela saudades que sentiram e por entenderem minha ausência em momentos difíceis e importantes nas suas vidas.

“Não há pena sem processo
nem processo senão pela
Justiça”

Rui Barbosa

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar sob o contexto histórico e legal pelo qual a súmula 11 do Superior Tribunal Federal foi editada, uma vez que há um conflito de normas constitucionais, sobretudo aquelas que tutelam os direitos do preso, a dignidade da pessoa humana e presunção de inocência frente à segurança preventiva dos policiais e da coletividade notadamente no que tange o direito à vida e à integridade física. Desta forma, pretende-se, através da aplicação do princípio da razoabilidade, concluir pela aplicação ou não da aludida súmula.

Palavras-chave: súmula 11 do STF; inaplicação; ponderação de preceitos constitucionais.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS ALGEMAS.....	8
2.1 Do emprego das algemas – disposições legais	9
3 DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA A RESTRIÇÃO AO USO DAS ALGEMAS	13
3.1 Da cautelaridade no uso das algemas	14
4 DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO STF	15
4.1 Breve crítica sobre o conteúdo formal da súmula vinculante nº 11.....	16
5 (IN) APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11	17
5.1 Uma segunda visão sobre o mérito da súmula vinculante nº 11	17
5.1.2 Objetivo do uso das algemas	18
6 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FORMA DE DIRIMIR CONFLITOS DE NORMAS FUNDAMENTAIS..	19
7 CONCLUSÃO	20
8 REFERÊNCIAS.....	22

1 INTRODUÇÃO

O uso das algemas sempre foi questionado pelos aplicadores do direito tendo em vista a omissão do legislador pátrio frente ao disposto no art. 199 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) onde “O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”.

Desta forma não restou à doutrina e a jurisprudência outra saída senão buscar um entendimento para tentar tutelar o uso das algemas baseando na Constituição Federal e na legislação esparsa como o Código de Processo Penal, o Código de Processo Penal Militar, a Lei 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade), por exemplo.

É importante observar que o Brasil vivencia um momento histórico merecedor de atenção, tendo em vista um patente abuso das autoridades policiais, principalmente pela Polícia Federal, que nos últimos tempos virou matéria de destaque em todos os jornais e informativos ao utilizar indiscriminadamente as algemas e, por outro lado, há um desrespeito e uma violência exarcebada da sociedade contra os policiais, colocando suas vidas em risco a todo o tempo.

Tentando pacificar as discussões existentes sobre o tema e com o intuito de dirimir os abusos existentes, o Superior Tribunal Federal editou em 13/08/08 a súmula vinculante nº 11 com o seguinte teor: “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.”

No entanto, a aplicação prática da súmula ora apresentada deixa os policiais em situação de vulnerabilidade, e, portanto, merece um estudo aprofundado sobre sua aplicação.

2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS ALGEMAS

Ao tentar buscar a origem da palavra algema, nota-se que teve como berço a linguagem arábica, tendo como significado algo semelhante a pulseira. No entanto, as algemas passaram a se enquadrar em um conceito próximo do atual, apenas no século XVI, como instrumento de força com quem se prendem os braços ou dedos de alguém, ao ensejo de sua prisão ou condução.

Notadamente, é importante vislumbrar que sua função era distinta da empregada nos dias atuais, uma vez que naquela época, possuía função de submissão física bem como de castigo.

As algemas são, em regra, instrumentos metálicos que, colocados no pulso, nos tornozelos ou nos dedos polegares (impedem que o preso com os dedos e um arame possa, por exemplo, abrir as algemas), evitam que o preso possa oferecer resistência, fugir ou atentar contra a vida de alguém, ou quiçá, a sua própria vida.¹

Todavia, cabe salientar que desde aquela época o uso indiscriminado de algemas já encontrava restrições no momento em que era proibido penas dúplices aos presos, ou seja, proibia-se juntamente com o cárcere o uso de ferros e algemas.

Com o advento do período Iluminista, século XVIII, o uso das algemas evoluiu de forma mais humanitária, no momento em que os doutrinadores rejeitavam o seu uso como espécie de pena e defendiam que elas deveriam ser utilizadas para assegurar a integridade física do acusado e não como castigo.

Porém, no Brasil, tal entendimento começou a ser empregado a partir XIX, com o Decreto editado em 23/5/1821, o qual resguardou as garantias individuais do preso, dentre as quais o banimento do uso de correntes, algemas, grilhões e outros ferros inventados e utilizados como martírio aos homens ainda não julgados.

O art. 180 do Código do Processo Criminal de Primeira Instância do Império do Brasil, normatizou de forma efetiva o uso das algemas, atentando que: “Se o réu não obedecer e procurar evadir-se, o executor tem direito de empregar o grau de força necessária para efetuar a prisão; se obedecer, porém o uso da força é proibido”.

Observa-se que o aludido Código do Processo Criminal foi alterado pela Lei nº 261/1841, que por sua vez em nada alterou o disposto no referido art. 180.

¹ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 644.

Sobretudo, as normas processuais penais foram substancialmente reformadas com o advento da Lei nº. 2.033/71 e regulamentada pelo Decreto nº 4.824/1871.

O art. 28 da lei retro citada dispunha sobre a forma de se efetuar a prisão, já garantindo ao preso a não intervenção de força, via algemas, quando este não apresentar resistência ou perigo, ou seja: “o preso não será conduzido com ferros, algemas ou cordas, salvo o caso extremo de segurança, que deverá ser justificado pelo condutor; e quando o não justifique, além das penas em que incorrer, será multado na quantia de 10 a 50 mil-réis, pela autoridade a quem for apresentado o mesmo preso”.

Com o advento da Constituição da República em 1891, foi concedida competência para as unidades federativas legislarem em matéria processual penal e civil, conforme disposto no art. 34, XXIII c/c art. 65, II.

Desta feita, tratando-se de prisão, a maioria das leis federais e estaduais repetiu o previsto no art. 28 do Decreto nº 4.824/1871.

Diferentemente da Carta anterior, a Constituição Federal de 1934, logo em seu art. 5º, XIX, “a”, inovou e estabeleceu competência privativa da União para legislar sobre matéria processual.

Assim, seguindo o entendimento das normas anteriores, o projeto do Código de Processo Penal de 1935 previa, em art. 32, o emprego de algemas nos casos de resistência ou tentativa de fuga, mas, porém, em razão do golpe de Estado de 1937 e da promulgação da nova Constituição, o projeto não chegou a ser aprovado.

Sobretudo, é importante observar que não foram feitas alusões expressas sobre a restrição do uso das algemas, com o advento do atual Código de Processo Penal², o que causa estranheza aos estudiosos do direito, devido a concreta tradição da relativização do uso das algemas no ordenamento brasileiro.

2.1 Do emprego das algemas – disposições legais

Antes mesmo de adentrar às disposições legais sobre o uso das algemas deve-se observar o disposto no art. 199 da Lei de Execuções Penais – LEP³, o qual dispõe: “O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal.” No entanto é importante ponderar

² Decreto-Lei 3.689/41

³ Lei nº. 7.210/84

que a LEP foi promulga em 1984, ou seja, anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, devendo, agora, tal matéria, utilizando-se das formas de interpretação e aplicação das leis, ser implementada no ordenamento jurídico brasileiro, através de Lei e não decreto, fato este parcialmente concretizado apenas no ano de 2008.

Porém, há normas em que se pode, utilizando-se da interpretação doutrinária e jurisprudencial, observar o uso de força, não necessariamente estendendo às algemas, como uma determinada excepcionalidade.

Determina o art. 284 do Código de Processo Penal - CPP⁴ que: “Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso”, dessa forma, só, excepcionalmente, quando realmente necessário o uso de força, é que a algema poderá ser empregada, seja para impedir fuga, seja para conter violência da pessoa que está sendo presa, interpretação dada por quem entende que algema se equipara à força.

No mesmo sentido segue o art. 292 onde: “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 autos subscritos também por duas testemunhas.”

Isso indica que o uso da força é excepcional e somente pode se dar para impedir ou prevenir a fuga, desde que haja fundada suspeita ou receio e evitar agressão do preso contra os próprios policiais, terceiros ou contra si mesmo.

O mesmo diploma, alterado pela Lei 11.689/08, em seu art. 475, §3º dispõe sobre o uso de algemas no tribunal do júri onde: “Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período 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.”

Da mesma forma que o CPP, o Código de Processo Penal Militar⁵ prevê o emprego de força em casos de desobediência, resistência ou tentativa de fuga e uso de meios necessários para vencer a resistência ou para defesa própria ou de outrem: “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

⁴ Decreto-Lei nº 3.689/41

⁵ Decreto-Lei nº 1.001/69

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.”

A Lei nº. 9.537/97, que dispõe sobre a segurança no tráfego em águas territoriais brasileiras, no seu art. 10, III, permite ao comandante, com o fim de manter a segurança das pessoas, da embarcação e da carga, deter o desordeiro, em camarote ou alojamento, "se necessário com algemas": "O Comandante, no exercício de suas funções e para garantia da segurança das pessoas, da embarcação e da carga transportada, pode: III - ordenar a detenção de pessoa em camarote ou alojamento, se necessário com algemas, quando imprescindível para a manutenção da integridade física de terceiros, da embarcação ou da carga.”

Ainda, sobre as algemas, o diploma Processual Penal Militar expressamente determina que elas devam ser evitadas e somente empregadas se houver perigo de fuga ou de agressão por parte do preso conforme inteligência do art. 234, § 1º, CPPM.

Contudo, de forma taxativa, o Código de Processo Penal Militar proíbe os militares, em qualquer hipótese, de algemar, se forem presos a) ministros de Estado; b) governadores ou interventores de Estados ou Territórios; o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de Polícia; c) os membros do Congresso Nacional, dos Conselhos da União e das Assembléias Legislativas dos Estados; d) os cidadãos inscritos no Livro de Mérito das ordens militares ou civis reconhecidas em lei; e) os magistrados; f) os oficiais das Forças Armadas, das Polícias e dos Corpos de Bombeiros, Militares, inclusive os da reserva, remunerada ou não, e os reformados; g) os oficiais da Marinha Mercante Nacional; h) os diplomados por faculdade ou instituto superior de ensino nacional; i) os ministros do Tribunal de Contas e j) os ministros de confissão religiosa (art. 234, § 1º c/c art. 242 ambos do CPPM).

Ocorre que tal dispositivo é contraditório eis que as algemas possuem um caráter excepcional e deve ser utilizada tão-somente quando houver resistência ou tentativa de fuga.

Ora, os cidadãos ocupantes dos cargos acima elencados podem apresentar tal perigo, e deveriam, se não houvesse a norma, ser coagidos com o uso das algemas, tendo em vista que tal atitude pode ser tomada por qualquer indivíduo.

Ainda, a Lei de Abuso de Autoridade⁶ prevê em seu: “Art. 3º - Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: À incolumidade física do indivíduo, Art. 4º - Constitui também abuso de autoridade: b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;”

⁶ Lei nº 4.898/65

Por fim vale apontar o ensinamento de NUCCI, 2008 onde: Entendida a incolumidade física como integridade física, pode-se visualizar este tipo penal como autêntica proteção à pessoa humana, que deve permanecer livre de qualquer lesão ao corpo e à saúde. Atos de autoridade podem ser violentos, quando voltados ao controle da ordem e da segurança pública. Entretanto, busca-se cercear a violência excessiva e, principalmente, aquela que expressa a intenção de fazer valer, em flagrante desvio de poder, a força do cargo ou da função estatal.⁷

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 44

3 DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA A RESTRIÇÃO AO USO DAS ALGEMAS

A carta de 1988 traz diversas disposições assegurando direitos e garantias individuais aos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Dentre eles, pode-se vislumbrar de forma extensiva, restrições para o uso das algemas.

Logo em seu art. 1º, III, nota-se que é fundamento da República a manutenção da dignidade da pessoa humana, onde a Constituição confere tratamento humanitário ao preso ou acusado tendo em vista a necessidade da preservação de sua dignidade.

Assim, elucida garantias tais como a disposta no art. 5º, LXI, onde “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Além desta, existe a previsão de que a custódia de qualquer pessoa e o local onde se encontra deve ser comunicados imediatamente ao juiz competente, à família ou à pessoa por ele indicada conforme disposto no inciso LXII. Também deve o preso ser informado dos respectivos direitos, entre os quais o de permanecer calado, ficando-lhe assegurada a assistência da família e de advogado, conforme inciso LXIII. O inciso LXIV revela que o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial. Ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança – inciso LXVI. Já sob o ângulo do cumprimento da pena, impõe-se a separação em estabelecimentos prisionais considerada a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado – inciso XLVIII.

Importante demonstrar ainda o disposto no inciso XLIX onde “é assegurado ao preso o respeito à integridade física e moral”. Daí observa-se claramente que primeiramente o preso tem assegurado o respeito a sua integridade seja ela física ou moral, e é fato que o uso das algemas viola tal dispositivo.

Ainda dispõe o inciso LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito e julgado de sentença penal condenatória”, incluindo no ordenamento o princípio da presunção de inocência. Assim, em determinados casos, onde não há decisão definitiva, é imprescindível que o acusado seja visto como inocente, e conseqüentemente, não apresentando nenhum perigo, torna-se desnecessário o uso das algemas.

3.1 Da cautelaridade no uso das algemas

Com base em todo o exposto, nota-se no ordenamento jurídico que é cabível o emprego das algemas, porém, deve-se ponderar o uso, devendo ser utilizada apenas quando necessário, sendo a regra sua excepcionalidade. Assim observa-se que o emprego das algemas gira em torno do fundado receio de fuga, resistência ou ameaça a integridade física do próprio preso ou de quem direta ou indiretamente esteja ligado a este.

Este entendimento vem prevalecendo no Superior Tribunal Federal há tempos:

HABEAS CORPUS. PENAL. USO DE ALGEMAS NO MOMENTO DA PRISÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA EM FACE DA CONDUTA PASSIVA DO PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES. 1. O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes. 2. Habeas corpus concedido. (STF, 1ª Turma, HC 89429/RO, J. 22/08/2006, DJ. 02-02-2007, p. 240, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, decisão unânime)

HABEAS CORPUS. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. PROTESTO POR NOVO JÚRI. PENA INFERIOR A VINTE ANOS. UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS NO JULGAMENTO. MEDIDA JUSTIFICADA. I - No concurso material de crimes considera-se, para efeito de protesto por novo júri, cada uma das penas e não sua soma. II - O uso de algemas durante o julgamento não constitui constrangimento ilegal se essencial a ordem dos trabalhos e a segurança dos presentes. Habeas corpus indeferido. (STF, 2ª Turma, HC 71195/SP, J. 25/10/1994, DJ 04-08-1995, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, decisão unânime)

4 DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO STF

A Emenda Constitucional n. 45, inserindo o art. 103-A na Constituição Federal, criou a discutível figura da súmula vinculante, indicando que o Superior Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que produzirá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.⁸

Sua aplicação tem por objetivo diminuir o número de recursos que chegam às instâncias superiores e ao STF, permitindo que sejam resolvidos já na primeira instância. Assim, esta medida pretende dar mais celeridade aos processos judiciais, uma vez que podem ser solucionados de maneira definitiva os casos repetitivos que tramitam na Justiça.

Por falta de norma federal disciplinando expressamente o uso das algemas, e em patente desacordo com texto expresso no art. 199 da Lei de Execuções Penais, com intuito dirimir os abusos relacionados ao emprego de algemas em pessoas presas, Superior Tribunal Federal, por unanimidade, em sessão realizada em 13/08/08, editou a súmula vinculante nº 11, com o seguinte texto: “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.”

Observa-se que o Brasil tem presenciado certo desvirtuamento no emprego de algemas, principalmente quando se trata de crime com repercussão na mídia, quando a pessoa presa tem poderio econômico ou político ou ainda quando, constatando-se a indevida exibição da pessoa presa como se fosse uma espécie de troféu a fim de demonstrar a suposta eficiência da Polícia Brasileira.

Assim, nota-se que o Superior Tribunal Federal, pelo menos tentou, através de súmula, dar concretude aos direitos do preso, em especial a preservação de sua dignidade.

4.1 Breve crítica sobre o conteúdo formal da súmula vinculante nº 11

Inicialmente é importante observar o contexto histórico pelo qual o STF expressou, recentemente, seu entendimento sobre o tema aqui apresentado, através de uma súmula vinculante.

Nota-se que o Brasil vive um momento impar em sua história, uma vez que grandes empresários, políticos e membros do Poder Judiciário estão sendo investigados e presos devido à corrupção até então nunca investigada.

Desta forma, a Polícia Federal, ao efetuar a prisão da classe já mencionada estava utilizando, de forma indiscriminada, as algemas para demonstrar, através da mídia, a efetividade da prestação policial.

Ora, é notório que para conduzir determinadas pessoas não é necessário a utilização das algemas, observado, no caso concreto, a não ofensividade à sociedade.

Supremo Tribunal Federal fez uso da súmula vinculante para regulamentar, de forma genérica, assunto que era atribuição do legislador federal, conforme se verifica com o disposto no art. 199 da LEP, fato que vem preocupando os operadores do direito é que vem se tornando cada vez mais usual a supressão de poderes no que tange ao Judiciário e o Legislativo.

Assim, é importante anotar o impacto que tal fato gera à Separação de Poderes, advindo do art. 2º da Constituição da República, onde vislumbra a independência dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

É clara a omissão do Legislador Federal a respeito do uso de algemas, porém, por força do artigo supra nota-se que não cabe ao STF regulamentar matéria exclusiva do Poder Legislativo.

Por fim, outra crítica à atuação do STF infere-se que os pressupostos e limites da responsabilização penal, civil ou administrativa de quaisquer agentes públicos decorrem exclusivamente de Lei, não sendo possível aos órgãos do Poder Judiciário a imposição de requisitos supra-legais para a prática de atos administrativos (justificativa por escrito, por exemplo).⁹

⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David e JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes, Curso de Direito Constitucional, 9ª ed. rev. atual, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 355

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Direito Processual Penal. 11ª ed. Ed. Lumen Juris: RJ, 2009, p. 437

5 (IN) APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11

Passado tais apontamentos, torna-se de extrema importância analisar o emprego das algemas sob um segundo prisma, qual seja, o da realidade fática daqueles que estão diretamente ligados com a manutenção da segurança pública bem como o momento que o Brasil vivencia, sobretudo da violência exarcebada dos civis para com os policiais.

Mais uma vez é necessário deixar claro que não se pretende com este trabalho excluir princípios constitucionais ou direitos fundamentais, e, sim, confrontá-los e, através do princípio da proporcionalidade observar qual deverá ser mitigado, o da dignidade do preso, como exemplo, ou o do direito a vida, do policial e da coletividade.

5.1 Uma segunda visão sobre o mérito da súmula vinculante nº 11

Antes de fazer uma abordagem analítica sobre este tópico, a primeira justificativa plausível para a utilização das algemas como forma preventiva diz respeito ao equívoco no momento que se associa o uso de algemas ao emprego de força, pois, na verdade, a algema é forma de neutralização da força, contenção e imobilização do delinqüente.

É menos traumático, doloroso e arriscado imobilizar o suspeito pelo recurso da algema, do que pelo acesso a técnicas corpóreas de imobilização.

Aos olhos dos policiais, pelo menos aqueles que enquadram sua conduta dentro do ordenamento pátrio, o emprego das algemas apenas se tornará ilegal no momento em que elas são utilizadas para demonstrar uma efetiva atuação da polícia à luz das câmeras das redes de telecomunicação, o que, de fato, tornou-se corriqueiro no Brasil, prática esta que deve ser exemplarmente repugnada.

Ora, o manejo das algemas passa a ser uma alternativa ao uso de armas letais e ao uso da força.

Estão confundindo algemas, grilhões e outros instrumentos usados para punir no passado com a necessidade de usar de mecanismos para evitar eventuais problemas no tocante à transferência de presos, ou sua permanência nas audiências¹⁰.

¹⁰ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Op cit. p. 649

5.1.2 Objetivo do uso das algemas

São quatro as funções básicas das algemas:

A primeira para impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer;

A segunda para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo;

A terceira, na condução de preso por ordem judicial ou em flagrante delito, salvo determinação justificada em contrário, sem prejuízo da avaliação da situação de risco no momento da prisão;

E, como última função, para não comprometer o planejamento operacional ou fragilizar a vida e a segurança de terceiros, da vítima do delito apurado, da equipe policial e do preso ou conduzido.

6 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FORMA DE DIRIMIR CONFLITOS DE NORMAS FUNDAMENTAIS

Como visto, a súmula nº 11 do Superior Tribunal Federal foi editada para salvaguardar, principalmente, a dignidade da pessoa do preso e à presunção de inocência imbuída em todos os cidadãos, normas expressamente reconhecidas pela Constituição Federal em seus art. 1º, III e 5º, LVII.

Por outro lado, há um temor pela restrição ao uso das algemas ao efetuar prisões e conduzir presos tendo em vista a ameaça à integridade física, sobretudo ao direito a vida do condutor.

Assim, nota-se que os direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição da República, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Magna Carta (Princípio da relatividade ou conveniência das liberdades públicas).¹¹

É possível vislumbrar, com o presente trabalho, um confronto direto à normas de direito fundamental, o qual se resolve com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.¹²

¹¹ MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. 17ª ed. Ed. Atlas: São Paulo, 2005, p. 28

¹² *idem*

7 CONCLUSÃO

Após a análise histórica do uso de algemas nos Brasil observou-se a preocupação Estatal com o uso indiscriminado das algemas, tendo em vista que desde a época imperial já havia tutela aos direitos do preso.

Até os dias atuais existe tal preocupação, inclusive com disposição legal, ainda que implicitamente, na Constituição Federal em seu art. 1º, III e art. 5º em vários incisos, no Código de Processo Penal no art. 284 e 292, na Lei 4.898/65, art. 3º, *i* e art. 4º *b*, no Código de Processo Penal Militar no art. 234, § 1º c/c art. 242.

A grande discussão tracejada dizia respeito ao disposto no art. 199 da Lei de Execuções Penais a qual criava a necessidade de Decreto, hoje Lei, para a normatização do uso das algemas, fato este que só veio ocorrer, ainda que de forma precária com a Lei 11.689/08 que alterou o art. 475, §3º.

Com a atuação, principalmente da Polícia Federal, acompanhada por todos nos noticiários, notou-se que o preceito da excepcionalidade do uso das algemas não havia sendo respeitado, chamando a atenção até do Superior Tribunal Federal onde criou a súmula vinculante nº 11 a fim de dirimir as atitudes abusivas.

Ao analisar seu conteúdo formal não há plausibilidade para tanto tendo em vista a supressão ao poder Legislativo, eis que este seria o legitimado para legislar a respeito do tema, devido sua competência constitucional para a confecção de leis e, ainda, por força do art. 199 da LEP, o uso de algemas deveria ser normatizado por lei e não por súmula (Poder Judiciário).

Em relação ao conteúdo material da súmula 11, observou-se que é indispensável ponderar alguns elementos assegurados constitucionalmente tais como a dignidade do preso e a presunção de inocência que assiste nosso ordenamento e o direito a vida e a integridade física dos policiais e de terceiros.

Não se pretende com este trabalho, excluir ou ignorar direitos constitucionais, mas quando estes entram em conflito deve-se limitá-los, e, conclui-se que o direito à vida, a integridade física de terceiros e dos policiais deve prevalecer sobre os demais, mesmo porque, estes estão diretamente ligados a apreensão e condução de criminosos, e necessitam de segurança frente a indivíduos desconhecidos.

Fato que deve ser banido de nosso cotidiano é o uso indiscriminado de algemas para demonstrar, através da mídia, a eficiência da classe policial.

Por fim é importante mencionar que as algemas devem ser vistas como instrumento inibidor da força eis que torna desnecessário o condutor utilizar-se de técnicas de imobilização e condução garantido a imunidade da integridade física de todos e, principalmente, possui um poder psicológico sob o preso, pois uma vez consciente que não pode empregar-se em fuga ou debater-se com o policial não passará por sua mente demonstrar reação à sua prisão.

8 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David e JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes, **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. rev. atual, São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada no Diário Oficial da União de 05/10/88.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Publicado no Diário Oficial da União de 13.10.1941.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Publicado no Diário Oficial da União de 21.10.1969.

BRASIL. Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965. **Regula o direito de representação e o Processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade**. Publicado no Diário Oficial da União de 13.12.1965.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Publicado no Diário Oficial da União de 13.7.1984.

BRASIL. Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997. **Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências**. Publicado no Diário Oficial da União de 12.12.1997.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. Disponível em <http://stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisaJurisprudencia/asp>. Acessado em 15 set. 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei nº. 7210 de 11.7.84**. 9ª.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª ed. Ed. Atlas: São Paulo, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª ed. Ed. Lumen Juris: RJ, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.