UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

DAYLLA MOURA MELO

AS FACES DO USO DA ALGEMA

JUIZ DE FORA

2010

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

DAYLLA MOURA MELO

AS FACES DO USO DA ALGEMA

Monografia apresentada ao curso de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Professor Besnier Chiaini Villar

JUIZ DE FORA

2010

AS FACES DO USO DA ALGEMA

DAYLLA MOURA MELO

Aprovada em 27/11/2010.

BANCA EXAMINADORA

____BESNIER CHIAINI VILLAR___
Especialista (Orientador)
UNIPAC - JF

____ANA PAULA MOREIRA DA SILVA___
Especialista
UNIPAC - JF

____FRANCISCO BELGO DE ASSIS___
Especialista
UNIPAC - JF

CONCEITO FINAL: __APROVADA__

Dedico este trabalho à minha mãe Ana Cristina, a minha irmã Bethany, e aos meus avós Santiago e Tereza, razões da minha vida.

RESUMO

O presente trabalho aborda a violação dos princípios constitucionais, em razão do uso arbitrário de algemas. Investiga o limite entre a licitude e o abuso no emprego destas.Embora não haja uma lei, no Brasil, regulando o uso desse instrumento em âmbito nacional, é feita uma análise das leis que, de algum modo, servem para orientar o emprego adequado das algemas. Após, passa-se a enfrentar os problemas que envolvem o tema, como o possível enquadramento do mau uso de algemas em crimes de abuso de autoridade e de constrangimento ilegal, e a questão da compatibilidade dos direitos fundamentais do preso, tais como a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência, a integridade física e moral e a imagem, com o uso de algemas. Nesse aspecto, surge o princípio da proporcionalidade como o meio de se aferir se o uso de algemas, em determinado caso concreto, está dentro do que o ordenamento jurídico permite ou se houve algum excesso. Por fim, são levantadas críticas à súmula vinculante nº 11 editada pelo Supremo Tribunal Federal, que se em nada contribuiu para a solução dos conflitos hoje existentes sobre o uso de algemas, serviu para acentuá-los.

Palavras-chave: Uso de algemas. Abuso de autoridade. Direitos fundamentais. Princípio da proporcionalidade. Súmula vinculante n° 11.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....7

2. AS LEGISLAÇÕES AUTORIZADORAS DO USO DE ALGEMAS 9
2.1 A Lei de Execução Penal.....9
2.2 O Código de Processo Penal 10
2.3 O Código de Processo Penal Militar.....12
2.4 As Regras Mínimas para Tratamento de Presos no Brasil.....14
2.5 Um Lapso de Outras Legislações Pertinentes.....15

3. O USO DE ALGEMAS E SUA PROBLEMÁTICA 17
3.1 O abuso de autoridade e o constrangimento ilegal.....17
3.2 Algemas e os direitos fundamentais.....18
3.2.1 O princípio da dignidade da pessoa humana.....18
3.2.2 O princípio da presunção de inocência 20
3.2.3 A proibição à tortura e ao tratamento desumano ou degradante 21
3.2.4 O direito à integridade física e moral.....22
3.2.5 O direito à imagem versus o direito de informação.....23
3.2.6 O princípio da proporcionalidade como limite entre a legalidade e o abuso no uso de algemas 28

4. INCOERÊNCIAS DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11.....33
4.1 A inconstitucionalidade da súmula.....33
4.2 O ativismo judicial no conteúdo da súmula 35
4.3 O âmbito de abrangência da súmula.....37
4.4 A súmula vinculante n° 11 como exemplo de decisão judicial simbólica 39
4.4.1 O momento de edição da súmula 39
4.4.2 A impossibilidade de se cumprir a súmula.....40
4.4.3 A desnecessidade da súmula.....42
4.4.4 A ausência de legitimidade da súmula.....43

5.CONCLUSÃO.....47

6. REFERÊNCIAS 49

1. INTRODUÇÃO

Algema vem do árabe *al-djamia*, que significa "a pulseira", é metálica, dotada de fechadura, empregada para prender os braços de uma pessoa pelos punhos, na frente ou atrás do corpo.

Têm-se notícias do emprego de algemas desde o século XVI, época que eram utilizadas tanto como forma de submissão física quanto como castigo. Nesses tempos o uso indiscriminado de algemas já era repudiado. Alegava-se principalmente que o preso não poderia ser submetido a penas duplicadas: o uso de ferro, grilhões ou algemas concomitantemente com o cárcere.

Ao passar do tempo, o uso de algemas vem gerando diversas discussões, sobretudo com a consagração do Estado Democrático de Direito e dos princípios dispostos na Constituição de 1988, onde houve uma crescente preocupação em se estabelecer os limites dessa prática.

Contudo, não se pode esquecer que persiste a necessidade de utilização de algemas para garantir a segurança dos agentes públicos e pelo transporte de presos, bem como de todos os presentes durante a realização de audiências e julgamentos.

Este trabalho faz um apanhado das leis do ordenamento jurídico pátrio, que de uma forma ou de outra, trazem em seu bojo alguma regra balizadora do emprego adequado do artefato em estudo.

O centro da questão, porém, consiste em encontrar uma solução para o conflito existente entre o uso de algemas e os direitos fundamentais do preso, à dignidade da pessoa humana, à presunção de inocência, à integridade física e moral e à imagem, dentre outros.

Sugere-se então, o princípio da proporcionalidade como o instrumento capaz de aferir, no caso concreto, se o uso de algemas respeitou os ditames legais e constitucionais vigentes ou se houve excesso, caracterizado este pela violação à integridade física do preso ou pela exposição pública do preso algemado, o que configura o crime de abuso de autoridade.

Por fim, é feita uma análise da polêmica súmula vinculante nº 11, editada pelo Supremo Tribunal Federal, versando sobre o emprego de algemas. As principais críticas apontadas à súmula referem-se ao ativismo judicial e ao seu conteúdo eminentemente simbólico. Em vez de resolver os problemas, que não são poucos, envolvendo o uso de algemas, estará aqui demonstrado que a súmula, além de criar outros, intensificou os existentes.

2. AS LEGISLAÇÕES AUTORIZADORAS DO USO DE ALGEMAS

2.1 A Lei de Execução Penal

A vigente Lei de Execução Penal é reconhecida como instrumento legal moderno e de razoável racionalidade. Entretanto, como obra humana, certamente está longe da perfeição.

A Lei de Execução Penal, n.7.210, de 11 de julho de 1984, reza, em seu artigo 199, que: “o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal".

Entretanto, esse não foi feito. A LEP é de 1984, e o executivo não promulgou tal decreto antes da edição da Constituição de 1988, a alternativa para regulamentar o uso das algemas é a criação de uma Lei.

Assim, o uso de algemas depende de regulamentação complementar, a ser feita por um decreto federal, que o discipline em âmbito nacional de maneira geral e uniforme.

Todavia, com a Constituição de 1988, isso passou a ser matéria de lei, portanto de competência do Legislativo Federal. De qualquer forma, decorridos vinte e seis anos de vigência da LEP, o artigo 199 ainda carece de complementação legal.

De fato, desde 1986 surgem projetos de lei que visam regulamentar o uso de algemas, porém, nenhum deles, até o presente momento, conseguiu se transformar na tão esperada lei.

Historicamente, em regra, prevalecem as chamadas “normas de emergência”[1], isto é, basta um episódio envolvendo o uso de algemas e que

[1] “A idéia de emergência é corriqueiramente atrelada à de urgência e, num certo sentido, à de crise. Chama a atenção para algo que, de forma repentina, surge de modo a desestabilizar o *status quo ant*e, colocando em xeque os padrões normais de comportamento e a conseqüente possibilidade de manutenção das estruturas. Nesse sentido, a ela se une a necessidade de uma resposta pronta, imediata e que, substancialmente, deve durar enquanto o estado emergencial perdura.” CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de emergência:** aspectos

repercuta socialmente para, mais que depressa, despontarem toda sorte de projetos de lei prontos a dar uma resposta àquela situação determinada.

2.2 O Código de Processo Penal

O Código de Processo Penal brasileiro faz alusão às situações nas quais o uso das algemas seria possível. Art. 284 "não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso".

Esse é um dos artigos do CPP que freqüentemente é utilizado para fundamentar o uso de algemas nas hipóteses de resistência ou de fuga. Ao tratar da prisão em flagrante, fixa o CPP em seu artigo:

> Art. 292 “se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas”.

Indispensabilidade da medida, necessidade do meio e justificação teleológica são os três requisitos essenciais que devem estar presentes concomitantemente para justificar o uso da força física e também, quando o caso, de algemas. Tudo se resume, conseqüentemente, no princípio da proporcionalidade, que exige adequação, necessidade e ponderação na medida e vale no Direito processual penal por força do art. 3º do CPP, *in verbis*:

Art.3º. A Lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito.

---

introdutórios. Disponível em: http://www.justicavirtual.com.br/artigos/art98.htm. Acesso em: 23 Agosto 2010.

Assim, em todos os casos de prisão, em que tenha o agente resistido ou tentado a fuga, quer seja prisão em flagrante ou qualquer outra prisão de caráter cautelar a utilização de algemas encontra respaldo no CPP.

Foi somente, porém, no ano de 2008, com a reforma do procedimento do júri, feita pela Lei n° 11.689, de 09 de junho de 2008, que a palavra “algemas” apareceu expressa no CPP.

Dispõe a nova redação do artigo 474 do CPP em seu § 3° que:

> “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”.

É de se observar que, a teor do disposto no artigo 474, § 3º, do CPP, que a análise acerca do uso ou não de algemas na sessão plenária do Tribunal do Júri se contextualiza na observação subjetiva do caso concreto, bem ainda que, caberá ao Magistrado que o determinar bem fundamentar sua decisão em argumentos sólidos, a fim de que se possa evitar a anulação da sessão, o que, certamente resta em amplo prejuízo a todos os envolvidos, inclusive ao réu, que não terá adiantamento de mérito de seu processo, mas, tão somente um retardo, não raro, enorme no deslinde do processo, que, culminará por se arrastar por anos a fio, uma vez que perde a celeridade conferida a feitos com réu preso. Sem esquecer de que, considerando as provas materiais constantes dos autos, nada há de certo que o resultado de um segundo julgamento sofrerá alteração em relação ao primeiro, tão somente porque ausentes as ‘pulseiras de aço’ a unir os punhos do réu.

Também o artigo 478 do CPP veda no inciso I:

> 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;

Tem-se, portanto, que no âmbito do tribunal do júri o uso de algemas está disciplinado. Todavia, como a alteração do CPP se deu, especificamente, no Capítulo que dispõe sobre o procedimento no tribunal do júri, a nova regra se aplica apenas aos julgamentos realizados perante o tribunal popular, porque referindo-se ao inciso I do artigo, a vontade do legislador foi no sentido de impedir que a acusação fizesse uso da argumentação referente à decisão de admissibilidade da acusação para que não influencie os jurados em relação ao posicionamento do magistrado togado, fazendo crer aos jurados que a decisão de admissibilidade fosse uma sentença de mérito que devesse ser seguida. No tocante ao uso de algemas, a proibição visa impedir que a acusação o trate como animal que precisa ser acorrentado para não atacar a sociedade e os próprios jurados.

2.3 O Código de Processo Penal Militar

O Código de Processo Penal Militar (CPPM) surgiu em pleno regime militar, portanto, os seus dispositivos devem ser reinterpretados à luz do Estado Democrático de Direito trazido pela Constituição Federal de 1988. Não podendo ser diferente, pois o que determina o uso de algemas é a situação em concreto e não o cargo ou a função do prisioneiro.

O Código de Processo Penal Militar (CPPM) permite o uso da força no *caput* do artigo 234, nos mesmos moldes do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> Art. 234. O emprego da força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou

> tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor. De tudo se lavrará auto, subscrito pelo executor e pelas testemunhas.

Já o § 1° desse mesmo artigo, regula explicitamente o uso de algemas nos seguintes termos:

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

Por sua vez, o artigo 242 do CPPM diz o seguinte:

Art. 242. Serão recolhidos a quartel ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão, antes de condenação irrecorrível:

a) os ministros de Estado;

b) os governadores ou interventores de Estados, ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de Polícia;

c) os membros do Congresso Nacional, dos Conselhos da União e das Assembléias Legislativas dos Estados;

d) os cidadãos inscritos no Livro de Mérito das ordens militares ou civis reconhecidas em lei;

e) os magistrados;

f) os oficiais das Forças Armadas, das Polícias e dos Corpos de Bombeiros, Militares, inclusive os da reserva, remunerada ou não, e os reformados;

g) os oficiais da Marinha Mercante Nacional;

h) os diplomados por faculdade ou instituto superior de ensino nacional;

i) os ministros do Tribunal de Contas;

j) os ministros de confissão religiosa.

Como bem afirmou Ricardo Vergueiro Figueiredo[2]:

> "Portanto, não importa se o crime é comum ou militar, desde que se mostre imprescindível pelas circunstâncias, seja para impedir a fuga, seja para conter a violência da pessoa que está sendo presa, será admissível algemar as pessoas destacadas no artigo 242 do CPPM como qualquer outra pessoa".

2.4 As Regras Mínimas para Tratamento de Presos no Brasil

A Resolução n° 14, de 11 de novembro de 1994, editada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão do Ministério da Justiça, criou em nível federal, as Regras Mínimas para Tratamento do Preso no Brasil. Desta Resolução interessa destacar os seguintes dispositivos:

> Art. 25. Não serão utilizados como instrumentos de punição: correntes, algemas e camisa-de-força. Art. 29. Os meios de

[2] FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro (Algemas: algumas considerações. **Revista Direito Militar.** Florianópolis: s.e., n° 56, 2005, p. 08-09).

> coerção, tais como algemas e camisas-de-força, só poderão ser utilizados nos seguintes casos: I – como medida de precaução contra fuga, durante o deslocamento do preso, devendo ser retirados quando do comparecimento em audiência perante autoridade judiciária ou administrativa;II – por motivo de saúde, segundo recomendação médica;III – em circunstâncias excepcionais, quando for indispensável utilizá-los;IV – em razão de perigo iminente para a vida do preso, de servidor, ou de terceiros.

Com toda razão, essa norma não admite que as algemas sejam utilizadas como forma de punição ou de humilhação de pessoas, servindo apenas para a contenção momentânea daquele que está sendo detido. As Regras Mínimas para Tratamento do preso no Brasil trazem ainda as hipóteses que ensejam a posição de algemas em âmbito federal.

Essas Regras Mínimas sintetizam os esforços e a esperança de que é possível encontrar o caminho fértil para o aprimoramento humano do preso, em condições de fortalecer o alicerce da reconstrução pessoal para merecer o respeito e a confiança dos cidadãos no convívio social.

2.5 Um lapso de outras legislações pertinentes

A Lei n.º 8.653/93 “dispõe sobre o transporte de presos e dá outras providências", determinando, no artigo 1.º, que é “proibido o transporte de presos em compartimento de proporções reduzidas, com ventilação deficiente ou ausência de luminosidade”, não proibindo, portanto, o uso de algemas.

A Lei n.º 9.537/97, que dispõe sobre a segurança no tráfego em águas territoriais brasileiras, no seu artigo 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”.

A Lei n° 7.565/1986, que instituiu o Código Brasileiro de Aeronáutica, não dispõe especificamente sobre o uso de algemas, porém prevê em seu artigo 168 que o comandante poderá tomar as providências que entender

cabíveis para manter a aeronave, as pessoas e os bens transportados em segurança,

A Instrução da Aviação Civil 2504-0388, editada em março de 1988 pelo extinto Departamento de Aviação Civil – atual Agência Nacional de Aviação Civil – que em seu item II – 5 normatiza o embarque de passageiro preso dispondo que “caso o prisioneiro seja transportado com algemas esta situação deverá, se possível, ser encoberta”, determinando evitar o possível constrangimento do preso e dos demais passageiros.

Em São Paulo, o Decreto n.º 19.903, de 30 de outubro de 1950, ante a ausência de uma lei que uniformize o uso de algemas nacionalmente, São Paulo serve de parâmetro para as demais regiões do país, pois foi o primeiro Estado a regulamentar, em nível local, o emprego do equipamento em estudo, definindo quem poderá utilizá-las e sob quais condições.

No Rio de Janeiro, no âmbito do sistema penitenciário, a Portaria n.º 288/JSF/GDG, de 10 de novembro de 1976 (DORJ, parte I, ano II, nº. 421), prevê a utilização de algemas “ao serviço policial de escolta, para impedir fugas de internos de reconhecida periculosidade”.

3. O USO DE ALGEMAS E SUA PROBLEMÁTICA

3.1 O abuso de autoridade e o constrangimento ilegal

Sempre que estiver presente o excesso, isto é, a desnecessária colocação de algemas, defende-se que há o abuso de autoridade.

A Lei n° 4.898, de 09 de dezembro de 1965, regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade.

A responsabilidade administrativa será apurada por meio de procedimento administrativo próprio, de acordo com o Estatuto ou Lei Orgânica a que estiver sujeito o funcionário que praticou o abuso.

Tratando-se de responsabilidade civil o funcionário responderá ação civil indenizatória, nos termos do Código de Processo Civil. Na esfera penal, a responsabilidade do funcionário será apurada com base nos artigos 3° e 4° da Lei de Abuso de Autoridade.

A primeira consideração a ser feita é que, para a aplicação dessa lei, o abuso deve ser praticado pela autoridade no exercício de suas funções. Em segundo lugar, é importante deixar claro o conceito de autoridade, que é o

“Direito ou poder de fazer-se obedecer, das ordens, tomar decisões, agir. Aquele que tem esse direito ou poder”[3].

O artigo 3°, alínea a, da Lei, diz em sua redação que constitui crime de abuso de autoridade qualquer atentado à liberdade de locomoção. O direito à liberdade de locomoção engloba quatro situações: direito de ingressar, sair, permanecer e deslocar no território nacional.

Ademais, o artigo 3°, alínea i, da mesma Lei, prevê que qualquer atentado à incolumidade física do indivíduo também enseja abuso de autoridade. Assim, se o emprego dispensável, desnecessário ou injustificado das algemas pelo agente público configurar injúria, castigo e tratamento degradante e desumano da pessoa sob guarda ou custódia, o agente do Estado responderá pelo crime de abuso de autoridade em concurso material com o delito que tenha provocado dano à integridade física.

Além disso, o artigo 4°, alínea b, da Lei de Abuso de Autoridade, tipifica como abusiva a conduta da autoridade que submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei.

Portanto, o que a lei repudia é a violação da integridade física e/ou moral do preso, bem como a sua indevida exposição e humilhação pública quando estiver algemado.

A finalidade das algemas deve ser a de contenção e de transporte do preso, garantindo a segurança dele próprio e de terceiros.

Fernanda Herbella[4], aponta no sentido de que: “O simples ato de algemar, por si só, desde que necessário, justificado e moderado, decorrendo de uma prisão legalmente imposta, nenhum abuso perfaz”.

3.2 Algemas e os direitos fundamentais

3.2.1 O princípio da dignidade da pessoa humana

[3] AURÉLIO, Minidicionário, 3º Ed., Nova Fronteira, pag.57.

[4] HERBELLA, Fernanda, **Algemas e a dignidade da pessoa humana:** fundamentos jurídicos do uso de algemas. São Paulo: Lex, 2008, p.122.

O primeiro problema que envolve o tema algemas consiste em saber se o uso desse instrumento fere a dignidade humana. Conforme o Art.1º, III, da Constituição Federal:

> "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana".

Definida por Alexandre de Moraes[5] como:

> "Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos".

A Constituição Brasileira de 1988 consagrou um espaço especial a dignidade da pessoa humana, representando a consagração de uma ordem social justa, consubstanciando o respeito à integridade moral de todo ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou status social. O acatamento a esse princípio significa o triunfo da igualdade sobre a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão.

Ao se algemar o investigado de maneira desnecessária e indevida, figura a violação deste princípio. Principalmente, em relação à sua honra, à sua moral e ao seu caráter, visto que sua dignidade é manchada.

---

[5] MORAES, Alexandre, **Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo:Atlas, 2002, p. 50.

A humilhação sofrida por quem é algemado da maneira supracitada é um rebaixamento moral inexplicável. O ser sente-se inferiorizado e menosprezado perante a opinião pública, já que o ato vexatório de ser manietado indevidamente provoca o sentimento de impotência.

Tendo em vista o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, a utilização de algemas pelos profissionais da área de segurança pública com o fim de contenção daquele que transgrediu uma norma do ordenamento jurídico e para se preservar os direitos dos demais integrantes da sociedade, é legítimo e, por si só, não fere a dignidade.

Não sendo usada como forma de impor sofrimento, castigo, humilhação ou de antecipação de pena a quem quer que seja e demonstrando-se a necessidade de sua utilização, as algemas desempenham uma função meramente instrumental, não tendo o condão de atentar contra a dignidade humana.

Finalizando este debate, Magalhães Noronha[6], sustenta que: “Não há de se falar em humilhação ou ofensa à dignidade humana, visto não se tratar de ‘castigo’, mas de medida acauteladora dos interesses sociais e do próprio detento”.

3.2.2 O princípio da presunção de inocência

Consagrando-se um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, a presunção de inocência visa à tutela da liberdade pessoal, está previsto no artigo 5°, inciso LVII, da Constituição Federal, *in verbis*: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Esse princípio impede, portanto, que o investigado ou denunciado sofra as conseqüências jurídicas da condenação antes do trânsito em julgado

[6] MAGALHÃES, Noronha (Disponível em: http://jus.uol.com.br/busca/?cx=015944045065689591623%3As-ilshyzoi4&cof=FORID%3A11&q=magalh%C3%A3es+noronha+sobre+dignidade+da+pessoa+humana#1567, acesso em 17 de outubro de 2010)

da sentença criminal, visto que, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente é a presunção da culpa.

Para Pedro Lenza[7]:

> "Trata-se de garantia processual penal que tem por fim tutelar a liberdade do indivíduo, que é presumido inocente, cabendo ao Estado (no caso de ação penal pública) ou à parte acusadora (na hipótese de ação penal privada) comprovar a sua culpabilidade".

Todavia, a fim de permitir o êxito da persecução criminal, admite-se a decretação de prisão cautelar e de medidas restritivas de liberdade, como o uso de algemas, mesmo antes da condenação, desde que se mostre necessário e que estas não tenham qualquer propósito de antecipação de pena ou da execução penal.

Assim, o princípio da presunção de inocência não impede a adoção de determinadas medidas de caráter cautelar, seja em relação à própria liberdade do eventual investigado ou denunciado, seja em relação aos seus bens.

A idéia da presunção serve para impedir que o réu seja tratado como se já estivesse condenado, desta maneira sofrendo restrições de direito que não sejam necessárias à apuração dos fatos e ao cumprimento da lei penal.

Ressalta-se que o acusado não deve ser tratado como mero objeto de investigações, mas sim como sujeito de direitos, gozando de todas as garantias comuns ao devido processo legal, sobretudo as garantias da plena defesa e do contraditório.

3.2.3 A proibição à tortura e ao tratamento desumano ou degradante

[7] LENZA, Pedro, **Constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva 2008, p. 626.

O artigo 5°, o inciso III da Constituição Federal garante que: “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” E o inciso XLIII: “Prevê que a lei considerará crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia a prática da tortura, por essa respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-la, se omitirem”.

Tortura é um conjunto de procedimentos destinados a forçar, a constranger alguém, mediante coerção física e moral, causando-lhe dor, pavor e sofrimento.

Tal expediente caracteriza-se pela sua finalidade torpe: obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, com o objetivo de provocar ação ou omissão criminosa, em razão de discriminação racial ou religiosa.

Nesse sentido a tortura seria um tipo agravado de tratamento desumano, atribuído a alguém com finalidade específica.

Já o tratamento desumano, conforme Adriana Dias Vieira[8]:

> É o tratamento degradante que provoca grande sofrimento mental ou físico e que na situação específica é injustificável, impondo esforços que vão além dos limites razoáveis (humanos) exigíveis. Assim, o tratamento desumano, engloba o degradante”. Por sua vez, o tratamento degradante “ocorre quando há humilhação de alguém perante si mesmo e perante os outros, ou leva a pessoa a agir contra sua vontade ou consciência”.

Nesse ponto também, desde que devidamente colocadas para que nenhuma lesão seja ocasionada ao detido ou ao preso, as algemas não constituem instrumento de tortura ou de tratamento desumano ou degradante. Ao contrário, as algemas servem como forma de acautelamento do preso.

3.2.4 O direito à integridade física e moral

[8] VIEIRA, Adriana Dias, Disponível em: http://www.altrodiritto.unifi.it/latina/dias/index.htm, acesso em 19 de outubro de 2010.

Outra questão a ser investigada é se o uso de algemas viola o direito fundamental à integridade física e moral daquele que está sendo preso. Este princípio está amparado pelo artigo 5°, inciso XLIX, da Constituição Federal: “que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral”.

No âmbito legal, esse mesmo direito encontra proteção no artigo 40º da Lei de Execução Penal nº 7.210/1984 ao dispor que: “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

A integridade física consiste, como o próprio nome indica, o direito de o cidadão não ter o seu corpo violado fisicamente, danificado, agredido ou ferido.

Vale frisar que esse direito é inclusive tutelado pelo Direito Penal, que tipificou criminalmente como lesão corporal leve (artigo 88 da Lei 9099/95), grave ou gravíssima (artigo 129 do Código Penal).

Já a integridade moral é o direito de o preso ter resguardada a sua incolumidade psíquica, sem ser humilhado, insultado ou menosprezado.

Nos termos do artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal, caso esse direito seja desrespeitado: “é assegurado à vítima o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Contudo, impõe-se ao Estado o dever constitucional e legal de vigilância para evitar que qualquer preso que esteja sob sua custódia venha a sofrer danos pessoais.

É missão dos agentes públicos resguardar as pessoas recolhidas a prisões, buscando evitar que auto-lesões ou agressões praticadas por terceiros venham a ocorrer.

De igual modo, o preso deve se submeter como consectário natural da prisão ao uso de algemas, havendo necessidade de contê-lo ou de transportá-lo, sem que isso ofenda a sua integridade.

3.2.5 O direito à imagem versus o direito de informação

O principal debate sobre algemas paira sobre a vergonha causada pela exibição na mídia da pessoa algemada.

A Constituição Federal reservou dois incisos do artigo 5° para conferir proteção ao direito à imagem.

O inciso V diz que: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Inciso X prevê que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A Constituição Federal protege tanto a imagem social como a imagem retrato. A primeira constitui os atributos exteriores da pessoa, com base naquilo que ela própria transmite na vida em sociedade, e, em regra, os agentes causadores dos danos à imagem social são os meios de comunicação em massa, tais como televisão, rádio, internet, jornais, revistas, boletins, etc. Por seu turno, a imagem retrato representa o físico do indivíduo, ou seja, fisionomia, partes do corpo, gestos, expressões, atitudes, traços fisionômicos, sorrisos, aura, fama, dentre outros, captada pelos recursos tecnológicos e artificiais, normalmente fotografias, filmagens, pinturas, gravuras, esculturas, desenhos, caricaturas, manequins, máscaras.

Além da cobertura constitucional do direito à imagem, o preso conta com a Lei nº 7.210/84, de Execução Penal, que no: artigo 41, inciso VIII, in verbis: Art.41. Constituem direitos do preso: VIII- proteção contra qualquer forma de sensacionalismo.

E no artigo 198, desta Lei diz que:

> “É defesa ao integrante dos órgãos da execução penal, e ao servidor, a divulgação de ocorrência que perturbe a segurança e a disciplina dos estabelecimentos, bem como exponha o preso a inconveniente notoriedade, durante o cumprimento da pena”.

Há ainda a Resolução n° 14, de 11 de novembro de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que trouxe as Regras Mínimas para o tratamento do prisioneiro no Brasil, reiterando a necessidade de preservação da imagem da pessoa presa em seu artigo 47, *in verbis:*

> Art. 47 O preso não será constrangido a participar, ativa ou passivamente, de ato de divulgação de informações aos meios de comunicação social, especialmente no que tange à sua exposição compulsória à fotografia ou filmagem. Parágrafo Único – A autoridade responsável pela custódia do preso providenciará, tanto quanto consinta a lei, para que informações sobre a vida privada e a intimidade do preso sejam mantidas em sigilo, especialmente aquelas que não tenham relação com sua prisão.

O dano à imagem é toda investida, proveniente dos Poderes Públicos, pessoas físicas ou jurídicas, que atenta contra a expressão sensível da personalidade. O direito à imagem é inalienável e intransmissível, uma vez que não há como dissociá-lo de seu titular, mas não é indisponível, tendo em vista que a pessoa pode dispor ou não da própria imagem para que outros a utilizem para diversos fins. Em regra, exige-se a autorização expressa do titular da imagem para a sua utilização, sob pena de o responsável pelo manuseio indevido ter que reparar os danos daí decorrentes.

A violação ao direito de imagem ocorre em três situações distintas: Quanto ao consentimento, ocorrendo quando a pessoa “tem a própria imagem usada sem que tenha dado qualquer consentimento para tal”. Quanto ao uso, há o consentimento, “mas o uso feito da imagem ultrapassa os limites da autorização”. Por fim, quanto à ausência de finalidades que justifiquem a exceção, “é o caso das fotografias de interesse público, ou de pessoas famosas, cujo uso leva à inexistência de finalidade que se exige para a limitação do direito da imagem. Acontece quando o uso dessas imagens não tem um caráter cultural ou informativo”.

Excepcionalmente, o direito à imagem poderá ser limitado, o que significa que mesmo sem autorização do titular a utilização da imagem não será considerada ilícita.

Regina Ferretto D'Azevedo[9], assevera que:

> "Há limitações impostas que restringem o exercício do direito à própria imagem. Essas restrições são baseadas na prevalência do interesse social, e, portanto, o direito coletivo sobrepõe o direito individual. Se o retratado tiver notoriedade, é livre a utilização de sua imagem para fins informativos que não tenham objetivos comerciais, e desde que não haja intromissão em sua vida privada. Com as ressalvas feitas no caso anterior, é livre também a fixação da imagem realizada com objetivo cultural, porque a informação cultural prevalece sobre o indivíduo e sua imagem desde que respeitadas as finalidades da informação ou notícia. Há também os casos de limitação relacionada à ordem pública, como a reprodução e difusão de um retrato falado por exigências de polícia. Obviamente, não teria lógica um criminoso se opor à esta exposição de sua imagem. Há ainda o caso do indivíduo retratado em cenário público, ou durante acontecimentos sociais, pois ao permanecer em lugar público, o indivíduo, implicitamente, autorizou a veiculação de sua imagem, dentro do liame notícia-imagem. Esse indivíduo só poderá alegar ofensa a seu direito à própria imagem se a utilização da fixação da imagem for de cunho comercial".

Fora dessas hipóteses excepcionais, o uso da imagem alheia exige a devida e expressa autorização do titular. Em razão do progresso tecnológico dos meios de comunicação, tanto na facilidade de captação, como de reprodução e de divulgação da imagem, aumentou a preocupação em se encontrar meios de proteção ao direito à imagem.

Dessa maneira, atualmente, a violação à imagem pode tomar grandes e irreparáveis proporções, pois por meio da internet, em segundos, uma imagem circula todo o mundo.

Se de um lado o detido ou o preso tem o direito de não ser exposto algemado publicamente, os órgãos de comunicação têm o direito de informação.

---

[9] D'AZAVEDO Regina Ferretto. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2306 Acesso em: 20 de Outubro 2010).

O texto constitucional dispõe no artigo 5°, inciso IV, in verbis: “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. E no artigo 220 que: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Assim, a manifestação da liberdade de pensamento é assegurada tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição de censura. O exercício do direito à informação é de extrema relevância para o Estado Democrático de Direito, mas o que não pode ser tolerado é o abuso desse direito.

Sob esse prisma, Ricardo Chimenti[10], expõe que:

> “A existência de opinião pública livre é um dos primeiros pressupostos da democracia de um país. Só é possível cogitar de opinião pública livre onde existe liberdade de expressão jornalística. Por isso entende-se que esta é mais do que um direito, uma garantia constitucional. A liberdade de informar só existe diante de fatos cujo conhecimento seja importante para que o indivíduo possa participar do mundo em que vive, não se incluindo, portanto, os fatos sem importância, geralmente relacionados à vida íntima de uma pessoa”.

Nesse sentido, o que deve ser coibido com veemência é o espetáculo das diligências policiais e isso serve tanto para a criminalidade de colarinho branco quanto para a criminalidade dos menos favorecidos economicamente, promovida por alguns órgãos de comunicação e por algumas operações policiais. As Forças Policiais devem utilizar algemas como instrumento de trabalho, com o objetivo de conter ou de transportar o detido ou o preso, independentemente do seu status social ou econômico. Não é papel do policial convocar a imprensa para acompanhar o desempenho de suas atividades e também não cabe aos órgãos de comunicação abusar do seu direito de informar explorando imagens de réus algemados que não têm qualquer fim informativo. O direito de informar pode ser exercido, mas desde que não viole os direitos da personalidade do preso.

---

[10] CHIMENTI, Ricardo, **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2004, p. 77.

Em 09 de julho de 2008, o ex-prefeito de São Paulo Celso Pitta estampou a capa do jornal O Estado de São Paulo, tentando esconder as algemas, que usava quando de sua prisão pela Polícia Federal, por meio de uma malha de lã jogada sobre elas.

Do mesmo modo, a execução das prisões dos senadores Luiz Estevão e Jader Barbalho, dos juízes Nicolau e Rocha Mattos, da proprietária da grife Daslu, do advogado Ricardo Tosto e do banqueiro Daniel Dantas, são casos emblemáticos de pessoas expostas algemadas na mídia e que tiveram repercussão nacional.

A figura da pessoa algemada, mesmo que legalmente presa, é degradante e tem o condão de constranger e de provocar, inclusive, a sua morte social.

Nessa direção são as lições de Julio Fabbrini Mirabete[11], expõe que:

> "Prejudicial tanto para o preso como para a sociedade é o sensacionalismo que marca a atividade de certos meios de comunicação de massa (jornais, revistas, rádio, televisão, etc). Noticiários e entrevistas que visam não à simples informação, mas que têm caráter espetaculoso não só atentam contra a condição da dignidade humana do preso, como também podem dificultar sua ressocialização após o cumprimento da pena. Pode ainda o sensacionalismo produzir efeitos nocivos sobre a personalidade do preso. A divulgação e, principalmente, a exploração, em tom espalhafatoso, de acontecimentos relacionados ao preso, que possam escandalizar ou atrair sobre ele as atenções da comunidade, retirando-o do anonimato, eventualmente o levarão a atitudes anti-sociais, com o fim de manter essa atenção pública em processo de egomania e egocentrismo inteiramente indesejável".

É preciso considerar que o preso continua titular de direitos fundamentais e só serão restringidos (e nunca suprimidos) aqueles direitos incompatíveis com o cumprimento da pena.

Dispõe o artigo 38, do Código Penal, que: "O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral".

---

[11] MIRABETE, Julio Fabbrini, **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 123.

Dessa forma, o preso tem o direito à imagem e deverá ser devidamente indenizado pelos danos causados pela sua exposição indevida e não autorizada.

De modo algum, as algemas poderão ser utilizadas como instrumento de execração pública, com o propósito de humilhar ou de ridicularizar a pessoa. A compatibilização do direito à imagem com o direito de informar depende tão somente de uma postura adequada e responsável dos integrantes dos órgãos públicos e dos meios de comunicação. Se a liberdade de imprensa colide com os direitos individuais, urge alcançar o equilíbrio, de modo que nenhuma das garantias seja obrigada a suportar, sozinha, as conseqüências da indevida expansão da outra.

Assim, as algemas podem ser empregadas licitamente pelos agentes estatais como instrumento de constrição física, com a finalidade de garantir a segurança pública ou individual e para impedir a fuga do detido ou do preso.

3.2.6 O princípio da proporcionalidade como limite entre a legalidade e o abuso no uso de algemas

A dogmática clássica estabeleceu três critérios para a solução de regras conflitantes. O primeiro é o critério hierárquico, segundo o qual a lei superior prevalece sobre a inferior. O segundo é o critério cronológico, pelo qual a lei posterior prevalece sobre a anterior. E o terceiro é o critério da especialização, que prega que a lei específica prevalece sobre lei geral.

Ocorre que pela aplicação de qualquer um desses critérios, uma regra necessariamente exclui a outra, não servindo, portanto, para resolver conflitos entre princípios constitucionais.

Como proceder então, diante de valores igualmente tutelados pela atual Constituição Brasileira que são potencialmente antagônicos?

É certo que inexistem direitos fundamentais absolutos. A necessidade de coexistência de um direito com os outros direitos impõe forçosamente a admissibilidade de restrições.

Reza implicitamente na Constituição Federal de 1988 pelo artigo 5º, inciso LIV, como uma das vertentes do devido processo legal substantivo, in verbis: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

E acolhido expressamente pelo artigo 2º, *caput*, inciso VI, da Lei 9.784/99, o princípio da proporcionalidade, que é o instrumento colocado à disposição do intérprete para a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais, in verbis: “Adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

O princípio da proporcionalidade está ligado à própria idéia de Estado de Direito em razão da sua intrínseca relação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta especialmente na ocasião de conflito onde se busca uma solução justa e equilibrada.

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, eqüidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Tem aplicação em situações concretas, onde bens jurídicos igualmente habilitados a uma proteção do ordenamento jurídico se acham em antinomia. Isso porque, relembrando que os bens constitucionais não são superiores uns aos outros, afinal integram uma mesma Carta Política e foram criados pelo mesmo poder constituinte, não é possível estabelecer em tese, apenas com base na norma, o grau de importância entre eles.

Composto pelos subprincípios da adequação, da necessidade e da ponderação, que nessa ordem, deverão ser analisados pelo intérprete na busca de uma solução equânime à situação da vida que lhe apresenta.

Essas etapas têm que ser respeitadas tendo em vista que na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação.

Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.

A exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a realização dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins).

Mais detalhadamente ensinam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino[12] que:

> "O subprincípio da adequação, também denominado da idoneidade ou pertinência, significa que qualquer medida que o Poder Público adote deve ser adequada à consecução da finalidade objetivada, ou seja, a adoção de um meio deve ter possibilidade de resultar no fim que se pretende obter; o meio escolhido há de ser apto a atingir o objetivo pretendido. Se, com a utilização de determinado meio, não for possível alcançar a finalidade desejada, impende concluir que o meio é inadequado ou impertinente".

O pressuposto da necessidade ou exigibilidade significa que a adoção de uma medida restritiva de direito só é válida se esta for indispensável à manutenção do próprio ou de outro direito, e somente se não houver meio alternativo menos gravoso com o qual se possa atingir o mesmo objetivo.

Nesse sentido, esclarece Humberto Ávila[13] que:

> "O exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados".

---

[12] PAULO, Vicente e Marcelo Alexandrino, **Direito constitucional descomplicado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 163.

[13] ÁVILA, Humberto, **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 170.

Finalmente, para analisar o último requisito da proporcionalidade é preciso que se faça uma ponderação de valores, procedendo a uma comparação entre o grau de intensidade de restrição dos direitos fundamentais e o grau de intensidade de promoção da finalidade pretendida. O meio proporcional é aquele que restringe pouco um direito fundamental, mas, em contrapartida, promove bastante o fim.

Novamente, das palavras de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino[14], extrai-se a síntese desse requisito da proporcionalidade:

> "Como terceiro subprincípio, o juízo de proporcionalidade em sentido estrito somente é exercido depois de verificada a adequação e necessidade da medida restritiva de direito. Confirmada a configuração dos dois primeiros elementos, cabe averiguar se os resultados positivos obtidos superam as desvantagens decorrentes da restrição a um ou a outro direito. Como a medida restritiva de direito contrapõe o princípio que se tenciona promover e o direito que está sendo restringida, a proporcionalidade em sentido estrito traduz a exigência de que haja um equilíbrio, uma relação ponderada entre o grau de restrição e o grau de realização do princípio contraposto".

O princípio da proporcionalidade terá aplicação nessas situações que contenham uma relação de causalidade entre um meio e um fim e de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do direito fundamental afetado?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

A discussão sobre o uso de algemas importa exatamente em conflitos de bens constitucionalmente protegidos. Essa colisão ocorre tanto entre direitos fundamentais (diversos ou idênticos) ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade.

---

[14] PAULO, Vicente e Marcelo Alexandrino, **Direito constitucional descomplicado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 164.

É certo que o núcleo essencial desses direitos fundamentais deve ser preservado, um direito não pode suplantar o outro. E para que sejam feitas concessões recíprocas entre os direitos e uma solução equilibrada seja encontrada, utiliza-se o princípio da proporcionalidade.

No Brasil o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como instrumento para solução de colisão entre direitos fundamentais envolvendo algemas.

No julgamento do HC n° 89.429-1/RO[15], por exemplo, o STF concedeu a ordem para que fosse garantido ao paciente, um integrante do Tribunal de Contas de Rondônia que havia sido preso em uma operação da Polícia Federal, o direito de não ser exposto na mídia e que na condução dele ao Superior Tribunal de Justiça, local onde se processava a ação penal, não lhe fossem apostas algemas. Por ocasião do julgamento ficou assentado que "não obstante a omissão legislativa, a utilização de algemas não pode ser arbitrária, uma vez que a forma juridicamente válida do seu uso pode ser inferida a partir da interpretação dos princípios jurídicos vigentes, especialmente o princípio da proporcionalidade".

Desse modo, os direitos fundamentais do acusado, do policial e da sociedade devem ser preservados e harmonizados, não sendo possível, de forma anterior, proibir a utilização de algemas em qualquer circunstância e tampouco permiti-las indiscriminadamente.

Nesse caso, para saber se o emprego de algemas é legítimo ou abusivo é necessário perquirir, diante do caso concreto, se a medida coercitiva é apta a atingir o objetivo pretendido, se há algum meio menos gravoso para atingir o fim visado (proibição de excesso), e se há compatibilidade entre a

---

[15] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. HC 89.429/RO. Ementa: 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. Relatora: Cármen Lúcia. Brasília, DF, j. 22 ago. 2006. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=algemas&base=baseAcordaos. Acesso em: 13/09/2010.

medida e os valores do sistema constitucional (ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido).

4. INCOERÊNCIAS DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11

4.1 Da inconstitucionalidade da súmula

Súmula vinculante é o instrumento que permite ao Supremo Tribunal Federal padronizar a exegese de uma norma jurídica controvertida, evitando insegurança e disparidade de entendimento em questões idênticas.

Foi introduzida, na Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional n° 45, de 30 de dezembro de 2004, mais conhecida como reforma do Poder Judiciário.

Diz a redação do art. 103-A da Constituição Federal:

> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Extrai-se, portanto, do próprio texto constitucional, os requisitos para que o Supremo Tribunal Federal (STF) possa editar uma súmula vinculante. Inicialmente, é necessário que existam reiteradas decisões sobre matéria constitucional. É também exigido que a súmula verse sobre validade, interpretação e eficácia de normas determinadas. Além disso, é preciso que haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica. Por fim, para ser objeto de súmula vinculante a matéria deve provocar relevante multiplicação de processo sobre questões idênticas. É importante salientar que esses mesmos requisitos estão expressos na Lei n° 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que regulamentou o artigo 103-A em comento.

Sob o argumento de refrear abusos relacionados com o emprego de algemas em pessoas presas, o STF, em sua composição plenária, por unanimidade, em sessão realizada em 13 de agosto de 2008, editou a mais polêmica de suas súmulas vinculantes, que é a de n° 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".

No dia 07 de agosto de 2008, o STF, em oposição ao Superior Tribunal de Justiça e ao ministério Público Federal, na apreciação do HC n° 91.952[16], anulou o julgamento do Tribunal do Júri da cidade de Laranjal Paulista – SP, porque o réu, um pedreiro acusado de homicídio, permaneceu

[16] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC n° 91.952. Ementa: Algemas - utilização. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga. Julgamento – Acusado algemado – Tribunal do Júri. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, j. 07 ago. 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=algemas&base=baseAcordaos. Acesso em: 13 Setembro de 2010.

algemado durante a sessão. Os ministros da Suprema Corte entenderam que a manutenção das algemas influenciou os jurados a condenarem o réu.

Afirmou-se ainda, na ocasião, não existirem dados concretos que pudessem indicar que, pelo perfil do acusado, houvesse risco aos presentes, caso ele permanecesse em plenário sem algemas, razão pela qual se considerou aviltada sua dignidade humana. Foi justamente durante esse julgamento que o Tribunal deliberou elaborar a súmula vinculante ora comentada e decidiu, também, dar a esta e às demais súmulas vinculantes um caráter impeditivo de recursos, ou seja, das decisões tomadas em tribunais inferiores, com base nesse entendimento, não caberá recurso.

Logo, em relação ao conteúdo desse apanhado de julgados, o recente HC n° 91.952/SP foi o único julgado pelo pleno do Tribunal e foi o primeiro a enfrentar em profundidade o problema do abuso de algemas.

Pode-se afirmar, portanto, que não há decisões reiteradas sobre o assunto a fundamentar a edição da súmula vinculante n° 11, senão alguns casos isolados, o que a torna inconstitucional.

4.2 Do ativismo judicial no conteúdo da súmula

A súmula vinculante n° 11 ao exigir a explicação por escrito da excepcionalidade do uso de algemas trouxe uma novidade para o ordenamento jurídico, já que nenhuma lei, que é fruto da vontade coletiva, consubstanciada pelos representantes do povo eleitos para o parlamento, faz tal previsão. Esse fenômeno denominado ativismo judicial, em que o Poder Judiciário invade a esfera de competência do Poder Legislativo, conflita com o princípio da separação de Poderes.

O constitucionalista Paulo Bonavides[17], enfatiza que:

> "A importância do princípio da separação de Poderes não diminuiu na atualidade, provavelmente em razão da virtude que

[17] BONAVIDES, Paulo, **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2002, p. 509.

> tem ele com a clarividência de um pensamento meridianamente lógico, de limitar e controlar poderes, refreando assim a concentração de sua titularidade num único órgão ativo da soberania. A concentração seria, sem dúvida, lesiva ao exercício social da liberdade humana em qualquer gênero de organização do Estado. Titular exclusivo dos poderes da soberania na esfera formal da legitimidade, é tão-somente a Nação politicamente organizada, sob a égide de um Estado de Direito".

Embora o Estado conte com os três Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, e que cada um exerça respectivamente a sua função típica de legislar, executar e aplicar, esses Poderes também exercem funções atípicas, quer dizer, típicas dos outros dois Poderes.

Portanto, onde houver Estado de Direito, que é aquele onde impera a ordenação e a vinculação do poder estatal, o impedimento ao abuso do poder político e a garantia da liberdade, haverá, de necessidade, como um dos eixos da ordem constitucional, a divisão de Poderes.

Nesse sentido, abraçando a doutrina da tripartição de Poderes, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê em seu artigo 2° que: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Além disso, a CF erigiu a separação de Poderes à categoria de cláusula pétrea, conforme se observa em seu artigo 60, § 4°, inciso III: Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:[...]§ 4° Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]III – a separação dos Poderes;

Sob esse prisma da divisão de Poderes adotada pela Constituição Brasileira, ao exigir explicação por escrito da autoridade para o uso de algemas, o Supremo atuou como verdadeiro legislador positivo, sendo que apenas a lei pode criar direitos e impor obrigações, de forma geral e abstrata.

E mais, o fato de o Legislativo tardar em regulamentar o artigo 199, da Lei de Execução Penal que versa sobre o uso de algemas, não abre ao STF uma competência legislativa subsidiária.

Claro que o Legislativo tem atuado no plano da retórica, visto que já são mais de vinte anos de espera pela lei que irá regulamentar o uso de

algemas em âmbito nacional, com a apresentação de vários projetos de lei sobre o tema, sem que nenhum deles se concretizasse.

Entretanto, reitere-se, esse argumento não é suficiente para legitimar a ampliação da atuação do Judiciário em áreas que são eminentemente políticas, ainda mais sob o manto de súmulas vinculantes.

Agindo assim, o Supremo Tribunal Federal tem extrapolado os limites de sua competência, pois segundo o artigo 22º da Constituição Federal, a regulamentação de matéria penal e processual penal compete à União.

4.3 Do âmbito de abrangência da súmula

Outra observação que deve ser feita à súmula vinculante n° 11 é que o caso versado pelo HC n° 91.952/SP, o qual serviu de precedente para a elaboração do enunciado da súmula, refere-se ao uso de algemas apenas no âmbito do Tribunal do Júri.

Dessa forma, não poderia o STF ter estendido a aplicação da súmula aos demais casos envolvendo algemas, como no transporte de presos, na execução de prisão cautelar ou em flagrante, nas audiências do Juízo Criminal Comum, entre outros.

No julgamento do HC n° 91.952/SP o STF decidiu pela anulação do processo, a fim de evitar que os jurados, leigos que são, ficassem induzidos a pensar que o réu que é apresentado algemado é o autor do crime em julgamento. Quanto a essa suposta suscetibilidade dos jurados a influências, é de se considerar que a função de julgar os crimes dolosos contra a vida concedida aos cidadãos, ainda que leigos, decorre diretamente da Constituição Federal.

Além disso, o texto constitucional diz que os veredictos proferidos em sede de Tribunal do Júri são soberanos, o que significa que os jurados não precisam fundamentar sua decisão. Justamente por isso, é impossível, sem a realização de estudos científicos, empíricos, afirmar que os jurados decidiram pela condenação ou pela absolvição movidos por essa ou aquela circunstância.

Ressalte-se ainda que os jurados tomam a decisão de condenar ou absolver o réu após a análise exaustiva dos elementos de convicção que lhes

são apresentados pelo promotor de justiça e pelo advogado, os quais são profissionais especializados em transmitir e explicar ao conselho de sentença a prova dos autos e as regras e princípios constitucionais e legais referentes ao caso em análise. Os jurados também contam com a possibilidade de pedir esclarecimentos ao juiz-presidente do Júri. E se mesmo assim, a decisão dos jurados for considerada contrária à prova dos autos, prevê o Código de Processo Penal a possibilidade de recurso. Se a decisão do corpo de jurados não se apoiar em nenhuma das provas constantes dos autos, o Tribunal de Justiça competente, ao analisar a apelação, poderá anular o julgamento proferido pelo Júri e determinar que um novo seja realizado.

Ademais, é o Código de Processo Penal que estabelece os requisitos necessários para o alistamento de jurados, tais como ser maior de dezoito anos, ter idoneidade moral, ausência de suspeição e impedimento, entre outros, aferindo assim a capacidade da pessoa para a participação nos julgamentos. Por tudo isso, os jurados não podem ter sua capacidade de discernimento desprezada.

Desse modo, a partir da presunção infundada que se faz dos jurados, quando houver necessidade de o réu se apresentar algemado na sessão de julgamento a condenação é certa, pois, na mente deles, "pelo visto, presumem-se ingênuos e facilmente influenciáveis, doravante só ficará algemado o réu 'culpado' ('perigoso, logo algemado; algemado, logo culpado')". Ora, os jurados são juízes leigos e não ignorantes.

E ainda que fossem desprezados todos esses argumentos, ainda assim a súmula vinculante n° 11, deveria ser restrita aos casos de Tribunal do Júri, pois nos procedimentos afetos ao Juízo Criminal Comum não se justifica a aplicação do preceito sumular em comento porque a situação é absolutamente diversa.

Se dos jurados não se exige qualificação técnica, o mesmo não ocorre com o juiz de direito, que detém todo o conhecimento jurídico necessário para pautar a sua decisão, estando adstrito ao Direito Penal do fato e não do autor.

Dessa forma, o STF não poderia ter editado uma súmula com efeito vinculante para abranger, não só o Júri, mas todas as demais hipóteses que

envolvem o uso de algemas, pois esse é um exemplo claro de exorbitância de Poder.

De qualquer modo, como forma de não engessar a atividade do julgador, este poderá, constatando a ausência de semelhança entre a matéria apreciada e aquele objeto da súmula, concluir pela presença de algum elemento diferenciador, o que o desobrigará a aplicar a súmula vinculante nº 11, desde que fundamentadamente.

4.4 Da Súmula Vinculante n° 11 como exemplo de decisão simbólica

4.4.1 Do momento de edição da súmula

A presença do simbolismo na súmula vinculante n° 11 emerge inclusive do momento em que se deu a edição do seu enunciado. Aparentemente foi o HC n° 91.952 que motivou a elaboração da súmula.

Ocorre que referido *habeas corpus* aguardava julgamento há quase um ano e só apareceu no plenário após o ministro Gilmar Mendes vir a público reclamar da exposição de pessoas de considerável poder aquisitivo, dentre as quais, o banqueiro Daniel Dantas algemado no noticiário nacional, no decorrer da operação Satiagraha, deflagrada pela Polícia Federal.

Sobre esse episódio, manifestou-se o Procurador da República Hélio Telho Corrêa Filho[18]:

[18] FILHO, Hélio Telho Corrêa. Disponível em: http://www.informepolicial.com/internas/visualizarArtigos.php?id=9.Acesso em 17 de Setembro de 2010)

> "Aos olhos de quem assistiu, ficou parecendo que o STF pegou o caso do pedreiro como pretexto para justificar a edição da súmula proibitiva das algemas, mas estava mesmo preocupado com o banqueiro. Gilmar Mendes não deixou dúvidas, ao dizer que a súmula tinha basicamente o objetivo de evitar o uso de algemas para exposição pública do preso. Detalhe: o banqueiro, não o pedreiro, tinha aparecido algemado na TV".

Transpondo para a linguagem de Marcelo Neves[19]:

> "A súmula surgiu para atender aos interesses dos sobrecidadãos, isto é, de grupos privilegiados, incomodados com a possibilidade de serem algemados e assim se igualarem, por um momento que seja, aos subcidadãos".

4.4.2 Da impossibilidade de se cumprir a súmula

A súmula vinculante nº 11 restringiu o uso de algemas a três hipóteses excepcionais: resistência à ordem de prisão legal, fundado receio de fuga do preso e de agressão por parte deste ou de terceiros.

A resistência é definida como a possibilidade de o infrator opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio. O segundo motivo traduz-se no receio de fuga, justificado quando o infrator, percebendo a atuação policial, empreende esforço para se evadir, ou quando é capturado após perseguição. E por último, está o perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, já que o uso de algemas pode se materializar em expediente para conferir ao procedimento segurança, evitando-se o mal maior que é o emprego de força física para conter o preso ou seus comparsas, amigos, familiares, inclusive com a utilização de armas, letais ou não.

Os agentes do Estado, diante de um caso concreto, terão que constatar a presença de um daqueles três requisitos e decidir pela necessidade

[19] NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. **Revista de Ciências Sociais.** Rio de Janeiro: s.e., v. 37, nº 2, p. 253-275.

ou não de se utilizar as algemas, significando que tal decisão é discricionária, mas não arbitrária.

Celso Antônio Bandeira de Mello[20], define discricionariedade como:

> "A margem de liberdade deixada pela lei, para que, no caso concreto, o agente escolha qual a melhor providência a ser adotada, de modo a atender o interesse público. Todavia, alerta que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, pois nessa o agente se comporta fora do que lhe permite a lei, enquanto naquela o agente deverá optar por uma hipótese dentre as que foram deixadas pela lei".

É preciso considerar ainda que existem duas situações: a do policial que decide sobre algemar ou não uma pessoa no calor do acontecimento do fato e a do juiz que, em tese, dispõe de um tempo maior para tomar essa decisão.

Independentemente da classe social, o homem nasceu para ser livre, portanto, em tese, todos têm potencial para, reagir à prisão, colocando a sua própria vida em risco, bem como a integridade dos agentes responsáveis pelo algemamento e a de terceiras pessoas.

Situações-limites, como é a prisão, ocasionam nas pessoas as mais inesperadas reações, e não há profissional, seja psiquiatra, psicólogo, magistrado ou policial, capaz de prevê-las.

Nesse sentido, os requisitos exigidos pelo Supremo para a colocação de algemas, sobretudo o 'fundado' receio de fuga ou de perigo à integridade física de qualquer pessoa é aspecto nebuloso e de apreciação subjetiva.

O problema, portanto, está em como determinar o comportamento humano. É muito difícil aos policiais e aos juízes manterem o equilíbrio exato entre a necessidade das algemas e a sua dispensa, pois do mesmo modo que existem circunstâncias evidentes a caracterizar algum risco, outras são extremamente tênues.

---

[20] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio**. Curso de Direito Administrativo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008,p. 424.

Esse é o principal motivo pelo qual, nos moldes em que foi redigida, a súmula vinculante nº 11 é impossível de ser cumprida, exercendo um papel excessivamente simbólico ao servir apenas para transmitir uma imagem à sociedade de que os ministros do Supremo estão preocupados em resguardar os direitos dos presos.

Ainda no que se refere à previsão na súmula vinculante nº 11 da sanção de nulidade da prisão ou ato processual praticado com colocação de algemas, em função da ausência de justificação ou da falta de excepcionalidade da medida constritiva, isso só se sustenta se houver a demonstração de um efetivo prejuízo. Caso contrário, dada a subjetividade da questão, qualquer uso de algemas tornará discutível a validade da prisão ou do próprio processo, por meio de reclamação no STF.

Adverte Marcelo Bertasso[21] que: "Se não for essa a interpretação, a súmula estará algemando de vez o STF, que não fará outra coisa senão decidir quem deve ser algemado".

Esse é mais um problema que dificulta ou até mesmo impede o cumprimento da súmula na prática forense, que se apresenta ao público com uma função essencialmente simbólica.

4.4.3 Da desnecessidade da súmula

É possível confirmar o teor simbólico da súmula vinculante nº 11 na parte em que o seu enunciado prevê que se houver emprego indevido das algemas, a autoridade responderá penal, civil e administrativamente por seus atos, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Conforme explicitado anteriormente, já existem enunciados legislativos e constitucionais sancionadores do mau uso das algemas no Brasil.

De todo modo, reitere-se que quer no plano penal (o crime de abuso de autoridade é tipificado na lei n. 4.898/65), quer no plano da responsabilidade

[21] BERTASSO, Marcelo. **As algemas e a falta de sintonia do Supremo.** Disponível em: http://www.sinpfetro.com.br/menu_lat.asp?cod=525, Acesso em: 04 de Outubro de 2010.

civil (a obrigação do Estado de reparar danos está prevista na Constituição da República, art. 37, § 6°), quer ainda na seara da responsabilidade administrativo-disciplinar (conforme disposto na Lei n. 8.112/90 e Leis Orgânicas das carreiras jurídicas, onde há a previsão de procedimento administrativo disciplinar perante a corregedoria da instituição) aquele que faz mau uso de algemas já é responsabilizado.

Portanto, nesse ponto a súmula vinculante n° 11 em nada contribuiu para esclarecer situação fática polêmica ou para interpretar a legislação existente a respeito.

Diante dessa constatação, é absolutamente desnecessária a edição de uma súmula vinculante para fazer valer as leis já existentes sancionadoras do emprego indevido de algemas.

Conforme tal entendimento, os doutrinadores Nestor Távora e Rosmar Antonni[22], corroboram que: “Para se cumprir o direito posto no Brasil, não seria necessária a edição de súmula vinculante, se fosse bem compreendido o seu contexto jurídico”.

4.4.4 Da ausência de legitimidade da súmula

As inúmeras críticas que surgiram em relação à súmula vinculante n° 11 poderiam ter sido evitadas, se antes da decisão, o Supremo Tribunal Federal houvesse ampliado o debate democrático sobre o uso de algemas entre os diversos setores da comunidade, tais como parlamentares, policiais, advogados, juízes, promotores de justiça, advogados e membros da sociedade civil. A participação de interessados na redação da súmula seria possível por meio da figura do *amicus curiae* e com a realização de audiência pública.

A Lei n° 9.868, de 10 de novembro de 1999, que tratou do processo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, prevê em seu artigo 7°, § 2°, que:

---

[22] TÁVORA, Nestor e Rosmar Antonni. **Curso de Direito Processual Penal.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 445

> “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

Esse dispositivo importou do sistema norte-americano a figura do *amicus curiae* firmando-a no ordenamento jurídico brasileiro. *Amicus curiae* significa, literalmente, amigo da corte. Trata-se de participação no processo, por meio de petição, memorial ou sustentação oral, de quem não seja parte, mas tenha legítimo interesse no resultado da ação. Ao lado do juiz, das partes, do Ministério Público e dos auxiliares de justiça, o *amicus curiae* integra o quadro dos sujeitos processuais.

A intervenção consiste em apoio técnico e pode ser provocada pelo magistrado ou pelo próprio *amicus curiae.* O auxílio do amigo do tribunal serve principalmente para proporcionar ao Supremo Tribunal Federal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões.

Esse tipo de intervenção aprimora a tutela jurisdicional ao municiar os magistrados de conhecimentos de uma área específica, que por vezes eles não dominam.

No caso das algemas, por exemplo, ninguém melhor que os policiais e os juízes de primeiro grau que militam na área criminal, para dizerem sobre a realidade e a necessidade de se utilizar ou não esse instrumento como meio de contenção, uma vez que se tratam de profissionais que se deparam diariamente com a prática dessa questão. Valendo-se do *amicus curiae.*

O STF não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, como, sobretudo, valorizará, sob perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso[23], o *amicus curiae* funciona como: "Fator de legitimação das decisões do Supremo Tribunal Federal, em sua atuação como tribunal constitucional".

Peter Häberle[24], afirma que no processo de interpretação constitucional estão:

> "Vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição". A interpretação constitucional não pode ficar restrita aos seus participantes formais, pois isso significaria "um empobrecimento ou um autoengodo".

Rompe-se, dessa forma, com o monopólio estatal da interpretação constitucional, admitindo a participação, não só dos tradicionais intérpretes da norma jurídica (juízes e políticos), mas também daqueles que atuam como co-intérpretes (*experts,* organizações religiosas, imprensa e os diferentes estratos sociais), influenciando no processo criativo.

Numa autêntica democracia a sociedade é livre e aberta na medida em que se aumenta a participação dos diferentes grupos sociais no processo de significação dos termos constitucionais, conferindo à atividade de interpretação um caráter multifacetado. E quanto mais ampla for a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que dela devam participar.

Assim, como decorrência do princípio da democracia, o povo tem o direito de influenciar na tomada de decisões do Poder Público.

Além do *amicus curiae*, outra forma de participação popular nas atividades desenvolvidas pelo Judiciário é a audiência pública também prevista na Lei nº 9.868/99. Reza o §1º, do artigo 9º, dessa Lei, que:

---

[23] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 177.

[24] HÃBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição.** Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13 e 34.

> Art. 9°. [...] §1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Audiência pública é uma das formas de participação e de controle popular nas funções estatais. Seus principais traços são a oralidade e o debate efetivo sobre matéria relevante, comportando sua realização sempre que estiverem em jogo direitos coletivos.

É, portanto, um instrumento que leva a uma decisão política ou legal com legitimidade e transparência.

Antes do desfecho do processo, a autoridade competente abre espaço para que todas as pessoas que possam sofrer os reflexos da decisão tenham oportunidade de se manifestar. As informações dos participantes não vinculam o magistrado, visto que têm caráter consultivo, mas, sem dúvida, ao acolhê-las ou rejeitá-las, ele estará levando-as em consideração na tomada da decisão.

Então, de um lado, tem-se uma metodologia de esclarecimento de determinadas questões através da presença dos interessados, e, de outro, os juízes que, anteriormente, se mantinham distantes dos assuntos cotidianos dos cidadãos, e, agora, se preocupam com o interesse comum.

Como se vê, o *amicus curiae* e a audiência pública têm significativa utilidade para o Judiciário, funcionando como veículo para a legítima participação dos cidadãos nos temas de interesse público.

A súmula vinculante nº 11, como não contou com nenhum desses instrumentos e o seu texto contraria os interesses da maioria da sociedade, está em vigor, mas a sua ilegitimidade implica na sua ineficácia e conseqüentemente na sua função simbólica.

5. CONCLUSÃO

Conforme foi explicitado no decorrer deste estudo, não obstante a omissão legislativa em relação ao disposto no artigo 199 da Lei de Execução Penal, examinando-se o vigente ordenamento jurídico brasileiro, bem como a interpretação doutrinária a respeito do tema, é possível extrair algumas regras para a correta utilização de algemas.

Em suma, nenhuma delas proíbe as algemas como instrumento neutralizador de forças, porém todas exigem parcimônia no seu uso. As algemas, no atual Estado Democrático de Direito, só podem ser utilizadas como instrumento necessário à contenção física ou transporte daquele legalmente detido ou preso, a fim de garantir a segurança dos envolvidos na operação e não servir de meio de execração pública, castigo, humilhação ou de antecipação de pena como em outros tempos.

Todos os direitos fundamentais, tanto do indivíduo delituoso como dos demais membros da sociedade, são garantidos igualmente pela Constituição Federal de 1988, portanto a situação de tensão entre eles é inevitável.

Considerando que os direitos estão no mesmo patamar de proteção, não é possível, aprioristicamente, proibir ou liberar o uso de algemas. Assim, o princípio da proporcionalidade foi apontado como o recurso hábil a resolver o conflito, em cada caso concreto, gerado pelo uso de algemas, que visam garantir os direitos fundamentais da comunidade, frente aos direitos fundamentais do preso.

No que tange à súmula vinculante n° 11, esta empurra para a ilegalidade o uso de algemas e ao invés de estabilizar as relações jurídicas, causou um verdadeiro alvoroço junto aos organismos de segurança pública, às unidades criminais do próprio Poder Judiciário e aos membros do Ministério Público que atuam perante as Varas Criminais. Isso porque a combatida súmula padece de graves vícios de inconstitucionalidade, de ilegitimidade e de inefetividade, devendo ser urgentemente revisada ou cancelada. Caso isto não ocorra, cabe ao Congresso Nacional editar uma norma sustando os efeitos nefastos que essa súmula vem provocando no cotidiano policial e judicial.

Conclui-se assim, pela total inadequação da súmula vinculante n° 11 à realidade hoje vivida por aqueles que atuam na prática no combate à criminalidade. Como utensílio de trabalho, havendo necessidade, os policiais não só podem, como devem, empregar as algemas no exercício de regular sua atividade. O que não se admite é o abuso, devendo prevalecer o bom senso, o equilíbrio e a moderação no uso de tão importante instrumento’.

6. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/biblioteca/iac/IAC2504.pdf. >. Acesso em: out. 2010.

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/BuscaDdiLei?vgnextoid=82ea0b9198067110VgnVCM100000590014acRCRD&status=P&texto=Decreto+Estadual+n%C2%BA+19.903>. Acesso em: Set. 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos.8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Júnior Alves Braga. **O uso de algemas.** Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/49/1949.>. Acesso em: set. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BERTASSO, Marcelo. **As algemas e a falta de sintonia do Supremo.** Juiz Marcelo Bertasso. Disponível em: <http://www.sinpfetro.com.br/menu_lat.asp?cod=525>. Acesso em: out. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: out. 2010.

BRASIL. Decreto-Lei 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm>. Acesso em: out. 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: out. 2010.

BRASIL. Decreto-Lei n° 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: out. 2010.

BRASIL, Emenda Constitucional Nº 45, de 08 de Dezembro de 2004. Reforma do Judiciário. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: out. 2010.

BRASIL. Lei n° 4.898, de 09 de dezembro de 1965. Regula o direito de representação e o processo de responsabilidade Administrativa, Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l4898.htm>. Acesso em: out. 2010.

BRASIL. Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivl_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: out. 2010>. Acesso em: out. 2010.

BRASIL, Lei 7.565, de 19 de Dezembro de 1986. Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em:<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/91749/codigo-brasileiro-de-aeronautica-lei-7565-86>. Acesso em: out. 2010.

BRASIL. Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: out. 2010.

BRASIL, Lei 8.112, de 11 de Dezembro de 1990. Lei dos Servidores Públicos. Disponível em: <http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=8112&txtAno=1990&txtTipo=110&txtParte>. Acesso em: out. 2010.

BRASIL, Lei 8.653, de 10 de Maio de 1993. Transporte de Presos. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/127634/lei-8653-93>. Acesso em: out. 2010.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: out. 2010.

BRASIL. Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9455.htm>. Acesso em: out. 2010.

BRASIL, Lei 9.537, de 11 de Dezembro de 1997. Tráfego Aquaviário. Disponível em: <http://br.vlex.com/vid/trafego-aquaviario-aguas-sob-nacional-34321924>. Acesso em: out. 2010.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: out. 2010.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>. Acesso em: out. 2010.

BRASIL. Lei n° 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da
Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm>. Acesso em: out. 2010.

BRASIL, Lei 11.689, de 09 de Junho de 2008, Diploma Alterador. Disponível em; <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm>. Acesso em: out. 2010.

BRASIL, Portaria Nº 288/JSF/GSG, de 10 de Novembro de 1976. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1228>. Acesso em: out. 2010.

BRASIL, Resolução Nº 14, de 11 de Novembro de 1994, Estabelece Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_legislacao_2_5_6.html>. Acesso em: out. 2010.

BRASIL, Súmula Vinculante Nº 11. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_1_a_29_e_31_da_Sumula_Vinculante.pdf>. Acesso em: out. 2010.

CHIMENTI, Ricardo et al. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2004.

CORRÊA FILHO, Hélio Telho. **Súmula vinculante nº 11.** Disponível em: <http://www.informepolicial.com/internas/visualizarArtigos.php?id=9>. Acesso em: set. 2010.

DAMOUS, Wadih. **Ativismo judicial**. Disponível em: <http://www.adpf.org.br/modules/news/article.php?storyid=41673>. Acesso em: set. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1998.

FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. Algemas: algumas considerações. **Revista Direito Militar.** Florianópolis: s.e., n° 56, 2005.

HÃBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição.** Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1997.

HERBELLA, Fernanda. **Algemas e a dignidade da pessoa humana:** fundamentos jurídicos do uso de algemas. São Paulo: Lex, 2008.

IBIAPINA, Humberto. **A mídia *versus* o direito à imagem, na investigação policial.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=151>. Acesso em: set. 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet.**Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Lei 9868/99:** processo e julgamento da ação direta de
constitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=131>. Acesso em: set. 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal:** comentários à Lei n° 7.210 de 11/07/1984. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. **Revista de Ciências Sociais.** Rio de Janeiro: s.e., v. 37, nº 2.

NORONHA, Magalhães. **Direito**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/busca/?cx=015944045065689591623%3Asilshyzoi4&cof=FORID%3A11&q=magalh%C3%A3es+noronha+sobre+dignidade+da+pessoa+humana#1567>. Acesso em: set. 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

SERRA, Marco Alexandre de Souza. **A súmula vinculante e a fossilização do direito.** Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/321643/>. Acesso em: set. 2010.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

VIEIRA, Adriana Dias. **Significado de penas e tratamentos desumanos. Análise histórico jurisprudencial comparativa em três sistemas jurídicos: Brasil, Europa e Estados Unidos.** Disponível em: <http://www.altrodiritto.unifi.it/latina/dias/index.htm>. Acesso em: set. 2010.