



POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL  
DEPARTAMENTO DE EDUCAÇÃO E CULTURA  
DIRETORIA DE FORMAÇÃO  
ACADEMIA DE POLÍCIA MILITAR DE BRASÍLIA



AMÁLIA OLIVEIRA FONSECA

**USO DE ALGEMAS: UMA REFLEXÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

BRASÍLIA - DF  
2015

AMÁLIA OLIVEIRA FONSECA

**USO DE ALGEMAS: UMA REFLEXÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão do Curso de Formação, Aperfeiçoamento e Extensão da Polícia Militar do Distrito Federal – PMDF como requisito parcial para obtenção do Título de bacharel em Ciências Policiais, pelo Instituto Superior de Ciências Policiais, sob a orientação da Prof<sup>a</sup>. Ma. Alda Lino Santos.

BRASÍLIA - DF  
2015

AMÁLIA OLIVEIRA FONSECA

**USO DE ALGEMAS: UMA REFLEXÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão do Curso apresentado ao curso de Ciências Policiais da Polícia Militar do Distrito Federal como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel.

Aprovado em: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Titulação Nome Completo – Membro  
Instituição

---

Prof. Titulação Nome Completo – Membro  
Instituição

---

Prof. Titulação Nome Completo – Membro  
Instituição

Dedico o presente trabalho à minha mãe, pelo apoio e sustento incondicionais, desde sempre e ao Tiago Ventura por sonhar comigo um dia ser Oficial da PMDF.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao Autor da vida, aos valiosos amigos que muito alegram meu viver e aos Oficiais da APMB que participaram de minha formação por compartilharem comigo seus conhecimentos e experiências profissionais.

*“Os governos passam, as sociedades morrem mas, a Polícia é eterna”. (Honoré Balzac).*

## RESUMO

O uso de algemas é um tema bastante relevante, que ganhou mais importância com o advento da súmula vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, o qual vinculou a atuação das forças policiais, onde passou a exigir justificativa por parte das autoridades e agentes quando de seu uso. Foi realizada pesquisa bibliográfica sobre o uso de algemas à luz dos princípios constitucionais, doutrinas e entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Análise dos argumentos jurídicos relativos ao uso de algemas, num contexto de omissão normativa específica sobre a matéria. Papel da súmula vinculante nº 11 do STF. É importante de todos os policiais militares ajam de maneira uniforme e padronizada, obedecendo e respeitando as normas em vigor e, principalmente a dignidade da pessoa humana. Ainda quando da execução de uma prisão deve respeito ao cidadão, fazendo o uso de força nos limites de sua necessidade e legalidade.

Palavras-chave: uso de algemas. Princípios constitucionais. Omissão normativa. Súmula vinculante nº 11 do STF.

## **ABSTRACT**

The use of handcuffs is a very important issue, which has gained more importance with the advent of binding precedent No. 11 of the Supreme Court, which linked the work of police forces, which began requiring justification by the authorities and agents when their use. It conducted literature on the use of handcuffs in the light of constitutional principles, doctrines and legal understanding of the Superior Court and the Supreme Court. Analysis of the legal arguments relating to the use of handcuffs in the context of specific rules omission on the matter. Role of binding precedent No. 11 of the Supreme Court. It is important for all police officers act in a uniform and standardized manner, obeying and respecting the regulations in vigou and especially the dignity of the human person. Even when executing an arrest should respect for citizens, making the use of force within the limits of its necessity and legality.

Keywords: use of handcuffs. Constitutional principles. Normative omission. Binding precedent No. 11 of the Supreme Court.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§ – Parágrafo

Art. – Artigo

ASOF – Associação dos Oficiais

CF – Constituição Federal

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

HC – *Habeas Corpus*

Inc. - Inciso

p. – Página

RHC – Recurso em *Habeas Corpus*

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 REFERENCIAL TEÓRICO.....</b>	<b>13</b>
<b>2.1 Uso de algemas no direito.....</b>	<b>13</b>
<b>2.1.1 Histórico.....</b>	<b>13</b>
<b>2.1.2 Normatização da matéria.....</b>	<b>15</b>
<b>2.1.3 Poder de Polícia .....</b>	<b>20</b>
<b>2.1.3.1 Atributos do poder de polícia.....</b>	<b>28</b>
<b>2.1.3.1.1 Discricionariedade .....</b>	<b>28</b>
<b>2.1.3.1.2 Auto-Executoriedade .....</b>	<b>31</b>
<b>2.1.3.1.3 Coercibilidade.....</b>	<b>32</b>
<b>2.1.4 Uso do poder .....</b>	<b>33</b>
<b>2.1.4.1 Abuso de poder .....</b>	<b>34</b>
<b>2.1.4.1.1 Excesso de poder.....</b>	<b>34</b>
<b>2.1.4.1.2 Desvio de finalidade.....</b>	<b>35</b>
<b>2.2. Princípios constitucionais aplicáveis à matéria .....</b>	<b>35</b>
<b>2.2.1 Conceito de princípios.....</b>	<b>35</b>
<b>2.2.2 Princípios constitucionais.....</b>	<b>37</b>
<b>2.2.2.1 Princípio da presunção de inocência .....</b>	<b>40</b>
<b>2.2.2.2 Princípio da proporcionalidade.....</b>	<b>44</b>
<b>2.2.2.3 Princípio da legalidade .....</b>	<b>47</b>
<b>2.2.2.4 Princípio da dignidade da pessoa humana.....</b>	<b>50</b>
<b>2.2.2.5 Princípio da razoabilidade.....</b>	<b>54</b>
<b>2.3 Uso de algemas: abuso ou necessidade.....</b>	<b>56</b>

<b>2.3.1 Posição do Superior Tribunal de Justiça .....</b>	<b>56</b>
<b>2.3.2 Posição do Supremo Tribunal Federal .....</b>	<b>58</b>
<b>2.3.3 Súmula Vinculante .....</b>	<b>60</b>
<b>2.3.3.1 Súmula Vinculante 11 .....</b>	<b>63</b>
<b>2.3.4 Abuso de autoridade (Lei 4.898/65) .....</b>	<b>71</b>
<b>2.4 Considerações da pesquisa .....</b>	<b>74</b>
<b>2.5 METODOLOGIA .....</b>	<b>79</b>
<b>3 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>81</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>84</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe como tema “o uso de algemas: uma reflexão à luz dos princípios constitucionais”. Assim é que se fará uma análise do uso de algemas como necessidade para a efetividade das operações policiais e também para a segurança de todos os envolvidos e, por outro lado, o uso de tal instrumento como meio de execração pública. Nesse aspecto, será considerada a participação da mídia.

Este trabalho segue as regras exigidas pelo Núcleo de Estudo, Pesquisa e Extensão (NEPES), tendo como área de concentração, “atividade policial reflexiva”, tendo como linha de pesquisa a “cotidiano e prática policial”, conforme o artigo 2º, I e artigo 6º da instrução normativa da PMDF nº 03/2014, a qual estabelece as linhas de pesquisa do Departamento de Educação e Cultura/Instituto Superior de Ciências Policiais (DEC/ISCP).

O presente trabalho será de grande utilidade para qualquer operador do Direito bem como para os profissionais que atuam na segurança pública na compreensão dos limites e possibilidades da utilização das algemas no Direito brasileiro, sob o enfoque dos princípios constitucionais e para aqueles que necessitarem se insurgir corretamente aos abusos cometidos pelo Estado, por meio de seus agentes.

A problemática envolve a viabilidade do uso de algemas, de acordo com a ordem constitucional vigente e também com vários dispositivos da legislação esparsa. Tudo isso, num contexto de específica omissão legislativa sobre a matéria. Será possível todos os policiais agirem de acordo com a norma vigente quanto ao emprego do uso de algemas?

A hipótese da pesquisa visa demonstrar que todos os policiais em suas atuações devem respeitar as leis e normas constitucionais, principalmente a dignidade da pessoa humana, ainda quando da execução de uma prisão, quando for necessário fazer o uso de força, deve ser feito de forma moderada e o tanto quanto necessário e, quando for necessário fazer o uso de algemas, devem justificar sua ação.

O objetivo geral do trabalho é regular a atuação dos policiais de forma que todos ajam de maneira padronizada, sem abusos ou qualquer outro meio de desrespeito às regras que lhes devem respeito.

O objetivo específico é demonstrar o necessário uso de algemas; o respeito as normas e princípios constitucionais; o respeito a súmula vinculante nº 11 e a padronização do trabalho dos policiais militares quanto ao procedimento de uso de algemas.

Este trabalho se justifica pelo fato de nos deparar, de um lado, com o comando constitucional que determina, conforme artigo 144, da CF, ser a segurança pública dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio através dos órgãos policiais e, de outro lado, o fato de decorrerem do texto Constitucional princípios de grande relevância como o da presunção de inocência e dignidade da pessoa humana. Desta forma, é importante que todos os policiais ajam de forma padronizada e em conformidade com a norma vigente.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 Uso de algemas no direito

#### 2.1.1 Histórico

Ao tratar do histórico do uso das algemas, faz-se necessário lançar mão da grande contribuição do jurista Sérgio Pitombo que com grande propriedade abordou o tema em artigo publicado na Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, Curitiba.

No passado não havia muita precisão nos termos utilizados para definir os instrumentos manejados em prisioneiros. Assim, ora se utilizava o termo “ferro”, ora se utilizava o termo cadeias de maneira genérica (PITOMBO).

Tempos depois, passou-se a distinguir algemas de grilhões, sendo aquelas, instrumentos manejados para tolher pelos pulsos ou dedos polegares e estes, para deter pelos tornozelos os presos.<sup>1</sup>

Conforme se verifica nas Ordenações e Leis do Reino de Portugal (apud PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Emprego de algemas: nota em prol de sua regulamentação), século XVII, o uso indiscriminado das algemas não é fato novo. Vejamos:

Por ser informado que nas cadeias do Limoeiro desta cidade se põem ferros a algumas pessoas, que elas vão sem justa causa, e as metem em prisões mais apertadas, do que pedem as culpas, porque foram presas, e que ainda com algumas se possa ao excesso de serem maltratadas e castigadas; dei por bem, que os escravos que forem às cadeias por ordem de algum dos julgadores; e por casos leves, ou só por requerimento de seus senhores, não sejam molestados com ferros, nem metidos em prisões mais apertadas, que aquelas que bastarem para a segurança; porque só naqueles casos de crimes graves, que pedirem segurança pela qualidade da culpa, ou da prisão, ou em casos cometidos nas mesmas cadeias a que os ferros servem de pena, se poderá usar deles contra

---

<sup>1</sup> Permanece esta distinção ainda hoje. É o que dispõe o dicionário eletrônico michaellis, *verbis*: grilhão é cadeia de ferro, terminada por duas argolas largas com que se prendiam pelas pernas os condenados. E entende como algema ferro com que se prende alguém pelos pulsos ou pelos tornozelos.

tais escravos, ou outras quaisquer pessoas livres; e se lhes não poderá dar outro algum castigo mais, do que aquele, que pelas Leis for permitido, não por ser justo que esteja no arbítrio de um julgador mandar prender alguma por respeitos particulares e que na prisão seja vexada com ferros com o rigor da prisão, ou outro algum gênero de castigo. Ao Regedor da Justiça há por muito recomendada a observância deste Decreto; e contra os carcereiros que o contrário permitirem ou fizerem, se mandará proceder com a demonstração de castigo, que for justo. Lisboa, 30 de setembro de 1693.

Outro não é o entendimento de Manoel Lopes Ferreira (Ordenações e Leis do Reino de Portugal apud PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Emprego de algemas: nota em prol de sua regulamentação):

Primeiramente deveremos advertir ao Juiz que quando prender alguém, ainda que seja por causa muito justificada, não lhe mande por ferros, nem grilhões, algemas ou cadeias de qualquer gênero que seja, antes devem cuidar muito em que os seus presos estejam livres de semelhantes prisões e rigores; pois, sendo estas; outras espécies de penas, não é razão que no cárcere as encontre duplicadas, porque *'afflictis non est donda fictícia'* e basta-lhe aos pobres presos a falta de liberdade, para se considerarem com toda a pena, e não lhe sobrevirem ainda gemidos e dores, que dos ferros lhes resultam.

Outrossim, D. Pedro, por meio do Decreto instituído em 23 de maio de 1821, aboliu o uso indiscriminado de algemas:

[...] em caso nenhum possa alguém ser lançado em segredo, ou masmorra estreita, escura ou infecta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para os adoecer e flagelar; ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grilhões e outros quaisquer ferros, inventados para martirizar homens, ainda não julgados, a sofrer qualquer pena aflitiva, por sentença final; entendendo-se, todavia, que os Juizes e Magistrados Criminais poderão conservar por algum tempo, em casos gravíssimos, incomunicáveis os delinqüentes, contanto que seja em casas arejadas e cômodas e nunca maltratados, ou sofrendo qualquer espécie de tormento [...].”

Assim, é que tanto as Ordenações e Leis do Reino de Portugal, como o Decreto instituído por D. Pedro corroboram a tese segundo a qual o uso indiscriminado do instrumento ora tratado não constitui fato recente.

Nessa esteira, analisando o disposto nas Ordenações e Leis do Reino de Portugal e também o Decreto instituído por D. Pedro, nota-se a interpretação segundo a

qual o emprego de algemas era espécie de pena, ou seja, medida de punição em retribuição ao crime cometido. Adiante este ponto será abordado com mais detalhe.

O capítulo VI do Código de Processo Criminal de Primeira Instância do Império do Brasil, intitulado “Da ordem de prisão”, dispunha no artigo 180 que “se o réu não obedecer e procurar evadir-se, o executor tem direito de empregar o grau de força necessária para chamá-lo à obediência, se resiste com armas, fica o executor autorizado a usar dos meios, que julgar indispensável a sua defesa [...]” (GOMES, p. 1.199, 2006).

Posteriormente, o referido código de processo criminal foi reformado por meio da Lei nº. 261, de 3 de dezembro de 1841, mas o artigo 180 permaneceu inalterado, corroborando, dessa forma, a tendência restritiva no que diz respeito à utilização das algemas.

Trinta anos mais tarde, o processo penal brasileiro foi reestruturado pela Lei nº. 2.033, de 20 de setembro, de 1871, que por sua vez foi regulamentado pelo Decreto nº. 4.824, de 22 de novembro também do ano de 1871, que ao cuidar da prisão e da maneira de realizá-la estabeleceu em seu artigo 28, o seguinte:

[...] o preso não será conduzido com ferros, algemas ou cordas, salvo 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 dez a cinquenta mil réis, pela autoridade a quem for apresentado o mesmo preso.

### **2.1.2 Normatização da matéria**

Há no meio jurídico entendimento segundo o qual as algemas não podem ser utilizadas, tendo em vista simplesmente a falta de regulamentação. Este não nos parece ser o melhor posicionamento. Embora não exista ainda regulamentação federal específica sobre a matéria, há diversos dispositivos na legislação vigente que possibilitam a utilização desse instrumento, bastando para isso que se faça uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, conforme disposição do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.



A Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), em seu artigo 199, determina que o emprego de algemas seja regulado por decreto federal, todavia, tal regulamentação ainda não ocorreu. Eis aí o motivo pelo qual muitos são levados ao equívoco de afirmar que a matéria não é disciplinada pelo nosso ordenamento jurídico. No mesmo sentido, VIGAL (2006, p. 1171), com propriedade afirmou:

Tal posicionamento deve ser visto com reservas, eis que é certo não haver lacunas no Direito, pois o ordenamento jurídico, considerado como um todo, é perfeito e íntegro. O que eventualmente podem existir são lacunas em algumas normas, lacunas estas que devem ser preenchidas pelos recursos supletivos para o conhecimento do Direito.

Frente à lacuna que o assunto nos apresenta, passemos à analogia que, juntamente com os costumes e com os princípios gerais de direito integram a chamada fonte mediata.

O Código de Processo Penal Militar, em seu artigo 234, preceitua que:

O emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiro, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive prisão do ofensor. De tudo se lavrará auto subscrito pelo executor e duas testemunhas.

E disciplina ainda em seu parágrafo 1º que “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.” Vejamos o citado artigo:

Art. 242 (...)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.

Ao dispor que de modo algum será permitido o uso de algemas nos presos a que se refere o artigo 242, parece-nos que o legislador não observou o princípio da isonomia, vigente na nova ordem constitucional.<sup>2</sup>

Ainda, a Lei nº. 9.537/97, que dispõe sobre a segurança no transporte aquaviário, em seu artigo 10, III, estabelece que:

O comandante, no exercício de suas funções e para garantia da segurança das pessoas, da embarcação e da carga transportada, pode ordenar a detenção de pessoas em camarote ou alojamento, se necessário com algemas, quando imprescindível para a manutenção da integridade física de terceiros, da embarcação ou da carga.

Importa registrar, que no estado de São Paulo dois são os instrumentos que disciplinam o uso de algemas, a saber, o Decreto nº. 19.903/50 e a resolução Res. SSP - 41/83 da Secretaria de Segurança Pública do estado de São Paulo, cujo teor é o seguinte:

Art. 1º O emprego de algemas far-se-á na Polícia do Estado, de regra, nas seguintes diligências:

§ 1º Condução à presença da autoridade dos delinquentes detidos em flagrante, em virtude de pronúncia ou nos demais casos previstos em lei, desde que ofereçam resistência ou tentem a fuga.

---

<sup>2</sup> A parte final do § 1º do art.234 ao dispor que de modo algum será permitido o uso de algemas nos presos a que se refere o artigo 242, parece-nos distanciar dos preceitos da nova ordem constitucional. Sobre o assunto, Rodrigo Carneiro Gomes afirmou que: "(...) a nova ordem constitucional não abraçou (*rectius*: não recepcionou) o questionável sistema de privilégios do artigo 242 c/c 234, § 1º, última parte, ambos do CPPM, resquício de uma época de intangibilidade das autoridades, com escassos instrumentos de controle social e de prestação de contas. A existência de tratamento diverso para autoridades públicas quebra o princípio da isonomia ao vedar o uso de algemas em ministros de Estado, ministros do Tribunal de Contas, governadores, magistrados, membros do Congresso Nacional, dos Conselhos da União e das Assembléias Legislativas dos Estados, ministros de confissão religiosa, dentre outros, sem ressaltar o cumprimento de mandados de prisão, a periculosidade, a possibilidade de porte de arma, a exaltação de ânimos e a necessidade de imobilização sem recurso à força. GOMES, Rodrigo Carneiro. **Algemas para a salvaguarda da sociedade: a desmistificação do seu uso**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1199, 13 out. 2006. Acesso em: 24 abr. 2015.

§ 2º Condução à presença da autoridade dos ébrios, viciosos e turbulentos, recolhidos na prática de infração e que devam ser postos em custódia, nos termos do Regulamento Policial do Estado, desde que seu estado externo de exaltação torne indispensável o emprego de força.

§ 3º Transporte, de uma para outra dependência, ou remoção, de um para outro presídio, dos presos que, pela sua conhecida periculosidade, possam tentar a fuga, durante diligência, ou a tenham tentado, ou oferecido resistência quando de sua detenção.

Quando a Lei nº 9.537/97 dispõe que o uso de algemas deve ocorrer em situações que se mostre imprescindível para a manutenção da integridade física de terceiros, da embarcação ou da carga, não resta dúvida quanto ao caráter excepcional da medida.

De igual modo, quando o Decreto nº. 19.903/50 e a resolução Res. SSP - 41/83 da Secretaria de Segurança Pública/SP estabelece que os presos que, pela sua conhecida periculosidade, possam tentar a fuga, durante a diligência, ou a tenham tentado, ou oferecido resistência quando de sua detenção, conclui-se que o emprego de algemas não é a regra. Outra não poderia ser a conclusão, pois num Estado Democrático de Direito a regra sempre será a liberdade e a não restrição de direitos. O contrário disso, só se justifica quando o objetivo for a proteção de interesses da coletividade.

Conforme o disposto no tópico que tratou do histórico do emprego de algemas, não raro, tal instrumento foi utilizado como forma de punição. Não obstante o mau hábito cultivado por décadas a fio, a utilização das algemas como instrumento de coação não encontra respaldo nas leis vigentes na República Federativa do Brasil. Não se coaduna, sequer, com as regras mínimas para tratamento de prisioneiros, estabelecidas pela Organização das Nações Unidas, que também explicita, o caráter excepcional da medida.

A sujeição a instrumentos tais como algemas, correntes, ferros e coletes de força nunca deve ser aplicada como punição. Correntes e ferros também não serão usados como instrumento de coação. Quaisquer outros instrumentos de coação não serão usados, exceto nas seguintes circunstâncias: a) como precaução contra fuga durante uma transferência, desde que sejam retirados quando o preso comparecer perante uma autoridade judicial ou administrativa.

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

O antigo Departamento de Aviação Civil (DAC), atual Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) determinava que os transportes de presos fossem efetuados por escolta, que poderia ser realizada por apenas um acompanhante policial, de acordo com a periculosidade do passageiro, que o algemará ou não conforme seu entendimento. No transporte aéreo de preso, disciplinado pela Anac, constata-se certo grau de discricionariedade no que diz respeito à colocação de algemas.

A IAC (Instrução da Aviação Civil) 2504, editada pelo DAC, hoje ANAC, em março de 1988, recomendou que o preso transportado em aeronave civil, com algemas, se possível, as tivesse encobertas. *Verbis*: “Caso o prisioneiro seja transportado com algemas esta situação deverá, se possível, ser encoberta”. Ao dispor na IAC 2504 que se possível as algemas deveriam ficar encobertas, evidencia-se a preocupação com o direito à imagem e, sobretudo, com a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

O Código de Processo Penal em seu artigo 284 determina que “Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso” (VADE MECUM, 2008, p. 641).

Conforme o Código de Processo Penal, artigo 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.

Cumpra esclarecer que há posicionamentos distintos no que tange ao uso de algemas ser ou não uma forma de emprego de força. No entanto, esse assunto será tratado no terceiro capítulo.

Independentemente da existência de posicionamentos distintos quanto ao emprego de algemas ser ou não medida de força, cumpre dizer que ainda no período do Império, o Código de Processo Criminal já trazia a possibilidade de o executor utilizar dos meios que julgasse indispensáveis a sua defesa, trazendo, inclusive, a mesma hipótese de evasão, mencionada em leis mais recentes. Com isso, não é forçoso concluir que as leis que disciplinam, atualmente, o uso de algemas não se afastaram muito do padrão, outrora estabelecido. Recentemente a Lei nº. 11.689/08 tratou explicitamente sobre o assunto quando alterou o artigo 474, § 3º do CPP ao dispor que:

Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do Júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

E o artigo 478, inciso I dispõe que:

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 prejudique o acusado.

No mesmo ano em que entrou em vigor a Lei acima citada, o Supremo Tribunal Federal deliberou sobre o emprego de algemas, ao editar a súmula vinculante nº 11, no dia 13 de agosto. No entanto, o seu conteúdo e as implicações que dela decorrem serão tratados no último capítulo.

### **2.1.3 Poder de Polícia**

A palavra polícia vem do latim *politia* e do grego *politea*. Desde a Antiguidade o termo polícia possuía sentido amplo, tendo como significado “ordenamento político do Estado ou cidade” (MEDAUAR, 2004, p. 391-392).

Com o advento da Revolução Francesa e, conseqüentemente, com a valorização dos direitos individuais e também da concepção de Estado de direito, polícia passou a ser entendida como uma parte das atividades da Administração com o objetivo de manter a ordem, a tranquilidade e salubridade públicas (MEDAUAR, 2004, p. 392). É nesse momento que surge na França a expressão polícia administrativa em contraponto à polícia judiciária. No Brasil, a expressão poder de polícia só se firmou a partir do século XX (MEDAUAR, 2004, p. 392).

No que concerne à caracterização do poder de polícia, vale transcrever o conceito de Hely Lopes Meirelles, segundo o qual: “poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (MEIRELLES, 2008, p. 133).

Desde já convém frisar que, o poder de polícia não incide para restringir o direito em si, uma vez que nem Emenda Constitucional pode fazê-lo, segundo prevê o artigo 60, § 4º, IV, da Constituição, mas sim para condicionar o exercício do direito, quando o comportamento do administrado expõe a risco o interesse coletivo. Assim, o poder de polícia não incide sobre o direito, mas sim sobre o seu exercício.

CAETANO (2005, p. 62) conceitua poder de polícia da seguinte forma:

É o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir.

Já segundo José dos Santos Carvalho Filho, poder de polícia é “a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade” (CAETANO, 2005, p. 62).

Percebe-se que o poder de polícia não é estranho ao direito positivo, quando, por exemplo, a Constituição Federal autoriza a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios a instituírem taxas em razão do exercício do poder de polícia (artigo 145, II).

O disposto no artigo 78 do Código Tributário Nacional (Lei nº. 5.172, de 25/10/1966) considera poder de polícia como sendo:

[...] a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

A expressão “Poder de Polícia”, todavia, não vem contando com a adesão unânime dos autores. Para alguns, trata-se de designativo manifestamente infeliz, pois abrange sob um único nome, coisas radicalmente distintas: leis (disposições superiores) e atos administrativos (providências subalternas) (VADE MECUM, 2008, p. 722).

Assim, tal entendimento conduz ao reconhecimento de poderes à Administração, somente admitidos no Estado de Polícia, e, portanto, inconcebíveis no Estado de Direito. Além disso, tal expressão por evocar uma época pretérita, traz a suposição de prerrogativas outrora existentes em prol do “príncipe”, mas descabida em relação ao Poder Executivo (MELLO, 2007, p. 791-792).

No entender de Celso Antônio Bandeira de Mello, embora seja indesejável, a expressão “Poder de Polícia” é fortemente utilizada e, por isso, não pode ser abandonada. Ressalta apenas que quando da sua utilização é necessário esclarecer que o termo poder de polícia deve ser utilizado sempre que se fizer referência às leis condicionadoras da liberdade e da propriedade bem como aos atos pelos quais se procede a suas concreções. Já a expressão polícia administrativa deve ser empregada quando se referir a comportamentos administrativos (MELLO, 2007, p. 792).

Nesse sentido, o termo poder de polícia abrange duas acepções. Poder de polícia, em sentido amplo, é toda atividade estatal que condiciona a liberdade e a propriedade visando adequá-las aos interesses coletivos. Assim, o poder de polícia compreende tanto atos do Poder Legislativo (pela lei) quanto do Poder Executivo (através de atos administrativos) (MELLO, 2007, p. 792).

Em sentido estrito, poder de polícia é aquela atividade administrativa, a cargo dos órgãos e das entidades da Administração Pública, que se destina a condicionar e restringir o exercício das liberdades individuais e o uso, gozo e disposição da propriedade, objetivando ajustá-lo aos interesses coletivos e ao bem-estar social da comunidade (FILHO, 2007, p. 68).

Costumam os estudiosos do assunto, dividir o poder de polícia em dois segmentos: a Polícia Administrativa e Polícia Judiciária.

Segundo o magistério de MEDAUAR (2004, p. 396):

A polícia administrativa ou poder de polícia, restringe o exercício de atividades lícitas, reconhecidas pelo ordenamento como direitos dos particulares, isolados ou em grupo. Diversamente, a polícia judiciária visa a impedir o exercício de atividades ilícitas, vedadas pelo ordenamento.

Sabe-se que a Polícia Judiciária é exercida sobre pessoas, tendo em vista a repressão das atividades criminosas, sendo sua atividade regida pelo Direito Processual Penal (DI PIETRO, 2006, p. 105). Já a Polícia Administrativa é exercida por entidades, órgãos e agentes públicos sobre atividades, direitos e uso de bens, tendo em vista o interesse público, sendo regida pelo Direito Administrativo (LAZZARINI, 2006, p. 105). Costuma-se afirmar que a distinção existente entre as Polícias Administrativa e Judiciária ocorre com base no caráter puramente preventivo da primeira e repressivo da segunda. Tal distinção, porém, não é absoluta.

Em suma, corroborando tal entendimento, Renato Alessi, citado por Celso Bandeira, reconheceu o caráter repressivo da polícia administrativa e ressaltou seus traços ao defini-la como: “a atividade administrativa preordenada à proteção do todo social e de suas partes, mediante uma ação, ora de observação, ora de preservação, ora de repressão contra os danos que a eles poderiam ocorrer em razão da atividade dos indivíduos” (ALESSI, 2007, p. 805).

O renomado autor Celso Antônio Bandeira de Mello oferece ao tema sua conclusão: “O que efetivamente aparta polícia administrativa de polícia judiciária é que a primeira se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades anti-sociais enquanto



a segunda se preordena à responsabilização dos violadores da ordem jurídica” (MELLO, 2007, p. 805).

O poder de polícia, prerrogativa do Poder Público, encontra seu fundamento na ordem pública (interesse público), que segundo Odete Medauar é um mínimo de condições essenciais a uma vida social adequada e pacífica, tendo seu conteúdo variado de acordo com o estágio da vida social (MEDAUAR, 2004, p. 396).

Hely Lopes Meirelles tratando do assunto em seu manual de direito administrativo afirma que o interesse social é a razão de ser do poder de polícia e, acrescenta que, o fundamento deste se encontra na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre as pessoas, bens e atividades. E é nas normas de ordem pública e também nos preceitos constitucionais que a supremacia se mostra, quando, opõem condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade (MEIRELLES, 2008, p. 135).

Tendo em vista a proteção dada pelo Estado ao indivíduo no Estado liberal, verificou-se a necessidade de uma maior intervenção estatal nas relações privadas, pois assim tal proteção seria efetivamente eficaz. Nesse sentido, a finalidade dessa intervenção, que se efetiva por meio do poder de polícia, tem a finalidade de proteger os interesses coletivos, o que traduz íntima ligação com o próprio fundamento do poder.

Para MEDAUAR (2004, p. 397) a finalidade do poder de polícia se traduz em: “propiciar a convivência social mais harmoniosa possível, para evitar ou atenuar conflitos no exercício dos direitos e atividades dos indivíduos entre si ante o interesse de toda a população”. O certo é que para que tal finalidade seja alcançada é necessário seguir um critério de competência. Assim, a competência para exercer o poder de polícia é, inicialmente, da pessoa federativa à qual a Constituição Federal conferiu o poder de regular a matéria.

Segundo MEIRELLES (2005, p. 63), os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União; as matérias de interesse regional sujeitam-se às normas e à polícia estadual; e os assuntos de interesse local subordinam-se aos regulamentos edilícios e ao policiamento administrativo municipal.

A Constituição Federal em seus artigos 21, 22, 25 e 30, disciplina, de forma geral, o poder de regulamentação das pessoas federativas. Não se pode esquecer, entretanto, que os artigos 22, parágrafo único, 23 e 24 do mesmo diploma legal, trazem as hipóteses de exercício conjunto do poder de polícia por pessoas de nível federativo diverso. Cumpre observar que será considerado então inválido o ato de polícia praticado por agente de pessoa federativa que não possua competência constitucional para regular a matéria e, se for o caso, impor restrições.

Vale dizer, contudo, que se a lei for inconstitucional, ilegítimos serão os atos administrativos que, tendo seu fundamento nela, almejem proteger o interesse público por meio do poder de polícia. Disso resulta a conclusão segundo a qual o poder de polícia só será legítimo na medida em que também for legítima a lei que lhe dá fundamentação.

É comum a existência de divergências na doutrina e até mesmo nos tribunais quanto à entidade competente para a execução de certo serviço ou para o exercício do poder de polícia, já que o sistema de partilha de competências constitucionais envolve três graus federativos e também possibilita a existência de competências privativas e concorrentes.

O artigo 241 da Constituição Federal autoriza o sistema de cooperação calcado no regime de gestão associada. Assim, os entes federativos interessados firmarão convênios administrativos e consórcios públicos para alcançarem os objetivos de interesse comum. Tal situação pode ser facilmente visualizada no caso do trânsito, já que é comum a celebração de tais ajustes, visto que há infrações sujeitas à fiscalização federal, estadual e municipal, sendo necessário então uma atuação conjunta.

Avulta notar, ainda, que se incumbe às pessoas políticas da federação editar as próprias leis limitativas, por óbvio, é que essas pessoas detenham o poder de minudenciar as restrições impostas. Fala-se, então, no chamado poder de polícia originário que, em sentido amplo, abrange as leis e os atos administrativos provenientes de tais pessoas. Sobre a distinção entre poder de polícia originário e poder de polícia delegado, em síntese lapidar MEIRELLES (2008, p. 134) leciona que:

Poder de polícia originário é aquele que nasce com a entidade que o exerce e poder de polícia derivado é aquele que provém de outra entidade, através de transferência legal. O poder de polícia originário é pleno no seu exercício e consecutório, ao passo que o delegado é limitado aos termos da delegação e se caracteriza por atos de execução.

De fato, o Estado não realiza sua função administrativa somente por meio de órgãos internos e seus agentes. Há também várias pessoas administrativas vinculadas ao Estado que executam diversas atividades administrativas. Repousa, todavia, sobre este ponto, dúvida quanto a idoneidade de tais pessoas para exercer o poder de polícia.

Hely Lopes Meirelles e José Afonso da Silva são unânimes em afirmar que tais pessoas têm sim idoneidade para exercer o poder de polícia, já que tais entidades são o prolongamento do Estado e recebem deste o suporte jurídico para o desempenho, por meio da delegação, de funções públicas a ele concernentes (FILHO, 2005, p. 65). Por conseguinte, para a validade dessa atuação é imprescindível que a delegação se dê por lei formal, sendo esta originária da função regular do Poder Legislativo.

Assim, como a existência da lei é pressuposto de validade da polícia administrativa exercida pela própria Administração Direta, nada obsta que sirva também à atuação de entidades paraestatais, ainda que sejam elas dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Observe-se, contudo, que não cabe às pessoas administrativas de direito privado o poder de criação das normas restritivas de polícia, mas, uma vez já criadas, não há óbice para a fiscalização do cumprimento das restrições. É o que ocorre com as normas de trânsito (FILHO, 2005, p. 65).<sup>3</sup> Tal situação só é possível porque no texto constitucional inexistente qualquer vedação para que pessoas administrativas de direito privado possam exercer o poder de polícia na modalidade fiscalizatória.

No intuito de corroborar tal entendimento, importa fazer referência ao Código Nacional de Trânsito (Lei 9.503/97) que é bastante claro ao admitir que o agente da autoridade de trânsito, que possui a atribuição de comprovar a infração, pode ser servidor

---

<sup>3</sup> Tendo em vista a necessidade da existência de expressa delegação na lei pertinente e também de que o delegatário seja entidade integrante da Administração Pública, vale explicar o que ocorreu na Guarda Municipal do Rio de Janeiro. Com o argumento de que se tratava de pessoa jurídica de direito privado e pela circunstância de que seus servidores se subordinavam ao regime trabalhista, algumas pessoas passaram a defender a anulação das multas de trânsito por eles aplicadas em consequência da impossibilidade jurídica de ser exercido poder de polícia pela entidade.

civil, celetista ou estatutário ou, mesmo, integrante da polícia militar designado pela autoridade de trânsito (art. 280, § 4º da Lei nº 9.503/97).<sup>4</sup>

No que toca ao exercício da atividade de polícia, tem-se que a Administração atua, basicamente, de duas maneiras. Pode a Administração atuar por meio de atos preordenados a determinados indivíduos totalmente identificados, ou seja, por atos concretos. Ou, por atos normativos, que se caracterizam por serem genérico, abstrato e impessoal (FILHO, 2005, p. 69). Assim, quando a Administração interdita um estabelecimento, tem-se a prática de atos concretos. Por outro lado, constata ato normativo quando o poder público regula o desempenho de uma determinada profissão.

A doutrina costuma qualificar os atos de polícia em determinações, quando a vontade administrativa gera deveres e obrigações para os indivíduos e em consentimentos, quando a Administração responde positivamente quanto aos pedidos formulados por indivíduos interessados em exercer determinada atividade, que dependa do referido consentimento para ser considerada legítima.<sup>5</sup>

Os atos de consentimento podem ser divididos ainda em licenças e autorizações, sendo que o alvará é o documento responsável pela formalização de ambos. Assim sendo, entende-se por licença o ato administrativo, possuidor de vinculação, por meio do qual o poder público atende ao pedido do interessado, nas situações em que todas as exigências legais são, rigorosamente, observadas (DI PIETRO, 2007, p. 106).

Nesse sentido, é imprescindível a apreciação do poder público no tocante ao exercício de direito que o próprio ordenamento jurídico reconhece ao interessado e, por esse motivo, é que não se pode negá-lo quando é preenchido todos os requisitos exigidos para sua obtenção.

---

<sup>4</sup> O agente da autoridade de trânsito competente para lavrar o auto de infração poderá ser servidor civil, estatutário ou celetista, ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito com jurisdição sobre a via no âmbito de sua competência.

<sup>5</sup> Entendemos por bem não entrar na discussão sobre se podem existir atos de polícia que configuram obrigações de fazer ou se as ordens são apenas para não fazer (*non facere*). Com o intuito de enriquecer nosso trabalho, importa registrar que os autores Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello têm opiniões diametralmente opostas sobre isso.

O desfazimento da licença se dá por meio da cassação. E, no caso de haver motivo superveniente de interesse público para a não realização de uma determinada atividade já licenciada, ter-se-á a revogação, restando ainda a possibilidade de indenização. Cumpre anotar que, embora traga em seu bojo o pressuposto da definitividade, a licença poderá ser anulada caso seja constatado ilegalidade superveniente.

Por outro lado, a autorização é ato discricionário e precário, por meio do qual a Administração consente no exercício de certa atividade. Logo, não há que se falar aqui em direito subjetivo (FILHO, 2005, p. 69).

Em que pese estarmos tratando de poder de polícia, cumpre esclarecer que o seu livre exercício pode trazer graves prejuízos à coletividade e, nem por isso, é de bom alvitre que se proíba de modo absoluto. Daí decorre o motivo pelo qual seja concedida à autoridade administrativa a faculdade de examinar, em cada caso concreto, as circunstâncias de fato em que o exercício pode desenvolver-se, a fim de apreciar a conveniência e oportunidade da outorga.

Dúvida não há quanto à existência de limites para o exercício do poder de polícia. Tal limite é encontrado na linha divisória entre o poder restritivo da Administração e a intangibilidade dos direitos assegurados aos indivíduos. A este respeito, CRETELLA JÚNIOR (2007, p. 77) afirma que “a faculdade repressiva não é, entretanto, ilimitada, estando sujeita a limites jurídicos: direitos do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas leis”.

### **2.1.3.1 Atributos do poder de polícia**

#### **2.1.3.1.1 Discricionariedade**

No que concerne à terminologia várias expressões são utilizadas para designar a matéria. Ora encontra-se o termo poder discricionário, ora atividade discricionária, ora, simplesmente, discricionariedade. Assim sendo, poder discricionário

pode ser entendido como a atribuição legal de decidir com possibilidade de escolha; a atividade discricionária como o exercício de funções com utilização do poder discricionário e por fim, a discricionariedade como a própria possibilidade de escolha. Em verdade, o uso indistinto das expressões não implica erro, já que, todas as denominações citadas possuem a mesma essência.

Para a realização de suas funções, a Administração Pública dispõe de prerrogativas e poderes que resultam numa posição de supremacia sobre os administrados. Essas prerrogativas e poderes, no Estado de Direito, são limitados pela lei, de maneira a impedir arbitrariedades e abusos. A atividade discricionária justifica-se pela impossibilidade de o legislador dispor na lei todos os atos que a prática vai exigir do administrador. Diante disso é que a própria lei oferece ao agente a possibilidade de valoração da conduta e é exatamente nessa valoração que se situa a discricionariedade.

Segundo MELLO (2007, p. 940), discricionariedade é:

A margem de 'liberdade' que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

Hely Lopes Meirelles, com presteza, define poder discricionário como aquele “que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo” (MEIRELLES, 2008, p. 120).

Por seu turno, Maria Sylvia Zanella Di Pietro define discricionariedade como a “faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito” (DI PIETRO, 2001, p. 67).

Como facilmente se pode observar, conveniência e oportunidade são elementos basilares do poder discricionário. A conveniência indica em que condições vai

se conduzir o agente. Já a oportunidade diz respeito ao instante em que a atividade deverá ser produzida. Convém esclarecer que o poder discricionário pode ser exercido tanto no momento em que a Administração pratica o ato como no momento em que deseja revogá-lo, com ressalva dos casos vedados na lei.<sup>6</sup>

Outro aspecto da discricionariedade que deve ser analisado, diz respeito aos elementos ou requisitos de validade dos atos administrativos. Assim sendo, importa dizer que a competência é a atribuição que a lei confere ao órgão para a prática do ato; a finalidade é o interesse público almejado; a forma é o modo como o ato administrativo se exterioriza no mundo fático; o motivo é a situação descrita na lei como a causa do ato e o objeto é o resultado imediato e concreto do ato administrativo.

Vale dizer que a discricionariedade incidirá apenas sobre o motivo e objeto, não incidindo sobre a competência, finalidade e forma, que são requisitos vinculados, mesmo quando o ato é discricionário. Por aí se vê que o administrador, mesmo tratando-se de um ato discricionário, deverá ter competência para a sua realização, obedecer à forma legal e, por fim, atender a finalidade de todo ato administrativo, que é o interesse público.

Na doutrina há controvérsia quanto à caracterização do poder de polícia, se discricionário ou vinculado. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a expressão, “poder de polícia é atividade discricionária”, só seria verdadeira se analisada num sentido amplo, capaz de abranger as leis condicionadoras da propriedade e da liberdade visando o interesse comum.

O citado administrativista lecionando sobre o tema afirma que atos típicos da polícia administrativa, as autorizações, possuem um caráter discricionário, diferentemente, das licenças, que apesar de serem também atos típicos da polícia administrativa, são atos vinculados (MELLO, 2007, p. 806). Dessa forma, conclui que não é possível afirmar que o poder de polícia é discricionário. E sugere então o

---

<sup>6</sup> Outro não é o posicionamento adotado pelos Tribunais. Nesse sentido, o STJ decidiu: “Ato Administrativo – Revogação – Poder Discricionário: Admissibilidade. À Administração é conferido o direito de, a qualquer tempo, rever seus atos, podendo revogá-los, alterá-los ou suprimi-los, posto que o interesse coletivo ocupa importância superior às conveniências de associação civil” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 211/MG. Relator Ministro Pedro Aciole. Primeira Turma, Brasília, DF. Julgado em 17/09/1990. DJ de 09/10/1990. P.10.878.

posicionamento segundo o qual a polícia administrativa poderá se expressar ora por meio de atos no exercício de competência discricionária, ora através de atos vinculados (MELLO, 2007, p. 806-807).

Helly Lopes Meirelles esclarece que, em princípio, é um ato discricionário, mas passará a ser vinculado se a norma que o disciplina fixar o modo e a forma de sua realização. E acrescenta que a autoridade somente poderá praticá-lo, de forma válida, se atender a todas as exigências da lei ou regulamento pertinente (MEIRELLES, 2005, p. 167). Há, todavia, por parte do referido autor a preocupação de não reconhecer à Administração qualquer poder arbitrário ao conceituar poder de polícia como faculdade discricionária.

E nesse sentido assevera MEIRELLES (2008, p. 134) que:

Discricionariiedade é liberdade de agir dentro dos limites legais; arbitrariedade é ação fora ou excedente da lei, com abuso ou desvio de poder. O ato discricionário, quando se atém aos critérios legais, é legítimo e válido; o ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido; nulo, portanto.

#### **2.1.3.1.2 Auto-Executoriedade**

O atributo da auto-executoriedade consiste na faculdade que a Administração possui de decidir e executar diretamente sua decisão, ou seja, sem a intervenção do Poder Judiciário, por seus próprios meios. Assim, verificada a presença dos pressupostos legais do ato, a Administração pratica-o de imediato e o executa integralmente. Vale dizer que é auto-executória tanto a restrição imposta em caráter geral, como também a que se dirige diretamente ao indivíduo.

É o caso, por exemplo, de ordem de dissolução de uma passeata por estar causando perturbação à tranqüilidade pública, que será coercitivamente dissolvida pelos agentes públicos, sem que para isso seja necessária qualquer manifestação do Judiciário. Outro exemplo é a apreensão de bens, destruição de alimentos nocivos ao consumo público e interdição de estabelecimentos.



É possível, no entanto, ao particular que se sentir lesado, reclamar pela via adequada (Judiciário), que se manifestará oportunamente para corrigir eventual ilegalidade praticada pela Administração. Importa salientar que se a lei autorizar o administrador a praticar o ato de forma imediata, o atributo da auto-executoriedade dispensará eventual autorização de qualquer outro Poder.

Há, por outro lado, atos que não autorizam a imediata execução pela Administração. É o caso das multas, que embora decorrentes do poder de polícia, só podem ser executadas por via judicial. Sobre o tema, MELLO (2007, P. 812), entende que a auto-executoriedade se torna possível mediante a ocorrência três hipóteses:

1) quando a lei expressamente autorizar; 2) quando a adoção da medida for urgente para a defesa do interesse público e não comportar as delongas naturais do pronunciamento judicial sem sacrifício ou risco para a coletividade; 3) quando inexistir outra via de direito capaz de assegurar a satisfação do interesse público que a Administração está obrigada a defender em cumprimento à medida de polícia.

#### **2.1.3.1.3 Coercibilidade**

A Administração, com o intuito de tutelar o interesse público, pode utilizar-se de meios coativos sempre que houver resistência por parte do administrado. Há, todavia, limites para a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração. Assim, sempre que o ato de polícia alcançar sua finalidade imposta por lei terá alcançado também seu limite. É a própria Administração que determina e faz executar as medidas de força que se mostram necessárias para a execução do ato ou aplicação da penalidade administrativa resultante do exercício do poder de polícia.

Tendo em vista que a Administração pode restringir a liberdade individual por meio de medidas coativas, é imprescindível que os meios utilizados sejam estritamente necessários para a obtenção do resultado pretendido pela lei, pois, caso contrário, pode haver a caracterização do excesso de poder ou abuso de autoridade que pode resultar na nulidade do ato praticado e ainda ensejar ações civis e criminais para a reparação do dano e punição dos culpados.

Sobre o tema, MELLO (2007, P. 813) aduz que:

A via da coação só é aberta para o Poder Público quando não há outro meio eficaz para obter o cumprimento da pretensão jurídica e só se legitima na medida em que é não só compatível como proporcional ao resultado pretendido e tutelado pela ordem normativa.

Toda coação que exceda ao estritamente necessário à obtenção do efeito jurídico lícitamente desejado pelo Poder Público é injurídica.

#### **2.1.4 Uso do poder**

Entende-se por uso do poder a utilização, dentro dos limites legais, das prerrogativas conferidas aos agentes públicos. O exercício da atividade administrativa deverá sempre adequar-se à lei e ao interesse público em todas as suas manifestações. Assim, tanto no ato vinculado em que todos os seus requisitos são dispostos em lei quanto no ato discricionário em que a autoridade pública atua segundo critérios de conveniência e oportunidade, a ação administrativa somente será legítima quando atender ao disposto em lei e ao interesse público.

Acertada, pois, a lição segundo a qual: “Qualquer ato de autoridade, para ser irrepreensível, deve conformar-se com a lei, com a moral da instituição e com o interesse público. Sem esses requisitos o ato administrativo expõe-se a nulidade” (MEIRELLES, 1993, p. 14).

Cumpra dizer que das prerrogativas conferidas aos agentes do Estado decorrem dois desdobramentos. O primeiro diz respeito ao poder de agir e o segundo corresponde ao dever de agir. Já que tanto o poder como o dever de agir possuem como destinatário final a coletividade, a omissão do agente em situações em que lhe incumbe a ação será considerada ilegal. Com isso, não se quer dizer que toda omissão administrativa será tida por ilegal. Há casos, por exemplo, em que o agente deverá avaliar a oportunidade e conveniência para agir.

Será ilegal, nos casos em que, expressamente, houver disposição legal no sentido de fazer (ação comissiva), e ainda assim, o agente permanecer inerte. O uso do

poder é prerrogativa da autoridade pública e deve ser utilizada sem abuso, ou seja, deve visar estritamente o interesse público e se ater aos limites legais. Logo, nas situações em que ensejar o uso da força contra o administrado deverá haver estrita observância ao critério da proporcionalidade sob pena de gerar a nulidade dos atos praticados.

#### **2.1.4.1 Abuso de poder**

Em poucas palavras, abuso de poder é o exercício do Poder fora dos ditames da lei e sem utilidade pública. Há abuso de poder quando a autoridade pública é competente para praticar o ato, mas o pratica ultrapassando os seus limites ou se desvia das finalidades administrativas.

O abuso de poder tanto pode se apresentar na forma comissiva como na forma omissiva, já que em ambas pode haver lesão a algum direito dos administrados e, conseqüentemente, ofensa ao disposto em lei. É possível ainda o abuso de poder se apresentar de maneira camuflada, dissimulada, levando a crer que se trata de atos legais e, portanto, legítimos, ou, pode, por outro lado, ser facilmente perceptível.

A conduta abusiva dos administradores se manifesta de duas maneiras. Ou o agente realiza a ação fora dos limites de sua competência e aí configura-se o excesso de poder, ou, o agente, embora atuando dentro de sua competência, afasta-se do interesse público, configurando assim o chamado desvio de poder ou desvio de finalidade. Ressalte-se que o abuso de poder em qualquer uma de suas modalidades leva à invalidade do ato, que pode ocorrer tanto por parte da Administração como pelo Poder Judiciário.

##### **2.1.4.1.1 Excesso de poder**

Competência é o conjunto de atribuições e poderes conferidos pela lei a um agente público para o desempenho de suas funções na realização do interesse público.

Assim sendo, será configurado o excesso de poder sempre que a autoridade, embora competente para a prática do ato, exceder esta competência na realização de suas funções administrativas, produzindo assim atos arbitrários e, portanto, nulos. Em qualquer caso de excesso de poder, sempre haverá violação da regra de competência.

#### **2.1.4.1.2 Desvio de finalidade**

Toda atividade administrativa deve ter por finalidade a realização do interesse público. Tal finalidade está presente na regra de competência do ato administrativo, de forma explícita ou implícita, retratando o interesse público a ser alcançado pela prática do ato.

Segundo CARVALHO FILHO (2007, p. 35), quando a lei define a competência de um agente, já se define e vincula automaticamente a finalidade a ser perseguida com a prática do ato administrativo. Portanto, a violação ao requisito finalidade ocorre quando a autoridade administrativa, no uso de sua competência, busca um fim diverso da regra de competência.

Desse modo, identifica-se o desvio de poder ou desvio de finalidade quando o agente pratica ato, para o qual possui competência, entretanto não busca o interesse público e sim um interesse diverso daquele que a lei define como interesse público a ser alcançado. Em casos semelhantes, o ato deve ser anulado pela Administração Pública ou pelo Judiciário, neste caso mediante provocação, sem prejuízo de responsabilização civil, penal e administrativa.

## **2.2. Princípios constitucionais aplicáveis à matéria**

### **2.2.1 Conceito de princípios**

Inicialmente, pode-se dizer que princípio é onde se inicia algo. É o começo, a fonte, a origem. Da necessidade de explicar o universo de forma lógica e rejeitar as percepções míticas é que nasce o pensamento filosófico-científico. Assim, lança-se mão de motivos naturais, deixando de lado o mistério e o sobrenatural para que o mundo natural seja entendido (OLIVEIRA, 2003, p. 17).

Surge da razão, a necessidade de encontrar elementos e noções que venham a servir de ponto de partida para a apreciação integrada da realidade. Tal ponto de partida é o que se chama de princípio (OLIVEIRA, 2003, p. 17). Importa consignar que além de ser empregado, muitas vezes, com conotação de origem, começo, o termo princípio também se coaduna com a idéia de preceito, mandamento.

Nesse sentido, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira citado por Fábio Correia, afirma que princípios são proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado (OLANDA, 2003, p. 18).

Para REALE (1994, p. 299):

Princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*.

CRETELLA JÚNIOR (1995, p. 56), tratando do assunto afirmou que: “princípios de uma ciência são as proposições básicas fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturações subseqüentes. Princípios, nesse sentido, são os alicerces da ciência”.

MELLO (1994, p. 450-451) entende que princípio:

É, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, precisamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

São, portanto, os princípios o ponto de partida das ciências. E no âmbito do Direito é o fundamento das normas jurídicas. Nesse sentido, os princípios desempenham relevante papel no que diz respeito ao estabelecimento de certas limitações e fornecimento de diretrizes que o embasam e, em última análise, visam sua correta compreensão e interpretação.

Por fim, conclui-se que a violação de um princípio é bem mais gravoso que a violação de uma regra, já que violar um princípio representa ofensa a todo um sistema de comandos, e não apenas a um mandamento específico, de caráter obrigatório.

### **2.2.2 Princípios constitucionais**

Inicialmente, cumpre dizer que o assunto neste tópico tratado carrega consigo relevância bem mais ampla que a necessária para a reflexão proposta sobre o uso de algemas. Isso porque seus desdobramentos vão além da reflexão proposta neste trabalho acadêmico, adentrando a Filosofia do Direito, a Teoria Geral do Direito e, sobretudo, a Teoria Constitucional Contemporânea.

Tendo em vista as considerações feitas no tópico anterior sobre a etimologia e conceito do termo “princípio”, não apenas no mundo jurídico, faz-se necessário o estudo de sua estrutura, funções e origem. A doutrina, tratando especificamente da estrutura dos princípios afirma haver princípios onivalentes, plurivalentes e monovalentes, tendo como critério de classificação a abrangência dos princípios (PEIXINHO, 2001, p. 29).

Os onivalentes ou também conhecidos como universais, conforme o próprio nome sinaliza, carrega consigo o atributo da generalidade, ou seja, são válidos para todos os campos do saber. Os princípios plurivalentes, atuam dentro de um determinado grupo de ciências e por isso, é também denominado de princípios regionais (PEIXINHO, 2001, p. 29). Por fim, temos os princípios monovalentes, o menos genérico dos três, cuja validade se mostra no âmbito de uma única ciência e exatamente nesta última classe que estão inseridos os princípios gerais de direito (PEIXINHO, 2001, p. 29).

Há na doutrina divergência no que diz respeito ao princípio geral de direito ser ou não uma das fontes do direito. No entanto, carece de relevância ao assunto proposto adentrar nas divergências que permeiam o rol das fontes do Direito. Não obstante tal polêmica é sabido que os princípios gerais de direito são elementos de integração do direito juntamente com a analogia e os costumes jurídicos, conforme o disposto no artigo 4º da LICC.

Conforme inteligência do artigo supracitado tem-se que a função mais elementar dos princípios gerais do direito, portanto, é preencher as lacunas da lei. Nessa esteira é que se o julgador se deparar com uma situação na qual não encontre uma solução para o caso que lhe é submetido, tendo já lançado mão da analogia e dos costumes, deve se socorrer aos princípios gerais de direito.

É o que em boa síntese BEVILÁQUA (1951, p. 45) leciona:

Se o processo analógico deixa de subsistir as falhas da legislação, se nem a lei nem o costume providenciam para a hipótese, que se apresenta ao aplicador da lei, cumpre recorrer aos princípios gerais do direito, com os quais o jurista penetra em um campo mais dilatado, procura apanhar as correntes diretoras do pensamento jurídico e canalizá-las para onde a necessidade social mostra a insuficiência do direito positivo.

Parece-nos que o ilustre autor ao se posicionar nesse sentido baseou-se numa ordem léxica no que tange à busca de solução para casos concretos.

Importante ponderar a advertência de REALE (1994, p. 311) sobre o assunto, quando afirma que:

Ora, o apelo à analogia não impede que recorramos, concomitantemente, aos costumes e aos princípios gerais, mesmo porque todo raciocínio analógico pressupõe a apontada correspondência entre duas modalidades do real postas em confronto seja, estes reforçam as aduzidas razões de similitude e dão objetividade à sempre delicada aplicação do processo analógico.

Disso decorre a conclusão segundo a qual o que realmente há é a correlação entre analogia, costumes e princípios gerais de direito e não exclusão, mesmo porque os

princípios gerais de direito são os alicerces do ordenamento jurídico. Entender diversamente disso implica sabotar outra fundamental função dos princípios, qual seja, sustentar o ordenamento jurídico, coroando apenas a função integrativa. E é por isso que aliamos-nos ao posicionamento de Miguel Reale.

A fim de complementar a exposição de tema tão relevante é que surge a necessidade de tratar da origem dos princípios gerais de direito, e para tanto faremos menção a duas escolas do pensamento jurídico filosófico: jusnaturalismo e o positivismo jurídico, já que a referida origem guarda relação com as fundamentações doutrinárias da ciência jurídica.

De acordo com a temática da Filosofia do Direito há apenas dois posicionamentos básicos que deles decorrerão perspectivas, absolutamente distintas no que diz respeito à origem dos princípios gerais de direito. Para os positivistas, os princípios gerais de direito se limitam àqueles consagrados pelo ordenamento jurídico. Diferentemente da corrente jusnaturalista, não há que se falar em natureza suprapositiva dos referidos princípios. Assim, tudo o que os princípios gerais de direito vierem a expressar deve, necessariamente, estar contido no ordenamento jurídico, pois do contrário, surgiria a possibilidade do arbítrio judicial.

Por outro lado, os jusnaturalistas se pautam na ideia de que os princípios gerais de direito vão além do ordenamento jurídico vigente, ou seja, possuem natureza suprapositiva.

Paulo Bonavides ao se referir à juridicidade dos princípios ora tratados, leciona em sua obra Curso de Direito Constitucional a existência de três fases que identificam, de maneira distinta o grau de juridicidade dos princípios. Partindo de uma análise cronológica, identificamos a fase jusnaturalista, segundo a qual os princípios gozavam de normatividade, praticamente, nula (BONAVIDES, 2006, p. 259). Posteriormente, surgiu a fase positivista. Foi aí que os princípios foram inseridos nos códigos, exercendo, subsidiariamente, o papel de fonte normativa (BONAVIDES, 2006, p. 262). E por fim, temos uma fase que coincide com os grandes momentos constituintes do século XX, qual seja, a fase pós-positivista (BONAVIDES, 2006, p. 264).



Nessa esteira, as promulgações das constituições, fizeram com que os princípios ocupassem posição de relevo no ordenamento jurídico. Assim é que passaram de fonte subsidiária à fonte primária de normatividade. Isso ocorreu quando se deslocaram dos códigos, diretamente, para as constituições, incorporando, dessa forma, o atributo de fundamento de toda a ordem jurídica. Nasceram, então, o que hoje conhecemos como princípios constitucionais. Conclui, Bonavides, olhando pelo prisma da ontologia, pela inexistência de diferença entre os princípios gerais de direito e princípios constitucionais (BONAVIDES, 2006, p. 293-294).

### **2.2.2.1 Princípio da presunção de inocência**

Num passado não tão distante, o processo penal possuía características bem distintas das que hoje conhecemos, pois sua estrutura era inquisitória. A simples instauração de um processo penal já era motivo suficiente para que o acusado fosse tratado como culpado. Era necessário dispender muita energia para conseguir provar que era inocente, já que, muitas vezes, não se tinha conhecimento do conteúdo das acusações e, muito menos, das provas apresentadas contra ele.

No tocante à apreciação das provas, prevalecia de maneira plena o livre convencimento do julgador, ou seja, não havia obrigação de expor as razões que o levaram a condenar o réu. Além disso, medidas notoriamente discriminatórias eram tomadas de acordo com a classe social a que pertencia.

O interesse do Estado era sempre mais importante que o interesse do homem. O Estado totalitário da época desconhecia o que, hoje conhecemos como direitos fundamentais do homem. Assim se apresentava de maneira geral o processo penal inquisitório. Foi com a Revolução Francesa, marco histórico, que o acusado passou a ter certas garantias.

Os ideais iluministas tiveram grande importância na transformação da presunção de culpa, onde o acusado tinha o ônus de provar que não era culpado, para a presunção de inocência. Foi rompida a estrutura processual penal vigente até então,

dando lugar a um processo penal de base acusatória. Passou-se a considerar os direitos de defesa do acusado como direitos inerentes à pessoa humana, vez que a liberdade individual, gradativamente, foi se sobrepondo aos interesses do Estado totalitário

A vitória dos ideais iluministas foi consumada com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fonte histórica do princípio da presunção de inocência (PEIXINHO, 2001, p. 244). Em decorrência disso é que, anos mais tarde, a Constituição Federal pontuou em seu artigo 5º, inciso LVII que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

No que diz respeito ao significado do princípio da inocência, dois aspectos devem ser citados. Tem-se o primeiro no que tange aos critérios que norteiam o legislador constituinte na elaboração de normas que lidem com o tratamento processual dispensado a um réu. Nesse sentido, evita-se a elaboração de leis que desprezem a inocência do réu ou que o faça presumir culpado. E o segundo aspecto refere-se à parte intra-processual, ou seja, durante os vários atos, das várias fases do processo é defeso a prática de qualquer ato que faça presumir culpado o réu (PEIXINHO, 2001, p. 346).

Atualmente está consagrado nos Estados de Direito Democráticos o princípio da presunção de inocência. No entanto, duras críticas incidiram sobre tal princípio ao longo dos anos. Para os positivistas, o fato de ser amplamente garantido os direitos do acusado, perdia-se a razão de ser do princípio da presunção de inocência. Havia por parte daqueles, uma tendência a tratar pessoalmente cada delinquente, ou seja, o tratamento dependeria de sua personalidade e de seu passado. Assim, uns deveriam gozar da presunção de inocência e outros da presunção de culpa.

Como consequência do princípio da presunção de inocência, tem-se que o acusado possui o direito de ser tratado como o não acusado. Ora, o fato de estar ele respondendo a um processo não o faz merecer tratamento desigual ao que não está. A este respeito, porém tratando, especificamente, de relação laboral e de processos disciplinares, afirma Breno Melaragno Costa (PEIXINHO, 2001, p. 351):

Não pode ocorrer o desaparecimento baseado no fato da pessoa estar na condição de réu. A perda da confiança subjetiva no empregado é uma coisa, mas o fato dele ser acusado é outra. O motivo não pode ser o fato dele estar

respondendo a um processo, uma vez que persiste sua inocência. O mesmo ocorre com processos disciplinares. O simples fato dele estar respondendo a um processo na justiça não pode ser usado como justificativa de sanções disciplinares.

E acrescenta: “refiro-me aqui simples e unicamente ao fato dele ser réu.”

Por fim, Melaragno (PEIXINHO, 2001, p. 351) esclarece que:

Se por exemplo instaurado um processo criminal contra o empregado por furto ao seu empregador este não pode usar a existência deste processo como justificativa de despedimento. Da mesma forma num processo disciplinar não pode-se adaptar sanções baseando-se unicamente na existência de um processo criminal contra o acusado.

No que tange à consequência intra-processual do princípio da presunção de inocência importa tecer alguns comentários a respeito do ônus da prova. Não se pode olvidar que o ônus da prova no processo penal brasileiro recai sobre aquele que alega. Assim, é direito subjetivo do acusado ter sua culpabilidade comprovada. Dessa forma, inexistente necessidade por parte do réu de provar sua inocência para se ver absolvido.<sup>7</sup>

Ainda no tocante ao princípio da presunção de inocência, cumpre dizer que há na doutrina posicionamentos distintos no que diz respeito ao fato de o princípio do *in dubio pro reo* ser ou não autônomo em relação ao princípio da presunção da inocência. Não obstante apresentarem semelhanças, possuem, outrossim, peculiaridades que os diferenciam. A presunção de inocência possui maior amplitude, incidindo no processo e também fora dele. Já o princípio do *in dubio pro reo* se concretiza apenas processualmente. Decorre de dúvida não sanada em relação às provas apresentadas, ensejando interpretação do órgão judicial que mais beneficie ao acusado. Com efeito, o

---

<sup>7</sup> Corroborando tal entendimento, o STF assim se posicionou: Nenhuma acusação penal presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao MP comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20-12-37, art. 20, nº 5) (STF-1ª T.-HC nº 73.338/RJ-Rel. Min. Celso de Mello-RTJ 161/264).

*in dubio pro reo* relaciona-se com a produção de provas, já a presunção de inocência evidencia seus efeitos ao longo de todo o processo e, portanto, se mostra mais ampla.

Cumpra asseverar que, mesmo que o órgão responsável pela acusação não consiga provar os fatos alegados em desfavor do acusado e sendo o caso de o magistrado estar plenamente convencido de sua culpabilidade, não haverá incidência do *in dubio pro reo*, mas nem por isso deixará de existir o princípio da presunção de inocência. Em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alguns aspectos relacionados à concretude desse princípio merecem destaque.

Recentemente, o STF se manifestou a respeito da execução provisória da pena. Na ocasião, reafirmou o princípio da presunção de inocência segundo o qual enquanto o processo não transita em julgado a regra, conforme o disposto na Constituição Federal, é que a pessoa é inocente e por este motivo deve permanecer solta.

Com isso não queremos afirmar que a regra seja absoluta. Sempre haverá a possibilidade de o juiz analisar, caso a caso, e decidir pela manutenção da prisão desde que a decisão seja fundamentada. Isso também encontra respaldo na CF. Assim, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, não interfere na situação das prisões em flagrante, temporárias e preventivas. Uma vez presente os requisitos constantes do artigo 312 do CPP pode o juiz decretar ou manter a prisão do acusado.

O cerne da questão referente à execução provisória da pena reside no fato de não poder o juiz determinar o início do cumprimento da sentença, enquanto ainda for possível, ou estiver em curso, recursos nas instâncias superiores, ainda que o réu tenha sido condenado em primeira instância e a sentença tiver sido confirmada pela segunda instância. Cumpra asseverar que em consonância ao recente posicionamento adotado pelo STF desnecessário é o recolhimento do réu à prisão para possibilitar o recurso de apelação. O recolhimento à prisão só se justificará nos casos de superveniência de fato novo.

Sobre o assunto, vejamos o seguinte precedente da Suprema Corte:

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PENDÊNCIA DE RECURSO DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. RÉU QUE AGUARDOU, EM LIBERDADE, O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. DECRETO DE PRISÃO CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. GARANTIA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E DIREITO À PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. LIMINAR DEFERIDA. ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. No julgamento do HC 84.078, da relatoria do ministro Eros Grau, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da execução provisória da pena. Isto por entender que o exaurimento das instâncias ordinárias não afasta, automaticamente, o direito à presunção de não-culpabilidade. 2. Em matéria de prisão provisória, a garantia da fundamentação das decisões judiciais consiste na demonstração da necessidade da custódia cautelar, a teor do inciso LXI do art. 5º da Carta Magna e do artigo 312 do Código de Processo Penal. A falta de fundamentação do decreto de prisão inverte a lógica elementar da Constituição, que presume a não-culpabilidade do indivíduo até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (inciso LVII do art. 5º da CF). 3. Na concreta situação dos autos, contra o paciente que aguardou em liberdade o julgamento da apelação interposta pela defesa foi expedido mandado de prisão sem nenhum fundamento idôneo. 4. Ordem concedida (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Hábeas Corpus nº 93062/MG. Relator (a) Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2009. STF, Brasília, 2009).

### **2.2.2.2 Princípio da proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade, assim como o princípio da presunção de inocência, guarda íntima ligação com os direitos e garantias individuais da pessoa humana. Não obstante encontrarmos sua origem no direito penal foi no campo administrativo que o princípio da proporcionalidade assumiu a forma de limitação das liberdades individuais. Isso ocorreu na França, ainda no século XIX. Diante de tal fato, é que foi possível reformar decisões administrativas quando, nestas, ficava caracterizado excesso de poder (CANOTILHO, 2001, p. 360-361). Nesse contexto, é que os Tribunais passaram a limitar o poder do legislador de maneira a impedi-lo de restringir, por meio de leis, os direitos fundamentais.

Há que se notar que em determinados aspectos o princípio da proporcionalidade produz, segundo Paulo Bonavides, uma controvertida ascendência do juiz sobre o legislador, sem chegar, todavia, a corroer ou mesmo abalar o princípio da separação de poderes.

Para alguns estudiosos do assunto, o princípio da proporcionalidade tem percorrido uma tímida trajetória. Isso pelo fato de haver, segundo esses doutrinadores, um excessivo apego, tanto por parte da doutrina como da jurisprudência, ao princípio da separação dos poderes. Sobre o assunto, mais uma vez reportamo-nos à significativa contribuição de (BONAVIDES, 2006, p. 399) quando afirma que:

(...) a limitação aos poderes do legislador não vulnera o princípio da separação, de Montesquieu, porque o raio de autonomia, a faculdade política decisória e a liberdade do legislador para eleger, conformar e determinar fins e meios se mantêm de certo modo plenamente resguardada. Mas tudo isso, é óbvio, sob a regência inviolável dos valores e princípios estabelecidos pela constituição.

Daniela Lacerda citando o autor acima referido, afirma que a Lei Fundamental de Bonn<sup>8</sup> representou o marco inaugural do princípio da proporcionalidade em âmbito constitucional. E constata nesse momento histórico a passagem do Estado de Direito vinculado ao princípio da legalidade, para o Estado de Direito atrelado ao princípio da constitucionalidade (BONAVIDES, 2006, p. 361). Uma vez imperando o Estado de Direito sob o prisma da constitucionalidade, o legislador foi despido da soberania que era característica do Estado de Direito pautado na legalidade, deixando de agir com inteira liberdade de outrora. Paralelamente, o juiz passou a contar com um espaço mais livre no que diz respeito ao exame e controle de aplicação das normas, corroborando, dessa forma, a supremacia da Constituição sobre a lei (BONAVIDES, 2006, p. 400). Em decorrência disso, a Administração, o legislador e também os órgãos judiciários tiveram que se submeter aos ditames constitucionais e, conseqüentemente, aos direitos fundamentais nela consagrados.

Cumprir dizer que o referido princípio possui caráter constitucional, ainda que implícito, já que este decorre da própria natureza e essência do Estado de Direito (BONAVIDES, 2006, p. 401). Em se tratando do princípio da proporcionalidade é preciso

---

<sup>8</sup> A referida Lei foi resultado da árdua e nobre tarefa da qual se incumbiu a Assembléia Constituinte alemã de redigir uma Lei Fundamental com poderes de constituição, num momento delicado da história mundial, principalmente para Alemanha que se encontrava dividida e ocupada no pós-segunda guerra mundial. Significativa foi sua influência nas mais diversas constituições do mundo.

consignar que significativa foi a contribuição da doutrina e jurisprudência alemã para o desenvolvimento do conteúdo do que entendemos hoje como proporcionalidade.

Dessa forma, para o direito alemão houve uma evolução do princípio da reserva da lei para o princípio da reserva da lei proporcional, ou seja, necessidade de observância da lei que encontra respaldo no respeito aos direitos fundamentais. Assim, os meios devem guardar íntima relação com o que a Lei Maior preceitua sobre restrição dos direitos fundamentais, para se alcançar os fins desejados.

Tratando-se especificamente do desenvolvimento da proporcionalidade tem-se que esta se deu em três níveis ou também chamados de sub-princípios. O primeiro deles é a adequação, que pode ser compreendido como a ponte que liga o meio e o fim baseado no interesse público a ser alcançado, ponte esta que possui impermeabilidade no que tange ao arbítrio do Estado. Veda-se assim o arbítrio, exatamente, por fazer incidir a ponderação no meio utilizado para se alcançar o fim pretendido. Assim, serão constitucionais os atos limitadores dos direitos fundamentais sempre que a restrição se justificar para o atingimento do fim.

Com efeito, Canotilho, no mesmo sentido assevera que entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim, deve existir uma inequívoca conexão material de meios e fins (PEIXINHO, 2001, p. 363).

Após as considerações feitas sobre a adequação, passemos a fazer referência ao segundo sub-princípio que é a necessidade. Por esse sub-princípio entende-se que uma medida só será aceita quando não restar dúvida quanto à sua necessidade. É imprescindível, todavia, que a medida adotada seja indiscutivelmente menos gravosa que as demais. Em outras palavras, porém, no mesmo sentido é mister transcrever o comentário de MAUNZ e DUERIG (2006, p. 397) segundo o qual:

De todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave (“*das Prinzip der Wahl des mildesten Mittels*”).

Assim o meio empregado pelo legislador deve conseguir atingir o fim desejado, ser o mais eficaz dentre todos, e carregar consigo uma limitação mais branda aos direitos fundamentais.

E por fim, há a proporcionalidade em sentido estrito, também denominada de razoabilidade, exigibilidade ou justa medida. A proporcionalidade em sentido estrito quer dizer que deve haver uma ponderação no que diz respeito aos possíveis danos causados pela aplicação de uma determinada medida restritiva e os resultados por ela obtidos. Sobre o sub-princípio em tela, Paulo Bonavides citando o constitucionalista Pierre Muller assevera que a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo, e afirma ainda que, aquele que faz uso deste sub-princípio se defronta igualmente com o que chamou de obrigação e interdição. Obrigação no sentido de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados (BONAVIDES, 2006, p. 398).

Relevante foi a contribuição dada pela Lei nº 9.784/1999, no que diz respeito à previsão expressa do princípio da proporcionalidade, diga-se, em âmbito infraconstitucional, quando em seu artigo 2º, inciso IV, dispôs sobre a necessidade de observação da adequação entre meios e fins, vedando a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

### **2.2.2.3 Princípio da legalidade**

Ao dispor no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, o legislador quis com tal preceito inibir a ação arbitrária do Estado. Tendo em vista a sujeição do Estado às leis, fruto da própria noção de Estado de Direito, é que o Poder Público não pode atuar contrariamente às leis e nem mesmo na ausência destas.

Pelo princípio da legalidade, obrigações somente podem ser criadas por meio de espécies normativas que obedeçam, estritamente, as regras do processo legislativo



constitucional. Tais espécies normativas estão dispostas no artigo 59 da CF. Dessa forma, a vontade daquele que detém o poder cede lugar à lei. Oportuno ressaltar que, diferentemente do que possa parecer, a atividade discricionária da Administração Pública é legítima, vez que a discricionariedade é pautada nos limites da lei e não em sua ausência.

No tocante ao particular, tem-se que a inexistência de lei proibitiva de determinada conduta implica ser ela permitida. Tendo, pois, que ser cumprida a exigência de se observar às regras do processo legislativo constitucional, é que ao particular é dada a faculdade de não acatar as imposições estatais que desrespeitem o referido processo legislativo.

Cumprido asseverar que para que um preceito normativo seja considerado legítimo é necessário não apenas a observância das regras do devido processo legislativo, mas também que seu conteúdo esteja de acordo com os valores protegidos pela CF.

Há em vários pontos do texto constitucional, reiteraões e detalhamentos do princípio da legalidade. Assim é que no caput do artigo 37 encontramos o referido princípio tratando, especificamente, da Administração Pública.

No inciso I do artigo 150, do Texto Constitucional, mais uma vez encontramos o princípio da legalidade, quando, ao tratar da atividade de tributação, o legislador vedou a possibilidade de entes federados exigir ou aumentar tributos que não tenham sido estabelecidos por lei.

Outra clara referência ao princípio ora tratado, encontra-se no artigo 5º, inciso XXXIX da CF, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. No referido inciso, o constituinte tratou do princípio da legalidade, especificamente, em matéria penal. Coroando o princípio em tela é que esse inciso vedou a utilização da analogia para a definição de delitos e aplicação de penas. Ainda no tocante à rigidez do princípio da legalidade em matéria penal, vale dizer que deixou de ser possível a utilização de medidas provisórias em matéria penal e processual penal, conforme artigo 62, § 1º, “b”.

Tendo em vista a falta de clareza, muitas vezes encontrada na doutrina, no que diz respeito à distinção entre princípio da legalidade e princípio da reserva legal, faz-se mister tecer alguns comentários sobre eles.

Inicialmente, cumpre registrar que repousa certa divergência no significado da expressão “em virtude de lei”, constante do artigo 5º, inciso II, da CF. Há aqueles que entendem que a referida expressão carrega consigo somente o sentido de lei formal, ou seja, atos primários emanados do Poder Legislativo e, também, as leis delegadas e as medidas provisórias.

Afirmam os que se opõem a este posicionamento que, se assim o fosse, haveria uma sobreposição de comandos constitucionais, ou seja, ter-se-ia um primeiro comando de caráter geral, o princípio da legalidade, e um segundo, o princípio da reserva legal, mais específico. Nesse sentido, o princípio da reserva legal teria o papel apenas de reforçar o princípio da legalidade já que aquele, mais específico, seria abarcado por este.

Há, por outro lado, uma outra corrente que entende que a palavra “lei” na expressão constante do artigo 5º, inciso II, aplica-se tanto à lei formal como também a atos normativos infralegais, diga-se, atos administrativos. Tratando do assunto em tela, MORAES (2007, p. 134), ensina que:

O princípio da legalidade significa a submissão e o respeito à Lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. Já a reserva legal consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. Encontramos o princípio da reserva legal quando a Constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei. Por outro lado, encontramos o princípio da legalidade quando a Constituição outorga poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relação.

Ainda com relação à reserva de lei, vale dizer que a Constituição Federal estabeleceu o modo relativo e o modo absoluto.

No que tange ao modo absoluto, observa-se que a Constituição exige para sua completa regulamentação a edição de lei formal, sendo esta um ato normativo emanado

do Congresso Nacional. Ressalte-se, mais uma vez, que este ato deve obedecer, rigorosamente, o processo legislativo constitucional MORAES (2007, p. 134).

Por outro lado há o modo relativo, que embora também exija edição de lei formal, permite que fixe a referida lei unicamente parâmetros de atuação para o órgão administrativo, que terá a faculdade de complementá-la por ato infralegal, sem que para isso deixe de respeitar os limites ou requisitos estabelecidos pela legislação MORAES (2007, p. 134).

#### **2.2.2.4 Princípio da dignidade da pessoa humana**

No decorrer da história encontramos diversos avanços e também retrocessos na conquista da dignidade da pessoa humana. Sem a pretensão de esgotar os acontecimentos que contribuíram para que a dignidade alcançasse a posição que hoje ocupa, traçaremos uma linha histórica.

O Cristianismo teve significativa contribuição no avanço da dignidade da pessoa humana. Isso, porque ao mesmo tempo em que era ensinado o valor do indivíduo, valorizava, igualmente, o outro.<sup>9</sup>

Séculos mais tarde, a religiosidade cedeu lugar à razão humana, inaugurando aí o que conhecemos como iluminismo. É nesse momento histórico que começa a brotar a preocupação com o exercício democrático do poder e, por conseguinte, com os direitos individuais do homem (BARCELLOS, 2002, p. 106).

Não se pode olvidar que a produção intelectual de Immanuel Kant, muito fortaleceu as bases da dignidade da pessoa humana, vez que se aprofundou no estudo da natureza humana e de suas relações consigo próprio e com o próximo.

Quando Kant afirma que o homem é um fim em si mesmo, parece não ser demais concluir que seu fim pouco tem a ver com o Estado, já que é possuidor de uma

---

<sup>9</sup> É o que dispõe os versículos 37 a 40 do capítulo 22 do livro de Mateus: “Amarás o Senhor teu Deus de todo o teu coração, e de toda a tua alma, e de todo o teu pensamento. Este é o primeiro e grande mandamento. E o segundo, semelhante a este, é: Amarás a teu próximo como a ti mesmo”.

dignidade ontológica, ou seja, dignidade advinda da própria natureza do ser. É o Estado que existe para ele e não o contrário. Assim é que há a necessidade de o Estado ser organizado para pleno benefício dos indivíduos.

Assim é que Antonio Enrique Pérez Luño, citado por Ana Paula de Barcellos, leciona que Kant sustenta a necessidade da separação dos poderes e da generalização do princípio da legalidade como forma de assegurar aos homens a liberdade de perseguirem seus projetos individuais (LUNO, 2002, 107).

Chegando ao final da linha histórica proposta, cumpre dizer que vale neste ponto o ditado popular segundo o qual é preciso piorar para então melhorar. Esta é uma verdade constatada no Pós Segunda Guerra Mundial, quando, por exemplo, pessoas aderiram ao posicionamento segundo o qual o extermínio em sua forma pura e simples de seres humanos podia consistir em uma política de governo válida (LUNO, 2002, 108). Ou, ainda, quando os próprios líderes das comunidades judaicas negociavam a libertação de judeus tidos por mais importantes ou letrados em troca de judeus “comuns” (BARCELLOS, 2002, p. 108).

Fatos como estes é que consagraram a dignidade da pessoa humana como valor máximo dos ordenamentos jurídicos, interna e também internacionalmente, pois foi a partir daí que as Constituições introduziram a dignidade da pessoa humana como fundamento de seu Estado e também foram firmados Pactos e Declarações com o objetivo de protegê-la (BARCELLOS, 2002, p. 108).

A Constituição da República Federativa do Brasil traz como fundamento seu, no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana. Desse fundamento é que deflui o princípio acima mencionado, segundo o qual o indivíduo deve ocupar posição de destaque na ordem jurídica. Disso decorre uma proteção ao ser humano que alcança tanto os atos praticados pelo poder público como também pelos particulares. Assim, é que a ordem jurídica que acolheu este fundamento não tolera práticas que exponham o ser humano, seja com relação à intimidade, à honra ou mesmo à imagem.

As práticas mencionadas no parágrafo anterior, tanto não são toleradas pela República Federativa do Brasil, que o artigo 5º, inciso X, assegura 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”.

Nesse sentido, é que se posicionou o legislador constituinte quando dispôs no artigo 5º, inciso III a respeito da impossibilidade do ser humano ser submetido à tortura, a tratamento desumano, ou ainda, degradante.

De igual modo, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 5º, 2, assevera que: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

Conceituar dignidade da pessoa humana não é tarefa fácil. Não obstante à sua evolução conceitual no campo da filosofia, entendemos que tal dificuldade pode acarretar prejuízos no âmbito de proteção quando da aplicação da norma jurídica fundamental. De maneira superficial podemos dizer que tal dificuldade de conceituação deflui do fato de se tratar de assunto detentor de conceitos vagos e imprecisos.

Cumpramos asseverar que alguns aspectos da existência humana possuem um caráter mais concreto. Assim, entender o alcance da integridade física, vida e propriedade de uma pessoa, não requer tanto esforço. Diferentemente disso ocorre quando nos deparamos com a definição segundo a qual dignidade da pessoa humana é valor inerente ao ser humano que o identifica como tal. Apesar de haver grande dificuldade em definir dignidade da pessoa humana, não é difícil identificarmos situações em que a mesma foi violada. Daí, é que se conclui pela existência de sua concretude. Diante de potencial prejuízo advindo da falta de clareza na definição da dignidade, é que alguns autores se arriscam na árdua tarefa de defini-la.

Para MORAES (2007, p. 60), dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida.

Gunter Durig citado por Ingo Wolfgang afirma que:

Cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda.

Ingo Wolfgang Sarlet, citado por BARCELLOS (2001, p. 108-109), observa que:

Filosoficamente, a dignidade é uma característica inerente ao homem, que a norma não concede mas apenas reconhece; daí porque muitos autores registram que não há um 'direito' à dignidade mas sim o direito ao respeito à dignidade e à sua promoção. A importância dessa observação está em que o indivíduo continua sendo digno nada obstante a violação das normas que pretendem assegurar condições de dignidade. Nessas hipóteses, a pessoa estará sendo submetida a uma situação indigna e incompatível com sua dignidade essencial.

Nessa esteira, vale reafirmar que a dignidade antecede a criação do Estado de Direito e que independe de qualquer estrutura de Estado. Ela sequer necessita ser reconhecida para existir, pois sua origem se confunde com a própria existência humana. Em decorrência disso é que não se admite nem mesmo nos casos de maior barbárie que a dignidade da pessoa humana seja suprimida.

Com efeito, espera-se com a observância da dignidade humana que em se tratando de limitação ao exercício dos direitos fundamentais, seja esta realizada de forma excepcional e com amplo respeito à pessoa. Em se tratando de qualidade intrínseca à pessoa humana, é que verifica-se o caráter irrenunciável e inalienável da dignidade. Sendo assim, apenas em caráter excepcional é que pode vir a ser violada, e como regra deve ser respeitada e protegida.

Imperioso destacar que, da dignidade da pessoa humana, deve decorrer, por um lado, um direito individual protetivo e, por outro, um dever fundamental. O primeiro diz respeito à proteção que o indivíduo deve ter em relação ao Estado e também à proteção devida entre os próprios indivíduos. Já o segundo se aplica aos próprios indivíduos, nas relações existentes entre eles (MORAES, 2007, p. 61).

Conforme dito anteriormente, dificultosa é a definição de dignidade da pessoa humana. Não obstante a intensa tentativa dos diversos autores em defini-la, cumpre dizer

que dificuldade maior reside no fato de se desejar universalizar esse conceito, já que vivemos num mundo rico em diversidade cultural.

Assim é que, juntamente com Boaventura Santos, nos posicionamos a favor do diálogo intercultural, a fim de se alcançar uma satisfatória troca de culturas e saberes. Vejamos a lição do referido autor ao sustentar que:

O conceito corrente de direitos humanos e a própria noção de dignidade da pessoa assentam num conjunto de pressupostos tipicamente ocidentais, quando, em verdade, todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, muito embora nem todas elas a concebiam em termos de direitos humanos, razão pela qual se impõe o estabelecimento de um diálogo intercultural, no sentido de uma troca permanente entre diferentes culturas e saberes, que será viabilizado pela aplicação de uma “hermenêutica diatópica”, que, por sua vez, não pretende alcançar uma completude em si mesma inatingível, mas sim ampliar ao máximo a consciência da incompletude mútua entre diversas culturas por meio do diálogo (As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09-361-Ingo\\_Wolfgang\\_Sarlet.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf)>).

Por fim, Ingo Wolfgang, ressalta o relevante papel do Direito e também da Filosofia do Direito no que tange a visão que se deva ter de dignidade em todo o mundo, quando dispõe que:

[...] um dos papéis centrais do Direito e da Filosofia do Direito é o de assegurar, por intermédio de uma adequada construção e compreensão da noção de dignidade da pessoa humana, a superação de qualquer visão unilateral e reducionista e a promoção e proteção da dignidade de todas as pessoas em todos os lugares (As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09-361-Ingo\\_Wolfgang\\_Sarlet.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf)>).

### **2.2.2.5 Princípio da razoabilidade**

Não raro, no mundo jurídico nos deparamos com incertezas terminológicas que, por vezes, dificultam a exata compreensão do que sua essência nos quer dizer. Corroborando tal ideia, há ainda situações em que parece haver divergência de

pensamento, quando na verdade o que existe é imprecisão na linguagem. É o que assevera Sampaio Dória: “Os homens dissentem mais em virtude da equivocidade da linguagem que usam, do que pelas concepções que tenham, das realidades em si” (OLIVEIRA, 2003, p. 81).

Há na doutrina entendimento segundo o qual o princípio da proporcionalidade diverge do princípio da razoabilidade. Para isso, afirmam que naquele se realiza um exame abstrato dos bens jurídicos envolvidos. Já na razoabilidade, há um exame concreto tendo em vista a peculiaridade do caso particular (OLIVEIRA, 2003, p. 84). Dessa forma, a razoabilidade deve avaliar as condições pessoais e individuais no momento da decisão. Já a proporcionalidade possui caráter formal, ou seja, fica restrita a relação meio-fim (OLIVEIRA, 2003, p. 84).

Outros, no mesmo sentido, afirmam que a diferença entre razoabilidade e proporcionalidade reside na superioridade desta sobre aquela, vez que inexiste na razoabilidade os subprincípios da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Eis aí o motivo pelo qual Wilson Antônio Steinmetz entende ser necessário o princípio da proporcionalidade para a solução dos casos em que haja colisão de direitos fundamentais (OLIVEIRA, 2003, p. 85).

Seguindo o pensamento de Fábio Corrêa, os argumentos supracitados caem por terra, tendo em vista que, tratar de exame concreto ou abstrato é mera preferência terminológica que em nada afeta o seu conteúdo. Outrossim, não nos parece razoável dizer que a proporcionalidade se mostra superior em relação à razoabilidade, pois há, ainda que implicitamente, a presença dos três subprincípios também na razoabilidade. O princípio da proporcionalidade tem origem no direito público alemão. Já o da razoabilidade é de origem anglo-saxônica. Está é a única diferença que merece ser acolhida.

A rigor, não há prejuízo na escolha de um ou outro termo, já que a essência é a mesma e também perseguem fim comum, qual seja, proteger e desenvolver os direitos fundamentais e, ora limitar ora condicionar as atuações do Estado. Faz-se presente, portanto, a fungibilidade entre esses princípios.



## 2.3 Uso de algemas: abuso ou necessidade

### 2.3.1 Posição do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado favoravelmente ao uso de algemas nas sessões de julgamento. Entende não haver constrangimento ilegal em manter o réu algemado durante a sessão, se esta medida for necessária ao bom andamento e segurança do julgamento, bem como dos presentes. O mesmo tribunal entendeu que a manutenção do réu algemado durante a sessão de julgamento no júri não viola o princípio da presunção de inocência.

Conforme exposto no capítulo um, as Ordenações e Leis do Reino de Portugal e também o Decreto instituído por D. Pedro tratavam do emprego das algemas como espécie de pena, ou seja, tal instrumento era utilizado como medida de punição em retribuição a um crime cometido. O emprego de algemas, todavia, não deve ser entendido dessa forma. Cumpre notar que, se assim o fosse, realmente haveria violação do princípio da presunção de inocência, pois teríamos o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado. Nesse sentido, vejamos o seguinte precedente:

CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. NULIDADES. JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL POPULAR. QUESITO RELATIVO À LEGÍTIMA DEFESA. TERMO DE VOTAÇÃO E ATA DE JULGAMENTO. CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ERRO MATERIAL. PREJUÍZO À DEFESA NÃO DEMONSTRADO. RÉU QUE PERMANECEU ALGEMADO DURANTE A SESSÃO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PROGRESSÃO DE REGIME. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA INCIDENTER TANTUM PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

I. Descabido o argumento de nulidade no julgamento do Tribunal do Júri, se pelo exame do termo de votação, da ata de julgamento e da sentença constata-se que a tese de legítima defesa não foi reconhecida pelos jurados, tendo ocorrido apenas uma falha material na digitação do resultado da votação do quesito que afastou a tese de legítima defesa, por maioria.

II Considerando que a sentença e a ata do julgamento consignaram a condenação do paciente, bem como o fato de os outros quesitos relativos à tese de legítima defesa terem sido afastados pelo Magistrado por estarem prejudicados, afasta-se o argumento de contradição no julgado.

III No tocante ao tema de nulidades, é princípio fundamental, no processo penal, a assertiva da não declaração de nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art.

563 do Código de Processo Penal.

IV Se o Magistrado reputou necessária a manutenção das algemas para melhor regularidade do julgamento, não há que se falar em violação ao princípio da presunção da inocência, assim como não se pode considerar que tal ato tenha influído no ânimo dos jurados.

V O uso de algemas no plenário não caracteriza constrangimento ilegal, pois, nos termos do art. 251 do CPP, ao juiz incumbirá prover a regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar força pública.

VI O pleno do STF, por maioria de votos, em sessão realizada em 23/02/2006, deferiu o pedido formulado no habeas corpus n.º 82.959/SP e declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90, que trata da obrigatoriedade do cumprimento de pena em regime integralmente fechado para os condenados pela prática de crime hediondo.

VII. Deve ser afastado o óbice do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 e reconhecido o direito do paciente ao pleito do benefício da progressão de regime prisional, cabendo ao Juízo competente a verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei.

VIII. Ordem parcialmente concedida, nos termos do Voto do Relator.

(Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 63.779/SP. Relator Ministro GILSON DIPP. Quinta Turma, Brasília – DF. Julgado em 17/05/2007. DJ de 29/06/2007 p. 672).

Prosseguindo nos casos de procedimentos não afetos ao júri, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual a utilização das algemas não pode encontrar restrições genéricas, tendo em vista serem elas instrumentos de proteção do próprio conduzido e também relevante instrumento garantidor da efetividade das operações policiais.

Entende ainda que a algema deve ser utilizada para cumprir, basicamente, duas finalidades, qual seja, garantir a efetividade da operação policial e também a segurança de todos os envolvidos. Vejamos os precedentes:

"HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL.

Os pedidos referentes a: apuração de responsabilidade por haver violação de segredo de justiça, proibição de veiculação de imagens do paciente e fixação de mensagem, vedando filmagens, no Tribunal, não são compatíveis com o objeto da ação constitucional eleita, que se restringe à liberdade de locomoção.

O uso de algemas pelos agentes policiais não pode ser coibido, de forma genérica, porque algemas são utilizadas, para atender a diversos fins, inclusive proteção do próprio paciente, quando, em determinado momento, pode pretender autodestruição." Ordem denegada. (Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 35.540/SP. Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA. Quinta Turma, Brasília – DF. Julgado em 05/08/2004. DJ de 06/09/2004 p. 285.)

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. USO DE ALGEMAS.

AFERIÇÃO DE RAZOABILIDADE.

1. O uso de algemas pela força policial deve ficar adstrito a garantir a efetividade da operação e a segurança de todos os envolvidos.

2. Demonstra-se razoável o uso de algemas, mesmo inexistindo resistência à prisão, quando existir tumulto que o justifique.

Afasta-se a condenação da União por danos morais.

3. Recurso especial provido.

(Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 571.924/PR. Relator Ministro CASTRO MEIRA. Segunda Turma, Brasília – DF. Julgado em 24/10/2006. DJ de 10/11/2006 p. 255).

### 2.3.2 Posição do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, já entendeu, em composição completamente diversa da atual, não constituir constrangimento ilegal o uso de algemas, tendo em vista tratar-se, no caso concreto, de medida imprescindível à ordem dos trabalhos e à segurança dos presentes. Eis aí o seguinte julgado:

EMENTA: 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.

(Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71195/SP. Relator Ministro Francisco Rezek. Segunda Turma, Brasília – DF. Julgado em 25/10/1994. DJ de 04/08/1995 p. 22442).

Em outra oportunidade, julgando um RHC, o mesmo tribunal, com composição também diversa da atual, entendeu ser necessário o uso de algemas em audiência para

se evitar a fuga do preso e, outrossim, preservar a segurança das testemunhas. Vejamos:

NÃO CONSTITUI CONSTRANGIMENTO ILEGAL O USO DE ALGEMAS POR PARTE DO ACUSADO, DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL, SE NECESSARIO A ORDEM DOS TRABALHOS E A SEGURANÇA TESTEMUNHAS E COMO MEIO DE PREVENIR A FUGA DO PRESO. INEPCIA DA DENUNCIA NÃO COMPROVADA. RHC IMPROVIDO.

(Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus/SP nº 56.465. Relator Ministro Cordeiro Guerra. Segunda Turma, Brasília – DF. Julgado em 05/09/1978. DJ de 06/10/1978 p. 415).

Conforme se vê, ambos os precedentes são bem antigos e o STF ainda não tinha pacificado entendimento sobre esta matéria. Mais recentemente, todavia, novo pensamento foi sendo construído, no sentido de uma postura mais garantista.

O STF decidiu deixar mais explícito o seu entendimento sobre o uso de algemas tendo em vista a ocorrência de práticas abusivas nas situações em que pessoas algemadas vêm sendo expostas aos *flashes* da mídia. Diante disso, dois precedentes merecem destaques.

No primeiro deles, os Ministros entenderam “que a prisão não é espetáculo” e é exatamente este fato que configura uma das maiores críticas à atuação da Polícia Federal. Vale dizer que se não houvesse registro midiático das prisões, provavelmente o STF não teria se manifestado sobre o assunto. Nesse precedente, julgado no dia 22 de agosto de 2006, cuja Relatora foi a Ministra Cármen Lúcia foram sinalizadas hipóteses em que as algemas podem ser usadas (artigos 284 e 292, do CPP; art. 5º, incisos III, parte final e X, da CF, as regras jurídicas que tratam de prisioneiros, nº 33, adotadas pela ONU e o art. 5º, 2, do pacto de San José da Costa Rica).

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal assentou entendimento de que não obstante a omissão legislativa, a utilização de algemas não pode ser arbitrária, 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 e o da razoabilidade. Vejamos:

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. (. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89429/RO. Relator (a) Ministra Cármen Lúcia. Primeira Turma, Brasília – DF. Julgado em 22/08/2006. DJ de 02/02/2007 p. 920).

O segundo, realizado no dia 7 de agosto de 2009, cujo Relator foi o Ministro Marco Aurélio, resultou na decisão de editar uma súmula vinculante sobre o uso de algemas. Isso ocorreu no julgamento do *Habeas Corpus* 91952, ocasião em que houve anulação do julgamento do pedreiro Antônio Sérgio da Silva, pelo fato de ter sido ele mantido algemado durante todo o julgamento, sem que a juíza-presidente daquele tribunal apresentasse uma justificativa convincente para o caso.

Nessa esteira, entenderam os Ministros que a utilização das algemas na sessão de julgamento implica prejuízo ao réu e que, portanto, as algemas só devem ser utilizadas quando se tratar de risco concreto de fuga ou periculosidade do agente.

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.

(Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91952/SP. Relator Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, Brasília – DF. Julgado em 07/08/2008. DJ de 19/12/2008 p. 850).

### 2.3.3 Súmula Vinculante

A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu uma série de modificações em diversas normas constitucionais. Assim é que temas como, por

exemplo, tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos, competência de órgãos do Poder Judiciário, dentre outros, foram objeto de alterações.

No intuito de melhorar a atividade jurisdicional do Brasil é que, juntamente com as modificações citadas no parágrafo anterior, foi instituída a súmula vinculante. A este conjunto de modificações é que se denominou “Reforma do Poder Judiciário”. Sem dúvida, as razões que levaram à aprovação desse conjunto de medidas são encontradas, basicamente, na necessidade de celeridade e no desejo de segurança nas relações jurídicas colocadas sob a apreciação do Poder Judiciário.

Tratando das características das súmulas com teor vinculante, DIDIER JUNIOR (2006, p. 181), afirmou que:

Se a súmula já representa um plus em face da jurisprudência dominante, porque desta é o extrato e produz, dentre outros efeitos, o de dispensar a pesquisa e menção de acórdãos no mesmo sentido, que dirá agora, a EC nº 45/2004 vêm ainda dotá-la de força *erga omnes* e efeito vinculativo, vale dizer, uma eficácia pan-processual? Com tais atributos, a súmula vinculante praticamente se ombréia à eficácia da norma legal: ambas as fontes apresentam, como núcleo comum, a força obrigatória geral, abstrata e impessoal, mas a súmula vinculante traz ainda uma qualidade a mais, porque, enquanto a norma legal parte do geral para o particular (dedução), demandando interpretação para ser subsumida aos casos concretos, já a súmula, por derivar de caminho inverso (indução, partindo dos julgamentos interativos até a extração de um enunciado), já contém uma sorte de interpretação embutida, auto-explicável.

O artigo 103-A, da CF, versando sobre a súmula vinculante dispôs que:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante a decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa nacional, 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 judiciais 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.

Como se vê, o caput do artigo 103, da CF, atribui efeito vinculante, apenas às súmulas da Suprema Corte que tratam de matéria constitucional. Para isso, estabelece a condição de que seja obedecido um processo formal específico, ao afirmar ser necessário decisão de dois terços dos seus membros e após reiteradas decisões.

Em seu parágrafo primeiro disciplina sobre a relevância de ser a matéria específica, havendo sempre a necessidade de existir controvérsia que gere grave insegurança jurídica e multiplicação de demandas idênticas sobre a mesma controvérsia. No parágrafo segundo traz os legitimados para a propositura de adoção, modificação ou mesmo supressão da súmula. E, finalmente, o parágrafo terceiro faz referência ao instrumento correto a ser utilizado nas situações em que a súmula for contrariada ou mesmo indevidamente aplicada.

A súmula vinculante foi recebida com dois tipos de reações opostas, uma delas entendendo ser o instituto criado como o remédio adequado para a cura da morosidade nas soluções dos conflitos postos sob a apreciação jurisdicional, outra como o vírus responsável por engessar o Poder Judiciário. Alguns entenderam que o Poder Judiciário estaria se revestindo de função legislativa. Outros criticaram a concentração de poder nas mãos dos tribunais superiores e até mesmo a quebra da independência dos órgãos julgadores inferiores.

Por outro lado, houve outros que entenderam ser a súmula vinculante instrumento hábil a oferecer maior celeridade na prestação jurisdicional, instrumento capaz de resolver, de uma vez por todas, o congestionamento nos tribunais, causado pelo elevado número de processos versando sobre matéria já, pacificamente, decidida. Independentemente dos motivos que cada um levantou, é sabido que a súmula, por si só, não é capaz de produzir este ou aquele resultado.

Tratando de maneira específica da possibilidade de a súmula vinculante, automaticamente, propiciar a tão desejada segurança jurídica é que o Pedro Leonardo

Summers Caymmi afirma ter este equívoco origem no entendimento segundo o qual texto de lei, norma jurídica, enunciado legal e súmula vinculante são sinônimos. Nesse sentido, pode-se dizer que enunciado legal, por exemplo, é o sentido extraído, pelas regras da linguagem, de um texto de lei. Já as normas são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos DIDIER JUNIOR (2006, p. 190).

Disso decorre a conclusão segundo a qual, por maior que seja o grau de precisão do texto de lei, sempre haverá a necessidade de que ele seja interpretado para que se chegue a uma norma jurídica, e a súmula, como ideia expressa em texto, igualmente deverá passar por este processo DIDIER JUNIOR (2006, p. 190). A súmula, no entanto, tratada isoladamente, não pode ser a resposta automática e imediata aos anseios por segurança e celeridade do Direito, sendo apenas, conforme CAYMMI apud DIDIER JÚNIOR (2006, p. 193):

Um elemento a ser utilizado pelo agente aplicador no ato de concretização do direito, um “corpo de texto” a mais a ser considerado no processo de criação de disciplina jurídica do caso concreto, pela interpretação; com uma utilidade específica, é verdade, mas nunca com possibilidades de representar, isoladamente, uma resposta definitiva às demandas postas em juízo.

### **2.3.3.1 Súmula Vinculante 11**

O Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, por unanimidade, em sessão realizada no dia 13 de agosto de 2008, 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.



Antes de adentrarmos, propriamente, no conteúdo da súmula, algumas conjecturas quanto às possíveis razões que levaram a Suprema Corte a editá-la, devem ser feitas. Uma provável razão para a criação da súmula vinculante nº 11 foi a suposta falta de regulamentação sobre a matéria, tendo em vista a inexistência, até o presente momento, do decreto federal, previsto no artigo 199 da Lei de Execuções Penais. Outra, foi a também suposta existência de reiteradas decisões sobre o uso de algemas, assunto a ser tratado mais adiante.

Ao que parece, o real motivo da edição da súmula ora tratada foi o atual e concreto desvirtuamento do emprego das algemas, especialmente, nos casos em que estiveram envolvidas pessoas com poderio econômico ou político. Considerando como certo o motivo citado anteriormente, é preciso entender o que realmente pretendeu o Supremo Tribunal Federal com esta súmula.

Se a suprema corte almejou refrear abusos relacionados com o emprego de algemas em pessoa presa, ou ainda, se buscou resguardar a dignidade da pessoa humana, dando concreção aos direitos do preso, protegendo, dessa forma, sua intimidade e direito de imagem, sua preocupação foi, absolutamente, louvável. Isso porque a exibição de pessoas presas diante da mídia como se fosse uma espécie de troféu não se compatibiliza com os princípios e valores tutelados na República Federativa do Brasil. Ao contrário, fere, dentre outros, o princípio e fundamento da dignidade da pessoa humana.

Como guardião da Constituição que é, não poderia o STF se furtar a combater, por meio de tão relevante medida, o sensacionalismo estimulado pelos órgãos de imprensa na cobertura jornalística da prisão de determinadas pessoas.

No intuito de aclarar os aspectos tratados pela súmula vinculante nº11, abordaremos, com certo grau de detalhamento, ponto por ponto. A parte inicial do enunciado da súmula diz que “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”.

Inicialmente, cumpre asseverar que a regra não é a prisão e esta sempre violará a dignidade da pessoa. A regra é, sem sombra de dúvida, a liberdade. A prisão,

por outro lado, é, indubitavelmente, a exceção. O mesmo raciocínio pode ser usado para o emprego de algemas. A utilização de tal instrumento, como não poderia ser diferente em nosso ordenamento jurídico, sempre constituirá exceção.

Partindo da premissa de que a prisão, embora admitida como exceção para o bom desenrolar do processo penal, proporciona maior violação à dignidade que as algemas, cumpre dizer que desde que a referida prisão esteja em total concordância com a lei, não se justifica a vedação do emprego de algemas, que representa menor violação à dignidade da pessoa.

Parece-nos que o ponto de maior obscuridade de toda a súmula reside no fato de precisar, exatamente, quais situações se enquadram no que a própria súmula chamou de “justificada a excepcionalidade”. Diante dos três critérios estabelecidos pela súmula, somente o da resistência pode ser aferido de maneira objetiva.

Por outro lado, tanto o “fundado receio de fuga” quanto o fundado receio de “perigo à integridade própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros” carregam consigo alto teor de subjetividade o que, sem dúvida agravou, ainda mais, a questão da insegurança jurídica no que tange ao emprego de algemas.

Diante disso, alguns questionamentos são inevitáveis. Qual a justificativa será aceita para que se caracterize o “fundado receio”? Qual o parâmetro concreto para algemar, segundo o STF? Será que o correto é algemar a pessoa de acordo com a natureza do crime cometido? Se a resposta for positiva, teremos, nesse contexto, homicidas, estupradores, latrocidias, assaltantes sempre algemados. E estelionatários, ladrões (de todas as camadas da sociedade) sem algemas.

Ou será que o agente do estado deverá esperar ocorrer uma situação concreta que demonstre a periculosidade do preso, ainda que sua prisão tenha decorrido de crime violento?

De se ressaltar ainda que, o desejo de liberdade é inerente à natureza humana. Partindo desse pressuposto, será que em toda e qualquer execução de prisão, seja ela em flagrante ou não, ou ainda, na situação em que o preso vislumbrar a possibilidade de fuga, não haveria o que a súmula denominou de fundado receio de fuga?

O Supremo Tribunal Federal ao estabelecer que a excepcionalidade do uso de algemas deveria ser justificada por escrito criou, indubitavelmente, grandes problemas de ordem prática. Isso porque no caso, por exemplo, de um diretor de presídio que, diariamente, realiza diversos deslocamentos de presos às audiências judiciais, seria, no mínimo, inviável comunicar ao juiz por ofício e de forma fundamentada a respeito da utilização das algemas nesse ou naquele preso.

Outra situação delicada diz respeito à atividade do policial no dia a dia. Rotineiramente, o policial se depara com situações de prisão em flagrante e de cumprimento de mandados judiciais de prisão. Será que não é demais exigir do policial prévio conhecimento sobre a periculosidade do indivíduo pego em flagrante delito? Ou, mais uma vez fazendo referência ao instinto de liberdade do homem, é forçoso concluir que a probabilidade de reação violenta é em bem maior que uma reação pacífica? Parece-nos que não.

O que dizer de juízes criminais se incumbirem da obrigação de justificar o porquê do uso das algemas em cada termo de audiência realizada? Esses são alguns dos muitos questionamentos decorrentes do polêmico assunto emprego de algemas.

Na ocasião da edição da súmula vinculante nº 11, o Presidente do STF, Gilmar Mendes, afirmou que a súmula tinha basicamente o objetivo de evitar o uso de algemas para a exposição pública do preso. Ocorre, porém, que a imprensa não pode noticiar um fato objeto de um processo ou mesmo de um crime como absolutamente verdadeiro ou ainda, um preso algemado da mesma forma que um preso algemado, porém com sentença já transitada em julgado.

Não se trata aqui de defender a censura aos órgãos de imprensa. A liberdade de imprensa, frise-se, é instrumento não só relevante, mas diria básico ao espírito democrático de uma nação. Mas trata-se de defender o direito à dignidade, à imagem e ao bom nome que também da mesma forma são componentes inerentes ao mesmo espírito e, por este motivo, diversos dispositivos cuidam de sua proteção.

Os órgãos de comunicação social muitas vezes demonstram ignorar a existência do princípio da presunção de inocência e o princípio da dignidade da pessoa humana, com seus desdobramentos. É costume ver os periódicos, revistas e noticiários

televisivos informações sobre fatos objetos de processos serem dadas como se verdadeiras já fossem. A consequência de fatos como estes para um inocente podem ser devastadora e, sem dúvida, vai contra as garantias fundamentais de um Estado como o nosso, ou seja, Estado Democrático de Direito.

Sobre o assunto vale a pena transcrever algumas partes do artigo elaborado pelo advogado René Ariel Dotti, publicado na revista jurídica Consulex.

Nos dias correntes e mercê das franquias constitucionais e legais próprias de um Estado Democrático de Direito, inúmeras apurações de fatos apontados como delituosos recebem a interferência e não raro o *combustível ideológico* da mídia, que age ao lado e muitas vezes à frente dos agentes do Estado, num cenário de preconceito no qual se insere a chamada *imprensa investigativa*.

O fenômeno, que atua como força auxiliar do discurso político do crime – é utilizado para fruição de dividendos do poder -, compromete não somente o conceito e a honra individual como também afeta o valor da dignidade da pessoa humana, erigida como princípio fundamental da República Federativa num dos primeiros dispositivos da Constituição.

A notícia sensacionalista das infrações penais e a impetuosidade das primeiras investigações revertem à presunção de inocência para transformar o simples suspeito ou mero indiciado em criminoso. A imprensa, o rádio e a televisão, rotineiramente e por comodidade funcionam e servem-se de fontes oficiais (Polícia e Ministério Público) e rejeitam o exercício democrático de ouvir também o investigado. Há uma insensibilidade, quando não declarada hostilidade, para com esse novo tipo de *inimigo interno*, que passa a ser marcado com *ferro em brasa* como fazia com as antigas penas de infâmia.

Determinados profissionais da mídia eletrônica e muitos *juristas de plantão* compõe a vasta fauna dos *juízes paralelos* que são todos aqueles que se julgam capazes de decidir sobre as condutas alheias com o mesmo vigor de uma sentença transitada em julgado. Nas áreas humanas e sociais muito comum a prática de um jornalismo à sensation, repleto de clichês acerca do endurecimento das penas e do estímulo à expedições punitivas. São os novos e especiais *esquadrões do justicamento sumário* que transformam a notícia em libelo de acusação. *Âncoras* e outros especialistas da informação usam a palavra como lâmina de guilhotina a ceifar a honra e a dignidade das pessoas contra as quais existe mera investigação de um fato ilícito.

Os juízes paralelos do rádio, da televisão e da imprensa são os apóstolos da suspeita temerária e os militantes da presunção de culpa. Muitos delegados de polícia, entusiasmados com a abordagem dos meios de comunicação para opinar acerca de crime que estão apurando, demasiam-se nas entrevistas, comprometendo a eficácia das investigações e a responsabilidade do cargo. São comuns nos casos de repercussão, as notícias de que fulano ou beltrano será *indiciado* pelo crime de tal e qual, quando inexistente o indiciamento como ato formal do processo penal.

Alguns Promotores de Justiça e Procuradores da República cometem o abuso de conceder entrevistas sobre fatos que estão sendo analisados e, com essa atitude, assumem um tipo de compromisso indissolúvel com uma das versões do

episódio, além de sacrificar o generoso princípio da verdade material. Eles são desertores da imparcialidade que deve ser inerente à missão dos agentes da nobre instituição que tem, entre os seus mais altos objetivos, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A respeito da espetacularização das diligências, com propriedade, conclui René Ariel Dotti (REVISTA JURÍDICA CONSULEX – p. 27, Ano XII – nº 279 – 31 de agosto/2008):

Há uma parceria funesta, para a legalidade do processo penal e a dignidade da pessoa humana, entre a Polícia Federal e a emissora de televisão. Aquela, abrindo oportunidade para que as diligências da prisão de suspeitos ou indiciados e de apreensão de coisas sejam fotografadas e filmadas; esta, valendo-se do abuso de poder para alcançar maiores pontos no Ibope, independentemente das exigências éticas do bom jornalismo. O resultado dessa tragicomédia é profundamente nocivo ao interesse da boa investigação, portanto, ao interesse público e às garantias da pessoa presa.

Diante disso é que parece-nos que a súmula vinculante nº 11 errou o alvo e com isso, trouxe inúmeros problemas de ordem prática.

Outro não foi o motivo pelo qual o Ministro Cezar Peluso demonstrou preocupação com os efeitos prático decorrentes da súmula, quando reconheceu que o ato de prender um criminoso e de conduzir um preso é sempre perigoso. Por isso afirmou a necessidade de a interpretação ser sempre em favor do agente do Estado ou da autoridade (PELUSO, Cezar, apud DOTTI, René Ariel. O Uso Desnecessário de Algemas e o Crime de Abuso de Autoridade. REVISTA JURÍDICA CONSULEX – p. 26, Ano XII – nº 279 – 31 de agosto/2008).

Os problemas de ordem prática também foram objeto de preocupação do Procurador Geral da República, Antônio Fernando de Souza, quando instado a se manifestar sobre o texto da súmula. Na ocasião, lembrou que o controle externo da atividade policial é atribuição do Ministério Público, função esta, segundo ele, ainda não devidamente compreendida pela sociedade. Mostrou-se, como dito, preocupado com o efeito prático da súmula sobre a atividade policial, no ato da prisão, ou seja, que a súmula

vinculante número 11 possa vir a servir como elemento desestabilizador do trabalho da polícia, já que muitas vezes, um agente policial tem de prender, sozinho, um criminoso, correndo riscos. Por fim, lembrou que é interesse do Estado conter a criminalidade e, para isso, há que se utilizar a força, quando necessário.

Sobre a questão de ser as algemas medida de força ou não, reporto-me mais uma vez a existência de posicionamentos distintos sobre este aspecto.

O artigo 292 do Código de Processo Penal dispõe que:

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.

Já o artigo 284, também do CPP, estabelece que “não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso”. Com isso, fica clara a existência de correlação entre os termos algema e força.

Ante o exposto, valho-me de parte da exposição realizada no capítulo um do presente trabalho quando afirmamos que a atividade discricionária justifica-se pela impossibilidade de o legislador dispor na lei todos os atos que a prática vai exigir do agente do estado. Diante disso é que a própria lei oferece ao agente a possibilidade de valoração da conduta e é exatamente nessa valoração que se situa a discricionariedade. Assim, é que defendemos a tese segundo a qual o emprego de algemas deve ocorrer dentro da discricionariedade ofertada ao agente do estado.

Passemos a tratar do ponto que previu a sanção de nulidade das prisões e dos atos processuais, como consequência do emprego indevido de algemas. Dentre muitos outros aspectos, a súmula ora tratada versou sobre a possibilidade de nulidade das prisões e dos atos processuais. Assim, é que se o uso de algemas for considerado indevido, por exemplo, no ato de prisão em flagrante, temporária, preventiva, em reconstituição simulada de crime, em audiência para oitiva de testemunhas, dentre outros, há a previsão de nulidade desses atos.

Tal sanção não nos parece razoável. Isso porque a colocação de algemas nada tem a ver com a aquisição de prova sobre a autoria e materialidade de uma determinada infração penal. De igual maneira, nenhuma relação há entre o emprego de algemas e a tipicidade e ilicitude de uma conduta praticada, culpabilidade e punibilidade do suposto autor do crime.

É incompreensível o fato de haver nulidade de atos processuais em situações em que o juiz, por exemplo, já tiver formado seu convencimento, pelo simples fato de as algemas terem sido colocadas indevidamente. Parece-nos que, na tentativa de minimizar um prejuízo, qual seja, colocação indevida das algemas, criou-se um ainda maior. Carece, portanto, de razoabilidade tal sanção prevista na súmula nº 11.

No que toca à responsabilização do agente ou autoridade no âmbito penal, civil e administrativo, cumulada com a responsabilização civil do Estado vale dizer que a súmula muito pouco contribuiu para resolver a celeuma existente em torno do emprego de algemas. Isso porque, havendo constrangimento ilegal, no caso concreto, a legislação preexistente disciplina de maneira satisfatória e completa as sanções necessárias no âmbito penal, civil e administrativo.

Assim é que nos casos em que houver mau uso das algemas responderá a autoridade, penalmente, conforme a Lei de abuso de autoridade (Lei 4.898/65), administrativamente de acordo com a Lei dos Servidores Públicos (Lei 8.112/90) e por fim, civilmente, conforme o artigo 37, § 6º, da CF, ao prevê a obrigação do Estado de reparar.

No que toca a responsabilidade civil do Estado dois são os pontos que constituem pressupostos inafastáveis do instituto da responsabilidade, de maneira geral. O primeiro é o fato e o segundo é a sua imputabilidade atribuída a alguém. É imprescindível a ocorrência do fato (comissivo ou omissivo), pois não há responsabilidade sem a existência de um fato ensejador daquela. Por outro lado, é preciso que o indivíduo responsabilizado tenha aptidão jurídica para efetivamente responder perante a ordem jurídica pela ocorrência do fato (CARVALHO FILHO, 2005, p. 437).

O art. 37, § 6º, da CF dispõe que o Estado é civilmente responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, vierem a causar a terceiros e assegura ainda o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. O Estado, pessoa jurídica, não pode causar qualquer dano a ninguém. A atuação do Estado se consubstancia por meio de seus agentes. Embora sejam eles pessoas físicas e, portanto, capazes de manifestar vontade real, tais vontades são imputadas ao Estado quando atuam em nome deste.

Assim sendo, cabe ao Estado a responsabilidade civil pelos danos causados por aqueles que o fazem presente no mundo jurídico. De igual maneira, se o agente do Estado, nessa qualidade, cometer abusos no emprego de algemas, o Estado certamente responderá por este ato.

O artigo 103-A da CF dispôs que para a criação de súmula vinculante é necessário a existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Conforme se constata, as decisões sobre o assunto são poucas. No intuito de corroborar tal afirmação é que foi realizada uma pesquisa junto ao Supremo Tribunal Federal para dirimir eventuais dúvidas sobre o real sentido da expressão “reiteradas decisões”. Na oportunidade, verificamos que dentre as quatorze súmulas vinculantes existente até o mês de abril de 2009, apenas uma possuía número de precedente menor que o da súmula vinculante nº 11.

Não vislumbramos, outrossim, a ocorrência do disposto no § 1º do artigo 103-A, da CF, ou seja, ocorrência de controvérsia que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

#### **2.3.4 Abuso de autoridade (Lei 4.898/65)**

O abuso de autoridade é crime e abrange as condutas abusivas de poder. Vale dizer que o abuso de poder é gênero do qual surgem o excesso de poder ou o desvio de poder ou de finalidade. No caso do abuso de autoridade, temos a tipificação das condutas



abusivas de poder como crimes, podendo-se dizer que o abuso de autoridade é o abuso de poder analisado sob as normas penais.

O delito conhecido por abuso de autoridade está previsto na legislação extravagante, ou seja, numa lei específica que regula o assunto fora do código penal brasileiro. A lei tipificadora do crime ora tratado é a Lei 4.898/65 e seu artigo 1º reza o seguinte: “O direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos, são regulados pela presente lei”.

O artigo 5º considera autoridade para os efeitos da lei 4.898/65 “quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração”. Assim, o sujeito ativo desse crime pode ser entendido como o agente público no exercício de suas atribuições ou em função dela. Logo, os aposentados, os afastados, demitidos e exonerados não podem ser agente ativo desse crime.

Vale dizer que o conceito de autoridade é o mesmo conceito para fins penais do Código Penal. Dessa forma, jurado e mesário podem cometer abuso de autoridade. Por outro lado, tutores, inventariantes, administrador de massa falida, por exemplo, não podem cometer o crime da lei 4.898/65, pois possuem apenas um *múnus público* (encargo público).

Quanto ao particular, importa dizer que ele somente cometerá um crime de abuso de autoridade se for em co-autoria ou em participação com autoridades públicas, já que a qualidade de autoridade pública é elementar do tipo penal e, portanto, é uma condição pessoal que se comunica ao co-autor ou ao partícipe do crime (Artigo 30 da Lei 7.209/84).

O crime de abuso de autoridade possui dupla subjetividade passiva, ou seja, dois sujeitos passivos. O imediato ou principal é a pessoa física que sofre o abuso de autoridade. Já o sujeito mediato ou secundário é o Estado. Quando o funcionário comete abuso de autoridade está, na verdade, prestando um serviço público irregular.

Podem ser vítimas deste crime qualquer pessoa física, capaz ou incapaz, nacional ou estrangeira. Há também a possibilidade de ser pessoa jurídica, de direito

público ou privado, quando o ato for lesivo à honra ou à personalidade, conforme artigo 4º da citada lei. E por fim, pode também ser vítima o próprio agente público, por exemplo, nos casos de militar praticar abuso de autoridade contra seu subordinado.

O artigo 3º e 4º da referida lei traz as condutas que constituem o crime de abuso de autoridade. Tendo em vista o assunto tratado neste trabalho acadêmico ser o uso de algemas, faz-se necessário transcrever o artigo 4º, “a”, “b” e “h”. Assim, a letra “a” reza constituir abuso de autoridade “ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder”. O a letra “b” preceitua que “constitui também abuso de autoridade submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei”. E por fim, a letra “h” afirma constituir abuso de autoridade “o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal”.

Como se vê, o ordenamento jurídico dispõe de muitos artigos que tutelam a imagem, a honra e a dignidade da pessoa humana, ainda que esta se encontre presa e prevê sanções para aqueles que cometerem abusos.

Nessa esteira, foi dada ao Ministério Público a incumbência de adotar as medidas necessárias para garantir o respeito aos direitos assegurados pela Constituição Federal. O artigo 9º, inciso V, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, prevê que cabe ao Ministério Público “promover a ação penal por abuso de poder”.

Conforme o artigo 2º da referida Lei “Incumbem ao Ministério Público as medidas necessárias para garantir o respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição Federal”. E ainda, de acordo com inteligência do artigo 129, inciso VII, da CF, é função institucional do Ministério Público exercer o controle externo da atividade policial.

Num contexto de grandes episódios públicos no que diz respeito ao uso de algemas, onde homens e mulheres foram algemados sem que tais instrumentos fossem utilizados para impedir a fuga, prevenir agressão contra terceiros ou a autolesão, tudo

isso sob os incessantes flashes da mídia, foi, como não poderia ser diferente, motivo de grandes críticas ao Ministério Público.

## 2.4 Considerações da pesquisa

O Código de Processo Penal, alterado pela Lei 11.689/08, tratou, expressamente, sobre o uso de algemas no Tribunal do Júri em dois artigos.

No artigo 474 do CPP dispôs que:

Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do Júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

E no artigo 478, inciso I asseverou que:

Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível à acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudique o acusado.

Há quem entenda que o uso de algemas durante a sessão de julgamento constitui constrangimento ilegal. Há, também, os defensores da tese de que a utilização de algemas no júri influencia os jurados no sentido de condenar o acusado. Por outro lado, existem aqueles que negam tanto o constrangimento ilegal, como também a possível influência nos ânimos dos jurados no momento do julgamento.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 91.952<sup>10</sup> anulou um julgamento realizado na cidade de Laranjal Paulista, em 2005, vez que o réu, um pedreiro

---

<sup>10</sup> Foi exatamente com este julgamento que foi proposta a elaboração da súmula vinculante nº 11.

acusado de homicídio, permaneceu algemado durante toda a sessão de julgamento. O principal argumento da defesa para a anulação do julgamento foi a potencial influência da imagem do réu algemado perante os jurados, tendo em vista tratar-se de pessoas leigas. Quanto à suposta suscetibilidade dos jurados a influências, algumas ponderações são cabíveis. Antes, porém, é preciso tecer alguns comentários sobre o Tribunal do Júri.

A referida instituição, de origem anglo-saxônica, nada mais é que uma prerrogativa, de caráter democrático, dada ao cidadão, para que este seja julgado por seus semelhantes (MORAES, 2008, p. 88).

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, dispõe que:

É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A organização tratada no caput do artigo 5º foi dada pelo Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, ou seja, pelo Código de Processo Penal, que em 2008 sofreu algumas alterações, inclusive, na parte que dispõe sobre o tribunal do júri.

Conforme visto, o principal argumento da defesa no julgamento do HC 91.952, foi a potencial influência da imagem do réu algemado em plenário perante os jurados. Pois bem, exatamente pelo fato de tratar-se de cidadãos leigos é que o CPP instituiu requisitos específicos para que não repouse dúvida quanto a capacidade concreta desses cidadãos investidos no papel de julgadores, quando de sua participação no julgamento. Para isso, estabeleceu que o cidadão seja alfabetizado, que tenha idade superior a 18 anos, que não incorra em nenhuma hipótese de suspeição e impedimento e que seja notoriamente idôneo, tudo isso na tentativa, bem sucedida, de medir a capacidade de entendimento dessas pessoas.

Outro ponto que merece ser realçado é que ainda que fosse verdade a tese acima esposada, há no próprio inciso que trata do tribunal do júri, disposição a respeito da soberania dos veredictos. Disso decorre o fato de o jurado não ter que fundamentar seu voto, podendo, inclusive, decidir contra as provas dos autos. Assim é que se conclui

pela total impossibilidade de se afirmar que os jurados decidiram pela absolvição ou mesmo pela condenação por este ou aquele motivo.

Nessa esteira, importa registrar que as decisões dos jurados não se dão com base na visualização do réu, mas sim, como a própria lógica do tribunal do júri requer, com base na análise exaustiva dos elementos de convicção que lhes são apresentados, durante um período, pelo representante do Ministério Público, e depois, pela defesa.

Mister destacar que, exatamente por ocupar posição de destaque no tribunal do júri, é que os debates são realizados por profissionais especializados em transmitir e evidenciar aos jurados a prova dos autos, regras e princípios constitucionais atinentes ao caso em análise.

Se se concebe a ideia de que os jurados são influenciados pelo uso das algemas, deve-se conceber também a hipótese de, por exemplo, ser o réu absolvido pelo fato de estar vestindo roupa de cor branca.<sup>11</sup> Não é forçoso concluir que com esta linha de raciocínio chegaríamos ao absurdo de crer que os jurados são simples marionetes e que atuam movidos por aparências.

Tanto parece não ser este o posicionamento mais correto, que nos casos em que, por exemplo, um réu vier a demonstrar de forma concreta sua periculosidade, ameaçando o juiz, o promotor ou mesmo um dos presentes, este, ainda assim não estará, presumidamente, condenado. Se assim o fosse, a análise exaustiva dos elementos de convicção, de nada adiantaria, ao contrário, a decisão final de condenar ou absolver dependeria de maior ou menor talento, por parte do réu, para encenar. Logo, é absolutamente temerária a tese segundo a qual as algemas influenciam no resultado do julgamento, sobretudo, pelo simples fato de serem os jurados leigos.

Ainda sob o prisma da utilização de algemas no plenário do júri, importa salientar que o principal argumento para o não emprego desse instrumento se perfaz em torno da dignidade da pessoa humana. Merece destaque o fato de não só o réu, mas também pessoas do povo, acadêmicos de direito que acompanham a audiência ou que simplesmente circulam pelo fórum, funcionários da justiça, testemunhas, vítimas, juízes,

---

<sup>11</sup> A regra no meio penitenciário é mesmo roupas de cor branca, pois estas facilitam a rápida identificação dos agentes penitenciários em caso de tumultos ou fugas no presídio.

membros do ministério público e advogados (das vítimas e dos réus) serem, igualmente, protegidos pelo artigo 1º, III, da CF, ou seja, pela dignidade da pessoa humana.

Outrossim, a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas. No contexto de audiência, o juiz é responsável pela segurança dos presentes, conforme o disposto na primeira parte do artigo 794, do Código de Processo Penal quando afirma que “a polícia das audiências e das sessões compete aos respectivos juízes ou ao presidente do tribunal, câmara, ou turma, que poderão determinar o que for conveniente à manutenção da ordem”.

Tratando do assunto, Rodrigo de Abreu Fudoli (FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Uso de algemas: a Súmula Vinculante nº 11, do STF. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1875, 19 ago. 2008), Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, trouxe-nos um fato também relacionado ao emprego de algemas. Vejamos:

Espera-se que não ocorra no Brasil algo semelhante ao acontecido em Atlanta, nos EUA, em 2005. Na ocasião, Brian Nichols, réu que era acusado de estupro e estava preso, durante seu julgamento, permaneceu sem algemas, alegadamente para não influenciar os jurados (que, nos EUA, também julgam crimes que não sejam dolosos contra a vida). Brian tomou a arma da agente de polícia que fazia sua escolta, atirando nela, em outros dois agentes de polícia, no juiz (que morreu) e em um funcionário do tribunal (que também morreu).

O seu desejo, todavia, foi em vão. Isso porque, mais próximo do que, talvez, ele pudesse imaginar um juiz criminal, hoje Desembargador do Tribunal de Justiça, também, do Distrito Federal e Territórios, junto ao qual o referido promotor atua, determinou a retirada de algemas do preso e foi baleado no ombro. Assim, é que nos posicionamos favoravelmente à utilização das algemas no júri, ressaltando apenas que tais instrumentos não devem ser utilizados pela acusação como meio de influenciar os jurados, até porque a proibição da referida prática já foi disciplinada pelo artigo 478, inciso I, do CPP.

Por fim, se o crime cometido não for da competência do Tribunal do Júri, o réu será julgado por um juiz de Direito, e, conseqüentemente, não haverá dúvida, de que a

colocação das algemas ocorreu pelo fato de ter sido o réu preso cautelarmente, sem que com isso se presuma sua culpabilidade.

Ante o exposto, verifica-se que praticamente sete anos já se passaram desde a edição da Súmula Vinculante nº11 e ainda sim pairam sobre muitos policiais militares dúvidas quanto ao correto procedimento no uso de algemas, já que a referida súmula trouxe alguns problemas de ordem prática sobre a atividade policial, conforme palavras do então Procurador Geral da República, Antônio Fernando de Souza, que, na ocasião, lembrou que é interesse do Estado conter a criminalidade e, para isso, há que se utilizar a força, quando necessário.

## 2.5 METODOLOGIA

A execução da pesquisa será possível, pois existem materiais disponíveis que versam sobre a matéria de forma geral, mas não no ponto específico. Por conseguinte, o tema é bastante original.

A pesquisa será bibliográfica, com caráter exploratório. As fontes utilizadas serão compostas de legislação, doutrina e jurisprudência. A análise dos dados acontecerá de maneira seletiva, refletiva e crítica.

O trabalho seguirá as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), face seu caráter recomendável para trabalhos acadêmicos. Ao longo da pesquisa serão realizadas referências ao estudo de especialistas, utilizando-se o método dedutivo, em que se parte de questões gerais para conclusões particulares.

No presente trabalho realizamos uma explanação do uso de algemas no direito, onde se enfocará a parte histórica, com a intenção de se demonstrar a evolução do emprego de algemas. E, também, apresentamos dispositivos de diversas espécies normativas que tratam da matéria. O poder de polícia, bem como o uso do poder.

Tratamos dos princípios constitucionais aplicáveis à matéria e seu relevante papel como critério para a exata compreensão dos limites e possibilidade do uso de algemas. Traçamos uma linha histórica, sem a pretensão de esgotar os acontecimentos que contribuíram para que a dignidade alçasse a posição que hoje ocupa.

Examinamos a exata extensão dada pela Constituição Federal e leis esparsas em relação ao legítimo emprego das algemas. Estudamos o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, bem como o do Supremo Tribunal Federal. Analisamos ainda o conceito e perspectiva de súmula vinculante quando de seu surgimento, com a Emenda Constitucional Nº 45, em 2004.

Em um tópico específico tratamos da súmula vinculante nº 11. No intuito de aclarar os aspectos tratados pela referida súmula, com certo grau de detalhamento, ponto por ponto. Na ocasião, apresentamos os pontos positivos e negativos da súmula vinculante nº 11.



Fizemos algumas considerações acerca do crime de abuso de autoridade, previsto na Lei 4.898/65. E, por fim, fizemos algumas considerações resultantes do presente trabalho.

De forma conclusiva, na presente pesquisa questionamos se as hipóteses para o emprego das algemas, previstas na súmula vinculante nº 11, são suficientes para por fim a dúvida que permeia os agentes do Estado que se utilizam de tal instrumento.

Finalmente, verificamos que apesar de já ter transcorrido praticamente sete anos da edição da súmula vinculante nº 11, muitas dúvidas ainda perduram, ensejando, como medida imprescindível, a ministração de instruções quanto ao procedimento de uso de algemas para que a padronização do trabalho dos policiais militares ocorra.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou discutir os argumentos jurídicos relativos ao uso de algemas à luz dos princípios constitucionais, num contexto de omissão normativa específica sobre a matéria. Nesse sentido, foi conferida atenção especial à súmula vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal.

Para destacar a importância do tema, foi demonstrada a polêmica existente acerca do emprego de algemas, que muitas vezes tem se afastado de sua real finalidade.

O STJ firmou entendimento de ser razoável o uso de algemas ainda que inexista resistência à prisão. Ressaltou, na ocasião, entretanto, que o emprego das algemas deve ficar adstrito a garantir a efetividade da operação e segurança de todos os envolvidos. Entendeu não ser possível coibir de forma genérica a utilização de algemas.

No tocante ao Tribunal do Júri, afirmou não haver constrangimento ilegal no fato de o réu permanecer algemado durante a sessão de julgamento se o juiz entender necessário, vez que este é responsável pela segurança dos presentes e pela ordem dos trabalhos.

Outrossim, entendeu que tal medida não viola o princípio da presunção de inocência e tampouco influencia os ânimos dos jurados.

O Supremo Tribunal Federal assentou entendimento de que não obstante a omissão legislativa, a utilização de algemas não pode ser arbitrária, 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 e o da razoabilidade.

No que tange a manutenção do réu preso durante a sessão do tribunal do júri, a Suprema Corte, diferentemente do STJ, entende resultar prejuízo à defesa.

A súmula tinha basicamente o objetivo de evitar o uso de algemas para a exposição pública do preso, tendo em vista a ocorrência de práticas abusivas nas situações em que pessoas algemadas vinham sendo expostas aos *flashes* da mídia.

Absolutamente louvável foi a decisão do STF de editar a súmula vinculante que almejou refrear abusos relacionados com o emprego de algemas em pessoa presa e também buscou resguardar a dignidade da pessoa humana, dando concreção aos direitos do preso, protegendo, dessa forma, sua intimidade, honra e direito de imagem.

Isso porque a exibição de pessoas presas diante da mídia como se fosse uma espécie de troféu não se compatibiliza com os princípios e valores tutelados na República Federativa do Brasil. Ao contrário, fere, dentre outros, o princípio e fundamento da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a referida súmula vinculante trouxe grandes problemas de ordem prática.

Ao estabelecer, por exemplo, que 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, muito pequena foi sua contribuição para situações concretas, já que somente a resistência pode ser aferida de forma objetiva. Tal fato gerou, indubitavelmente, maior insegurança jurídica.

Outro ponto que mereceu destaque diz respeito à possibilidade de nulidade de prisões e atos processuais como consequência do uso indevido das algemas. Tal medida mostrou-se alheia ao princípio da razoabilidade, já que o uso indevido do referido instrumento nada tem a ver, por exemplo, com a aquisição de prova sobre a autoria e materialidade de uma determinada infração penal.

Tendo em vista a impossibilidade de o legislador dispor na lei todos os atos que a prática vai exigir do agente do estado é que a própria lei oferece ao agente a possibilidade de valoração da conduta.

Portanto, o emprego de algemas deve ocorrer dentro da discricionariedade ofertada ao agente do estado, já que discricionariedade não é ausência de lei e sim, possibilidade de escolha nos limites da lei.

No ordenamento jurídico brasileiro a regra é a liberdade. A prisão é exceção e sempre violará a dignidade da pessoa humana. O mesmo raciocínio pode ser estendido ao emprego de algemas. A utilização destas sempre será exceção.

Partindo da premissa de que a prisão, embora admitida como exceção para o bom desenrolar do processo penal proporciona maior violação à dignidade, cumpre dizer que desde que a referida prisão esteja em total concordância com a lei, não se justifica a vedação do emprego de algemas, que representa menor violação à dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

- ANAC. Instrução de Aviação Civil 2504, de 15 de março de 1988, item 5. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/biblioteca/iac/IAC2504.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2015.
- ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos Humanos. Do Mundo Antigo ao Brasil de Todos.** 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 1990.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BEVILAQUA, Clovis. **Teoria Geral do Direito Civil.** 5ª ed. Atualizada por Achilles Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1951.
- BIGAL, Valmir. **O uso de algemas.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº. 1071, 7 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8480>>. Acesso em: 26 abr. 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 19ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.
- BRASIL. Artigo 30 da **Lei nº 7.209** de 11/07/1984 (Código Penal Brasileiro). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De12848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2015.
- BRASIL. Artigo 4º, **Lei nº 4.898/65.** Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. D.O.U. de 13.12.65. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/QUADRO/1960-1980.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1960-1980.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. **Lei nº 75/93.** Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. D.O.U. de 21.05.93. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm)>. 26 abr. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 abr. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 26 abr. 2015.
- BRASIL. **Vade Mecum:** Profissional e Acadêmico de Direito. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2007.

**Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica de 22 de novembro de 1969**, artigo 5º, 2. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2006.

DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995.

DENZEN JUNIOR, Gabriel. **Direito Constitucional: Constituição brasileira comentada e interpretada**. 12ª ed. ampl. Brasília: Vestcon, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRITO, Edvaldo; BAHIA, Saulo José Casali. **Reforma do Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOTTI, René Ariel. **O Uso Desnecessário de Algemas e o Crime de Abuso de Autoridade**. REVISTA JURÍDICA CONSULEX – p. 27, Ano XII – Nº 279 – 31 de agosto/2008.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. **Uso de algemas: a Súmula Vinculante nº 11, do STF**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1875, 19 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11625>>. Acesso em 26 abr. 2015.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **Algemas para a salvaguarda da sociedade: a desmistificação do seu uso**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1199, 13 out. 2006. Disponível em: <<http://2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9038>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Advogado, 1997.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos Humanos: Uma Idéia, Muitas Vozes**. São Paulo: Santuário, 1998.

JUSBRASIL. **Decreto nº. 4.824**, de 22 de novembro de 1871. Disponível em: <<http://www.Jusbrasil.com.br//legislacao103837/decreto-4824-71>> Acesso em: 26 abr. 2015.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Millennium, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade de Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA FILHO, João de. **Origem Cristã dos Direitos Fundamentais do Homem**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma Teoria dos Princípios. O Princípio Constitucional da Razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

ONU. **Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos**. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-NOVO-regrasminimastratareclusos.html>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 1. ed. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2007.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PINTO, Regis Russo. **Uso de algemas no plenário do júri**. Revista Jus Vigilantibus, 25 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/36200>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Emprego de algemas: nota em prol de sua regulamentação**. Disponível em: <[http://www.sergio.pitombo.nom.br/files/word/algemas\\_1.doc](http://www.sergio.pitombo.nom.br/files/word/algemas_1.doc) >. Acesso em: 26 abr. 2015.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 21<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível**. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09-361-Ingo--\\_Wolfgang\\_Sarlet.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09-361-Ingo--_Wolfgang_Sarlet.pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2015.

SILVA, Anne Grazielle Santos da. **Uso de algemas: razoabilidade, proporcionalidade e segurança da equipe policial**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1503, 13 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10273>> . Acesso em: 26 abr. 2015.

UOL. Algema. In: **Dicionário eletrônico Michaelis**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=algema>>. Acesso em: 26 abr. 2015.