



Escola de Magistratura do Rio de Janeiro

A inconstitucionalidade do uso de algemas sob o prisma da coletividade

Mariana Tonelli Vianna

Rio de Janeiro
2009

MARIANA TONELLI VIANNA

A inconstitucionalidade do uso de algemas sob o prisma da coletividade

Artigo científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a Neli Fetzner
Prof^o Nelson Tavares
Prof^a Mônica Areal etc.

Rio de Janeiro
2009

A INCONSTITUCIONALIDADE DO USO DE ALGEMAS SOB O PRISMA DA COLETIVIDADE

Mariana Tonelli Vianna

Graduada pela Faculdade de
Direito Candido Mendes - Centro
Advogada

Resumo: O presente trabalho visa analisar a real inconstitucionalidade do uso de algemas, levando-se em conta os direitos e interesses da coletividade como um todo. Tal estudo implica a compreensão de institutos jurídicos, princípios constitucionais e a Súmula Vinculante 11.

Palavras-chave: Segurança jurídica, dignidade humana, proteção, sociedade, legalidade.

Sumário: Introdução 1. Histórico e contexto da Súmula Vinculante 2. Aplicação de penas por parte da Súmula Vinculante 11 e violação ao Princípio da Legalidade 3. Contenção da criminalidade e interesse da coletividade 4. Segurança e Princípio da dignidade da pessoa humana. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática da edição da súmula vinculante nº 11 pelo STF, vale dizer, a vedação do uso de algemas para situações ordinárias. Estabelece como premissa a reflexão sobre a violação da integridade da Constituição Federal de 1988, uma vez

que a referida súmula transformou o uso das algemas em exceção não apenas no âmbito do Tribunal do Júri, como impõe a Lei 11689/2008, mas também para a execução de ordens judiciais de prisão cautelar. Diante desse panorama, verifica-se que no aspecto formal e material, a Súmula Vinculante 11 é uma afronta a integridade da Constituição Cidadã.

Busca-se despertar a atenção para a falta de requisitos ensejadores de súmulas vinculantes nesse caso, consoante dispõe o artigo 103-A da Constituição, pois não houve decisões sobre matéria constitucional envolvendo o uso de algemas, somente um julgamento isolado de um habeas corpus, na seara do Júri. E isso é bastante diferente da vedação ao uso de algemas em qualquer situação. Também não houve julgados que comprovam a existência de matéria controvertida, demonstrando o desrespeito da Suprema Corte nesse ponto com a sociedade que fica a partir de então à mercê do risco de resistência, do receio de fuga, ou seja, do medo e da insegurança.

Objetiva-se trazer à tona a discussão sobre a má regulamentação do STF sobre a matéria, se fazendo de Poder Legislativo, numa usurpação de competência sem precedentes de jurisprudências anteriores nesse sentido, o que põe em risco o princípio dos freios e contrapesos, já que a nova súmula impõe condições para o uso de algemas que nem mesmo a legislação ordinária ousou em fazer. Além de impor aplicação de penas diante de seu desrespeito, violando o Princípio da Legalidade, já que apenas a lei ordinária pode criar crimes e preceitos secundários.

Ao longo do artigo serão analisados os seguintes tópicos: o momento da edição da súmula e seu contexto, a competência para examinar e padronizar o uso de algemas, o controle de constitucionalidade efetuado, o interesse dos vários membros envolvidos no âmbito da justiça criminal, policiais, juízes, promotores e testemunhas, os princípios envolvidos: dignidade da pessoa humana, legalidade, freios e contra pesos, proporcionalidade. A metodologia será pautada pelo método qualitativo-bibliográfico.

Resta saber, se o descumprimento por parte da Suprema Corte de todos os requisitos elencados no artigo 103-A da Constituição para a edição dessa súmula, não está representando uma ameaça ao Estado Democrático de Direito, conquista esta do povo, que não deseja retroceder ao Estado Policial nem a nenhuma outra forma de hegemonia de poder.

1. HISTÓRICO E CONTEXTO DA SÚMULA VINCULANTE 11

O Plenário do Supremo Tribunal Federal aprovou, em 13 de agosto de 2008, a 11ª Súmula Vinculante, consolidando jurisprudência da Corte no sentido de que o uso de algemas somente é lícito em casos excepcionais e prevendo a aplicação de penalidades pelo abuso nesta forma de constrangimento físico e moral do preso. O Tribunal decidiu, também, dar a esta e às demais Súmulas Vinculantes um caráter impeditivo de recursos, ou seja, das decisões tomadas com base nesse entendimento do Supremo Tribunal Federal não caberá recurso.

É a seguinte a íntegra do texto aprovado: “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.”

A decisão de editar a súmula foi tomada pela Corte no dia 7 de agosto de 2008, durante o julgamento do Habeas Corpus HC 91952. Na ocasião, o Plenário anulou a condenação do pedreiro Antonio Sérgio da Silva pelo Tribunal do Júri de Laranjal Paulista, pelo fato de ter ele sido mantido algemado durante todo o seu julgamento, sem que a juíza-presidente daquele tribunal apresentasse uma justificativa convincente para o caso.

No mesmo julgamento, a Corte decidiu, também, deixar mais explicitado o seu entendimento sobre o uso generalizado de algemas, diante do que considerou uso abusivo, nos últimos tempos, em que pessoas detidas vêm sendo expostas, algemadas, aos flashes da mídia.

A súmula consolida entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o cumprimento de legislação que já trata do assunto. É o caso, entre outros, do inciso III do artigo 1º da Constituição Federal; de vários incisos do artigo 5º da Constituição da República, que dispõem sobre o respeito à dignidade da pessoa humana e os seus direitos fundamentais, bem como dos artigos 284 e 292 do Código de Processo Penal que tratam do uso restrito da força quando da realização da prisão de uma pessoa.

Além disso, o artigo 474 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 11.689/08, dispõe, em seu parágrafo 3º: “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”. No entanto, a Súmula Vinculante 11 transformou o uso de algemas em exceção não apenas no âmbito do Tribunal do Júri, como impõe a Lei 11689/2008, mas também para a execução de ordens judiciais de prisão cautelar. O problema é que no aspecto formal e material, a Súmula é um sacrilégio contra a integridade da Carta Cidadã.

O objeto de discussão do referido HC é nulidade causada pelo uso de algemas em acusado em julgamento no Plenário do Júri. E isso é bastante diferente do uso de algemas em qualquer situação. Ou seja, uma súmula vinculante sobre algemas, nesse contexto, somente seria possível se versasse sobre nulidade pelo uso de algemas em júri. Isso porque, o uso de algemas na execução de prisão cautelar nunca foi assunto controvertido nem mesmo periférico em processos criminais.

A edição da Súmula não atendeu a vários requisitos impostos pelo artigo 103- A da Constituição Federal, sobre: reiteradas decisões sobre matéria constitucional, validade,

interpretação e a eficácia de normas determinadas, controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública, grave insegurança jurídica, relevante multiplicação de processo sobre questões idênticas. Na verdade, a Súmula extrapolou os limites da decisão tomada no HC 91.952, já que houve apenas um julgamento isolado de um HC cujo objeto foi uma nulidade no âmbito do Tribunal do Júri. Nesse ponto, a falta de correlação entre o objeto do HC e o objeto da Súmula é patente. Também não houve ponderação pelo STF sobre validade, interpretação e eficácia da norma determinada, simplesmente porque a Lei 11.689/08, que talvez justificasse a edição, sequer havia entrado em vigor por ocasião do julgamento do HC.

O ministro Marco Aurélio, relator do HC 91952, levou sua proposta de texto da súmula ao Plenário, e a versão definitiva acabou sendo composta com a colaboração dos demais ministros. Assim, foi incluída no texto do verbete a punição pelo uso abusivo de algemas e também a necessidade de que a autoridade justifique, por escrito, sua utilização. Convidado a se manifestar sobre o texto da súmula, o procurador-geral da República, Antonio Fernando Souza, lembrou que o controle externo da autoridade policial é atribuição do Ministério Público, função esta, segundo ele, ainda não devidamente compreendida pela sociedade.

Ele manifestou a sua preocupação com o efeito prático da súmula sobre a autoridade policial, no ato da prisão, ou seja, que a súmula possa vir a servir como elemento desestabilizador do trabalho da polícia. O procurador-geral lembrou que, muitas vezes, um agente policial tem de prender, sozinho, um criminoso, correndo risco. Lembrou, também, que é interesse do Estado conter a criminalidade e disse que, para isso, é necessário utilizar a força, quando necessário.

O ministro Cezar Peluso reconheceu que o ato de prender um criminoso e de conduzir um preso é sempre perigoso. Por isso, segundo Peluzo (2008) a interpretação deve ser sempre em favor do agente do Estado ou da autoridade”.

Por seu turno, o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Gilmar Mendes, disse que a súmula tinha basicamente o objetivo de evitar o uso de algemas para exposição pública do preso e que a Corte jamais validou esta prática, que viola a presunção da inocência e o princípio da dignidade humana. Segundo Mendes (2008) em geral, a utilização de algemas já é feita com o propósito de violar claramente esses princípios, já que o objetivo é algemar e expor na TV. E ao Ministério Público incumbe zelar também pelos direitos humanos, inclusive propondo os inquéritos devidos.

O instituto da Súmula Vinculante, criado pela Emenda Constitucional (EC) 45/04, tem o intuito de pacificar a discussão de questões examinadas nas instâncias inferiores do Judiciário. Após sua aprovação, por no mínimo oito ministros e publicação no Diário de Justiça Eletrônico , a Súmula Vinculante permite que agentes públicos, tanto do poder Judiciário quanto do Executivo, passem a adotar a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

A aplicação desse entendimento tem por objetivo ajudar a diminuir o número de recursos que chegam às instâncias superiores e ao Supremo Tribunal Federal, permitindo que sejam resolvidos já na primeira instância. A medida pretende dar mais celeridade aos processos judiciais, uma vez que podem ser solucionados de maneira definitiva os casos repetitivos que tramitam na Justiça, permitindo que o cidadão conheça o seu direito de forma mais breve.

Percebe-se de forma clara que o Congresso Nacional, ao permitir a edição de tal súmula, autoriza a usurpação de competência atribuída a ele somente pela Carta Magna. Além disso, o uso de algemas faz-se muitas vezes necessário devido ao risco de resistência, fundado

receio de fuga e de perigo à integridade física do encarcerado ou dos vários membros envolvidos no âmbito da Justiça Criminal, sejam eles os próprios policiais, Juízes de Direito, promotores de justiça e, até mesmo, testemunhas.

O Ministério Público de Minas Gerais, no 3º Simpósio dos Promotores e Procuradores de Justiça da Área Criminal- Tribunal do Júri, decidiu, de forma prudente e acertada, conforme ementa 12, que a Súmula Vinculante 11 do STF é formal e materialmente inconstitucional em razão de não haver resultado de reiteração de decisões sobre o tema, bem como por violar o princípio da legalidade, tanto ao estabelecer à autoridade pública dever não previsto em lei quanto ao determinar responsabilidade penal por comportamento não tipificado.

Dessa forma, verifica-se de forma clara que o Supremo Tribunal Federal não tem competência para examinar e padronizar o uso de algemas, pois assim fazendo estará se colocando na posição de legislador positivo. A matéria penal e processual, conforme o artigo 22 da Carta Constitucional, é de competência exclusiva da União, e uma lei que regulamente o tema ainda não foi editada.

Contudo, se não existe sequer a lei para regulamentação do uso de algemas, como poderá o Supremo Tribunal Federal, como órgão de superposição jurisprudencial, examinar a aplicação de matéria legal. Ademais, a decisão quanto ao enunciado da Súmula Vinculante 11 foi feita em caráter de controle difuso de constitucionalidade, portanto aplicar-se-ia somente às partes, conforme tradicional entendimento do referido Tribunal.

2. APLICAÇÃO DE PENAS POR PARTE DA SÚMULA VINCULANTE 11 E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A Súmula Vinculante 11 em sua redação alerta para a aplicação de penas diante do seu descumprimento. O nexo de causalidade para a aplicação da penalização civil, administrativa e penal reside na inobservância da súmula. O óbice é que, segundo o Princípio da Legalidade, apenas a lei ordinária pode criar crimes e preceitos secundários, ou seja, penas. O Princípio da Legalidade, ou Princípio da anterioridade da lei penal, ou ainda Princípio da reserva legal é um princípio jurídico fundamental que estabelece não existir delito fora da definição da norma escrita na lei e nem se pode impor uma pena que nessa mesma lei não esteja já definida.

A origem e o predominante sentido do princípio da legalidade foram fundamentalmente políticos, na medida em que, através da certeza jurídica própria do Estado Democrático de Direito, cuidou-se de garantir a segurança político-jurídica do cidadão.

O princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* é cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, prevista no art. 5º, XXXIX; c/c o inciso IV do § 4º do art. 60 e fundamento do Direito penal brasileiro, figurando no art. 1º do Código Penal.

O Princípio da Legalidade é a expressão maior do Estado Democrático de Direito, a garantia vital de que a sociedade não está presa às vontades particulares, pessoais, daquele que governa. Portanto, não poderia a Suprema Corte se furtar a ele na elaboração de uma súmula vinculante, já que a maior função do Supremo Tribunal Federal é a guarda da Constituição da República.

Tal princípio é alicerce de todo o direito, não só penal falando. O princípio além de assegurar o prévio conhecimento das penas e das sanções, também garante que alguém somente terá a liberdade suprimida ou restringida nos estritos termos da lei. Dessa forma, torna-se notável mais uma inconstitucionalidade da súmula vinculante 11 quando afirma haver responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade quando da inobservância do texto.

A legalidade preserva a liberdade e a dignidade do homem e impede o uso arbitrário do direito penal. Ela obsta que a pena seja utilizada na contingência de uma luta política ou sirva como instrumento de opressão aos adversários. Nesse sentido, defende-se que o preceito protege o homem, não só pelo direito penal, mas também do direito penal.

O estudo e a natureza jurídica do poder punitivo do Estado, poder ou direito subjetivo, *potestas* ou *ius* desemboca natural e necessariamente no questionamento relacionado com os seus limites. Nenhum poder dentro do Estado constitucional e humanitário de Direito pode ser absoluto ou ilimitado. Esses limites, na atualidade, são revelados por meio de princípios, que contam quase todos com base constitucional expressa.

Dois fatores conferem especial relevância ao estudo dos limites do *ius puniendi*. Em primeiro lugar, os drásticos efeitos da intervenção penal: seu impacto destrutivo e irreversível e os elevadíssimos custos sociais da cirurgia penal. Em segundo lugar, a vocação intervencionista do Estado sobretudo o social, que potencializa a sua presença assim como o emprego de toda sorte de meios eficazes para resolver os conflitos e dirigir a convivência social. Em outras palavras, a atuação punitiva do Estado é qualitativamente drástica e quantitativamente intensa.

O Direito se expressa por meio de normas. As normas emanam das regras e dos princípios. Toda norma, de outro lado, é composta de um preceito primário e de um preceito secundário. Norma, princípio, regra e preceito, como se vê, são conceitos interligados, porém, distintos. Os valores são os seus vetores fundamentais, seus guias orientativos, ou seja, retratam suas bases epistemológicas. O valor-meta é a justiça; seu valor-síntese é a dignidade humana. Garantias são os instrumentos criados pelo ordenamento jurídico para eliminar ou reduzir a distância entre o normativismo, o direito contemplado na norma e sua eficácia a realização prática do direito normatizado, uma vez que sua eficácia só pode ser alcançada por meio das garantias.

Os princípios diferentemente das regras não prescrevem uma determinada conduta, porque não contêm a especificação suficiente de uma situação fática e sua correlativa consequência jurídica. Os princípios expressam critérios e razões para uma determinada decisão, mas não a definem detalhadamente. Distintamente do que se passa com as regras, os princípios podem se realizar em maior ou menor medida, porque são mandamentos de otimização que têm uma dimensão de peso.

Na era da globalização, em virtude da incontrolada força que conquistou a linha político-criminal punitivista, o Direito penal acabou experimentando uma exagerada e descontrolada expansão. O velho e clássico Direito penal liberal, construído a partir do Iluminismo de Beccaria, Feuerbach, encontra-se totalmente deformado e desfigurado. Mas se pretendemos que o Direito penal tenha coerência com o modelo de Estado que foi adotado no nosso país, isto é, Estado constitucional e humanitário de Direito, não há outro caminho a percorrer senão fazê-lo observar todos os limites decorrentes da Constituição vigente.

Em outras palavras, o Direito penal precisa voltar ou não pode sair do seu leito constitucional e humanitário, para cumprir com observância de todas as garantias, sua missão primária de proteção fragmentária e subsidiária de bens jurídicos.

Da conjugação do Direito penal com a Constituição podemos e devemos extrair a conclusão de que doze pelo menos são os mais relevantes princípios constitucionais penais, que funcionam como limites internos do poder punitivo. Alguns estão expressamente contemplados na Constituição são explícitos: dignidade, igualdade, legalidade, outros são implícitos.

De qualquer modo, é certo que todos convergem para o princípio-síntese do Estado constitucional e humanitário de Direito. A força imperativa, fundamentadora e interpretativa do princípio da dignidade humana CF, art. 1.º, III é incontestável. Nenhuma ordem jurídica constitucional, internacional ou infraconstitucional pode contrariá-lo.

O primeiro dos princípios decorrentes do princípio gênero, legalidade, é o da reserva legal, o qual reserva para o estrito campo da lei a criação do tipo penal incriminador e sua sanção correspondente. Para a constatação da presença do princípio da reserva legal, basta subtrair os vocábulos "anterior" e "prévia" do dispositivo penal a pouco transcrito, sendo que os mesmos evidenciam claramente a presença do segundo princípio, o da anterioridade. Observa-se, pois, que a junção dessas espécies referidas é que faz ressaltar o princípio gênero que inaugura o Código Penal Brasileiro.

Assim, o princípio da legalidade, fazendo parte da teoria geral dos princípios, surgiu com o Estado de Direito, confrontando-se com todas as formas de autoritarismo, abusos e poderes antidemocráticos. Entretanto, por ser integrante de diversos ramos da ciência jurídica, é oportuno ressaltar que sua interpretação deve ser realizada, adequando-se ora a um, ora a outro ramo jurídico.

Somente a lei, em seu sentido mais estrito, pode definir crimes e cominar penalidades, pois a matéria penal deve ser expressamente disciplinada por uma manifestação de vontade daquela poder estatal e que, por força da Constituição, compete a faculdade de legislar, isto é, o poder legislativo.

Com isto, surge a conclusão de que nenhuma outra fonte normativa inferior à lei pode gerar a norma penal. Seria inconcebível a idéia de um ato normativo, puramente emanado pela vontade unilateral do Presidente da República, criar normas de natureza penal. A reserva da lei é absoluta e não apenas relativa, cabendo a ela somente, criada e aprovada pelo Legislativo, criar tipos e cominar penas.

Percebe-se que o caráter absoluto da reserva legal impede a delegação por parte do poder legiferante de matéria se sua exclusiva competência, lastreado no princípio da divisão de poderes, cláusula pétrea consagrada na Constituição da República. Sendo assim, só ele pode legislar sobre determinado assunto, tal como definir infração penal e cominar-lhe a

respectiva consequência jurídica. O fundamento de garantia da reserva de lei, como princípio de legitimação democrática, deve informar e presidir a atividade de produção normativa penal, por força da particular relevância dos bens em questão. Tem ela, por assim dizer, um papel negativo no sentido de que o objeto imediato e essencial do princípio é o de impedir o acesso do Poder Executivo à normação penal. Destarte, a importância e o fundamento da lei na área penal emergem de modo claro quando se acentua o significado de máxima garantia que representa para o indivíduo: tutela necessária em face da incidência da sanção penal sobre o bem jurídico essencial da liberdade pessoal. O motivo que justifica a escolha do Legislativo como o único detentor do poder normativo em sede penal reside em sua legitimação democrática representatividade popular, de acordo com o artigo 1º, parágrafo único da Constituição da República, fazendo com que seu exercício não seja arbitrário.

Ademais, a lei que dispõe sobre matéria de ordem penal deve ser, por demais, precisa, devendo ocorrer perfeita sincronia e harmoniosa correspondência entre o suposto fato tido por criminoso e a definição da norma. Trata-se de um verdadeiro “quebra-cabeça”, onde a peça faltante não pode ser substituída ou trocada por outra, haja vista que, por mais semelhança que exista, o encaixe não será preciso. O Código Penal ao dispor do princípio da legalidade logo no art. 1º demonstra que o real desejo da própria norma penal é de que a lei defina, com todos os seus pormenores, a conduta delituosa em todos os seus elementos e circunstâncias, com o intuito de somente punir o indivíduo quando ocorrer absoluta correlação do fato com a norma penal incriminadora.

Com efeito, a rigorosa sistemática do princípio da reserva legal veda completamente a utilização da analogia em norma penal incriminadora. Nada mais é do que um limite do próprio tipo legal correspondente, uma vez que a simples correspondência do tipo penal ao fato delituoso apenas por semelhança, isto é, sem uma criteriosa análise de todos os pormenores, acarretaria uma ampliação do rol das infrações penais e, como corolário, suas

penas. É o que se denomina de analogia *in malam partem*. De outro lado, há ainda a analogia *in bonam partem*, esta, contrariando a anterior, favorece o agente de alguma maneira

Contudo, deve-se perceber que a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante 11 acaba por violar de forma indireta a dignidade do homem, já que a violação de qualquer outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. E a violação do Princípio da legalidade é patente no caso em questão, uma vez que o Supremo Tribunal Federal trouxe para si uma competência legislativa que não lhe cabe.

3. CONTENÇÃO DA CRIMINALIDADE E INTERESSE DA COLETIVIDADE

É preciso trazer à baila a questão dos interesses e direitos da sociedade, diante da citada Súmula Vinculante. Isto porque, o uso de algemas faz-se necessário devido ao risco de resistência, fundado receio de fuga e de perigo, além da integridade física do próprio encarcerado, de todos os membros envolvidos no âmbito da Justiça Criminal, sejam juízes, promotores, policiais, testemunhas e a coletividade em si.

Conter a criminalidade já é uma luta diária travada pelo Estado diante da violência diária em que vivemos. A sociedade atualmente para se proteger da violência urbana vive na verdade encarcerada em condomínios de alta segurança, em casas gradeadas, em carros blindados. Diante desse panorama, não seria realmente correto favorecer o preso com o não uso de algemas, pela sua imagem e deixar a sociedade mais uma vez à mercê da insegurança.

O uso de algemas deve ser a regra. Nem todos os direitos fundamentais do preso são preservados, a começar pela sua liberdade. É claro que deve haver uma razão objetiva para o uso de algemas. No entanto, fora situações excepcionais, todos os indivíduos contra os quais houver ordem de prisão temporária ou preventiva devem ser algemados, independentemente do status social do preso.

É preciso salientar que todo preso é de periculosidade presumida, o instinto humano é de liberdade e a fuga até seria considerada um direito natural do preso, partindo desse raciocínio. Mas a sociedade estaria mais do que nunca exposta a tais riscos, já que na atualidade a questão da segurança torna-se cada vez mais complexa.

Algemar tem por objetivo reduzir a possibilidade de reação violenta por parte do preso, que também é presumidamente culpado, embora vigore a presunção de inocência até que se de a sentença condenatória transitada em julgado. Sem dúvida, a algema é o meio menos lesivo para garantir à proteção das autoridades no cumprimento do dever, dificultar as fugas dos infratores, sua própria segurança e de terceiros.

A utilização de algemas é uma forma de neutralização da força. Sem dúvida, é menos traumático, doloroso e arriscado imobilizar o meliante pelo recurso da algema, do que por qualquer outra técnica mais agressiva de imobilização corpórea. Na verdade, recriminar o uso de algemas é querer que o policial aceite que a vida do preso é mais importante do que a sua, este não deve deixar de algemar o suspeito, por receio de constrangimento e eleger o valor subjetivo imagem como mais importante que o valor vida

As regras para contenção de presos são universais e o uso de algemas é a técnica de imobilização mais usada em todo o mundo, garantindo inclusive a integridade física do próprio preso. Ele evita a utilização de outras armas incapacitantes não letais, como as pistolas de ondas elétricas, o uso de força com maior poder ofensivo e até mesmo o emprego de armas de fogo.

Aqueles policiais que não adotam os procedimentos de segurança no ato de prisão acabam por gerar riscos não apenas para sua própria vida, mas também para terceiros. Percebe-se que o recurso das algemas representa um modo de agir preventivo e não repressivo, o comportamento do preso é imprevisível e o uso de tal instrumento deve ser visto

como regra na prática policial para aniquilar qualquer tipo de reação que seja prejudicial para a coletividade.

Ocorre que privar alguém da liberdade em nosso país sempre foi medida excepcional, porém o emprego de algemas pressupõe que a prisão imposta a alguém seja legal, isto é, decorrente de flagrante em delito ou ordem judicial. Sabe-se que o uso de algemas possui uma simbologia muito forte, no entanto essa restrição à liberdade já está deflagrada com a prisão, porque o preso será conduzido a um cárcere com grades de ferro. O uso de algemas nada mais é que consectário lógico da prisão. Seria sim arbitrário um policial militar algemar um suspeito ao ser abordado para averiguação de sua identidade por exemplo, mas não é inconstitucional o uso de algemas da forma que o Supremo Tribunal Federal expôs na Sumula Vinculante 11.

4. SEGURANÇA E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Não é a restrição da liberdade em si como uso de algemas, nos casos de prisão em flagrante ou decretadas judicialmente que fere, por si só, o Princípio da dignidade da pessoa humana, como alguns defendem. Não é a prisão legal, precedida dos devidos meios que caracteriza tratamento desumano ou degradante. Nesse ponto, o indivíduo já se encontra tecnicamente preso por algemas. O que efetivamente viola a imagem das pessoas e cria constrangimento de ordem moral e fere veemente a honra e a dignidade da pessoa humana é a execração pública que pune sem julgamento.

Prisão não é espetáculo, e em muitos casos é isso que ocorre . A questão não é a restrição à liberdade de locomoção com a utilização de algemas, mas a veiculação de imagens de forma equivocada.

O conteúdo do postulado da dignidade da pessoa humana, poderá também sofrer restrições, na medida em que será delimitado pelo cotejo entre o princípio da dignidade da pessoa humana e outros princípios, cotejo no qual caberá a ponderação, regra esta utilizada na solução de conflitos entre princípios, óbice a qualquer pretensão totalizadora do princípio da dignidade da pessoa humana.

A noção de dignidade da pessoa humana, concebida como uma idéia, surgiu no plano filosófico como reflexão, para em seguida ser consagrada como valor moral, ao qual, finalmente, agregou-se um valor jurídico. No âmbito da filosofia, talvez seja no pensamento clássico que se encontrem as origens da idéia de que a pessoa humana seria dotada de um valor intrínseco. Num primeiro momento, essa premissa teria sido extraída da concepção de que todo ser humano possui um valor próprio que o distingue dos demais elementos da realidade. Bem mais tarde, essa idéia evoluiria para a noção de que esse mesmo ser humano, na figura de uma só pessoa, representaria toda a humanidade.

Apesar de ser possível sua dedução dos textos constitucionais mais antigos que tutelavam as liberdades fundamentais, a expressa positivação do ideal da dignidade da pessoa humana é bastante recente. Com algumas exceções, somente após sua consagração na Declaração Universal da ONU de 1948 é que o princípio foi expressamente reconhecido na maioria das Constituições.

Ressalte-se que, embora inegável a importância do reconhecimento expresso do princípio para a afirmação do ideal, esse recente movimento de sua positivação na ordem constitucional não é pioneiro na criação da obrigatoriedade da proteção da dignidade, já que essa necessidade já era patente, mesmo que implicitamente, nos movimentos anteriores, notadamente a partir daquele constitucionalismo do século XVIII.

No Brasil, país cuja trajetória constitucional foi bastante conturbada e cuja realidade política esteve sempre sob o jugo de períodos ditatoriais poucas vezes atenuados, o ideal de

proteção da dignidade da pessoa humana somente foi reconhecido formalmente na ordem positiva com a promulgação da Constituição de 1988.

O advento da nossa Constituição foi louvável tanto em razão de seus nobres objetivos quanto por sua natureza compromissória e sincrética de inspiração salientemente democrática. O texto constitucional consagrou o valor da dignidade da pessoa humana como princípio máximo e o elevou, de maneira incontestada, à uma categoria superlativa em nosso ordenamento, na qualidade de norma jurídica fundamental.

Num primeiro aspecto, a dignidade da pessoa humana pode ser vista como unidade de valor de uma ordem constitucional e, principalmente, como unidade de valor para os direitos fundamentais. Neste aspecto, a dignidade da pessoa humana assumiria seu caráter axiológico-constitucional, funcionando como um paradigma das liberdades constitucionais e dos direitos fundamentais, e como elemento de integração e de hierarquização hermenêutico-sistemática de todo o ordenamento jurídico.

Num segundo aspecto, como elementos de habilitação de um sistema positivo dos direitos fundamentais, a proteção e a promoção da dignidade do homem sustenta e afere legitimidade a um Estado e a uma sociedade que tenham a pessoa humana como fim e como fundamento máximos. Aqui, a dignidade assumiria o papel de critério para verificação do sentido de uma ordem estabelecida, sentido esse que não pode ser outro que não aquele baseado na unidade de valor mencionada

Num terceiro aspecto a que se chamaria de aspecto pragmático-constitucional, a relação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana seria uma relação de “práxis” no interior teórico da ordem constitucional. Aqui, os direitos fundamentais seriam a concretização da diretriz da dignidade da pessoa humana em substância constitucional, diretriz essa informadora de toda a ordem jurídica. Em verdade, trata-se de um processo de

derivação, por meio do qual todos os direitos constitucionais frutificam a partir da gema original da dignidade.

Restam ainda dois aspectos que decorrem desses aspectos iniciais. Um, seria a perspectiva da dignidade da pessoa humana como parâmetro na dedução de direitos fundamentais implícitos, seguindo a concepção de que a própria dignidade consistiria um direito fundamental na medida em que se manifestasse *strictu sensu*.

Nota-se portanto que todos os direitos fundamentais se fazem presentes, de alguma maneira e se projetam na dignidade da pessoa humana. Quando se utiliza algemas, a verdadeira quebra de direito fundamental se dá com a restrição da liberdade. Ao menos temporariamente, alguns direitos fundamentais do preso são relativizados. Se o direito fundamental a liberdade não foi preservado incidirá sobre o preso violação de sua dignidade. Por outro lado, se a prisão é legal, em flagrante ou por ordem judicial, essa violação tem por objetivo tutela de um bem jurídico de grande valor e é aceitável.

Não se pode transformar o princípio em referência em um axioma jurídico, em uma verdade universal, incontestável e absoluta. Não há direitos absolutos em nosso ordenamento jurídico. Sem dúvida dentro da graduação hierárquica dos valores jurídicos, a dignidade se encontra no ponto mais elevado. Todavia, isso não significa uma superioridade normativa capaz de invalidar outras normas constitucionais ou uma prevalência absoluta em caso de conflito com os demais valores constitucionalmente consagrados, seu cumprimento deverá ocorrer na medida do possível, ou seja, de acordo com as possibilidades do caso concreto.

O mal estar causado pela privação da liberdade no ato da prisão é incontornável, só se deve criminalizar as lesões mais graves aos bens jurídicos fundamentais, mas desde quando haja violação desses bens que enseje pena privativa de liberdade, a dignidade da pessoa, assim como o direito fundamental da liberdade devem ser relativizados em prol da segurança jurídica. Não se trata de quebra de outro direito fundamental, mas de uma lógica a respeito da

dignidade e do ser humano. A restrição da liberdade, a prisão, é sempre indigna para o homem.

É notável que o Supremo Tribunal Federal com a Súmula Vinculante 11 quis inovar de forma perigosa, legislando sobre um tema de segurança jurídica dos mais delicados.

O próprio Ministro Gilmar Mendes afirmou que a citada Súmula tinha basicamente o objetivo de evitar o uso de algemas para exposição pública do preso. E ainda aduziu que a Corte jamais validou esta prática, que viola a presunção de inocência e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por isso mesmo se equivocou o Supremo Tribunal Federal, em curvar-se as pressões da elite por uma solução à exposição de seus pares em prisões promovidas pela Polícia Federal. Por mais que a situação deva ser coibida, não enseja publicação de Súmula Vinculante com este conteúdo. Errou em utilizar-se de uma solução inadequada no que se refere às referências legislativas e aos precedentes.

Citou precedentes que autorizam o uso de algemas e apesar disso quer formar jurisprudência acerca da proibição do que é, segundo o próprio Supremo Tribunal Federal, legal. Criou assim uma Súmula à margem da legislação, desrespeitando a formalidade exigida pela EC45/04.

O que se manifesta por trás da súmula é uma atitude essencialmente preconceituosa, é como se o colarinho branco não precisasse ser algemado. Não poderia O Supremo Tribunal Federal editar uma matéria que tratasse o preso de nível social ou de escolaridade superior de maneira diferenciada do preso comum, sob pena de quebrar a isonomia garantida na Constituição. Dessa forma, a Suprema Corte procurou generalizar, cometendo o excesso de legislar, e pior, legislar em prol de interesses das classes mais abastadas.

Espera-se que o Legislativo leve em considerações aspectos não apreciados pelo Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula Vinculante 11, questões pertinentes ao uso de

algemas devem ser produtivamente debatidas até que se chegue a um Projeto de Lei que suprima essa Súmula.

Percebe-se diante do exposto que cabe ao Congresso discutir a matéria e cumprir seu papel de legislar matérias penais, sua omissão acabou por acarretar excessos da Polícia Federal, bem como a utilização abusiva do mecanismo da Súmula Vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Continuar omissos significa ratificar o erro e sancionar a tão criticada Súmula, e pior abrir um precedente perigoso para o Supremo Tribunal Federal legislar quando lhe convier.

Errou também a Suprema Corte em não ouvir a sociedade, principalmente as categorias envolvidas diretamente no processo prisional diário. Acabou por criar uma aberração inapropriada ao cotidiano das polícias e do Judiciário como um todo envolvido. Ademais, errou principalmente quanto ao alvo a ser combativo, já que a intenção primordial da Súmula não seriam as algemas em si, mas a exposição do preso à mídia.

Sendo assim, não há dúvida em afirmar que a Súmula Vinculante 11 é um erro, um excesso, um ato arbitrário do Supremo Tribunal Federal tomando para si a responsabilidade de legislar sobre algo que realmente o incomodava, por questões políticas.

CONCLUSÃO

A algema é instrumento que evita o uso da força, percebe-se que a Súmula Vinculante 11 põe em risco a vida de milhares de agentes e da sociedade em geral quando afirma ser inconstitucional o uso do citado recurso que é um modo de agir preventivo e não repressivo.

A sociedade como um todo já vive um medo diário, aterrorizada com tanta violência, tentando se cercar como pode dos seus meios de segurança. Atuando o Estado de

forma contrária, ou seja, afirmando ser contrário a ordem constitucional um meio que indiretamente protege toda a coletividade, fica-se à mercê de uma solução que parece estar intangível.

Contudo, verifica-se diante desse panorama que se agrava cada vez mais a sensação de impunidade, discriminação e favorecimento que existe no Brasil. Um órgão como o Supremo Tribunal Federal, a mais alta instância do Poder Judiciário do Brasil criado com o escopo de guardar a Constituição, guarda essa pauta nos mais importantes Princípios e garantias previstos na Constituição deveria servir de exemplo a Nação e não agir contrariamente a Lei e deixar a sociedade ainda mais insegura.

É importante que haja conscientização no sentido de que o conteúdo da Súmula Vinculante 11 não pode representar apenas um pensamento isolado do Supremo Tribunal Federal. A sua edição deveria ter sido objeto de discussões e maturação ao longo do tempo e das demais instâncias judiciais, o que ao menos teria se contribuído para a formação de um pensamento democrático e pensante por parte da Suprema Corte.

REFERÊNCIAS

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e Segurança Jurídica*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PASSOS, J.J.Calmon. *Súmula vinculante*. Curitiba: Revista de Direito Processual Civil, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEMER, Michael. *Elementos de Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Brasília: UnB, 1982.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10 ed. Niterói: Impetus, 2008.