

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

MICHELA ANDRADE FERREIRA

**USO DE ALGEMAS E A CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DE
AUTORIDADE: UM ESTUDO SOBRE OS CRITÉRIOS LEGAIS
ATUAIS NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL,
MINAS GERAIS, PARANÁ, RIO GRANDE DO SUL E SANTA
CATARINA FRENTE À SÚMULA VINCULANTE Nº. 11 DO STF.**

CRICIÚMA, DEZEMBRO DE 2010.

MICHELA ANDRADE FERREIRA

**USO DE ALGEMAS E A CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DE
AUTORIDADE: UM ESTUDO SOBRE OS CRITÉRIOS LEGAIS
ATUAIS NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL,
MINAS GERAIS, PARANÁ, RIO GRANDE DO SUL E SANTA
CATARINA FRENTE À SÚMULA VINCULANTE Nº. 11 DO STF.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para
obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito
da Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Orientador: Prof. Marconi Borges Caldeira

CRICIÚMA, DEZEMBRO DE 2010.

MICHELA ANDRADE FERREIRA

USO DE ALGEMAS E A CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DE AUTORIDADE: UM ESTUDO SOBRE OS CRITÉRIOS LEGAIS ATUAIS NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL, MINAS GERAIS, PARANÁ, RIO GRANDE DO SUL E SANTA CATARINA FRENTE À SÚMULA VINCULANTE Nº. 11 DO STF.

Trabalho de Conclusão de Curso, aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 08 de Dezembro de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Marconi Borges Caldeira – Mestre - UNESC – Orientador

Prof. Esp. Alfredo Elgeman Filho – UNESC - 1º Examinador

Prof. Esp. João de Mello – UNESC – 2º Examinador

Dedico este trabalho a Deus pela fé que me concede no dia a dia e a todas as pessoas que de alguma forma contribuíram para a realização dos meus objetivos: família e amigos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por acreditar que sem ele as coisas nada acontecem;

A minha irmã Franciéle Andrade Ferreira, pessoa que se dedica em todas às horas a me ajudar, incentivar e acreditar nos meus objetivos. Sem ela, minha caminhada não seria tão dignificante.

Aos meus pais, Adílio Isaias Ferreira e Auza Andrade Ferreira, que acreditaram e apostaram na minha felicidade, que depositaram toda a força necessária para percorrer essa caminhada difícil, mas muito gratificante.

Aos meus irmãos Éder Fabiano Andrade Ferreira e Luiz Henrique Ferreira, pelo carinho e compreensão, por me incentivar e continuar lutando por meus objetivos.

As minhas amigas, Jaqueline Guidarine Mendes, Mirela Tramontin, Michele Tramontin, e meu amigo Marcelo Tavares Cordioli pelos momentos felizes que me ofertaram e continuam me propiciando

Ao meu orientador professor Marconi Caldeira, por ter aceitado meu convite para me orientar, pela paciência, incentivo e dedicação profunda ao meu trabalho.

Ao professor Alfredo Elgeman Filho, por seus ensinamentos, pela dedicação e amor nas atividades que exerce;

Ao professor João Mello pela amplitude nos conhecimentos e carisma pelo curso lecionado;

A todas as pessoas que de alguma forma contribuíram indiretamente pela conclusão deste trabalho,

Meu muito obrigada!

“Ser feliz não é ter uma vida perfeita. Mas usar as lágrimas para irrigar a tolerância. Usar as perdas para refinar a paciência. Usar as falhas para esculpir a serenidade. Usar a dor para lapidar o prazer. Usar os obstáculos para abrir as janelas da inteligência”.
Augusto Cury

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo realizar um estudo sobre a caracterização do abuso de autoridade frente às regras ditadas pela Súmula Vinculante nº. 11 do Supremo Tribunal Federal, trazendo à baila os problemas rotineiros que os agentes da lei enfrentam ao usar o instrumento algemas e também os magistrados quando fazem uso do instrumento para manter o réu algemado numa audiência. Dessa forma, o estudo inicia com a origem dos princípios, seu conceito, diferenciação entre princípios gerais e constitucionais, finalizando até os princípios específicos que amparam as pessoas presas. No segundo capítulo a análise segue com o conceito de abuso e autoridade, evidenciando a caracterização do crime de abuso de autoridade, com demonstrações trazidas pela Lei nº. 4.898/65 e alguns crimes que podem caracterizar esse abuso, além das sanções que os agentes da lei podem sofrer, caso fique evidenciado a prática do crime de abuso de autoridade. Por fim, no último capítulo a abordagem é feita de forma doutrinária e jurisprudencial, trazendo acórdãos dos Tribunais de Justiça de Mato Grosso, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Paraná Santa Catarina que aplicavam o uso de algemas sem lei específica, relacionados aos acórdãos recentes posteriores à edição da Súmula Vinculante nº. 11, buscando uma análise comparativa aos critérios usados pelos magistrados quando envolvesse o uso de algemas e também evidenciando se o uso de algemas por parte dos agentes da lei ocorreu de forma legal. Além disso, é feito um aparato sobre a criação da Súmula Vinculante nº. 11 com os precedentes que lhe deram origem.

Palavras-chave: algemas, abuso de autoridade, agentes, instrumento, Súmula Vinculante nº. 11 do Supremo Tribunal Federal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§ - Parágrafo

1º - Primeiro

2ª – Segunda

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil

APF – Auto de Prisão em Flagrante

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

COBRAPOL – Confederação Brasileira de Trabalhadores de Policiais Civil

CPB – Código Penal Brasileiro

CPP – Código de Processo Penal

Des. Desembargador

DJ - Data do Julgamento

DPF – Departamento da Polícia Federal

ed.- Edição

HC – Hábeas Corpus

IAC – Instrução de Aviação Civil

LEP – Lei de Execução Penal

Min. - Ministro

MG – Minas Gerais

Nº. - Número

PL – Projeto de Lei

p. - Página

ONU – Organização das Nações Unidas

REL. - Relator

SSP – Secretaria de Segurança Pública

STF – Supremo Tribunal Federal

TC – Termo Circunstanciado

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	11
Capítulo I	13
2) PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE TUTELAM OS PRESOS E LEGISLAÇÕES QUE AMPARAM O USO DE ALGEMAS.....	13
2.1 Princípios Constitucionais e sua importância em relação às garantias dos presos.	14
2.1.1 – Da diferença entre princípios e regras	16
2.1.2 Dos princípios gerais do Direito.	17
2.1.3 Dos princípios constitucionais:	20
2.2 Os Princípios Constitucionais específicos relacionados ao o uso de algemas.....	22
2.2.1 Princípio da Presunção de Inocência	22
2.2.2 – Princípio da Dignidade Humana	25
2.2.3 – Princípio da Proporcionalidade.....	27
2.3 Legislações que estabelecem critérios para o uso de algemas	32
Capítulo II	40
3. O ABUSO DE AUTORIDADE E OS EXCESSOS POR PARTE DOS AGENTES DA LEI	40
3.1 Definições doutrinárias e legais a cerca do abuso de autoridade.....	40
3.1.1. Conceito de autoridade, abuso e as definições do abuso de autoridade.....	40
3.2. A caracterização do abuso de autoridade.....	43
3.3. Crimes que configuram o abuso de autoridade.	46
3.3.1 Atentado à liberdade de locomoção	46
3.3.2 Atentado à inviolabilidade de domicílio.	48
3.3.3 Atentado ao sigilo de correspondência:	49
3.3.4 Atentado à incolumidade física do indivíduo.	51
3.4. Outras figuras típicas previstas no art. 4º da lei de Abuso de Autoridade.	53
3.4.1 Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder.....	53
3.4.2 Submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei.....	56
3.4.3 Deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa.	59
3.4.4 Deixar o juiz de ordenar o relaxamento da prisão ou detenção ilegal que seja comunicada.	61
3.5. A lei 4.898/65, aspectos jurídicos legais que punem o agente infrator.	62
3.5.1 Sanções administrativas serão aplicadas de acordo com a gravidade do abuso cometido.....	62
3.6 Da Sanção Civil.	65
3.7 Da Sanção Penal.	65
Capítulo III	71
4 A UTILIZAÇÃO DO USO DE ALGEMAS NOS ACÓRDÃOS DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO, MINAS GERAIS, PARANÁ, RIO GRANDE DO SUL E SANTA CATARINA ENTRE DEZEMBRO DE 2002 A MAIO DE 2010 E A RELAÇÃO COM A SÚMULA VINCULANTE N. 11 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.	71

4.1. Entendimento dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Santa Catarina entre Dezembro de 2002 a Fevereiro de 2010, sobre a legalização do uso de algemas em relação à Súmula Vinculante nº. 11 do STF.	71
4.2. Entendimento dos Tribunais de Justiça do Mato Grosso do Sul, Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina entre Novembro de 2008 a Maio de 2010 sobre a necessidade ou desnecessidade do uso de algemas, caracterizando ou não o abuso de autoridade, e as justificativas usadas para o emprego do instrumento, relacionados à existência ou inexistência do excesso por parte dos policiais.....	79
4.3. Precedentes Jurisprudenciais que originaram a criação da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal e comentários doutrinários sobre a edição da súmula em questão.....	87
5. CONCLUSÃO	97
6. BIBLIOGRAFIA	99

1 – INTRODUÇÃO

Desde a antiguidade, a palavra algemas já era vista como meio de agressão ao ser humano. Isso porque, tal instrumento servia como aparato de imobilização, penitência e humilhação diante de crimes que eram cometidos pelas pessoas que viviam naquela época.

A palavra algemas vem trazendo grandes discussões em nossa atualidade. Primeiro porque alguns defensores doutrinários acreditam que tal instrumento deve ser usado de forma cautelosa, proporcional, sempre fundamentada. Até porque, se usado excessivamente, fere princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, caracterizando até o abuso por parte da autoridade.

Outros doutrinadores, magistrados e até mesmo a sociedade, acreditam que as algemas são o instrumento essencial para os trabalhos de quem faz uso, ou seja, os policiais, e deve ser considerada como regra e não exceção, pois devemos preservar a coletividade num todo e não beneficiar apenas meia dúzia de pessoas.

Por décadas o direito brasileiro clama por uma lei que regulasse especificamente o uso de algemas para que amparasse os casos concretos, definindo o que é excesso ou legalidade.

Entretanto, a Lei de Execuções Penais em seu art. 199, datada de 1984, preceitua que “o uso de algemas será regulado por decreto federal” (BRASIL, 2010). Passaram-se mais de 20 anos e nenhuma legislação foi criada com relação ao uso de algemas. Algumas legislações até discorriam sobre o uso do instrumento, mais de forma vaga, imprecisa, abstrata.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária no dia 07 de agosto de 2008, aprovou a Súmula Vinculante nº. 11 que passou a regular o uso de algemas, devendo os tribunais brasileiros adequarem seus posicionamentos ao dispositivo elencado pela súmula., bem como os policiais.

Assim, o uso do instrumento tornou-se um meio excepcional e não regra como alguns magistrados ou policiais entendiam, o que gerou grande discussão, pois alguns doutrinadores acreditam que o Supremo Tribunal Federal inovou o

ordenamento jurídico, atropelando o poder do Legislativo e criando lei para vincular os julgamentos.

Com isso, o que se procura discutir no presente trabalho é o esclarecimento das questões referentes à aplicação do uso de algemas frente à edição da Súmula Vinculante nº. 11, se o instrumento algemas é devidamente fundamentado pelos magistrados, policiais, e quando há a caracterização do abuso de autoridade por parte desses agentes da lei.

Desse modo, é discorrido no primeiro capítulo a origem dos princípios constitucionais específicos relacionados ao uso de algemas, qual o significado desses princípios, a evolução dos princípios gerais para os princípios constitucionais, passando pelas legislações que estabelecem critérios ao uso do instrumento algemas.

Menciona-se no segundo capítulo como se dá a caracterização do abuso de autoridade, a definição da expressão abuso e autoridade, além de alguns crimes que caracterizam o previsto na Lei 4.898/65 e suas sanções.

Finaliza-se com o terceiro capítulo explanando os entendimentos jurisprudenciais anteriores e posteriores a edição da Súmula Vinculante nº. 11 do STF. Aborda-se também, como era utilizada a aplicação do aparato pelos magistrados nos Tribunais de Justiça do Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina em relação à falta de legislação específica que pudesse regular concretamente os casos. E ainda, como ficaram os entendimentos jurisprudenciais dos referidos Tribunais após a criação da Súmula Vinculante nº. 11.

Por fim, discorre-se sobre os precedentes que originaram sua edição, levantando as polêmicas que a Súmula Vinculante gerou após sua criação.

Dessa forma, a pretensão desse trabalho é demonstrar como realmente deve ser analisada a aplicação das algemas no caso concreto, pois o instrumento exige técnicas objetivas que possam ser colocadas em práticas no dia a dia.

Além disso, o que se pretende expressar também, é a aplicação do instrumento algemas de forma igualitária, preservando os direitos de todas as pessoas e não beneficiando uma parcela da sociedade.

Capítulo I

2) PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE TUTELAM OS PRESOS E LEGISLAÇÕES QUE AMPARAM O USO DE ALGEMAS

O uso de algemas é um assunto que tem sido discutido por diversos segmentos da sociedade, e também em diversas áreas do direito. Atualmente o que se procura discutir com relevância são as garantias constitucionais que devem ser aplicadas em relação aos presos, e se há legalidade, necessidade ou igualdade de tratamento no que tange à aplicação das algemas.

A discussão sobre o assunto tornou-se ainda mais polêmica quando o Supremo Tribunal Federal editou uma Súmula Vinculante para dar critério ao uso de algemas, a Súmula Vinculante nº. 11, pois foi a partir de recentes prisões de políticos brasileiros e cidadãos pertencentes às camadas sociais privilegiadas e desprivilegiadas, como afirma Vieira (2009, p. 11) que a discussão sobre a legalidade no uso de algemas aumentou.

Desse modo, nossa Constituição Federal em seu art. 144 expõe que a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, é exercido pelos seguintes órgãos:

A segurança Pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercido para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, é exercido através dos órgãos:

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpo de bombeiros militares. (BRASIL, 2005, p.68)

No entanto, a Constituição também consagra princípios muito importantes que fazem parte das garantias e direitos fundamentais, tais como o princípio da presunção de inocência, o princípio da dignidade humana, que devem prevalecer sobre os atos praticados pela atividade policial.

Esses atos devem estar sempre ligados à legalidade, pois estes princípios são garantidores de direitos e não podem ser esquecidos, excluídos ou deixados de

lado, haja vista transmitirem idéia de valores. Devem ser encarados como idéia de peso; alguns princípios possuem carga valorativa maior que os outros, afastando aquele de menor peso.

Neste capítulo, serão abordados os princípios constitucionais de maneira geral, sendo tratados também os princípios específicos que tutelam os presos, e as legislações existentes que estabelecem critérios ao uso de algemas.

2.1 Princípios Constitucionais e sua importância em relação às garantias dos presos.

Para entender-se acerca da importância dos princípios constitucionais é necessário conceituarmos a palavra princípio, para chegar a tal entendimento.

De acordo com Nucci, (2010) nosso ordenamento jurídico é formado por um sistema coerente e harmonioso, constituído de princípios que visem assegurar a efetividade das normas, sua correta aplicação nas diversas áreas do Direito.

Assim, podemos conceituar e fazer uso dos princípios em diversas doutrinas, como menciona Espíndola, (1998, p.46): “ele é usado em vários campos do saber humano, como a Filosofia, Teologia, Sociologia, Política, Física, Direito, além de outras doutrinas”.

Pode-se conceituar princípios de diversas formas. No dicionário prático da língua portuguesa, Michaelis (2008, p.701) princípio é conceituado como:

“Princípio (*lat principiu*) sm **1** Começo, início. **2** Fundamento, base. **3** Regra, preceito, *sm pl* **1** Antecedentes. **2** As primeiras épocas da vida”.

Para Nucci, (2007, p.25):

“Princípio no sentido jurídico, significa uma ordenação que se irradia e se imanta o sistema normativo, proporcionando alicerce para a interpretação, integração, conhecimento e eficiente aplicação no direito positivo.”

No entendimento de Picazzo (1983, apud BONAVIDES, 2004, p.256):

“Os princípios são derivados da linguagem geométrica, onde designa as verdades primeiras, conforme, acrescentando que por esse motivo são considerados princípios, porque estão ao princípio”.

Rocha (1994, apud ESPÍNDOLA, 1998, p.47) define que "princípio seria o verbo. No princípio repousa a idéia de uma ordem, padrões fundamentais e direcionadores do sistema normativo".

Conforme exposto por Bonavides:

Na época em que os princípios ainda se achavam embebidos numa concepção civilista, a saber, em meados da segunda década do século XX, por volta de 1916, F. de Clemente fazia essa ponderação elementar: assim como quem nasce tem vida física, esteja ou não inscrito no Registro Civil, também os princípios "gozam de vida própria e valor substantivo pelo mero fato de serem princípios" figurem ou não nos Códigos. F. Clemente (2004, apud BONAVIDES, p.252, 2004)

O conceito de princípios no entendimento de Canotilho (1992 apud LOTUFO, 2000):

São princípios as exigências de otimizações abertas a várias concordâncias, ponderações compromissos e conflitos. E ainda em relação aos princípios, entende o doutrinador que os princípios são o equilíbrio que norteará a aplicação da Lei maior, dando oportunidade aos operadores do direito de maior maleabilidade na sua interpretação, harmonizando interesses e valorizando princípios [...].

Alexy, (2008, p.87) "entende que os princípios são normas de generalidade muito alta".

Desse modo os princípios revelam-se normas de caráter geral, sintetizados em valores ideológicos como entende Figueiras, (2009) sendo os princípios, os ideais de justiça, valores sociais, legitimidade, trazendo harmonia ao sistema.

No mesmo entendimento Bandeira de Mello (1997, apud, AVELAR, 2004, p.59) afirma que princípios são:

Por definição, mandamentos nucleares de um sistema, verdadeiros alicerces dele, e ainda disposições fundamentais que se irradiam sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definirem a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

No dizer de Mello (1999, p.50), os princípios desempenham no ordenamento jurídico, várias funções, funcionam como bases do ordenamento, consolidam suas as diferentes partes e proporcionam a relação de valores onde o

legislador deve basear-se para aplicar no caso concreto (função hermenêutica), e por outro lado os princípios funcionam como normas de comportamento moral, onde regulam o comportamento daqueles incluídos em um caso concreto (função regulativa).

Pode-se compreender que a definição de princípios pode ser conceituada como a origem, começo, início de algum fato, algum acontecimento, podendo ser também o fundamento e a base de qualquer coisa conforme citado anteriormente, princípios possuem valores e são esses valores que devem ser levados em conta quando são aplicadas as normas.

Dessa forma, há que se entender a importância dos princípios como sendo norma de caráter geral, um pouco mais abrangente que as normas específicas, tendo como função o caráter interpretativo, integrante, na aplicação dos diversos segmentos do Direito e de outras matérias.

2.1.1 – Da diferença entre princípios e regras

Atualmente, num estado de democrático de direito, podemos prever que deva existir direcionamentos para guiar suas atividades, no sentido de garantir o bem estar de toda a sociedade. (GUERRA FILHO, 2007, p.82).

Nesse estado ora citado, existem normas que possuem função de estabelecer regras que devam ser seguidas. No entanto para melhor harmonização desse estado democrático, existem também princípios que auxiliam na aplicação dessas regras, princípios estes que também são derivados das normas.

Para distinguir as regras dos princípios, existem critérios a serem seguidos.

No entendimento de Canotilho, (2003, p.1161):

Consequentemente, os princípios, aos constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos.

Conforme o autor supracitado, as regras são lógicas, devem estabelecer aquilo que expressa, ao contrário dos princípios que possuem caráter mais abstrato.

E no entendimento de Mello (1999, p.50) “os princípios são mais abstratos e possuem uma maior generalidade que as regras”.

Segundo Dworkin (1980, apud MELLO, p. 51), uma outra diferença que pode ser definida entre princípios e regras é que as regras são relacionadas ao tudo ou nada, ou ela se aplica àquele caso concreto ou ela é considerada inválida. Já os princípios funcionam diferentemente das regras, pois para sua aplicação é necessário que existam as condições presentes, ou seja, não existe um caso concreto a ser aplicado, existem condições que serão valoradas e balanceadas para tal aplicação.

Pode-se compreender que as regras devem ser aplicadas de maneira exata, ou seja, quando houver um caso concreto para a aplicação de uma regra, deve haver um procedimento para aplicá-la, ela deve prescrever uma aplicação de acordo com aquele exato entendimento, é o tudo ou nada.

Já no caso dos princípios, existe a idéia de valores, de amplitude. Princípios são mais amplos em sua aplicação, ou seja, não prescrevem determinados procedimentos a serem aplicados, nele se aplica a questão do peso, da balança, da valoração, como citado anteriormente.

2.1.2 Dos princípios gerais do Direito.

Como descrito anteriormente, os princípios são considerados bases para o operador jurídico, modelo sedimentador na aplicação da lei, e como base para o ordenamento jurídico, ele pode ser descrito como princípios gerais a princípios constitucionais do direito.

Princípios gerais do direito são aqueles que existem por si só na própria legislação, embora não explícitos na lei, eles podem ser percebidos pela lógica ou indução, são caracterizados por critérios de generalidades.

Conforme art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. (BRASIL, 2004, p. 889)

No dizer de Norberto Bobbio (1999, p.158), “princípios gerais são normas fundamentais ou de caráter geral de um sistema. Entende que os princípios gerais são normas como todas as outras”.

Esta tese também é sustentada por Crisafulli (1952, apud BOBBIO, 1999, p. 159):

Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devem ser normas também eles[...]. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, função de regular um caso[...].

E ainda conforme Crisafulli (1952, apud BOBBIO, 1999, p. 159), os princípios podem ser divididos em princípios gerais expressos e não expressos,.

Os princípios expressos são aqueles encontrados na Constituição Federal, são considerados princípios gerais expressos aplicados por estarem expostos da Constituição, exemplo seria o princípio da Legalidade que pode ser encontrado no art. 37 da Constituição Federal tal como:

Art. 37 - A Administração Pública, direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá os princípios de legalidade e impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]. (BRASIL, 2005, p.30)

Percebe-se que não só o princípio da Legalidade, como o da Moralidade, por exemplo, são encontrados neste artigo, daí a razão de serem considerados princípios expressos ou explícitos.

Os princípios gerais não expressos são aqueles encontrados de forma abstrata nas normas, tal como fala Bobbio (1999, p.159):

São princípios ou normas de caráter geral, que são criadas pelo legislador na sua interpretação, que busca conseguir, tentando igualar normas que até então são diferentes entre si. [...]. Cita-se então o exemplo da lacuna, onde o caso não está regulado porque não existe norma expressa, nem específica, nem geral, o que ocorre então é que neste caso de princípio,

não existe uma disposição precisa na norma para aplicar aquele caso concreto.

Pode-se citar como exemplo de princípio não-expresso ou implícito, o princípio da Proporcionalidade, pois ele não se encontra de forma expressa em nosso ordenamento jurídico, encontra-se presente em nossa Carta Magna no art 5º, § 2º, observa-se:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 2005, p.18)

Em outro entendimento, “princípio é toda norma jurídica considerada como determinante de outra ou de outras que lhe são subordinadas, que pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente os preceitos em direções mais particulares”. (Crisafulli, 1959, apud BONAVIDES, 2004, p.273):

E ainda no mesmo entendimento:

Não hesita a seguir, em demonstrar que um princípio, seja ele expresso numa formulação legislativa ou ao contrário, implícito ou latente num ordenamento jurídico, constitui norma, aplicável como regra – acrescenta Crisafulli – de determinados comportamentos públicos ou o privados

Percebe-se que tanto os princípios expressos como os não-expressos apresentam grande importância para nosso ordenamento jurídico e devem sempre ser levados em consideração na aplicação das normas.

Para chegar ao status de normatividade dos princípios jurídicos, sustenta Espíndola (1988, p.57), tanto na área teórica como na normativa, existiram duas correntes do pensamento jurídico, que definiam a passagem dos princípios gerais para os princípios constitucionais, correntes estas conhecidas como jusnaturalismo e o positivismo jurídico, sendo que recentemente uma nova corrente chamada de pós-positivismo do direito também foi introduzida no conceito. Assim passa-se à trajetória dos princípios gerais aos princípios constitucionais.

2.1.3 Dos princípios constitucionais:

De acordo com Bonavides (2004 p.259) a normatividade dos princípios passou por três fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Conforme Bonavides, a primeira fase é a mais antiga e tradicional – “os princípios existem ainda de maneira abstrata, sendo que a normatividade é considerada nula e inexistente, opondo-se ao reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça”. (2004, p.59)

Essa corrente caracterizava os princípios gerais do direito de acordo com Floréz-Valdes (1990, apud ESPÍNDOLA, 1998, p.58), como princípios evidentes jurídicos, ou normas criadas pela reta razão. “São assim, normas universais de bem obrar. São os princípios da justiça, constitutivos de um direito ideal. São em definitivo, ‘um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana”.

Na segunda fase, a juspositivista, ensina Cannãs (1988, apud BONAVIDES 2004, p.262) “os princípios entram nos Códigos como fonte normativa subsidiária, ou como válvula de segurança, que garante o reinado absoluto da lei”.

Segundo ensina Espíndola (1998, p.58): “Não são encarados como superiores à lei, mas delas deduzidos para suprir os vazios normativos que elas não puderam prever. O valor dos princípios está no fato de derivarem das leis, e não de um ideal de justiça”.

A terceira fase, chamada pós-positivista, como menciona ainda Espíndola (1998, p. 58), inicia-se nas últimas décadas do século passado, sendo preponderada de valores normativos dos princípios que estão agora fundamentados nas leis atuais, sobre o qual, estão estabelecidos os edifícios jurídicos dos novos sistemas constitucionais.

Assim salienta Bobbio (1994, apud BONAVIDES, 2004, p.265):

Efetivamente uma nova fase – que nos afigura neopositivista e precede o positivismo contemporâneo – sobre a natureza, a validade e o conteúdo desses princípios se instaura a partir da ocasião em que o art. 38 da Corte Permanente de Justiça Internacional declarou em 1920, “os princípios gerais de Direito, reconhecidos pelas nações civilizadas”, como aptos ou idôneos a solverem controvérsias, ao lado dos tratados e dos costumes internacionais; fórmula, essa, consagrada e incorporada literalmente em 1945 pelo art. 38, , “c” do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e, a

seguir, com ligeiras variações, pelo art. 215, 2, do tratado que instituiu em 1957 Comunidade Económica Europeia.

Os princípios constitucionais servem de base para todo ordenamento, assim descreve, Espíndola (2000, p.44):

O conceito de princípio constitucional não pode ser tratado sem correlação a idéia de princípio no Direito, posto que o princípio constitucional além, de princípio jurídico, é um princípio que haure sua força teórica e normativa no Direito enquanto ciência e ordem jurídica.

Ainda sobre o significado dos princípios constitucionais ensina Bastos (2000, apud AVELAR, p.60, 2004):

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles antecedem a uma posição que lhe permitem sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espriar-se por cima de um sem-número de outras normas. (...) Em resumo, são princípios constitucionais aqueles valores albergados no texto maior a fim de dar sistematização ao documento constitucional, de servir como critério de interpretação e finalmente, o que é mais importante, espriar os seus valores, pulverizá-los sobre todo o ordenamento jurídico.

Entende-se que os princípios constitucionais são aplicados com caráter generalíssimo, ou seja, não existe uma situação específica a ser condicionada. Entretanto, esses princípios estão diretamente relacionados aos direitos fundamentais dos indivíduos no âmbito jurídico, uma vez que estão expostos no texto constitucional como forma de composição e proteção do Estado Democrático de Direito.

2.2 Os Princípios Constitucionais específicos relacionados ao o uso de algemas.

Como visto anteriormente, passado o conceito de princípios de uma forma geral, evoluindo para o conceito de princípios constitucionais, tem-se então os princípios constitucionais específicos que tutelam os presos, ou seja, aqueles princípios que garantem a integridade do algemado, entre outros princípios.

2.2.1 Princípio da Presunção de Inocência

O princípio constitucional da presunção de inocência pode ser conceituado como aquele em que nenhum indivíduo ao ser preso pode ser considerado culpado pela prática de um ilícito penal antes do trânsito em julgado da sentença, isto é, até o término do deslinde processual.

De acordo com Nucci (2010), a característica inocente de todo ser humano não pode ser colocada à disposição ou ser renunciada, pois faz parte da vida humana de cada cidadão. Todo ser humano é merecer de respeito digno, o qual está intimamente ligado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Conforme Lopes Júnior, (2007, p.44) o início da positivação do princípio da presunção de inocência encontra-se no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1977, expondo que:

“Artigo 9º. Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, contando que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela Lei”.

Já em 10/12/1948, o princípio foi introduzido na Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão em seu art. 11º, da ONU, afirmando que:

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (Tucci, 2009, p.313)

E no Pacto de São José da Costa Rica, que foi incorporado pelo nosso país em 1942, menciona em seu art. 8º, 1, o seguinte disposto:

Garantias judiciais: “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas” (Tucci, 2009, p.313).

No Brasil o princípio foi incorporado em nossa Carta Magna, no artigo 5º, inciso LVII, expondo que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, (BRASIL, 2005, p.17).

“ Mas é o principio que mais sofre violação”, no dizer de Bedê Júnior, (2009, p.66), pois a sociedade é taxativa ao entender que determinada pessoa supostamente acusada de praticar um crime já pode ser considerada culpada.”

A imprensa é o órgão de veiculação que distorce as notícias, transforma uma simples informação em um espetáculo, e na maioria das vezes, àquela pessoa que supostamente cometeu um crime, já é considerada culpada em razão da forma como é transmitida a notícia.

No entanto, a hipótese de uma pessoa ter cometido um crime não se pode afirmar que ela seja considerada culpada, não deve haver uma pré-reprovação ou um pré-julgamento do juízo de sua culpabilidade, uma vez que ainda não ocorreu trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, a doutrina entende que:

O princípio da inocência, ou *estado de situação jurídica de inocência*, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo o qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo *probatório*, ao estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. A defesa restaria apenas demonstrar a eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença por ela fosse alegada. (OLIVEIRA, 2008, p.35)

Pode-se afirmar que o acusado no decorrer do processo não poderá sofrer qualquer tipo de discriminação a título de imputação de crime, pois o Estado deverá provar sua culpabilidade em sentença transitada em julgado, haja vista que até a decisão final, o indivíduo ainda é considerado inocente.

O indivíduo é considerado inocente conforme Tavares (2008, p.659), pois o fato de supostamente ter cometido um ilícito penal, não significa que ele pode ser punido antes mesmo do trânsito em julgado da sentença condenatória. E ainda conforme a idéia do mesmo autor, o Estado deverá seguir os trâmites legais no

curso do processo, devendo proceder à acusação formal, fazendo jus à prova da autoria do crime, por isso é considerado um Estado Democrático de Direito, já que existem leis em seu ordenamento que devem ser seguidas, não podendo adotar aplicações arbitrárias.

No entendimento de Prado, (2009, p.26),:

O juízo de reprovação social, apenas deve incidir sobre o agente quando o Estado reconhecer ter sido ele o autor da conduta típica, antijurídica e culpável, ou seja, quando for provada sua culpa. Neste caso não permanecendo o estado de inocência, poder-se-ia impor-lhe a privação de liberdade. Sob essa perspectiva, o princípio da presunção de inocência não significa a impossibilidade de se impor medida cautelar de prisão, antes confirma essa possibilidade, com o reconhecimento de caráter excepcional de medida dessa natureza.

Percebe-se que, reconhecido o indivíduo como autor da conduta prevista e contrária à lei e caracterizando seu juízo de culpabilidade, não há que se falar em afastamento da presunção de inocência, haja vista a prova de sua culpabilidade, devendo ele ser responsabilizado penalmente, cabendo reafirmar que isso ocorrerá após o trânsito em julgado da sentença condenatória

Em relação às prisões, entende-se que a decretação de prisão cautelar não ofende o princípio da presunção de inocência, pois uma vez justificada, a prisão torna-se legalmente constituída quando presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. (Lopes Jr. 2007, p.46)

Conforme entendimento doutrinário:

A presunção de inocência não se pode opor as medidas cautelares de prisão (flagrante, temporária, preventiva, em decorrência de pronúncia ou da sentença condenatória recorrível), das medidas assecuratórias, dos incidentes de falsidade e de insanidade, além da busca e apreensão e outros procedimentos para a colheita da prova: interrogatório, confissão, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, exibição e juntada de documentos. Todos esses atos e os respectivos termos pressupõe a existência de fundadas razões quanto à ilicitude do fato e à culpabilidade de seu autor ou partícipe [...] (DOTTI, 1993, apud SOUZA NETTO, 2003, p.161)

Todos esses procedimentos fazem parte do cenário da persecução penal Além disso, quando existem razões que pressuponham a caracterização do crime, não há que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência, na medida que as prisões também são necessárias quando existe fundamentação legal previstas no ordenamento jurídico.

2.2.2 – Princípio da Dignidade Humana

A primeira aparição deste princípio como noção de direito fundamental, foi construída no pensamento ocidental, iniciou na filosofia grega e chegou ao pensamento cristão, tendo como grande contribuição Tomás de Aquino, onde este afirmara que a dignidade humana é uma qualidade que todo ser humano possui, o que diferencia o dos demais seres, pois o ser humano possui a racionalidade nos termos de Martins, (2003, p.122).

Ainda seguindo o entendimento de Martins, (2003, p. 29), o conceito de dignidade humana, que ainda prevalece nos dias atuais, é do pensador Immanuel Kant, onde a noção de dignidade está intimamente relacionada à condição humana, pois somente um ser humano na qualidade de pessoa racional, possui dignidade, pois ela está acima de qualquer valor, para ele a dignidade caracteriza-se por um valor interno de cada pessoa humana, estando acima de qualquer preço.

A dignidade humana também teve seu marco histórico com a revelação dos horrores da 2ª Guerra Mundial, onde milhares de pessoas foram exterminadas, sendo caracterizado tal fato como uma política válida pelo governo e Arendt, (1999, apud BARCELLOS, 2008, p.125), entende que na 2ª Guerra, os judeus perderam a própria noção de valores da vida humana, pois na guerra, trocavam judeus mais importantes por aqueles que eram pouco letrados.

Foi então, com as conseqüências do pós-guerra, que levou a consagração da dignidade da pessoa humana em vários países, como Bélgica, Portugal, Espanha e Alemanha. Entretanto, a primeira referência de dignidade humana encontrada em uma Constituição, foi no México em 1917, como expõe Martins (2003, p. 33).

Contudo, foi a Alemanha, em 1949, quem instituiu a dignidade humana como princípio e direito fundamental exposto em seu artigo 1º, de acordo com José Afonso apud (MARTINS, 2003, p.35)

Dessa forma, Barcellos expõe que a dignidade humana não pode ser violada, pois todos devem protegê-la e respeitá-la, sendo também obrigação dos poderes estatais. Foi a partir desse conceito que a dignidade humana derramou-se em todas as Constituições do mundo. (2008, p.127)

Barcellos ainda assevera:

Realmente, o princípio da dignidade humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos de prestações sociais. (2008, p. 128):

Considerado um dos princípios mais importantes do Direito Brasileiro, quiçá do mundo, o Princípio Constitucional Fundamental da Dignidade Humana está situado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal da República, onde expõe que:

1º. A Republica Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como Fundamento:
III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 2005, p.15).

Entende-se como fundamento do Estado Democrático de Direito no tocante à dignidade da pessoa humana, as condições essenciais a cada pessoa, de possuir uma vida digna, com educação, saúde, moradia, lazer, entre outros direitos consagrados em nosso texto constitucional.

Conforme entendimento de Tavares, (2008, p.536) o princípio da dignidade humana teve como objetivo instituído na nossa Carta Magna, "de fundamento e fim da sociedade". E nela consta este princípio como um imperativo de justiça social, que designa um valor constitucional existente em supremacia.

O primado unifica o espaço de integridade moral do ser humano, sendo independente de fatores tais como crença, raça, cor origem ou status social, de acordo com Bulos, (2008, p.238), pois este princípio é amplo e forte, e envolve valores espirituais e materiais, o que se pode entender também é que a introdução deste princípio na Constituição Brasileira, foi fundamento de vitórias contra o preconceito, a intolerância, a exclusão social a ignorância e a opressão.

Assim, Martins (2003, p.120) conceitua dignidade humana como uma qualidade existente em todo ser humano, gozando de proteção do Estado, e das demais pessoas da sociedade, proteção está que faz jus ao impedimento de situações desumanas e infamantes, sendo oferecidas as garantias mínimas de acesso.

Por outro lado, essa noção de dignidade também reflete fatores. Fatores relacionados às responsabilidades, os quais todas as pessoa devem possuir com si

mesmas e com todas as outras pessoas que fazem parte da sociedade. Quando se fala em responsabilidade, cita-se os deveres e as obrigações.

Para Martins, (2003, p.125) o reconhecimento da dignidade humana é:

Como um valor supremo, um valor fundante da República, implica admiti-la não somente como um princípio da ordem jurídica, mas também da ordem política, social e econômica. Isto nos remete a noção de que conhecer a dignidade humana como fundamento da república significa admitir que o Estado se constrói a partir da pessoa humana, e para servi-la. Implica, também, reconhecer que um dos fins do Estado brasileiro deve propiciar as condições materiais mínimas para que as pessoas tenham dignidade.

A dignidade humana é considerada, acima de tudo, a proteção jurídica que o Estado deve oferecer a todas as pessoas que são vítimas de tratamentos desumanos, como foi o caso dos judeus na 2ª Guerra Mundial, além das condições mínimas de acesso, tais como educação, moradia, saúde, acesso à justiça, tratamento humano etc.

2.2.3 – Princípio da Proporcionalidade

A expressão proporcionalidade, como expõe Tavares, (2008, p.707) sempre esteve presente em vários ramos do Direito, como na aplicação das penas de ordem penal, na questão dos abusos cíveis e até mesmo como meio de coibir os atos discricionários do Estado na ordem administrativa.

Como conceito, o nobre doutrinador traz para o entendimento de proporcionalidade como sendo numa primeira idéia, a cobrança de racionalidade para que os atos estatais estejam vinculados ao apoio da lei. (Tavares, 2008, p.707)

No Brasil, não há previsão expressa do princípio da proporcionalidade. Sua consistência é disposta no art. 5º, § 2º da Constituição Federal da República, expondo que:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos

tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.
(BRASIL, 2005, p.18)

O termo proporcionalidade foi levantado em questão após o período da 2ª Guerra Mundial, pois até este momento o princípio da proporcionalidade, conforme Guerra Filho (2001, p.73), ainda estava sendo discutido no campo do direito administrativo e do direito penal, como razão de exigibilidade ou equação, pois nessa época, o tema era tratado apenas como regulador da atividade policial, tentando evitar a prática de excessos por parte dos referidos.

A ideia de proporcionalidade como fundamento no direito constitucional surgiu a partir da década de 50 pelos entendimentos jurisprudenciais do Tribunal Constitucional Federal Alemão e espalhou-se pelos diversos países nas últimas décadas, conforme Dimoulis (2007, p.176).

Guerra Filho (2007, p.64) discorre sobre o início deste princípio no Direito Constitucional:

Além disso, nosso princípio aparece relacionado àquele que se pode considerar o problema principal a ser resolvido com a adoção de um regime constitucional pelo Estado, nomeadamente o do relacionamento entre ele, a comunidade a ele submetida e os indivíduos que a compõem, ser regulado de forma equitativamente vantajosa para todas as partes.

E ainda para Lerche e Dürig (apud GUERRA FILHO, 2007, p.65):

Para que o Estado, em sua atividade, atenda os interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derrogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência digna de ser chamada assim.

Nesse entendimento, é cabível ressaltar a necessidade de um princípio que regule as relações pessoais de forma preponderante, como bem expõe o autor, frente à maioria representada pelo Estado Democrático de Direito, usando uma espécie de balança para que a aplicação de tal princípio ocorra de forma proporcional.

A proporcionalidade então passou a ser entendida, no dizer de Tavares (2008, p.707), como ligação entre direitos fundamentais e legislador, pois a partir

dessa definição, a legalidade era exigida não só como matéria de lei, mas como aquela que se encaixaria em lei proporcional. Afirma-se então que existe uma relação entre princípio da proporcionalidade e princípio da legalidade.

Deve-se entender como idéia de proporcionalidade, o elemento que deve regular os limites de competência daqueles órgãos estatais que são incumbidos de restringir a área protecionista dos direitos fundamentais, onde há o vínculo do legislador a estes direitos, cabendo ao estado configurar este limite, como define Dimoulis, (2007 p.191).

Desta forma, afirma-se que o estado possui competência para regular as áreas de proteção dos direitos fundamentais, onde o legislador está vinculado na área de atuação destes direitos, e o princípio da proporcionalidade entra como disciplinador desta competência atribuída.

Assim Dimoulis (2007, p.191) ressalta que:

Trata-se do limite material por excelência imposto ao poder do estado de restringir a área de proteção de um direito fundamental. A determinação da inconstitucionalidade da ação do legislador não pode se limitar a critérios formais, sob pena de perda da concretude e da utilidade de seu vínculo aos direitos fundamentais. Sua decisão política de tutelar (de certa maneira, privilegiar) um bem jurídico-constitucional em detrimento de outro só pode prevalecer se a forma desta escolha poupar o máximo possível o direito restringido.

Percebe-se que o princípio da proporcionalidade atua como meio de interpretação por parte do magistrado, que só poderá privilegiar um bem jurídico constitucional em favor de outro, quando a maneira à qual foi escolhida para privilegiar esse bem jurídico poupar de forma valiosa o direito restringido.

Para Baracho (2008, p.393), a noção de proporcionalidade pode ser aplicada em diversos segmentos do direito, como por exemplo, no direito privado, em que aparece nos conceitos de abuso de poder etc. No direito penal, sendo aplicada como matéria de infrações e sanções. Já no direito público, a questão da proporcionalidade pode ser aplicada de diferentes maneiras, iniciando pelas técnicas de representação proporcional, até às normas relacionadas ao imposto e de matéria fiscal.

Proporcionalidade no direito penal é conceituada por Nucci, (2007, p.37) da seguinte forma:

É o que se espera da harmônica aplicação dos princípios constitucionais e das normas infraconstitucionais. Por isso, o princípio esparge-se por todos os ramos do Direito, adquirindo especial relevo na esfera penal. Não teria o menor sentido, levando-se em conta a proteção subsidiária que o Direito Penal deve assegurar aos conflitos sociais, sustentando-se na adequada posição de intervenção mínima, prever penas exageradas para determinados delitos considerados de menor importância, bem como estipular sanções ínfimas para aqueles que visam à proteção de bens jurídicos considerados de vital relevo.

A aplicação do princípio da proporcionalidade neste caso é mencionada como proporção de determinadas sanções que devem ser consideradas ou relacionadas aos seus respectivos delitos.

Assim, os limites que o Estado impõe sobre os direitos fundamentais devem ser feitos de maneira adequada e necessária, como expõe Da Silva, (2007, p.40), devendo a renúncia aos direitos fundamentais ser feita favoravelmente relacionada ao objeto constitucionalmente pretendido. O Estado deverá então justificar o motivo de utilização dos meios e razões de restrição dos direitos fundamentais. Pois se os atos restritivos do Estado resultar em meios inadequados ou dispensáveis, ou se o fim querido não possuir fundamento, ocorrerá um desequilíbrio no direito fundamental sacrificado, resultando daí uma atuação demasiada e ilegal.

Pode-se afirmar, conforme Canotilho, (1997, apud NETTO, p. 66) que o princípio da proporcionalidade conceitua-se na área especial das leis limitadas de direitos e liberdades e garantias, que qualquer restrição ou limite imposto por lei ou com base nela deve ser feita de maneira adequada (conformidade), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida).

O primeiro elemento no entendimento de Tavares (2008, 715) simboliza a relação entre os meios e os fins a serem alcançados, sendo que os meios selecionados devem ser capazes de atingir o fim definido. O que se deseja na pretensão, quando se tratar da verificação de causalidade, é que a lei só será afastada se for incapaz de produzir aquele resultado pretendido, portanto ela deve adequar-se ao resultado querido.

O segundo ponto trata-se da necessidade ou exigibilidade do meio utilizado, pois de acordo com Santos (2008, p.210), quando o estado tiver que decidir pelo meio de ação a ser utilizada, terá duas opções: escolher um meio que

seja menos oneroso ou aquele que cause menor influência na vida de um indivíduo, garantindo o controle do exagero.

Dentro deste segmento de proporcionalidade Canotilho, (1997, apud THEODORO, 2002, p.62) estabelece elementos, que facilitam uma melhor condução deste princípio, como:

- a) a necessidade material, pois o meio deve ser o mais poupado possível, quando a limitação dos direitos fundamentais;
- b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção;
- c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público;
- d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou às pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados.

O terceiro elemento pode-se definir como a proporcionalidade em sentido estrito, que no dizer de Guerra Filho (2007, p.66) está relacionado entre meio e fim, constituído de valoração, na medida que para aplicar um direito fundamental, muitas vezes é necessário restringir outros direitos.

Neste último elemento, o que se tenta destacar é a idéia de como foi estabelecido à relação empregada entre o meio e o fim. Afirmando que a comunidade possui interesses, bem como os indivíduos que a integram. Nesse clima de interesses, o que se procura evitar é o benefício exagerado de um para prejudicar o outro. Seria a idéia de valoração.

Assim, o princípio da proporcionalidade é considerado um direito positivo, possuindo a responsabilidade de garantia dos direitos fundamentais de cada indivíduo conforme citado no art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988. O princípio ora apresentado possui grande ligação com o princípio da legalidade, pois a atuação do Estado deve ser efetuada de acordo com os ditames legais, devendo seguir a idéia da proporcionalidade, pois o legislador ao aplicar suas normas, deverá seguir os limites impostos pelo Estado, sempre tentando garantir a melhor aplicação dos direitos fundamentais.

2.3 Legislações que estabelecem critérios para o uso de algemas

Até agosto de 2008, nosso ordenamento jurídico não regulou nenhuma legislação específica que estabelecessem critério para o uso de algemas.

Entretanto, ainda que não existisse legislação específica, algumas já tratavam, ainda que de forma um pouco abstrata, sobre matéria do uso de algemas.

De acordo com Vieira (2002, p. 11), o uso de algemas já era previsto nas Ordenações Filipinas, legislação constituída como base do Direito Português, sancionada pelo Rei Felipe I em 1595, onde o texto já destacava castas, atribuindo privilégio a algumas delas.

Em 1603, o texto das Ordenações Filipinas inicia sua aplicação. O uso de algemas no Livro V, Título CXX, é considerado da seguinte forma:

Em que maneira os Fidalgos e Cavaleiros e semelhantes pessoas devem ser presos:

Mandamos, que os fidalgos de Solar, ou assentados em nossos Livros, e os Nossos Desembargadores, e os Doutores e Leis, ou em Cânones, ou em Medicina, feitos Studo universal per exame, e os Cavaleiros Fidalgos, ou confirmados per Nós, e os Cavaleiros das Ordens Militares de Christo, Santiago e Aviz, e Os Scrivães de nossa Fazenda e Câmera, e mulheres dos sobreditos em quanto com elles forem casadas, ou stiverem viúvas honestas, não sejam presos em ferros, se não por feitos, em que merecerão morrer morte natural, ou civil. E por outros, que não caibam ditas penas de morte, serão presos sobre suas homenagens, aos quais devem fazer aos juizes, que os prenderem, ou mandarem prender.

E per elles serão tomados lhes serão tomadas, e lhes darão por prisão o Castelo da Villa, ou sua caza, ou a mesma Cidade, Villa, ou lugar, segundo fór a qualidade do caso. (ALMEIDA, 2009)

Observa-se que desde aquela época, tal legislação já privilegiava algumas pessoas de classes no que tange ao uso de algemas, não permitindo uso do instrumento em algumas das referidas classes, gozando aquelas, de amplos direitos por pertencerem à nobreza social.

Outra legislação importante que se pode mencionar é o Código Criminal do Império Brasileiro, pois conforme Vieira (2002, p. 11), estava previsto no artigo 44, mencionando que:

“Art. 44. A pena de galés sujeitará os réos a andarem com calceta no pé, e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos publicos da provincia, onde tiver sido commettido o delicto, á disposição do Governo”.

Acredita-se que, devido às insatisfações com a coroa portuguesa, eram colocadas as correntes de ferro nos escravos para evitar que eles fugissem de seus superiores, conforme (Vieira, p.12), contudo, tal pena não era atribuída às mulheres e aos menores de 21 anos, como expõe o art. 45 do mesmo Código:

Art. 45. A pena de galés nunca será imposta:

1º As mulheres, as quaes quando tiverem commettido crimes, para que esteja estabelecida esta pena, serão condemnadas pelo mesmo tempo a prisão em lugar, e com serviço análogo ao seu sexo.

2º Aos menores de vinte e um annos, e maiores de sessenta, aos quaes se substituirá esta pena pela de prisão com trabalho pelo mesmo tempo. (Código Criminal, 1830)

Observa-se que as mulheres e os menores de 21 anos também possuíam restrições quanto ao uso dos ferros, sendo atribuídos outros tipos de penas, como a prestação de trabalho, determinado no caso das mulheres o tempo de prisão.

O Código de Processo Penal Imperial, datado de 1832, também estabelecia o uso de algemas, mas foi alterado em 1871 pela lei 2033, onde era regulado pelo decretado 4.824, que estabelecia em seu artigo 28 o seguinte ditame:

Art. 28. Além do que está disposto nos arts. 12 e 13 da Lei, a autoridade que ordenar ou requisitar a prisão e o executor della observarão o seguinte: O preso não será conduzido com ferros, algemas ou cordas, salvo o caso extremo de segurança, que deverá ser justificado pelo conductor; e quando não o justifique, além das penas em que incorrer, será multado na quantia de 10\$000 a 50\$000 pela autoridade a quem fôr apresentado o mesmo preso. (FIGUEIRAS JÚNIOR, 2009)

Como se pode observar, este código já previa condições para o uso dos ferros, sendo que a autoridade que fizesse uso de tais instrumentos sem justificativa, era atribuída valores a título de multa por tal descumprimento.

Já o primeiro Código Penal da República Brasileira de 1890, e Consolidação das Leis Penais de 1932, de acordo com (Vieira, p.12), nada trataram acerca do uso dos ferros, que veio comentar de forma indireta com a chegada do Código de Processo Penal de 1941 que estabelece em seus artigos 284 e 292, tal sendo: “Art. 284 - Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.” BRASIL (2005, p.256)

E ainda o artigo 292 do mesmo código expõe:

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. BRASIL (2005, p.256)

Nota-se que os artigos mencionados nada falam a respeito do uso de algemas, mas apenas de “meios necessários” para coibir a resistência de presos, ou então sobre o uso de força que autoridades competentes poderão usá-la caso esses indivíduos tentem fugir ou resistam à prisão.

Já o Código de Processo Penal Militar, representado pela lei 1002 de 1969 , expõe em seu artigo 234 § 1º o seguinte texto:

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

Do Emprego de algemas:

1º O emprêgo de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do prêso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242. (BRASIL, 2008, p.375)

O artigo ora comentado, também menciona no tocante “ao uso de meios necessários” que a autoridade poderá utilizar, no caso de fuga ou agressão do ofensor, todavia, deve o uso de algemas ser evitado, caso não ocorra tais condições.

Todavia, consoante ao artigo 242 § 1º do mesmo código, o uso de algemas não pode ser usado em tais autoridades e demais pessoas, como segue adiante:

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

- 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.

Dessa forma, o artigo mencionado resguarda claramente as ideias do Código das Ordenações Filipinas, onde preservava certas castas, sendo que neste, proíbe o uso de algemas em autoridades e pessoas ligadas às áreas militares, além de ministros entre outros.

Outra legislação mais atual que comenta sobre o uso de algemas, é a Lei nº. 7.210/84, Lei de Execuções Penais, em seu art. 199 dispondo que:

“O uso de algemas será disciplinado por decreto federal” (BRASIL, 2010. p. 1415), só que tal decreto nunca foi criado, não existia legislação alguma que tratasse sucintamente sobre o uso de algemas.

Pode-se destacar também a Lei nº. 8.653/93 - que colabora com o transporte de presos e da outras providências, mas nada menciona sobre o termo algemas, mesmo assim deixa claro o tratamento que os presos devem possuir ao serem transportados, preocupando-se com a saúde, quando cita “proibido transporte de presos em compartimentos de proporções reduzidas, com ventilação deficiente ou ausência de luminosidade” (BRASIL, 2010).

Recentemente, o Código de Processo Penal Brasileiro passou por uma reforma mudando a redação de artigos, tais como o art. 474 que passou a disciplinar o uso de algemas em seu § 3º, na sessão do Tribunal do Júri, dispondo do seguinte modo:

Art. 474. A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008). (BRASIL, 2010. 471)

Afirma-se que o artigo em tela dispõe sobre o uso de algemas no Tribunal do Júri, sendo que o uso de tal instrumento será apenas necessário para garantir o andamento do julgamento, a segurança das pessoas ali presentes e também a ordem dos trabalhos.

Outra legislação que pode ser citada é a Lei nº 9.537/1997 que cuida da segurança da navegação das águas brasileiras dispondo em seu art. 10, inciso III que:

Art 10 - O Comandante, no exercício de suas funções e para a garantia da segurança, das pessoas, da embarcação e da carga transportada, pode:

III – ordenar a detenção de pessoa em camarote ou alojamento, se necessário com algemas, quando imprescindível para a manutenção da integridade física de terceiros, da embarcação ou da carga. (BRASIL, 1997)

Percebe-se que neste artigo, a algema é relacionada como instrumento necessário quando presentes riscos de integridade física de pessoas a bordo e também para garantir a segurança das cargas e embarcações.

No estado de São Paulo, a Secretaria de Segurança Pública (SSP) criou uma resolução para regular o uso de algemas, através do Decreto nº 19.903/1950, dispondo sobre o tema em três artigos conforme Vieira (2002, p.13):

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 delinqüentes detidos em flagrante, e em virtude de pronúncia ou nos demais casos previstos em lei, desde que ofereçam resistência ou tentem fuga;

2º - a 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.

Percebe-se que este decreto, disciplina não só uso de algemas, mas também, conforme Vieira (2002. p.13), de acordo com o art. 2º do mesmo decreto, os exauros cometidos com o uso do instrumento, que deverão ser levados ao conhecimento das autoridades competentes, devendo ser realizados procedimentos para apurar os excessos cometidos com o uso de algemas, para depois serem punidos os infratores.

Ainda de acordo com o decreto, o art. 3º, menciona que as autoridades policiais que fizerem o uso de algemas, deverão registrar em livro devidamente assinado pela autoridade policial e demais autoridades envolvidas na diligência, juntamente com a assinatura do indivíduo que foi submetido à prisão, livro este que deverá permanecer como controle nas dependências policiais. (Viera, 2002, p.13)

Cumprе ressaltar que o Estado de São Paulo, através de seu governo, criou recentemente outro decreto em 2002, o Decreto nº 46.622, para manifestar a

cerca das “providências na Coordenadoria de Unidades Prisionais de São Paulo e da Grande São Paulo, da Secretaria da Administração Penitenciária, as unidades de escolta e vigilância específica e dá providências correlatas” (Vieira, 2002, p.14). Contudo, nada fala sobre o uso de algemas, prevalecendo ainda o texto do decreto citado anteriormente.

No Rio de Janeiro, o uso de algemas é regulado pela Portaria 288/76 na área Penitenciária, sendo tal instrumento de grande importância para a realização de escoltas, garantindo a segurança de policiais quando se tem conhecimento da periculosidade de detentos. Tal decreto traz à baila o mesmo entendimento do Decreto Imperial de 1871, quando afirma que o uso de algemas só deverá ser feito quando existir perigo de fuga ou agressão por parte do preso e entendendo da mesma forma, no que tange a parte do Código de Processo Penal Militar, quando proíbe a utilização de algemas em autoridades elencadas no art. 242 § 1º, de acordo com Vieira (2002, p.13).

Ainda de acordo com Vieira, sobre a Portaria do Rio de Janeiro (2002, p.13), quando as algemas forem usadas, os agentes policiais deverão fundamentar por escrito o uso de instrumento e apresentar ao Chefe de Segurança Pública um relatório contendo as justificativas relacionadas a tal utilização.

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), através da, Instrução de Aviação Civil (IAC) nº. 2.504/1988 também dispõe sobre o uso de algemas para integrantes do Departamento de Polícia Federal (DPF), no uso do Transporte Aéreo Civil, cita-se o ar. 1º do título I, expondo que:

O Decreto nº 73.332, de 19 Dez 73, estabelece no seu Art. 10º que: “Aos integrantes do Departamento de Polícia Federal, quando em serviço, será assegurada prioridade, em todos os tipos de transportes e comunicações, públicos ou privados, no território nacional”. (BRASIL, IAC 2504-0388)

E ainda em seu artigo 5º, do título II, referente ao processamento, dispõe que: “caso o prisioneiro seja transportado com algemas esta situação deverá, se possível, ser encoberta” (BRASIL, IAC 2504-0388).

Registra-se aqui quanto ao uso de algemas em presos transportados pelos agentes do DPF, não deverão os referidos agentes expor os indivíduos presos que estiverem algemados, para evitar constrangimento perante as demais pessoas, condição que deverá estar presente quando possível.

Pode-se citar também os projetos de lei que tramitam na Câmara dos Deputados, regulamentando a utilização de algemas, como por exemplo, o PL n.º 5858/2005 criado pelo Deputado Luiz Antônio Fleury, onde disciplina o emprego de algemas por autoridades policiais, e dá outras providências, alterando as legislações sobre abuso de autoridade (4.898/65) e a LEP (7.210/84), dispondo a seguir:

Art. 1º O emprego de algemas pelas forças policiais, civis e militares, far-se-á nos termos da presente lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei é considerado assemelhado a algemas qualquer meio material utilizado para a contenção de pessoas que seja aplicado nas extremidades dos membros superiores ou inferiores do corpo humano.

Art. 2º A utilização de algemas é permitida, respeitadas as seguintes normas gerais:

I – na condução de preso que possa oferecer algum tipo de risco aos seus condutores ou em relação a quem haja elementos suficientes para que se presuma que se possa evadir;

II – na contenção de grupo de pessoas em que o efetivo policial seja quantitativamente menor;

III – na condução de pessoa acometida de transtorno emocional ou que tenha feito uso de substâncias químicas que possam alterar seu comportamento e cujas reações possam oferecer risco aos seus condutores, a si própria ou aos circundantes;

§ 1º A autoridade imediatamente responsável pela ação policial deverá decidir sobre a utilização das algemas, obrigando-se a preservar o preso da execração pública, bem como de quaisquer agressões físicas ou morais.

§ 2º Em nenhuma hipótese o preso será exposto à imprensa com suas mãos algemadas antes do término da lavratura do auto de flagrante delito.

Art. 3º Comete crime de abuso de autoridade quem conduzir ou autorizar a condução de pessoas com o emprego de algemas em desacordo com o previsto nesta Lei.

Art. 4º Acrescente-se ao texto do art. 3º, da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, a seguinte alínea I):

Art. 3º

I) à liberdade de ação, pela contenção com o emprego de algemas, em desacordo com o previsto em Lei.

Art. 5º Fica revogado o art. 199 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

Art. 6º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2009)

Este projeto de lei tramita em conjunto apensado com PL 2753/2000, que se encontra apensados aos PLs. nºs. 3287/2000, 4537/2001, 5494/2005, 2527/2007, 3506/2008, 3746/2008, 3785/2008, 3887/2008, 3888/2008, 3889/2008, 3938/2008, sendo que ainda não foram levados à votação.

No dia 13 de Agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante nº, 11, que discriminou as hipóteses para o uso de algemas, que:

Só é lícito o uso de algemas em casos 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. (BRASIL, 2009).

Percebe-se, que o STF nada inovou a respeito das hipóteses para o uso de algemas, sendo que algumas das legislações já citadas anteriormente, também abordavam algumas das hipóteses elencadas pela súmula.

Tal súmula levantou polêmicas acerca das determinações para o uso de algemas, sendo questionada a competência do STF em criar leis. A redação da Súmula Vinculante nº11 não distinguiu as camadas sociais, porém na prática pode-se perceber que o poder econômico é um fator determinante na sua execução.

Capítulo II

3. O ABUSO DE AUTORIDADE E OS EXCESSOS POR PARTE DOS AGENTES DA LEI

Neste capítulo será abordado o abuso de autoridade cometido pelos agentes da lei, ou seja, aqueles servidores públicos exercentes da função administrativo-legal do Estado, além da caracterização do abuso de autoridade e dos meios que evidenciam a prática do abuso comentado pela Lei nº. 4.898/65.

3.1 Definições doutrinárias e legais a cerca do abuso de autoridade.

Conforme Silva (2003, p.395), o cidadão é o bem mais precioso. Desta forma, nossa Carta Magna estabeleceu direitos, garantias e princípios que resguardem o respeito, a dignidade, a presunção de inocência, além de outros importantes direitos.

Não seria diferente com a Lei de Abuso de Autoridade, criada para proteger cidadãos que são vítimas de abusos cometidos por parte dos agentes da lei, sejam funcionários públicos como os magistrados, serventuários da justiça, policiais etc, além de proteger o Estado contra os desvios cometidos por seus agentes. Esses funcionários ou agentes são punidos de forma proporcional a sua ação e tais punições estão elencadas na Lei 4.898/65.

Porém, antes de abordar a questão do abuso de autoridade, faz-se necessário definir o que seria abuso, autoridade e quem são os agentes que praticam tais crimes.

3.1.1. Conceito de autoridade, abuso e as definições do abuso de autoridade.

De acordo com Michaelis, o dicionário da língua portuguesa (2008, p. 99) autoridade pode ser conceituada da seguinte forma:

Autoridade (*lat auctoritate*) *sf* **1** Direito ou poder de mandar. **2** Poder político ou administrativo. **3** Representante do poder público. **4** Capacidade, poder. **5** Pessoa que tem grande conhecimento em determinado assunto. **6** Influência que uma pessoa tem sobre as outras.

O dicionário Michaelis transmite a ideia de alguém superior, alguém que tem poderes para exercer algo, seja no campo político, administrativo ou então aquela pessoa que está no topo de alguma coisa, que possui poderes para representar outras pessoas.

Assim, a doutrina esclarece por meio de Fonseca (1997, p.25) que autoridade pode ser conceituada como o que o Estado chama de líder, alguém para exercer certa atividade, atividade esta que é chamada de poder de polícia, que deve estar sempre baseada nos ditames legais.

Fonseca (1997, p.26) explica que *Autoridade* vem do latim *auctoritas*, que significa poder, comando, direito e jurisdição, e que em nosso direito pode ser conceituado como alguém que possui comandos, o poder de jurisdição ou o direito que uma pessoa tem para praticar determinadas ações relacionadas a pessoas, coisas ou atos.

Nos termos do art. 5º da Lei 4.898/65 – Lei de Abuso de Autoridade:

“Autoridade pode ser conceituada como quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, militar, ainda que transitoriamente ou sem remuneração.” Nucci (2009, p.59).

No entanto, não é qualquer cidadão que é considerado autoridade. A autoridade que se expressa é aquela que o cidadão é nomeado como servidor público como citado por Nucci. Aquele que comete abusos no exercício de sua função. Assim é ele quem detém essa autoridade e é punido pela lei ora citada.

Para Freitas (2001, p.92), autoridade é:

A faculdade de mandar e comandar que se manifesta natural e necessariamente na estruturação de todo agrupamento humano, para em nível hierárquico superior, prover os meios adequados a realização de um fim comum.

E ainda, nas mesmas palavras de Freitas:

“É a pessoa que, em razão do cargo, função pública que ocupa, ainda que sem remuneração e transitoriamente, detenha o poder de determinar, de subordinar ou de se fazer obedecer.” (Freitas, 2001, p.92).

Nesse sentido, Prado (2009, p.16) expõe que: “O uso da autoridade, como inerência do poder sem o qual Administração Pública não lograria atingir seus fins de satisfação do interesse geral, é prerrogativa legítima”.

Isso explica que a Administração Pública deve dispor de cidadãos que representem seus interesses, e para isso o Estado lhes confere prerrogativas para cumprir tais funções, sendo que essas prerrogativas só podem ser consideradas legítimas, quando estiverem de acordo com a lei.

O Estado atribui prerrogativas a um agente administrativo, como ensina Fonseca (2003, p.24), e este agente deve exercer tais prerrogativas de acordo com os ditames legais, ou seja, se o agente administrativo contrariar, desviar, ou praticar qualquer ato que não esteja dentro da legalidade, ele estará cometendo o crime de abuso.

Para Meirelles (1998, p.94) o agente da lei, cometido pelo poder atribuído pelo Estado deve usá-lo sem abusos.

No mesmo sentido:

“(...) a utilização desproporcional do poder, o emprego arbitrário da força, da violência contra o administrado constituem formas abusivas do uso do poder estatal” (Meirelles, 1998, p.94).

Assim, abuso pode ser definido como:

Aquele que usa a autoridade com excesso de poder ou direito, ou ainda o mau uso ou a má aplicação dele. “É através do abuso que surge uma utilização desvirtuada da esfera jurídica”, de acordo com Fonseca (2003, p.24, apud SILVA, 1995).

Deste modo, quando os abusos são praticados por agentes da lei, deve o Estado puni-los, e a lei do abuso de autoridade entra exatamente nesta seara, punindo aqueles que agem fora da estrita legalidade, que não agem de acordo com os ditames legais, pois a punição serve não só como pena, mas como exemplo para que outros agentes estatais não repitam tal comportamento. (Fonseca, 2003, p.24).

Há que se distinguir o abuso, que é aquele comportamento propriamente criminoso que age com maldade, vingança, sentimento humilhante perante aquela ação de negligência ou qualquer outro meio que inside na esfera culposa.

A expressão abuso de autoridade é relacionada com o abuso e a autoridade, onde o agente estatal, por meio das prerrogativas que o Estado lhe atribuiu através do poder de polícia, comete excesso com os cidadãos de bem, ou seja, o agente estatal age de maneira vingativa, humilhante, querendo agir fora dos ditames legais, exagerando em seus comportamentos e conseqüentemente ferindo moralmente ou fisicamente o cidadão.

Desta forma, cita-se como exemplo o policial que ao fazer uma abordagem rotineira em um cidadão, começa a agredi-lo fisicamente sem quaisquer motivos, sem que o cidadão ofereça resistência ou perigo.

Nestes termos e com relação ao abuso de autoridade, Silva, (2003, p.396) explica que:

A discricionariedade da autoridade, própria do direito administrativo, permite que ela atue nos estritos limites da lei que a regula; ao passo que o abuso de autoridade ocorre quando ela exorbita no exercício de suas funções, extrapolando os limites legais. Neste caso a autoridade agiu fora dos limites da Lei.

Deve-se novamente afirmar que o abuso de autoridade só é considerado, quando o agente da lei, atribuído prerrogativas concedidas pelo Estado, extrapola, desvia-se das condutas prescritas nos ditames legais, ferindo princípios basilares de nossa Carta Magna, como a presunção de inocência e dignidade da pessoa humana que são protetores indiscriminados de toda a sociedade.

Como bem exposto o conceito de abuso e autoridade, passa-se à análise da caracterização do abuso de autoridade.

3.2. A caracterização do abuso de autoridade.

Antes de chegar-se à caracterização do abuso de autoridade, necessário se faz descrever os sujeitos ativos que comportam este crime, veja-se.

O que para Prado (2009, p.17), o sujeito ativo deste delito é a autoridade pública, aquele agente estatal nomeado para praticar serviços para a população, seja na esfera administrativa, judicial, militar, civil, etc. É a autoridade competente.

O sujeito passivo deste crime, como ensina Fonseca, (1997, p.29) é o titular do bem jurídico tutelado, aquele que sofre uma repressão, agressão ou qualquer outro meio atingido.

Desta forma, percebe-se que o sujeito ativo do crime de abuso de autoridade é atribuído àquela pessoa que possui prerrogativas estatais inerentes ao poder público, por exemplo, àquela encarregada de zelar pelos ditames legais e proteger a sociedade. Enquanto o sujeito passivo é considerado qualquer pessoa que faz parte da sociedade, ou seja, qualquer sujeito é passível dos abusos que possam ser cometidos por um guarda de trânsito, por exemplo, um magistrado, um policial.

Morais, (2002, p.28) afirma que:

Os crimes de abuso de autoridade tem dupla subjetividade passiva, sendo o Estado, o sujeito passivo mediato, na condição de titular da administração pública, enquanto o titular do direito ou garantia constitucional violada é o sujeito passivo imediato.

Nesses termos, percebe-se que o sujeito passivo do crime ora comentando pode ser o Estado, na qualidade de quem transfere prerrogativas ao agente estatal, quanto àquele cidadão que sofre contra os excessos e tem seus direitos e garantias violadas.

Para configuração do crime de abuso de autoridade, é necessário que o agente infrator, exerça função pública.

Porém, como afirma Freitas (2001, p.92): “Não é todo cargo, emprego ou função que detém tais poderes. Para que se possa atribuir a alguém o crime de abuso de autoridade, necessário se faz, por primeiro, analisar se ela possui tais poderes”.

Entretanto, Prado (2009, p.17) “ensina que nem todo o agente público exerce uma função pública.”.

Por conseguinte, pode-se afirmar que para ocorrer o crime de abuso de autoridade, em tese, é necessário que a figura ativa do crime seja uma autoridade.

Desse modo, Fonseca (1997, p.119) afirma que nem sempre o termo autoridade pode estar relacionado com funcionário ou servidor público, pois a lei define que o funcionário precisa exercer uma função pública (mesmo não sendo efetivo) possibilitando uma função de mando do servidor.

Para Prado (2009, p.17) a Lei nº. 4898/65 ao mencionar a expressão função pública, escolheu um critério funcional para definir o sujeito ativo do crime, já que irrelevante ser funcionário público se não está cometido em sua função, ou seja, para caracterização do crime, o funcionário tem que estar no exercício de sua função.

Fonseca menciona a seguinte forma de caracterização: “Em princípio, para a Lei, o agente deve invocar a sua autoridade para ser reputado criminoso, e estar no exercício funcional, em atividade” (1997, p.30).

Nesse mesmo sentido, Fonseca expõe que o funcionário não precisa estar de plantão para que o crime de abuso de autoridade esteja caracterizado, basta que aja com arbitrariedade no caso concreto, anunciando que é um funcionário público, não caracteriza tal delito quando o agente não traz à baila a condição de funcionário estatal (1997, p.30).

Desta forma, não é necessário que o agente estatal esteja no exercício de sua função, ou seja, o servidor não necessariamente precisa estar no seu cargo, exercendo o seu trabalho para que o delito de abuso de autoridade esteja configurado, basta que ele anuncie a função de servidor, estando o delito configurado.

Seguindo a mesma linha, Fonseca ressalta que:

Ademais, há que se tratar não só de agente estatal, mas possuir uma condição de mando na situação fática, seja uma posição hierárquica superior, seja na posição de autoridade, enfim, deve estar presente um abuso, uma arbitrariedade. (1997, p.30)

Cita-se como exemplo clássico o caso dos guardas municipais como ensina Passos (2000, p.93):

Embora os guardas municipais não tenham atribuições de polícia de segurança ou judiciária, mas de conformidade com o disposto no § 8 do art. 144 da Constituição Federal, apenas de dar proteção aos bens, serviços e instalações do município, seus integrantes, no exercício destas atribuições, podem cometer abusos e, portanto, figurarem como sujeito ativo do crime de abuso de autoridade.

Outra forma de caracterização do abuso de autoridade é a subjetividade do autor, isto é, a autoridade coatora deverá ter vontade de cometer tal crime, invocando na figura do dolo.

Desta forma, Nucci expõe que:

Exige-se um elemento subjetivo específico tácito, consistente na vontade de *abusar* do poder que o agente detém em nome do Estado. Ilustrando, pode ocorrer de alguém permanecer várias horas em uma delegacia (ou no fórum), aguardando para ser ouvido como testemunha, com a liberdade de locomoção prejudicada, (sob ordem de autoridade policial (ou judicial), mas sem que esta tenha vontade específica de usar mal ou inconvenientemente a autoridade estatal. (Nucci, 2009, p.38)

Silva contribui, afirmando que:

Os delitos de abuso de autoridade somente podem ser praticados a título de dolo, uma vez que não existe a forma culposa para os referidos delitos. Além do elemento subjetivo geral do tipo dolo, é necessário ainda, que o agente saiba que sua conduta exorbita o seu poder. (2003, p.396 e 397)

Assim, pode ser autor do abuso de autoridade qualquer agente que exerça prerrogativas estatais. Entretanto, é necessário salientar, que para a configuração do crime, o agente da lei deve possuir vontade de praticar o elemento do tipo, ou seja, deve existir dolo, intenção de cometer um abuso, uma arbitrariedade, uma ofensa aos direitos constitucionais etc.

3.3. Crimes que configuram o abuso de autoridade.

A Lei 4.898/65 estabelece em seu artigo 3º alguns casos que caracterizam o crime de abuso de autoridade. Passa-se então à análise de alguns crimes que podem ser considerados relevantes para o estudo do presente trabalho.

3.3.1 Atentado à liberdade de locomoção

A liberdade de locomoção é um direito que cada ser humano deve possuir, sendo garantido constitucionalmente, conforme artigo 5º, inciso, XV da Constituição Federal Brasileira:

Art. 5º. [...]

“XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. (BRASIL, 2005, p.16).

Para Fonseca, a liberdade de locomoção “constitui um direito individual, uma direito constitucional, é a liberdade no sentido estrito” (Fonseca, 1997, p.46)

De acordo com a Constituição Federal Brasileira, qualquer pessoa pode entrar em sair do nosso país, conforme legislação vigente e necessidades impostas pelo Estado.

Para Fonseca (1997, p.44) atentado seria qualquer tipo de agressão, ofensa ou ataque sofrido por pessoas, coisas, ou até mesmo a moral. A sociedade é protegida por direitos, uma vez que ela sofre perturbações por parte dos cidadãos, atentaria seus direitos, configurando basicamente um atentado.

Assim, o Estado confere liberdades para as pessoas se locomoverem dentro dele. Para Passos (2001, p.32) “tal liberdade não pode ser total, pois são necessárias certas restrições, não só em face da liberdade dos demais indivíduos, como a do Estado”.

Então, faz-se necessária algumas restrições para manter a ordem do Estado, no que diz respeito à locomoção das pessoas dentro do nosso território nacional. De acordo com Freitas; Freitas, não configura o delito de abuso de autoridade quando:

(...) não se poderá falar em violação de liberdade de locomoção daqueles que ameaçam a paz, a segurança e o bem estar dos demais cidadãos, como do Estado, pelo que não constituem abuso de autoridade as detenções e recolhimentos de dementes e ébrios, pessoas que causem escândalos. Freitas; Freitas (2001, p.32)

E ainda nas mesmas palavras de Freitas; Freitas:

Da mesma forma não há que se falar em abuso de autoridade, consistente na violação do direito de ir e vir, quando ocorre a abordagem de um cidadão, por parte de um agente da autoridade, para a verificação de documentos, principalmente em se tratando de um bloqueio policial, medida de polícia preventiva. Freitas; Freitas (2001, p.32).

Pode-se afirmar que qualquer abordagem que restrinja a liberdade de ir e vir dos cidadãos deve estar sempre de acordo com a legalidade. Salienta-se, que

todo cidadão possui direitos para locomover-se onde bem entender, respeitando sempre as normas legais que vigem em nosso país, além dos cidadãos estrangeiros que nela residem. Se a limitação à sua liberdade de locomoção não tiver obedecido às formalidades e previsões legais, o fato é considerado crime de abuso de autoridade.

3.3.2 Atentado à inviolabilidade de domicílio.

De acordo com o artigo 3º, alínea “b” da lei 4.898/65, constitui abuso de autoridade o atentado à inviolabilidade de domicílio, que também está disposto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XI expondo que:

Art. 5º [...]

XI – a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial. (BRASIL, 2005, p.16).

Freitas; Freitas (2001, p.35) acredita que não só a casa é protegida por lei, mas seu interior, não possuindo relevância as condições de morador ou locatário, bastando somente que nela resida.

Assim esclarece Freitas; Freitas:

Age com abuso de autoridade, consistente na violação de domicílio, o funcionário público que no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, entra ou permanece em casa alheia ou em suas dependências, contra a vontade de quem nela habita. Freitas; Freitas (2001, p.36)

Nota-se, que a casa é um bem valioso para o cidadão, bem protegido constitucionalmente contra invasões. Assim, a entrada de bombeiros na residência do morador para salvá-lo de um incêndio não configuraria o delito de abuso de autoridade.

De acordo com Moraes (2002, p.31):

A violação de domicílio legal, sem consentimento do morador, é permitida, porém somente nas hipóteses constitucionais:

DIA – flagrante delito, ou desastre, ou para prestar socorro, ou ainda por determinação judicial. Somente durante o dia, a proteção constitucional deixará de existir por determinação judicial.

Percebe-se que durante o dia, a proteção constitucional não estará presente em virtude de determinação judicial existente. Desta forma, se o morador for pego em flagrante delito na posse de drogas para comercialização, não estará configurada a hipótese de abuso de autoridade, uma vez que houve flagrante delito, configurando crime de tráfico.

E ainda, nas mesmas palavras de Moraes:

“A violação de domicílio legal, sem consentimento do morador, é permitida, porém somente nas hipóteses constitucionais: NOITE – flagrante delito, ou desastre, ou para prestar socorro”. (2002, p.31)

Atenta-se que o exposto refere-se apenas a situações realmente excepcionais. De tal sorte, considera-se abuso de autoridade por parte do funcionário público que cumpre mandado de busca e apreensão no período da noite, visto que a lei dita que a busca e apreensão só poderá ser feita durante o dia como expõe o artigo 240 do CPP:

Art. 245 [...]

As buscas domiciliares serão executadas durante o dia, salvo se o morador consentir que se realizem a noite, e antes de penetrar na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o em seguida, a abrir a porta. (BRASIL, 2005, p.252)

Portanto, resta claro que, além dos casos expostos acima, para entrar na residência de qualquer morador durante o período noturno, só é possível com o seu consentimento, mesmo que haja determinação judicial, não poderá adentrar, só em casos de flagrante delito, pois do contrário configurar-se-á o abuso de autoridade.

3.3.3 Atentado ao sigilo de correspondência:

Esta figura está prevista no artigo 3º, alínea “c” da Lei de Abuso de Autoridade, devendo ser interpretada com o artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal de 1988, pois o referido dispositivo deu liberdade somente para abrir o meio

de comunicação através de ordem judicial para finalidade investigatória, ou processo criminal.

De acordo com Nucci (2009, p.40), as garantias constitucionais como o sigilo de correspondência não se encontra totalmente imune à inviolabilidade, pois o artigo 5º, inciso XII, assim expõe:

Art. 5º [...]

XII - é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 2010, p.18)

Atenta-se, que nossa Carta Magna abre possibilidades acerca da inviolabilidade do sigilo de correspondência, visto que se ocorrer uma investigação criminal, a correspondência poderá ser aberta, pois a lei abre espaço para tal possibilidade, desde que a autoridade esteja munida de autorização judicial.

De tal sorte, Nucci afirma que nem toda correspondência é inviolável, pois:

(...) se assim fosse, as cartas recebidas e enviadas por presos jamais poderiam ser abertas por agentes do presídio, o que na prática ocorre e já foi considerado procedimento válido por vários tribunais, inclusive pelo STF. (2009, p. 42).

E ainda, nas mesmas palavras no ilustre doutrinador:

Logo, parece-nos perfeitamente válido, a violação da correspondência da pessoa presa – por questões de segurança do estabelecimento prisional – bem como, se autorizado pelo juiz do acusado, quando as cartas forem apreendidas regularmente. (Nucci, 2009, p.42).

O artigo 240, §1º, alínea “f” do CPP, também estabelece acerca do assunto, dispondo que:

Art. 240 – A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º - Proceder-se-á à busca domiciliar quando fundadas razões a autorizarem para:

f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; (BRASIL, 2010, p.602).

O dispositivo ora citado deixa claro que a violação só poderá ocorrer em caso de suspeita de crimes, em que a correspondência consistira num meio necessário para a prova de uma investigação criminal, ou até mesmo quando no seu conteúdo houver informações importantes para desvendar um ilícito. Afastados estes casos, poderá incorrer no crime ora comentado o agente que descumprir as referidas previsões legais.

3.3.4 Atentado à incolumidade física do indivíduo.

Nas palavras de Prado, o atentado à incolumidade física do indivíduo pode ser definido como “a incriminação do uso de violência pelo funcionário, no exercício, ou a pretexto de exercer a função pública” (2009, p.22)

Deste modo, percebe-se que o funcionário usa de suas funções para praticar violência contra alguém, como se tivesse agindo de acordo com a lei.

Assim, Miranda se expressa da seguinte forma:

O direito a incolumidade física é um direito de personalidade, área onde é mais conhecido como direito a integridade física do cidadão, isto é não ser atingido no corpo, por atos de outrem, ou fatos que não deviam acontecer, se a outrem não coubesse agir. (2000, p.257).

Prevista na alínea “h” da Lei de Abuso de Autoridade, a incolumidade física diz respeito às garantias de tratamento que o cidadão deve possuir, não podendo ser maltratado ou agredido fisicamente.

Fonseca expõe que o praticante desse crime, “atenta, com atos comissivos de violência ou vias de fato, contra a integridade corporal de alguém, desimportando que a violência tenha deixado vestígios ou não”. (1997, p.75).

A caracterização do abuso de autoridade contra a incolumidade física é entendida da seguinte forma:

(...) é irrelevante o meio utilizado para atingi-la: não só meios *físicos* podem causar danos físicos. O que importa, portanto, não é saber se o ataque a incolumidade física foi realizado com *meio* físico (socos, bordoadas, choques elétricos etc.) ou outro meio (ameaça, simulação de execução) e

sim se o objeto da ofensa é a *incolumidade física*, por força da descrição típica. (Prado, 2009, p.22)

Já Moraes, tipifica a caracterização do abuso de autoridade como sendo irrelevante, no caso, tenha a conduta deixado vestígios, à medida que a violência se caracteriza pelo emprego de força física, maus tratos ou vias de fato. (2002, p.38).

Ainda, de acordo com Moraes:

Assim a autoridade deve agir estritamente dentro dos limites legais, mesmo que a vítima o desrespeite, devendo, nesse caso, efetuar sua prisão, autuando-a pelo crime de desacato, e não investir contra sua integridade corporal, em atitude que corporifica o delito de abuso de autoridade. (2002, p.38).

Urge argumentar, que mesmo com o desrespeito da vítima para com a autoridade, não pode esta exceder em seus procedimentos, agir com violência, devendo sempre agir de acordo com a lei e se possível autuar o desacato como flagrante delito, pois se ocorrer situação adversa, ou seja, querer agir por vontade própria sem respeitar os limites legais, estará caracterizando crime o crime de abuso de autoridade.

Afirma-se que os atos cometidos pela autoridade, além de ofender a integridade da vítima e causarem lesões ou um ferimento mais grave, responde também pelo crime de tortura. (Prado, 2009, p.22).

Entretanto, existem alguns casos em que o autor de um delito preso em flagrante tenta resistir à prisão. Nesse caso a autoridade poderá usar dos meios necessários para conter suas agressões, não se configurando o abuso de autoridade. Essa garantia está expressa no artigo 292 do CPP.

Para Nucci, (2009, p.47) é importante analisar o elemento subjetivo desse tipo penal, uma vez que vários agentes do Estado em se tratando de policiais especificamente, agem de forma violenta. Entretanto, em alguns casos, é necessário o uso de força para impedir que presos fujam, por exemplo, ou até mesmo garantir a tranqüilidade da sociedade. Assim, deve-se analisar sempre o comportamento do policial, se ele usou o excesso dentro dos meios legais, ou de forma proposital.

Desta forma, Nucci, expõe que:

Um preso pode padecer de um mal físico qualquer, e autoridade, de propósito, busca agravar essa situação (abuso de autoridade), como pode deixar de solucionar rapidamente o caso por falta de recurso disponível (ato

penalmente relevante, embora possa ser o Estado responsabilizado a esfera cível) Tudo depende da verificação do elemento subjetivo específico. (2009, p.41)

Portanto, deve-se verificar se a conduta do agente estatal é proposital, se o mesmo tem vontade ou intenção de prejudicar a vítima. Em outras palavras, se agiu com dolo, ou se o fato típico ocorreu pelas circunstâncias que não o deixaram agir de forma positiva.

3.4. Outras figuras típicas previstas no art. 4º da lei de Abuso de Autoridade.

Neste tópico serão abordadas somente algumas figuras caracterizadoras do abuso de autoridade, observa-se:

3.4.1 Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder.

O dispositivo acima está expresso no artigo 4º, alínea “a” da Lei de Abuso de Autoridade, e a Constituição Federal da República estabelece em seu art. 5º, inciso LXI, que: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou definidos em lei” (BRASIL, 2010, p21).

O artigo ora citado descreve o texto expresso no artigo 350 do CP, caput, que foi revogado tacitamente. (Silva, 2003, p.403)

A alínea “a” do artigo 4º, Lei de Abuso de Autoridade define a situação em que o agente público ordena prisão de certa pessoa sem seguir os ditames legais.

De acordo com Fonseca, quem executa a determinação para prender alguém sem as formalidades legais, é um subordinado, normalmente policial, que cumpre ordem de superior, para cercear a liberdade de alguém. Essa ordem pode ser praticada na hipótese de obediência hierárquica quando determinada por

superior, ou por erro, quando o servidor age pensando estar de acordo com a lei. (1997, p.88).

Conforme Silva (1997, p.403), “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, ou administrativamente por crime militar próprio”

Contudo, se a prisão for realizada sem ordem escrita do juiz competente, ou sem as características de prisão processual ou provisória, o ato tornar-se-á ilegal, além do servidor incorrer no crime de abuso de autoridade. (Silva, 1997, p.403).

Percebe-se, que a autoridade que determinar prisão de alguém, deve sempre cumprir os requisitos legais, conforme o tipo de prisão, pois do contrário, a prisão não terá respaldo legal e conseqüentemente a autoridade irá responder pro crime de abuso de autoridade.

Prado expõe que as expressões ordenar e executar, são punidas tanto para quem determina, ordena e expede a ordem de prisão ilegal, como para quem executa o cumprimento e a determinação da prisão ilegal abusiva. (2009, p. 24).

Assim, Prado entende que:

Por medida privativa de liberdade, individual, qualquer modalidade de prisão prevista no ordenamento jurídico e passível de realização em decorrência de ato da autoridade:

- a) prisão penal, gênero que engloba a prisão pena (decorrente da sentença judicial transitada em julgado que impõe sanção privativa de liberdade) e a prisão processual em suas diversas modalidades (flagrante, preventiva, temporária e por sentença condenatória recorrível);
- b) prisão civil (que o artigo 5º, inciso LXVII da CF, restringe às hipóteses de inadimplência injustificada de pensão alimentícia e depositário infiel (...));
- c) prisão administrativa, que após o advento da Constituição de 1988 ficou restrita às de natureza disciplinar no âmbito castrense. (2009, p.24).

Observa-se que o doutrinador ilustra as modalidades de prisões que podem ser decretadas pela autoridade competente. Entretanto, todas as prisões demonstradas acima, devem estar sempre de acordo com as previsões legais.

No caso da prisão em flagrante ou quando o policial estiver portando o mandado de prisão expedido pela autoridade competente, deve sempre obedecer às previsões legais, pois qualquer ato cometido fora dessas formalidades que constituem os tipos de prisões configura, o crime de abuso de autoridade. (Passos; Passos, 2001, p.68).

Freitas; Freitas também expõe que: “Assim, fora os casos de resistência, toda violência praticada contra a pessoa que esteja sendo presa em flagrante ou por ordem escrita, constitui abuso de autoridade. (2001, apud RT 183/95 – TJSP)”

E ainda:

Outro aspecto que não pode passar sem menção é o relacionado com as chamadas prisões correccionais ou para averiguações e as grandes “batidas policiais”, conhecidas por “arrastão”, ou “operação pente fino” e outros nomes assemelhados. Todas se entrelaçam e nada mais são do que soluções surgidas à margem da lei, visando resolver o intrincado problema da segurança pública. (Passos; Passos, 2001, p. 68)

Esses tipos de prisões são consideradas soluções criadas pra resolver grandes problemas que existem na segurança pública, como a falta de policiais, e seus despreparos. Contudo, é necessário argumentar que as prisões só serão consideradas legais, quando forem determinadas por autoridades competentes, sempre com base na legislação legal.

Silva, também expõe acerca das prisões para averiguações que não estão previstas na legislação, apenas a jurisprudência brasileira tem admitido no caso de prisões por embriaguez, em que a pessoa é detida para que seja preservada a ordem e a paz social. Após a cessação do comportamento da embriaguez, deve a autoridade suspender a prisão, colocando imediatamente o preso em liberdade. (2003, p. 403).

Entretanto, há posicionamentos contrários que divergem acerca da prisão por embriaguez com o intuito de preservar a ordem e paz social, como segue o pensamento de Nucci, que acredita que nesses casos de embriaguez que oferecem riscos de perturbação da ordem social, deve ser lavrado Termo Circunstanciado (TC) pela autoridade policial, ou até mesmo o Auto de Prisão em Flagrante (APF) no caso do embriagado não ter discernimento para concordar em comparecer ao Juizado Especial Criminal. (2009, p.50)

Atenta-se que existem posicionamentos contrários em relação às prisões que visam garantir a paz social, no que tange à embriaguez, como exposto acima. Entretanto, se existem tais divergências, necessário se faz seguir os ditames legais, para que a autoridade não venha ser responsabilizada pelo crime de abuso de autoridade.

3.4.2 Submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei.

Esse disposto encontra-se amparado no artigo 4º, alínea “b” da Lei de abuso de autoridade e Fonseca define os quatro elementos que compõem essa alínea, veja-se:

1) submeter seria a obediência de certa pessoa, que se sujeita a determinada imposição de uma autoridade, neste caso um servidor público. (Fonseca, 1997, p.95)

2) guarda, palavra relacionada à lei discutida, tem sentido de vigilância, alguém que fica tomando conta da integridade de pessoas. (Fonseca, 1997, p.95)

3) custódia, significa que alguém encontra-se em proteção de outra. (Fonseca, 1997, p.95)

4) vexame é a situação que tende a humilhar uma pessoa em determinado momento, atingindo sua honra, constrangendo-a. (Fonseca, 1997, p.95)

Desta forma, Moraes afirma que este dispositivo constitucional se enquadra nas hipóteses de proteção aos presos, em que a prisão é efetuada legalmente, entretanto o tratamento que se dá ao preso não é compatível com os princípios constitucionais estabelecidos na Carta Magna, sendo tratados com humilhação, vexame, constrangimento. (2002, p.45).

Nossa Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, inciso XLIX que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL, 2005, p.17). O Código Penal em seu artigo 38 ainda estabelece o seguinte ditame:

“Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito, à sua integridade física e moral”. (BRASIL, 2005, p. 72).

Afirma-se, que além de nossa Carta Magna consagrar direitos de proteção aos presos, o Código Penal também descreveu tais proteções, além de mencionar que as autoridades devem respeitar referidos direitos.

Todavia, as autoridades aqui mencionadas não se tratam apenas dos agentes penitenciários, como explica Fonseca, (1997, p. 95), mas de todas as autoridades que ficam responsáveis pela guarda dos presos, tanto temporários como preventivos, entre outros tipos de prisões.

Deste modo, Moraes salienta que:

A Constituição Federal, ao proclamar o respeito, à integridade física e moral dos presos, em que pese a natureza das relações jurídicas estabelecidas entre a Administração Penitenciária e os sentenciados a penas privativas de liberdade, consagra a conservação por parte dos presos de todos os direitos fundamentais reconhecidos a pessoas livres, com exceção, obviamente, daqueles incompatíveis com a condição peculiar de preso, tais como liberdade de locomoção (CF, art. 5º, XV), livre exercício de qualquer profissão (CF, art. 5º, XIII), a inviolabilidade domiciliar em relação à cela (CF, art. 5º, XI), o exercício os direitos políticos (CF, art. 15, III). Porém, o preso continua a sustentar os demais direitos e garantias fundamentais, por exemplo, à integridade física e moral (CF, art. 5º, III, V, X e LXIV) a liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), o direito de propriedade (art. 5º, XXII) entre inúmeros outros, e, em especial, os direitos a vida e a dignidade humana. (1997, p.239)

. As garantias ora comentadas, declaram direitos que todos os presos devem possuir, sendo que alguns desses direitos tornam-se inviáveis pelo fato de estarem presos, como a liberdade de locomoção, por exemplo. Entretanto, restam outros direitos que devem ser respeitados acima de qualquer coisa, como a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental constitucional, que resguarda tanto as pessoas livres como aquelas que se encontram presas.

Cita-se como exemplo, de acordo com Fonseca, (1997, p.96), a exposição de presos pela mídia, onde estes são mostrados através de reportagens, sem qualquer tipo de permissão para serem expostos, sendo que em tais casos, alguns dos presos nem foram condenados, não havendo se quer o trânsito em julgado da sentença, situação essa que é caracterizada pelo vexame e que pode ser imputada aos servidores como pratica ao abuso de autoridade.

De tal sorte, continua Fonseca:

Incumbe ao Estado assegurar a intimidade das pessoas, inclusive do preso. Neste caso, somos que o Estado deve ser responsabilizado civilmente pela situação vexatória que coloca o detido. O Estado, por seu turno, deve exercer seu direito de regresso contra o agente público, porque não há autorização de devassa contra a intimidade do preso, que por ser preso, não perde o direito à intimidade, garantia constitucional a todos assegurada. (1997, p.96)

Nota-se que é dever do Estado zelar pelas garantias constitucionais de todos os cidadãos, ainda mais quando a pessoa está numa situação constrangedora, sendo humilhada perante rede nacional, sendo execrada sem

qualquer tipo de defesa. O Estado deve ser responsabilizado e responsabilizar a autoridade coatora.

Deste modo, a Lei de Execuções Penais, em seu artigo 40 expressa que: "impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e presos provisórios". (BRASIL, 2005, p.395).

E ainda, o Código de Processo Penal Militar também dispõe acerca dos direitos dos presos em seu artigo 241 com seguinte expressão:

Art. 241 [...]

Impõe-se à autoridade responsável pela custódia, o respeito à integridade física e moral do detento, que terá direito a presença de pessoa de sua família e assistência religiosa, pelo menos uma vez por semana (...). Freitas; Freitas (2001, p.74)

Urge afirmar que é dever de todas as autoridades zelar pela integridade física e moral dos presos, sem praticar qualquer tipo de discriminação e violação de direitos.

Salienta-se também como situação de vexame, "o uso de algemas, que muitas vezes submete pessoa a vexame ou a constrangimento não autorizado por lei" (Fonseca, 1997, p.97).

Ademais, não é necessário que qualquer prisão tenha que ser necessariamente concretizada com o uso de algemas, e que se forem usadas, devem ser justificadas por parte da autoridade, analisando a periculosidade do agente. (Fonseca, 1997, p.97).

Vislumbra-se que não existia legislação que estabelecesse os critérios para o uso de algemas. Atualmente, através da súmula vinculante nº. 11, o uso de algemas só estará autorizado em situações excepcionais, que será observado mais adiante.

3.4.3 Deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa.

De acordo com o artigo 5º, inciso LXII da CF, “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (BRASIL, 2010, p. 21)

Previsto na alínea “c” da Lei nº. 4.898/65, o crime ora citado, refere-se à autoridade que após prender determinada pessoa, deixa de comunicar a sua prisão a autoridade competente (juiz), sendo que tal comunicação é imprescindível para a legalidade do feito.

Exemplifica-se, através de Fonseca, que a prisão em flagrante na maioria das vezes demora para concretizar-se, ficando o juiz sem a ciência do feito. Acredita-se que a demora da comunicação da prisão ora efetuada, já incorre para o crime de abuso de autoridade, pois não pode a autoridade policial alegar falta de servidores para justificar a demora da comunicação da prisão. (1997, p.99)

Deste modo, assinala Prado:

Trata-se de forma omissiva de abuso. O servidor público a quem compete, por lei, informar ao judiciário a privação da liberdade de qualquer pessoa, seja decorrente de flagrante, seja em cumprimento de mandado judicial de prisão, deixa deliberadamente de fazê-lo. Tal conduta contraria os dispositivos dos incisos LXII e LXV da Constituição da República. Este último garante *que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*, e aquele *que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente*. (2009, p.27)

E o doutrinador continua com a seguinte afirmação:

A privação da liberdade individual é medida excepcional, que só se admite nas precisas hipóteses legais. Assim, para que a autoridade judiciária possa valorar a legalidade substancial e forma da prisão, a Constituição estabeleceu, com *status* de garantias fundamentais, a obrigação de sua imediata comunicação ao juiz, e o seu relaxamento, por este, em caso de ilegalidade. (Prado, 2009, p.27)

Cabe ressaltar, que o crime em tela é uma atitude omissiva por parte da autoridade que deixou de comunicar a prisão de determinada pessoa, sendo que a

prisão efetuada só irá permanecer dentro da legalidade, após sua comunicação imediata.

Da questão da comunicação imediata da prisão, Pontes de Miranda esclarece que:

(...) terminada a lavratura do auto de flagrante, deve a autoridade comunicar ato contínuo, a prisão ao juiz competente, remetendo-lhe o ofício. É preciso que tal ofício parta imediatamente. Se estiver fechado o foro ou se o juiz não é encontrado, não se dispensa com isso, a comunicação imediata: são circunstâncias que o portador tem de mencionar, correndo por culpa sua a negligência da entrega. Uma vez que a Constituição exige que a remessa seja imediata, a autoridade deve dizer, na comunicação, a hora em que pode fazê-la e a em que, precisamente, a remeteu. Fora dos casos de prisão em flagrante, ainda que se trate de pessoa condenada, e já transitada em julgado a sentença, quem prende tem o dever constitucional de comunicar ao juiz competente. (Freitas; Freitas, 2001, apud Pontes de 1971, p.225)

Portanto, a autoridade tem o dever imediato de comunicar ao juiz quanto à prisão efetuada, sob pena de estar cometendo crime de abuso de autoridade. Contudo, Prado, (2009, p.27) exemplifica que o juiz também pode incorrer no crime ora mencionado “se ao receber a comunicação da prisão, mesmo se convencendo da ilegalidade da prisão deixar de determinar seu relaxamento”.

Ainda de acordo com Prado, a lei não estabelece prazo no caso de comunicação de prisões, uma vez que a legislação apenas designa sua comunicação imediata. (2009, p.27)

Assim, conforme Moraes, a responsabilidade da autoridade policial e de seus subalternos será civil, onde caberá indenização por danos materiais e morais, e criminal quando a autoridade incorrer no crime previsto na Lei 4.898/65. (2002, p.46).

Todavia, para necessária legalidade da prisão efetuada, é imprescindível que a autoridade comunique a realização de tal procedimento, uma vez que a comunicação tem objetivo de noticiar a ocorrência de um ato que priva a liberdade de qualquer cidadão.

3.4.4 Deixar o juiz de ordenar o relaxamento da prisão ou detenção ilegal que seja comunicada.

Como citado anteriormente, quando o juiz for comunicado de prisão ilegal e não determinar seu relaxamento, estará cometendo crime de abuso de autoridade.

Nas palavras de Nucci (2009, p.540), relaxar significa “afrouxar ou tirar a força de algo”.

Este crime está previsto na alínea “d” da Lei 4.898/65, visto que se trata de crime omissivo e que só pode ser cometido por magistrado e de acordo com Fonseca, (1997, p.103), obviamente incluem-se os Ministros do Supremo Tribunal federal, do Superior tribunal de Justiça, e os Juizes Federais, Juizes de Direitos, Pretores, etc.

Silva (2003, p.404) em sua contribuição acentua que o crime em tela, é personalíssimo.

De tal modo, a Constituição Federativa da República Brasileira também trata acerca do relaxamento de prisão em seu artigo 5º, inciso LXV, que dispõe o seguinte: “a prisão ilegal deverá imediatamente ser relaxada pela autoridade judiciária”. (BRASIL, 2010, p.21).

Contudo, para não incorrer neste delito, a autoridade competente (juiz) deve relaxar imediatamente a prisão a qual lhe foi comunicada.

Assim, Fonseca expõe que:

No Estado de Direito, a liberdade é a regra, assegurada constitucionalmente. A prisão de uma pessoa, à exceção, pressupõe o atendimento à ordem da legalidade, isto é, obediência religiosa aos requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei. Sob pena de tornar-se írrita e sujeitar o agente às penas legais, por abuso de autoridade ou outro crime. (1997, p.103)

Atenta-se, que o Estado como ente garantidor de direitos, deve preservar a liberdade de todos os cidadãos, sendo que na ocorrência de cerceamento dessa liberdade, a autoridade competente deve observar e manifestar-se acerca da ilegalidade da prisão para não ser responsabilizada pela omissão que caracteriza o crime ora comentado.

3.5. A lei 4.898/65, aspectos jurídicos legais que punem o agente infrator.

A Lei 4.898/65, que cuida dos crimes de abuso de autoridade, estabeleceu em seu artigo 6º e §§ seguintes uma série de punições que podem sofrer o agente infrator quando cometer os crimes elencados nos artigos 3º e 4º da mesma lei, tais punições podem ocorrer na esfera civil, penal e também na esfera administrativa. Assim estabelece Fonseca:

O servidor pode praticar infração administrativa, apenas no seu âmbito funcional, sem qualquer repercussão penal; pode praticar infração administrativa, com repercussão na área cível, respondendo perante a Administração ou perante terceiro. Mas a prática da infração penal sempre dá causa a um procedimento penal, outro administrativo e, eventualmente civil. (1997, p.122).

De tal modo, veja-se o artigo:

Art. 6º - "O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa, civil e penal". (BRASIL, 2010 p.1190)

De acordo com Freitas; Freitas, o crime de abuso de autoridade pode ser responsabilizado em três esferas, como exposto anteriormente.

a) Na área administrativa, o servidor infringe uma norma funcional, sendo que é de competência interna da Administração.

b) Na área civil, a punição é criada como forma de pagamento do dano causado pela autoridade.

c) Na área penal, o autor do delito é punido por cometer os crimes que estão dispostos no art. 3º e 4º da Lei 4.898/65. (Freitas; Freitas, 2001, p.98)

Passa-se a análise das sanções aplicadas pelos infratores da referida lei.

3.5.1 Sanções administrativas serão aplicadas de acordo com a gravidade do abuso cometido.

O dispositivo ora comentado encontra-se expressado no artigo 6º, §1º da Lei 4.898/65, e conforme Fonseca, a gravidade do abuso cometido pela autoridade é

que irá determinar a sanção administrativa. Assim, a autoridade administrativa irá instaurar o procedimento legal (inquérito, sindicância, ou processo administrativo), para posteriormente determinar a intensidade do abuso para conseqüentemente aplicar a sanção na autoridade coatora (1997.p.124)

Urge argumentar que: “ninguém será processado e julgado sem o devido processo legal” (BRASIL, 2010, p.19), garantia constitucional que se encontra prevista no artigo 5º, inciso LV da CF.

a) Advertência

Todo servidor público é responsabilizado na esfera de sua responsabilidade, seja no âmbito administrativo, civil ou penal, como exposto anteriormente.

De acordo com Freitas; Freitas (2001, p.98) a advertência é dada ao servidor quando este age com negligência.

“A advertência é a pena mais leve das penas administrativas. É a forma mais branda de punir, consiste em reprimenda ou admoestação verbal, aplicada ao funcionário em casos de negligência” (Fonseca, 1997, p.124)

Considera-se que a advertência é a pena menos severa, onde o agente estatal age com descuido, necessitando melhorar o seu desempenho profissional.

Salienta-se, que a pena de advertência pode ser realizada também de forma verbal.

b) Repreensão

Este tipo de sanção ocorre na forma escrita, na maioria das vezes, onde a autoridade legal formaliza o ato através de portaria (Fonseca, 1997, p.125).

Já Freitas; Freitas (2001, p.98) afirma que este tipo de sanção é considerada um pouco mais grave que a advertência, exemplificando o fato de um servidor desobedecer a seu superior ou descumprir deveres impostos, decorrendo de uma ação ou omissão por parte dele.

Não basta agir com negligência, tem que existir um fato mais grave por parte da autoridade coatora.

c) Suspensão do cargo, função ou posto por prazo de 5 (cinco) a 180 (cento e oitenta) dias, com perda de vencimentos e vantagens.

Neste tipo de pena a sanção é mais gravosa, porque além de sofrer punição, o servidor perde vantagens oriundas de seu cargo, isto é, ele é multado tendo que pagar uma quantia X, dependendo da punição. (Freitas; Freitas 2001, p.99)

Conforme a mesma alínea, além de pagar uma multa, o servidor poderá ser suspenso do seu cargo, função ou posto, pelo prazo de 5 (cinco) a 180 (cento e oitenta dias), dependendo da infração cometida.

d) Destituição de função – diz-se destituição conforme Fonseca (1997, p.126), “o servidor que perde a distribuição no serviço”, pode ser caracterizada pelo afastamento do servidor do cargo que ocupa.

e) Demissão – é umas das penas mais graves, onde de acordo com Freitas;Freitas (2001, p.98), “a pena de demissão importa na exclusão dos quadros da Administração”, isto é o funcionário é excluído do cargo que ocupa na Administração Pública, deixa de ser funcionário público.

f) Demissão a bem do serviço público.

Este tipo de pena ocorre, segundo Fonseca, quando o funcionário comete um crime contra a Administração. Além de ser demitido do serviço público, o servidor leva consigo a qualificação do crime cometido contra a Administração, isto é o motivo da demissão é justamente o crime cometido.

3.6 Da Sanção Civil.

O parágrafo segundo do artigo 6º, da Lei de Abuso de Autoridade prevê o seguinte:

“§ 2º - A sanção civil, caso não seja possível fixar o valor do dano, consistirá no pagamento de uma indenização de quinhentos a dez mil cruzeiros.”

Conforme Nucci, a Lei 4.898/65 definiu valores para fixação de multa que não mais se aplica, visto que a moeda corrente é o Real e aquela fixada pela Lei foi o cruzeiro. Contudo, para que vítima tenha seus danos reparados, é necessário ingressar com ação civil para que os danos sofridos sejam pagos de acordo com os seus prejuízos sofridos. (2009, p.60)

Urge argumentar, que os danos tanto podem ser materiais como morais, em razão da ofensa a honra do ofendido.

Assim expõe Fonseca:

A responsabilidade civil da Administração Pública é objetiva, isto é, independe de culpa do agente causador do dano, na forma do art. 37, § 6º, da CF: as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.(1997, p.128.

Nota-se, que o Estado é responsabilizado objetivamente pelos danos cometidos pelos seus agentes, tendo como garantia o direito de regresso contra aquele que cometeu o ato. Assim, são responsabilizados tanto a Administração que tem como sanção o pagamento de indenização para a vítima que sofre abusos cometidos por seus agentes, como o servidor, que pode sofrer pena relativa ao abuso cometido, como a ação de regresso por parte da Administração.

3.7 Da Sanção Penal.

O parágrafo 3º do artigo 6º, da Lei de abuso de autoridade, regula que a sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos arts. 42 a 56 do Código

Penal. Entretanto, cabe ressaltar que os referidos artigos são atualmente regulados pelos artigos 59 a 76 do Código Penal.

a) Multa de cem cruzeiros a cinco mil cruzeiros.

Os referido artigos citados anteriormente são os atuais artigos 59 a 76 do Código Penal, de acordo com Nucci, (2009, p.60)

O mesmo doutrinador ainda acrescenta:

Após a Reforma da parte geral do Código Penal, estabeleceu o artigo 2º da Lei 7.209/84 que os valores de multas fixados no CP e nas leis especiais serão substituídos apenas por multa. Logo, quanto a alínea a do art. 6º, § 3º, lê-se somente multa. Esta por seu turno deve ser aplicada de acordo com as regras estabelecidas no Código Penal (arts 49 a 52 e 60). (2009, p. 61)

Os artigos 49 a 52 e 60 dispõem acerca da aplicação da pena de multa, que pode variar entre 10 dias-multa até 360 dias-multa.

Moraes, (2002, p.49) afirma que: “quanto ao valor do dia-multa, tem-se o mínimo de 1/30 e o máximo de cinco vezes o salário mínimo, levando-se em conta, para sua fixação, a capacidade econômica do acusado”;

Assim dispõe o artigo 60 do Código Penal:

“Art. 60 – na fixação da pena de multa, o juiz deve atender principalmente à situação econômica do réu.” (BRASIL, 2010, p.176).

Observa-se, que a fixação de multa deve atender alguns requisitos como, o mínimo de 1/30 e máximo de cinco vezes o salário mínimo, sempre observando a capacidade econômica do agente envolvido.

b) Detenção por 10(dez) dias a 6(seis) meses.

O servidor poderá ser condenado a pena de detenção, de acordo com artigo 6º, § 3º, alínea “b” da Lei 4.898/65.

De tal modo, Moraes afirma que a pena privativa de liberdade foi aplicada de forma cumulativa com a pena de multa, uma vez que não há possibilidade de substituir a prisão pela multa. (Moraes, 2002, p.49)

Afirma-se, que a pena de detenção pode ser cumprida tanto no regime aberto como no semi-aberto.

Nucci, afirma que a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direito, desde que o crime praticado pelo servidor não seja cometido com violência ou grave ameaça, ou também poderá beneficiar-se o servidor com a suspensão condicional da pena. (Nucci, 2009, p.62)

Percebe-se que neste tipo de pena, o acusado poderá cumpri-la em dois tipos de regimes, como exposto acima, podendo ser beneficiado com a suspensão da pena ou podendo ser substituída por uma restritiva de direitos, sendo que tais benefícios só irão ocorrer quando o agente estatal não cometer o crime com o uso de violência ou grave ameaça.

c) Perda do cargo ou inabilitação para o exercício de qualquer função pública por prazo de até 3 (três) anos.

De acordo com Nucci, essa modalidade de pena é autônoma, podendo ser aplicada cumulativamente com outro tipo de pena pecuniária ou com a pena privativa de liberdade. (2009, p.62)

De tal modo, Fonseca (1997, p.132) também expõe que a perda de cargo não deve ser confundida com a perda de função pública, uma vez que qualquer pessoa que perde seu cargo, perde sua função. Porém, em alguns casos, o servidor é destituído da função que foi imposta, mas não deixa de possuir seu cargo.

Percebe-se, que a função é apenas uma conseqüência para quem já possui um cargo, podendo o servidor ser afastado de seu cargo ou função por um período de tempo determinado.

Desta forma, Hely Lopes Meirelles (1994, p.138) expõe acerca dos conceitos de cargo e função pública:

Cargo público é o lugar instituído na organização do funcionalismo, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei.

Função é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais. Todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo. As funções dos cargos são definitivas; as funções autônomas são, por índole, provisórias, dada a transitoriedade do serviço a que visam atender. Daí porque funções permanentes da Administração devem ser desempenhadas por titulares de cargos e as transitórias por servidores designados ou contratados precariamente. Os funcionários podem estabilizar-se nos cargos,mas não podem estabilizar-se nas funções. (2002, p.393/394)

Afirma ainda o mesmo autor, que mesmo com as diferenças apontadas entre cargo e função, a legislação não estabelece diferenças para o conceito de autoridade, sendo que tal conceito engloba tanto o cargo como a função pública. (Meireles, 2002, p.393 e 394)

Contudo, cumpre informar que a distinção entre cargo e função pública é muito objetiva, ao passo que o cargo público é regido por lei, como os policiais por exemplo, precisam passar em concurso público para assumir seu cargo policial, uma vez que a função pode ser apenas uma nomeação, considerada cargo de confiança como são chamadas, visto ser funções transitórias, não dispendo de concurso público.

d) As penas previstas no parágrafo anterior poderão ser aplicadas autônoma ou cumulativamente.

Esse disposto encontra-se amparado no artigo 6º, § 3º na Lei de Abuso de Autoridade e conforme Freitas; Freitas (2001, p.111), o juiz tem a possibilidade de optar por duas ou mais penas, sempre de acordo com os fatos praticados pelo autor, considerando também os o disposto no artigo 59 no Código Penal, assim sendo:

Art. 59 – o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, 2010, p.519)

Fonseca expõe que apesar de o juiz poder aplicar duas ou mais penas de uma só vez, é necessário que ele analise de pronto as circunstâncias que levaram a autoridade cometer tais delitos, bem como analisar se o réu possui bons antecedentes, conforme as circunstâncias do artigo acima exposto. Além disso, não é necessário aplicar a cumulação de pena no caso de um réu que não possui maus antecedentes. (1997, p.142)

De tal sorte, percebe-se que o juiz poderá aplicar as penas, de acordo com as características elencadas no artigo 59 do CPB, ficando a seu critério a aplicação de duas ou mais penas, isto é, aplicação cumulativa, podendo determinar que a autoridade coatora pague uma indenização à vítima, além de estabelecer a perda de cargo ou função.

No entanto, o juiz deverá adequar as penas de acordo com o grau de culpabilidade da autoridade responsável pelo delito, além de fundamentá-la.

e) Quando o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser cominada a pena autônoma ou acessória, de não poder o acusado exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de um a cinco anos.

De acordo com Fonseca, o parágrafo 5º o qual é citado acima, diferencia-se do § 3º, alínea “c” da mesma lei, uma vez que neste a autoridade perde o cargo, sendo equiparada a qualquer funcionário público, e naquele, a autoridade é transferida do local de trabalho para um outro município, sendo que este parágrafo é dirigido apenas à policiais, uma vez que tal pena tem função de agravante. (1997, p.144)

E ainda, o mesmo doutrinador afirma que:

“Isto se justifica, afinal, são policiais que devem, “servir e proteger” a comunidade; logo, quando violam as normas com abuso, há de existir um agravamento para tal comportamento criminoso” (Fonseca, 1997,p.14).

Nota-se, que a autoridade coatora não é excluída do cargo, uma vez que sua pena é imposta apenas com um afastamento do local de trabalho no período de

um a cinco anos, de acordo com o crime cometido, pois como exposto, ela serve apenas como um agravamento, tornando a pena mais gravosa.

f) A sanção aplicada será anotada na ficha funcional da autoridade civil ou militar.

O disposto ora comentado, tem previsão no art. 8º da referida Lei de abuso e importa-se esclarecer, que a autoridade coatora ao ser responsabilizada pelo crime cometido, nos casos de autoridade civil ou militar, terá anotação em sua ficha funcional.

Freitas; Freitas (2001, p.119), esclarece que tal anotação é bem vinda para os casos de promoções, punições e apuração do merecimento, podendo repercutir negativa ou positivamente.

Capítulo III

4 A UTILIZAÇÃO DAS ALGEMAS NOS ACÓRDÃOS DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO, MINAS GERAIS, PARANÁ, RIO GRANDE DO SUL E SANTA CATARINA ENTRE DEZEMBRO DE 2002 A MAIO DE 2010 E A RELAÇÃO COM A SÚMULA VINCULANTE N. 11 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Neste último capítulo, serão tratadas as divergências acerca do entendimento do uso de algemas oriundos dos Tribunais de Justiça do Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina, entre Dezembro de 2002 à Maio de 2010, uma vez que tal assunto é debatido de maneira controvertida pelos Tribunais, sendo que em alguns casos existem posicionamentos distintos.

Com a edição da Súmula Vinculante n. 11, alguns magistrados tiveram que adequar seus posicionamentos ao texto da referida súmula, além dos policiais e outros agentes ligados ao uso do instrumento, para evitar que os atos praticados com relação ao uso de algemas consequentemente fossem anulados.

Dessa forma, tratar-se-á neste capítulo os entendimentos jurisprudenciais acerca do uso de algemas, a necessidade e desnecessidade do uso de algemas por parte dos agentes da lei, bem como os julgamentos anteriores e posteriores à criação da súmula em questão e também os julgamentos que deram origem à criação da Súmula Vinculante n. 11 do STF.

Tratar-se-ão também, alguns comentários doutrinários sobre a edição da Súmula Vinculante nº.11.

4.1. Entendimento dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Santa Catarina entre Dezembro de 2002 a Fevereiro de 2010, sobre a legalização do uso de algemas em relação à Súmula Vinculante nº. 11 do STF.

O surgimento da Súmula Vinculante nº. 11 trouxe muitos questionamentos, tanto por parte dos doutrinadores, magistrados, como pela

sociedade. Desta forma, os julgamentos proferidos pelos magistrados brasileiros passaram a se adequar de acordo com o dispositivo da súmula em questão.

Entretanto, a aplicação da referida súmula trouxe grandes polemizações, pois alguns magistrados divergem quanto à sua aplicação, acreditando que o uso de algemas continua sendo um instrumento necessário para segurança da coletividade e também para a própria segurança do preso.

Necessário se faz salientar que antes da edição da Súmula Vinculante nº. 11 do STF, as decisões dos tribunais já eram passíveis de recursos quanto ao uso de algemas, sendo que tais recursos requeriam a anulação do julgamento sob alegação de que o uso de algemas estaria ferindo a integridade física do acusado, além de princípios constitucionais. É o que expõe a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, veja-se:

HABEAS CORPUS - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - DECLARAÇÃO COLHIDA JUNTO AO MINISTÉRIO PÚBLICO - RATIFICAÇÃO EM JUÍZO - JULGAMENTO PELO JÚRI - INEXISTENCIA DE PROVA ILEGAL - **USO DE ALGEMAS - PODER DE POLÍCIA - AVALIAÇÃO CRITERIOSA - PRUDENCIA - SEGURANÇA DAS PESSOAS ENVOLVIDAS.** (grifo nosso)
1- Declaração prestada pela vítima relatando ameaças à sua vida, praticadas pelo co-denunciado, pai do paciente, não constituem prova na acepção estrita, sequer referem-se ao fato do qual é acusado o paciente. De outra parte, ratificada quando a vítima foi ouvida em juízo, nenhuma ilegalidade na sua manutenção nos autos. 2- O processo de júri apresenta a peculiaridade de ser a prova produzida para os jurados que terão liberdade de apreciação, cabendo às partes destacar em Plenário, as restrições que entenderem pertinentes quanto a validade. 3- O uso de algemas não está regulado em lei expressa, ficando a critério e cautela do juiz a decisão de seu uso, norteando-se pela necessidade para a segurança dos trabalhos, mormente das pessoas envolvidas e presentes ao ato judicial. 4- Em princípio, não há constrangimento ilegal, preso preventivamente o réu, o uso de algemas em solenidade judicial, porém à prudente avaliação do juiz sobre as condições presentes e a desnecessidade de qualquer meio de contenção durante a sessão. ORDEM DENEGADA. (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL Habeas Corpus Nº 70014656516, Terceira Câmara Criminal, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, DJ 20 abr. 2006, Acesso em 16 abr. 2010)

O presente recurso foi impetrado com a finalidade de anular o julgamento ocorrido em tribunal do júri, sob justificativa de que o acusado teria sofrido constrangimento ilegal ao fazer uso das algemas durante toda a sessão. Entretanto, o recurso foi denegado, uma vez justificado a inexistência de lei específica para regular o caso, ficando a critério do juiz, a decisão de manter o réu algemado ou não, durante a instrução do feito, devendo o magistrado agir com prudência e cautela para decidir quanto ao uso de algemas.

Vislumbra-se no presente caso, datado de 2006, não existir legislação pertinente ao tema tratado, dando margem à discricionariedade do juiz quanto ao uso de algemas, devendo este usar seus conhecimentos legais em conformidade com o caso concreto e também de acordo com os critérios mais prudentes.

Além disso, o magistrado fundamentou sua decisão quanto ao uso de algemas pelo réu, haja vista garantir a segurança da ordem dos trabalhos e também visando garantir a segurança das pessoas que se encontravam naquele julgamento, não caracterizando qualquer tipo de constrangimento ilegal.

Deste modo, é plenamente visível que mesmo antes da edição da Súmula Vinculante n 11, na falta de legislação competente para orientar os casos que envolvam o uso de algemas, o instrumento era mantido no réu de acordo com os critérios de legalidade adotados pelo juiz.

Cumprido informar que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também expõe o seguinte:

JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO - ERRO SOBRE A PESSOA DA VÍTIMA - USO DE ALGEMAS EM PLENÁRIO - PRUDENTE ARBITRÍO DO JUIZ-PRESIDENTE - MEDIDA DE SEGURANÇA DOS TRABALHOS - INFLUÊNCIA NO JULGAMENTO NÃO DEMONSTRADA. (grifo nosso) O uso de algemas durante o julgamento não constitui constrangimento ilegal, se essencial à ordem dos trabalhos e à segurança dos presentes, salvo se demonstrado "salienter tantum" ter influenciado no julgamento. (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Criminal nº. 1.0525.03.036335-8/002. Relator: Hyparco Immesi. DJ 16 nov. 2006. Acesso em 16 abr. 2010).

Neste julgamento, também do ano de 2006, o recurso também foi interposto com finalidade de anular o julgamento em sessão do tribunal do júri, sob alegação de que os jurados haviam se influenciado ao visualizar o réu algemado durante toda a instrução.

Todavia, o juiz fundamentou sua decisão com base na necessidade de garantir a ordem dos trabalhos, afirmando que o uso de algemas não afetaria a legalidade do julgamento e tampouco acarretaria o constrangimento ilegal do acusado, já que de acordo com seu critério de julgamento, as algemas são o instrumento necessário para garantir a segurança dos presentes que se encontravam naquela sessão do tribunal do júri.

Da mesma forma, expõe o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

TRIBUNAL DO JÚRI. MANUTENÇÃO DE RÉU ALGEMADO DURANTE O JULGAMENTO. MEDIDA AFETA AO PODER DE POLÍCIA DO PRESIDENTE, POSSÍVEL E A SER USADA COM PARCIMÔNIA, QUANDO NECESSÁRIA AO ANDAMENTO E SEGURANÇA DOS TRABALHOS E PRESENTES EM PLENÁRIO (grifos nosso). INDEMONSTRAÇÃO DE TER INFLUENCIADO NA DECISÃO DOS JURADOS OU DE TER SUBMETIDO O ALGEMADO A VEXAME E CONSTRANGIMENTO INOCORRENTE. NULIDADE DO JULGAMENTO REPELIDA. RECURSO DESPROVIDO (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação Criminal nº 2002.022326-9, Primeira Câmara Criminal de Mafra. Relator: José Gaspar Rubick. DJ 17 dez 2002. Acesso em 16 abr. 2010)

Conforme entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, é plenamente cabível o uso de algemas em tribunal do júri quando visa garantir o andamento do julgamento, uma vez que o juiz tem capacidade legal para dispor sobre tal decisão.

De acordo com o magistrado que dirigiu os trabalhos, o uso de algemas é um meio de contenção devidamente legal, sendo que no presente caso houve fundamentação legal por parte do magistrado, não deixando dúvidas quanto à legalidade do ato, descaracterizando o constrangimento e vexame por parte do acusado.

Percebe-se que mesmo com a falta de legislação específica para regular os casos que envolvam o uso de algemas, os magistrados faziam o uso do instrumento, considerando-o meio necessário para garantir a segurança dos presentes e também do próprio acusado.

Além disso, toda decisão que se relacionava ao uso de algemas, constituía de fundamentação legal, não acarretando qualquer tipo de humilhação pelo acusado.

Dessa forma não há que se falar em prejuízo na defesa e tampouco na influência dos jurados, é o que expõe o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - NULIDADE NO JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI - INEXISTÊNCIA - USO DE ALGEMAS - NECESSIDADE DEMONSTRADA - TRIBUNAL DO JÚRI - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA. I - Não há que se falar em nulidade do julgamento, se o uso das algemas foi corretamente fundamentado pelo Magistrado primevo, em razão da periculosidade do agente, não havendo constrangimento ilegal por essa razão. II - O constitucional princípio da soberania dos veredictos que rege a atuação do Tribunal popular, embora não seja absoluto, impede uma interferência da jurisdição superior no âmbito da apreciação da matéria pelo Conselho de Sentença, ensejando a possibilidade de submeter o réu a

novo julgamento somente quando se vislumbrar erro grave na apreciação do conjunto probatório, o que pode, inclusive, caracterizar a perplexidade do corpo de jurados na resposta aos quesitos formulados. (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação 1.0686.08.217266-5/001(1). Relator: Alexandre Victor de Carvalho. DJ 23 fev. 2010. Acesso: 17 abr. 2010).

Nota-se que nesse caso, o recurso foi interposto sob a mesma alegação dos recursos anteriores, observando-se que o referido foi julgado posteriormente a edição da Súmula Vinculante nº. 11.

Além disso, no que tange à utilização de algemas em tribunal do júri, nota-se que as justificativas usadas pelos magistrados nada se diferenciam com a dos anos anteriores à edição da referida súmula.

Entretanto, cabe destacar mais uma vez a alegação do juiz quando afirma não existir nulidade no julgamento quando sua decisão é motivada.

Destarte, o magistrado aduziu que os réus deveriam ficar algemados devido à alta periculosidade que possuíam, pois de acordo com o disposto na Súmula Vinculante nº. 11, não há proibição do uso de algemas e sim restrições, veja-se:

Só é lícito o uso de algemas em casos 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. (Apelação Criminal nº. 1068608217266-5 do TJMG)

Desta forma, verifica-se que o uso de tal instrumento se fez necessário para garantir a ordem dos trabalhos, não caracterizado o constrangimento ilegal e tampouco ferindo o princípio da presunção de inocência.

Afirma-se ainda, que a decisão do magistrado foi ao encontro do que está expresso na súmula em questão, citando também em sua fundamentação, decisão do Supremo Tribunal de Justiça que afirma:

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.
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. (TJMG APUD STJ. 5a TURMA. REL. MIN. GLSON DIPP. HC No 63779/SP. DJ 29/06/07 apud Apelação Criminal nº. 1068608217266-5 do TJMG)

Percebe-se que é claramente justificável o uso de algemas no caso supracitado, sendo que o próprio Código de Processo Penal dá certa discricionariedade ao juiz para que este garanta a ordem dos atos e se necessário requisitar as forças públicas. Desta forma, não há que se falar em ilegalidade do ato.

Com relação à influência dos jurados, este tribunal também salientou:

O constitucional princípio da soberania dos veredictos que rege a atuação do Tribunal popular, embora não seja absoluto, impede uma interferência da jurisdição superior no âmbito da apreciação da matéria pelo Conselho de Sentença, ensejando a possibilidade de submeter o réu a novo julgamento somente quando se vislumbrar erro grave na apreciação do conjunto probatório, o que pode, inclusive, caracterizar a perplexidade do corpo de jurados na resposta aos quesitos formulados. ((TJMG APUD STJ. 5a TURMA. REL. MIN. GLSON DIPP. HC No 63779/SP. DJ 29/06/07 apud Apelação Criminal nº. 1068608217266-5 do TJMG)

E ainda:

Assim, a submissão do acusado a novo julgamento por reconhecimento de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, deve ser pautada pelos mesmos critérios adotados para o deferimento de Revisão Criminal proposta com idêntico argumento de motivação: apenas quando reconhecido grave erro, fático ou de direito, na apreciação da questão. (TJMG APUD STJ. 5a TURMA. REL. MIN. GLSON DIPP. HC No 63779/SP. DJ 29/06/07 apud Apelação Criminal nº. 1068608217266-5 do TJMG)

Deste modo, não há que se falar em influência dos jurados quando o julgamento é devidamente fundamentado, sendo que tal hipótese apenas ocorrerá quando houver erro grave sobre a apreciação das provas que enseje a anulação do julgamento.

Nesse sentido, quanto ao uso de algemas em tribunal do júri, o § 3º do artigo 474, do CPP afirma:

Art. 474 [...]

§ 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. (BRASIL, 2010. p. 481).

Consoante ao artigo exposto, percebe-se que o Código de Processo Penal não limitou o uso de algemas, apenas restringiu-as, devendo a decisão para o uso ser adequada de acordo com a situação.

Sobre o uso de algemas em tribunal do júri, Fudoli afirma que a Constituição Federal deu responsabilidades a cidadãos ainda que leigos, para julgar pessoas que cometeram crimes dolosos contra a vida, sendo previstos em lei ordinária os requisitos mínimos para a participação de tal julgamento, como a alfabetização, idoneidade moral, idade mínima, além de outros. (2010)

O artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal, concedeu aos jurados a soberania para julgar os crimes dolosos, e de acordo com Fudoli, (2010), em razão dessa soberania, as decisões dos jurados não precisam e não devem ser dotadas de fundamento, entendendo o legislador constituinte, que os jurados podem decidir o julgamento contra as provas que constam nos autos. Por isso o doutrinador afirma que é absolutamente impossível os jurados decidirem com base nas circunstâncias, como o uso de algemas por exemplo, já que não existe estudo empírico ou até científico que comprove essa possibilidade.

Além disso, o doutrinador também afirma que os jurados não decidem com base na análise das circunstâncias ou até mesmo visualizando o réu, mas sim nos elementos apresentados durante o julgamento, seja pela oitiva das testemunhas, pela defesa, ou pelos elementos expostos pelo representante do Ministério Público, cumprindo afirmar que o juiz presidente pode a qualquer tempo esclarecer dúvidas que possam existir durante o julgamento, seja por indução dos oradores, ou até mesmo pela contradição das testemunhas. (Fudoli, 2010).

Ademais, o mesmo doutrinador afirma que seja no caso dos jurados quanto à possibilidade de confusão diante do réu que faz uso das algemas, não há que se falar influência, pois se assim fosse, as roupas brancas usadas nos julgamentos para a rápida identificação do preso no caso de fuga, também influenciariam os jurados, já que serviria para identificar um acusado que supostamente cometeu um crime. (Fudoli).

Da mesma forma Fudoli continua:

Isso sem contar que, naqueles casos em que o réu demonstrar concretamente alguma periculosidade, tendo ameaçado, por exemplo, agredir o juiz (cabendo aí, sem dúvida, o emprego de algemas, mesmo diante do rigor da súmula vinculante n. 11), sua condenação será

praticamente certa, pois, na mente dos jurados – que, pelo visto, presumem-se ingênuos e facilmente influenciáveis –, doravante só ficará algemado o réu “culpado” (“perigoso, logo algemado; algemado, logo culpado”). (2010).

Urge argumentar, que o Supremo Tribunal Federal não proibiu o uso de algemas, apenas restringiu em dadas situações que devem ser justificadas. Portanto, se o magistrado fez a devida motivação para deixar os réus algemados, não há motivos para anular o julgamento.

No que tange ao uso de algemas, entende o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRELIMINARES. NULIDADE POR OFENSA AO ART. 212, § UN. DO CPP. **NULIDADE POR INOBSERVÂNCIA DA SÚMULA 11 DO STF. MÉRITO (grifo nosso).** AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. ARREPENDIMENTO EFICAZ. CRIME IMPOSSÍVEL. QUALIFICADORA. PROVA. PENA. REINCIDÊNCIA. MULTA. ISENÇÃO. APELO IMPROVIDO. (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Criminal nº. 70029235272. Relator: José Eugênio Tedesco. DJ. 10 set. 2009. Acesso: 18 abr. 2010)

Já nesse caso também datado do corrente ano, trata-se de uma apelação criminal proposta pela defesa do réu contra condenação por tentativa de furto em regime inicialmente fechado, argüindo como preliminares a nulidade da audiência com relação a não observância da Súmula Vinculante nº. 11 do STF, uma vez que o réu foi mantido algemado durante toda a instrução.

O apelo restou improvido, sendo as preliminares rejeitadas, inclusive aquela relacionada ao uso de algemas, tendo como motivo as seguintes justificativas:

No presente caso, conforme bem justificado na sentença, havia evidente risco tanto à segurança de terceiros quanto à do próprio acusado; quer porque insuficiente o número de agentes da SUSEPE para acompanhamento do réu, quer porque na data da audiência do réu encontrava-se presente indivíduo que houvera empreendido fuga em situação semelhante, acarretando intervenção da SUSEPE. Tem-se, portanto, que a cautela com os réus era máxima àquela data, de modo que as medidas de segurança eram devidas e bem fundamentadas. Além disso, visando ao conforto do réu, foi deferida a mudança na posição das algemas, para que este não tivesse qualquer incômodo. (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Criminal nº. 70029235272. Relator: José Eugênio Tedesco. DJ. 10 set. 2009. Acesso: 18 abr. 2010)

Observa-se que com relação ao uso de algemas pelo réu, a conduta do magistrado foi devidamente fundamentada, pois conforme exposto, havia risco tanto para a pessoa do réu, como para as pessoas que se encontravam presentes na audiência.

Além disso, tornava-se imprescindível tal medida pelo número de policiais disponíveis para acompanhar o réu até a audiência e também porque na mesma data, outro acusado já havia empreendido fuga, havendo intervenção dos membros da SUSEPE.

Desse modo, foi necessária tal medida que se efetivou com a devida cautela, pois além de zelar pela segurança de terceiros, também se preocupou com a segurança do acusado, pois os policiais mudaram a posição das algemas para não provocar qualquer tipo de incômodo ao acusado.

Considera-se, que a conduta foi extremamente fundamentada, não havendo qualquer tipo de ilegalidade por parte do magistrado. Desta forma, não há que se falar em contrariedade à Súmula Vinculante nº. 11 do STF quando o uso de algemas for legalmente motivado, pois tal súmula não proíbe o uso do instrumento, apenas o restringe em determinadas situações.

Cabe ressaltar dessa forma, que o uso de tal instrumento deve ser motivado de acordo com os critérios que o juiz entender seguros para a ordem dos trabalhos e também para a segurança de terceiros e do próprio preso.

4.2. Entendimento dos Tribunais de Justiça do Mato Grosso do Sul, Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina entre Novembro de 2008 a Maio de 2010 sobre a necessidade ou desnecessidade do uso de algemas, caracterizando ou não o abuso de autoridade, e as justificativas usadas para o emprego do instrumento, relacionados à existência ou inexistência do excesso por parte dos policiais.

Após a edição da Súmula Vinculante nº. 11, as forças policiais passaram a ser criticadas quanto ao emprego das algemas, pois alguns doutrinadores entendem que o instrumento é um meio excepcional e só deve ser empregado nos casos previstos na súmula.

Outros acreditam que as algemas, assim como as armas de fogo, é instrumento de grande importância para a atividade policial e dela não se deve abster, só em casos de flagrantes ilegalidades.

Além disso, o emprego de algemas é bastante enfatizado porque envolve interesses tanto sociais como individuais.

Deste modo expõe Capez, 2010:

De um lado, deparamo-nos com o comando constitucional que determina 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 (CF, art. 144); de outro lado, do Texto Constitucional emanam princípios de enorme magnitude para a estrutura democrática, tais como o da dignidade humana e presunção de inocência, os quais não podem ser sobrepujados quando o Estado exerce a atividade policial.

E ainda continua:

Quando a Constituição da República preceitua ser dever do Estado a segurança pública, a este devem ser assegurados os meios que garantam tal mister, estando, portanto, os órgãos policiais legitimados a empregar os instrumentos necessários para tanto, como a arma de fogo e o uso de algemas, por exemplo (Capez, 2010)

Assim, é imperioso considerar que as algemas constituem instrumento importante não só para a sociedade, mas também para a própria segurança do preso.

Cumprе ressaltar, que nas palavras de Lacerda, (2010 apud BITTNER, 2003, p.130) a polícia se obriga a essa função, zelar pela sociedade, usando sua força justificada na dada situação.

E é essa polícia que traduz a idéia da autorização legal para coagir as pessoas que se mostram manifestamente perigosas à sociedade, colocando em risco o bem-estar da coletividade, por isso ela possui as prerrogativas de agir em nome do Estado Democrático de Direito, pois o Estado lhe atribuiu estas prerrogativas que devem ser aplicadas de forma legal.

Entretanto, como enfatizado, a polícia possuindo prerrogativas atribuídas pelo Estado, entre elas o uso de algemas como instrumento de trabalho e meio de contenção, tal instrumento deve ser usado na estrita legalidade como prescreveu a

Súmula Vinculante nº 11 do STF, e é o agente da lei quem saberá exatamente quando e como exercer tais prerrogativas, de acordo com Lacerda, 2010.

Assim, quanto à necessidade do uso de algemas por policiais, entende Tribunal de Justiça de Santa Catarina que:

HABEAS CORPUS. PRISÕES EM FLAGRANTE. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.
ALEGADA NULIDADE DO FLAGRANTE EM RAZÃO DO USO INJUSTIFICADO DE ALGEMAS. SÚMULA VINCULANTE N. 11 DO STF. DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS QUE NÃO SÃO SUFICIENTES PARA A CONSTATAÇÃO DO SUPOSTO VÍCIO. AINDA ASSIM, PELO QUE SE INFERE DOS AUTOS, AS ALGEMAS FORAM UTILIZADAS DENTRO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. (grifo nosso)
FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA EMBASAR A MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Hábeas Corpus nº. 2008.081660-3. Relator Des. Alexandre d'Ivanenko. DJ 08 abr. 2009. Acesso em 28 ago. 2010).

No caso exposto, trata-se de prisão em flagrante por decorrência de mandado judicial de busca e apreensão. No decorrer do cumprimento do mandado, foram encontradas na casa dos envolvidos, drogas e armas. Os envolvidos foram algemados e conduzidos até a delegacia de polícia, onde foi lavrado o auto em questão, sendo posteriormente levados até o presídio.

Após o ocorrido, os advogados dos envolvidos impetraram hábeas corpus alegando ilegalidade na prisão em flagrante, pois os envolvidos haviam sido algemados injustificadamente.

Entretanto, o recurso foi denegado, pois os magistrados entenderam necessário o uso de algemas visto o tipo penal que os acusados estavam sendo presos – tráfico de drogas - e ainda assim justificou-se:

(...) tal incumbência, isto é, sopesar a necessidade do uso ou não de algemas, deve ser avaliada pela autoridade responsável em cada caso concreto, levando em consideração as hipóteses previstas na Súmula [...] (fl. 19), de modo que se tal situação restou ocorrente, por certo teve pleno amparo no caso concreto, que remonta à prisão em flagrante por tráfico, decorrente do cumprimento de mandado de busca e apreensão (fl. 34).

Tenho ainda que as algemas foram utilizadas dentro dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conclusão esta que se extrai no fato de a autoridade policial, avaliando a situação. (...)

De outro vértice, em uma análise perfunctória, própria deste momento processual, não se vislumbra qualquer ilegalidade na diligência policial que resultou na prisão em flagrante dos pacientes, porquanto estes foram abordados, como relataram os próprios impetrantes (fl. 03), na posse de

dinheiro, três telefones celulares, pedaços de sacos plásticos brancos e uma pedra de crack. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Hábeas Corpus n.º. 2008.081660-3. Relator Des. Alexandre d'Ivanenko. DJ 08 abr. 2009. Acesso em 28 ago. 2010).

Observa-se que o uso de algemas foi devidamente efetuado pelos policiais e, além disso, constatou-se a presença da razoabilidade e proporcionalidade nas medidas adotadas para efetuar a prisão em flagrante, tornando-se imperioso o uso das algemas, sendo que no caso concreto a avaliação dos policiais que efetuaram a prisão foi totalmente revestida de legalidade, dada a relevância do crime ora comentado.

Dessa forma, expõe Capez, 2010:

Percebe-se, por conseguinte, que, incumbirá à própria autoridade avaliar as condições concretas que justifiquem ou não o seu emprego, isto é, quando tal instrumento consistirá em meio necessário para impedir a fuga do preso ou conter a sua violência. Nesse processo, a razoabilidade, consagrada no art. 111 da Constituição Estadual, constitui o grande vetor do policial contra os abusos, as arbitrariedades na utilização da algema.

O Tribunal de Justiça do Paraná também expressa que:

HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO QUALIFICADO - ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE - IMPROCEDÊNCIA - **UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS QUE SE MOSTROU JUSTIFICÁVEL NO CASO CONCRETO (grifo nosso)** - LIBERDADE PROVISÓRIA - CRIME HEDIONDO - INADMISSIBILIDADE (ART. 5º, XLIII, CF) - ORDEM DENEGADA (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Hábeas Corpus n.º 602.863-7. 3ª Vara Criminal de Maringá. Relator: Des. Temo Cherem. DJ: 20 ago. 2009. Acesso em 29. ago. 2010)

No caso exposto, trata-se também de hábeas corpus impetrado contra decisão que manteve a prisão cautelar do réu preso em flagrante por crime de tráfico de drogas, aduzindo o referido que as algemas foram utilizadas de forma arbitrária contrariando o disposto da Súmula Vinculante nº 11.

Deste modo, a 3ª vara Criminal de Maringá demonstrou o seguinte entendimento:

Não se verifica a alegada nulidade da prisão em flagrante, a pretexto do uso de algemas por ocasião da condução do Paciente à Delegacia de Polícia. Cabe enfatizar, contudo, consoante já consignou esta Primeira Câmara, pelo voto condutor do ilustre Relator do habeas corpus n.º 533.766-4, Juiz Substituto em Segundo Grau FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA, que "a

determinabilidade da licitude do uso de algemas ... depende mais do exame das circunstâncias do caso concreto do que propriamente de uma espécie de incidência de cunho silogístico do texto da Súmula", pois, "conforme assevera Karl Larenz, 'não é o precedente como tal que 'vincula', mas apenas a norma nele correctamente interpretada ou concretizada' ... (Metodologia da Ciência do Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 612)" (acórdão nº. 24.673). (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Hábeas Corpus n.º 602.863-7. 3ª Vara Criminal de Maringá. Relator: Des. Temo Cherem. DJ: 20 ago. 2009. Acesso em 29. ago. 2010)

Da mesma forma continua:

Sabe-se, outrossim, conforme dilucida TALES CASTELO BRANCO, que não é "proibido de maneira absoluta o uso da força para a concretização da prisão em flagrante, que pode ser efetivada por qualquer pessoa do povo. O emprego da força estará sempre adstrito àquela estritamente necessária, indispensável, como diz a lei, ao êxito da prisão. Não se poderá estabelecer uma dosimetria para o emprego da força indispensável pelo simples motivo de que ela varia de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto". ("Da prisão em flagrante", 5ª ed., Saraiva: São Paulo, 2001, p. 78).

E o uso de algemas mostra-se idôneo, aliás, de acordo com o enunciado da Súmula evocada ("... em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros ..."), circunstância que, in casu, é presumível pelo contexto da prisão do Acusado, que se encontrava em estado emocional duvidoso, debruçado sobre o corpo da Vítima e próximo a uma arma de fogo. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Hábeas Corpus n.º 602.863-7. 3ª Vara Criminal de Maringá. Relator: Des. Temo Cherem. DJ: 20 ago. 2009. Acesso em 29. ago. 2010)

Urge argumentar que o emprego das algemas foi justificado pelo magistrado como meio idôneo, não contrariando o disposto da súmula em questão. Portanto, foi necessário o uso do instrumento, pois a utilização ocorreu de forma devida e justificada, não estando presente a arbitrariedade aduzida pelo réu, uma vez que o próprio réu encontrava-se em "estado emocional duvidoso, debruçado sobre o corpo da Vítima e próximo a uma arma de fogo" conforme alegação dos autos em questão, ensejando a presunção de periculosidade.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul também consagra o mesmo entendimento sobre o uso de algemas, veja-se:

HABEAS CORPUS - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA NA ORIGEM - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - 1. PRETENDIDA NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE POR OFENSA À SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO STF - ARGUIÇÃO INCOMPROVADA - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO USO ARBITRÁRIO E VEXATÓRIO DE ALGEMAS - NULIDADE INEXISTENTE – (grifo nosso) 2. ALEGADA NEGATIVA DE AUTORIA - SUFICIÊNCIA DA PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA

- APREENSÃO DE 13 “CABECINHAS” DE COCAÍNA EM PODER DO PACIENTE - INSUBSISTÊNCIA DOS REQUISITOS DA PREVENTIVA - ALEGAÇÃO DESCABIDA - NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA - RISCO DE PROPAGAÇÃO ILÍCITA DE ENTORPECENTES EM PREJUÍZO DA SAÚDE PÚBLICA - IRRELEVÂNCIA DE EVENTUAIS PREDICADOS PESSOAIS FAVORÁVEIS - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VISUALIZADO - WRIT INDEFERIDO.

1. Não subsiste a alegação de nulidade da prisão em flagrante sob o pálio da afronta à Súmula Vinculante nº 11 do Pretório Excelso, se o impetrante não logrou comprovar sequer o uso de algemas, quanto mais que tenha sido desnecessário e vexatório. 2. Não retrata constrangimento ilegal a negativa da liberdade provisória a paciente flagrado em situação de mercancia, com várias “trouxinhas” de cocaína supostamente destinadas à venda, evidenciando-se, pela conduta externada, denso risco à propagação ilícita de entorpecentes em prejuízo da saúde pública, fato que constitui motivo suficiente para a manutenção do estado prisional acautelatório, ante a necessidade de se preservar a ordem pública. (grifo nosso) (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL. Hábeas Corpus nº 1.0000.08.484647-6/000(1), Relator. Alexandre Victor de Carvalho. DJ 08 nov. 2009. Acesso em 29 ago. 2010)

Pelo exposto, o Tribunal denota claramente a necessidade de analisar cada caso concreto para a utilização do uso de algemas, o que se pode constatar nos casos anteriores que o emprego da força por parte dos policiais, estará relacionado à análise necessária das circunstâncias.

O que no caso exposto, dada a grave situação, foi legalmente investida a prisão e ainda assim o uso de algemas frente ao texto da Súmula Vinculante nº. 11 do STF.

No entanto, existem casos em que os policiais excedem no emprego das forças, o que configura o abuso e desnecessidade de algumas medidas, é o que expõe Lacerda, (2010), quando afirma que embora em alguns casos exijam o emprego da força, os agentes acabam ultrapassando a esfera da legalidade e partindo para a esfera do ilícito.

E na mesma linha continua:

Um dos argumentos para o uso ilegal da força vincula-se ao não reconhecimento do campo jurídico como instância adequada à resolução de todos os conflitos na atividade policial. Desta maneira, o sistema legal é visto como inadequado o que leva a ação segundo os critérios particularistas de justiça adotados pelos próprios agentes do Estado resultando na maioria das vezes em abuso de poder. (Lacerda, 2010)

Pode-se reconhecer que não é sempre que o uso da força torna-se necessário e adequado, conseqüentemente as algemas, configurando verdadeiros

abusos por parte dos agentes da lei, é o que demonstra claramente o doutrinador Capez, 2010:

Sucedem, no entanto, que, em algumas situações, tem-se lançado mão das algemas de forma abusiva, com nítida intenção de execrar publicamente o preso, de constranger, de expô-lo vexatoriamente, ferindo gravemente os princípios da dignidade humana, proporcionalidade e da presunção de inocência.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também entende existir excesso no uso de algemas quando expõe o seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. USO DE ALGEMAS FORA DAS HIPÓTESES DA SÚMULA VINCULANTE Nº. 11 DO STF. PRISÃO ILEGAL. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. *(grifo nosso)* ART. 37, § 6º, DA CF. DANOS MORAIS IN RE IPSA. APELAÇÃO PROVIDA. UNÂNIME. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº. 70032622706, 9ª Câmara Cível. Relator: Mário Crespo Brum, DJ. 26 mai. 2010. Acesso em 29 ago. 2010)

No presente recurso, trata-se de apelação interposta contra decisão que julgou improcedente o pedido de condenação por danos morais em face do Estado do Rio Grande do Sul.

Demonstra-se no presente caso que o apelante foi preso em flagrante após cumprimento de mandado judicial pelos policiais que encontraram uma arma de fogo em sua residência. Após ser algemado, o apelante foi conduzido a pé até a Delegacia de Polícia, onde familiares e vizinhos presenciaram o ato humilhante e vexatório pelo qual passou.

Além disso, ficou demonstrado no curso do processo principal, que na época dos fatos, o simples porte de arma não caracterizava crime, o que tornou a demanda improcedente.

Desse modo, o apelante recorreu da decisão que julgou improcedente o pedido de danos morais contra o Estado do Rio Grande do Sul e conforme a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, os policiais agiram indevidamente, observa-se:

Em primeiro lugar, cumpre referir que a ação policial, efetivamente, ao que tudo indica, foi realizada de forma abusiva, tendo em vista que restou demonstrado, na instrução do feito, que o demandante foi conduzido a pé e algemado até a delegacia de polícia, sendo esse fato presenciado por

pessoas que estavam próximas ao local, bem como pelos familiares do recorrente.

Nesse contexto, não se desincumbiu o réu de demonstrar que o uso de algemas era realmente necessário, nos termos do art. 333, II, do CPC, não havendo nos autos elementos que atestassem ter sido a utilização de algemas necessária.

Ademais, como se não bastasse o presumido uso indevido de algemas e a condução do recorrente à delegacia de polícia a pé, e não em uma viatura adequada, como seria o procedimento correto, a própria denúncia oferecida, por ocasião da prisão em flagrante, restou rejeitada por atipicidade da conduta do autor, fato esse que tornou a prisão do recorrente ilegal, tendo em vista que realizada fora das hipóteses previstas em lei.

No caso exposto, percebe-se claramente o exagero cometido pelos policiais que conduziram o apelante algemado e a pé até a Delegacia de Polícia, sendo que tais fatos ocorreram diante de familiares e vizinhos que presenciaram toda a humilhação e vexame por parte do apelante, nada mais justo ser indenizado por um fato que se quer constituía crime.

No tocante aos abusos, assevera Gomes, 2010:

Em todos os momentos em que não patenteada a imprescindibilidade da medida coercitiva ou a necessidade do uso de algemas ou ainda quando evidente for seu uso imoderado há flagrante violação ao princípio da proporcionalidade, caracterizando-se crime de abuso de autoridade.

Veja-se que também ocorrem abusos por parte dos agentes da lei. Entretanto é necessário salientar que muitos dos casos, o uso da força ou formas de contenção, entre elas as algemas, são necessárias e devem ser analisadas caso a caso, pois a Súmula Vinculante nº. 11 do STF apenas limitou e não restringiu o uso de tal instrumento, devendo aqueles agentes que excederam os limites legais, serem responsabilizados nas penas cominadas pela legislação especial.

Assim, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina expõe:

APELAÇÃO CRIMINAL - DELITO MILITAR - LESÃO CORPORAL LEVE (ART. 209, CAPUT, DO CPM) - LESÕES APONTADAS EM LAUDO PERICIAL PROVENIENTES DO NECESSÁRIO USO DE FORÇA PARA CONTER A RESISTÊNCIA DE ADOLESCENTE À APREENSÃO - CONDUCTA REALIZADA NO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL - ART. 234 DO CPPM - EXCLUDENTE DE ILICITUDE VERIFICADA - EXCESSO DOLOSO INEXISTENTE - RECURSO MINISTERIAL NÃO PROVIDO.

Agem no estrito cumprimento do dever legal, os policiais militares que, após perseguição a veículo em alta velocidade, utilizam de força necessária para conter o adolescente que resistia à apreensão, devendo ser absolvidos, consoante estabelece o art. 439, "d", do Código de Processo Penal Militar. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação nº.

2008.014324-9. 3ª Câmara Criminal. Relator: Moacyr de Moraes Lima Filho. DJ: 21 nov. 2008. Acesso em 31 ago. 2010.)

Além disso, ensina Mirabete, 2005:

Não há crime quando o agente pratica o fato no "estrito cumprimento de dever legal". Evidentemente, como a lei não contém contradições, quem cumpre regularmente um dever não pode, ao mesmo tempo, estar praticando um ilícito penal. Essa excludente pressupõe no executor um funcionário ou agente público que atua por ordem da lei, não se excluindo o particular que exerça, eventualmente, uma função pública. A discriminante abrange apenas o dever legal, ou seja, o previsto em norma jurídica, podendo ele derivar da lei penal ou extrapenal.

E ainda continua o mesmo doutrinador:

Inadmissível a condenação de miliciano que se vê obrigado a empregar força física para reduzir perturbador da ordem pública à passividade e obediência, com intuito de manter a autoridade do Poder Constituído. Mirabete, (2005 apud JTACRIM 38/287)

Urge argumentar, que mesmo que ocorra excesso por parte dos policiais, é necessário destacar que eles possuem o necessário discernimento para o uso das forças, pois são eles que mantêm contato direto com os supostos infratores da lei, sabendo discernir se tal indivíduo representa possuir periculosidade ou não, ou se também irão oferecer resistência ou perigo de fuga.

Com o exposto sobre a necessidade do uso de algemas por parte dos agentes da lei, passa-se à análise dos precedentes que levaram a criação da Súmula Vinculante.

4.3. Precedentes Jurisprudenciais que originaram a criação da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal e comentários doutrinários sobre a edição da súmula em questão.

Sabe-se que anteriormente a criação da Súmula Vinculante nº. 11 do STF, não existia legislação que regulasse especificamente o uso de algemas. Todavia, algumas legislações estabeleciam critérios para o uso de algemas, mas eram legislações esparsas que não dirimiam totalmente os conflitos legais, deixando

os operadores do direito à margem de dúvidas quanto à necessidade do uso de algemas, seja para manter o réu algemado durante as audiências ou até mesmo para conduzir os presos até a delegacia.

Após diversos questionamentos e com as recentes prisões de figuras conhecidas publicamente, o STF decidiu editar um dispositivo que abraçasse especificamente os casos que envolviam o uso de algemas.

Nesse contexto, a Constituição Federal em seu artigo 103 – A, prevê o seguinte:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (BRASIL, 2010)

Em sessão plenária, no dia 13 de agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 11, após julgar um Hábeas Corpus que envolvia o uso de algemas em Tribunal do Júri, veja-se:

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. Hábeas Corpus nº 91952 - São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. DJ: 07 ago. 2008. Acesso em 07 set. 2010)

No presente caso, tratou-se de hábeas corpus impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que manteve decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde a juíza presidente, em sessão do tribunal do júri, decidiu manter o réu algemado durante os trabalhos, fundamentando que o réu já havia sido algemado em outras audiências e também porque só haviam dois policiais para fazer a segurança do julgamento.

Entretanto, os ministros do STF acordaram por unanimidade em dar provimento ao recurso acima exposto, alegando que os motivos ensejados pela juíza presidente não foram suficientes para manter o réu algemado, invocando ofensa aos

princípios da presunção de inocência e princípio da dignidade da pessoa humana, entre outros.

Ademais, salientaram que o uso de algemas, como bem exposto em outras legislações, deve ser usado de forma excepcional, para que não configure tratamento degradante ou humilhante.

Além disso, reafirmaram que o caso em questão era de grande repercussão social, pois não poderia tal assunto ficar a mercê de qualquer fundamento, devendo ser regulado por uma súmula vinculante que amparasse especificamente o aparato, de forma a ser usado excepcionalmente como bem exposto, tomando por base a Carta Suprema.

Desse modo, além do hábeas corpus exposto anteriormente, também usaram como precedente para criação da Súmula Vinculante nº. 11, o recurso do hábeas corpus nº. 56.465, ao qual foi julgado em 1978, como expõe o Supremo Tribunal Federal:

Não constitui constrangimento ilegal o uso de algemas por parte do acusado, durante a instrução criminal, se necessário à ordem dos trabalhos e a segurança, testemunhas e como meio de prevenir a fuga do preso. Inépcia da denúncia não comprovada. RHC improvido (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso de Hábeas Corpus nº 56465. Relator: Min. Cordeiro Guerra, Segunda Turma. DJ 05. set. 1978. pp. 00415. Acesso em 10 set. 2010).

Veja-se no presente caso tratar-se de recurso do ano de 1978, observando-se que já naquela época o uso de algemas não era considerado constrangedor quando o magistrado usasse de meios legais para fundamentar o uso do instrumento.

Ainda assim, podemos citar o hábeas corpus nº. 71195, do Estado de São Paulo, datado do ano de 1994, veja-se:

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. Hábeas corpus indeferido. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Hábeas Corpus nº. 71195. 2ª Turma do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator Francisco Rezek. DJ. 24 out. 1994. Acesso em 10 set. 2010)

Neste recurso, trata-se de hábeas corpus impetrado contra decisão que manteve o uso de algemas em tribunal do Júri. Nota-se que o presente caso nada inovou ao longo dos anos, pois as decisões referentes ao uso de algemas em tribunal do júri, na maioria das vezes, são devidamente fundamentadas e o réu permanece algemado durante toda a instrução.

Ademais, cumpre afirmar que no recurso em questão, o réu pretendia agredir o juiz, o que motivou o uso das algemas, medida que se fez necessária para integridade do juiz, dos presentes e do próprio acusado.

Consoante ao assunto, pode ser citado também como precedente, o Hábeas Corpus do Tribunal de Justiça de Rondônia:

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. Hábeas corpus concedido. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Hábeas Corpus nº. 89429. Relatora: Carmem Lúcia. DJ 22 jun. 2006. Acesso 10. set. 2010)

Conforme o Supremo Tribunal Federal, cuida-se de hábeas corpus impetrado por Vice Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, o qual foi preso em uma operação da Polícia Federal no cumprimento de um mandado.

O presente hábeas corpus tinha como propósito a garantia de que o paciente não fosse algemado e exibido diante das câmeras televisivas quando fosse transportado até o Superior Tribunal de Justiça para a realização da audiência de ação penal ao qual figurava como acusado.

Relatou o paciente que não poderia ter sido algemado em sua prisão e tampouco ser transportado com algemas até a referida audiência ou ser exibido diante das câmeras, haja vista ser uma autoridade, invocando os artigos 234, § 1º e 242 do Código de Processo Penal Militar, onde proíbe o uso de algemas em autoridades tais como Ministros de Estado, Governadores etc...

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal entendeu pelo provimento do recurso, aceitando os argumentos do paciente no que tange à ilegalidade das algemas para o transporte até a audiência, uma vez que o referido era uma autoridade e já se encontrava preso, frisando a desnecessidade do uso de algemas, pois o acusado não ofereceu resistência alguma no momento de sua prisão.

Além disso, a relatora Min. Carmem Lúcia salientou que o uso de algemas durante o transporte para audiência seria uma forma de constranger o acusado, podendo acarretar humilhações, constrangimento diante da multidão que observaria a condução do acusado.

Dessa forma, após a edição da Súmula Vinculante nº. 11, a referida sofreu diversas críticas, gerando até pedido de cancelamento diante do Supremo Tribunal Federal.

Assim expõe Lacerda, (2010):

Para que se justificasse a emissão da súmula vinculante sobre o uso de algemas, seria preciso que existissem reiteradas decisões sobre matéria constitucional, versando sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais houvesse controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarretasse grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre a questão idêntica, nos termos do art. 103-A, §1º, da Constituição do Brasil. Lacerda (2010, APUD Távora, 2009, p. 456)

De acordo com Lacerda, (2010), até a Confederação Brasileira de Trabalhadores de Policiais Civis (Cobrapol) requereu o cancelamento da súmula em questão, sob o argumento de que a súmula violaria o princípio da isonomia ao dar prioridade ao resguardo do direito à imagem diante da liberdade de informação.

E ainda continua:

(...) não há como prever a reação de cada indivíduo e que o STF teria violado o princípio da separação dos Poderes e não observado um dos requisitos para a edição de súmulas, que é a reiteração de decisões da Corte em matéria constitucional.

Denota-se que a edição da referida súmula polemizou a aplicação do uso de algemas, pois na argumentação de alguns doutrinadores, o Supremo Tribunal Federal inovou o ordenamento jurídico e violou o princípio da separação de poderes criando dispositivo que não era de sua competência para dar prioridade às classes privilegiadas.

Dessa forma, expõe Santos, 2010:

Mesmo que a decisão do HC 91952 tenha sido suficiente para a edição desta tão importante súmula, outro vício, em tese, se observa: a matéria da Súmula Vinculante nº11 foi mais ampla do que o contido no Habeas Corpus apreciado, ou seja, o Supremo Tribunal Federal partiu de um caso específico, que é a ofensa à dignidade humana pelo uso de algemas no Tribunal do Júri, para o caso geral, o uso de algemas pela autoridade policial, com isso, conclui-se que o STF legislou sobre o tema, inclusive criando um novo crime, impondo critérios inexistentes a serem seguidos pelos agentes do Estado no uso de algemas, da qual os artigos 474, §3, do Código de Processo Penal e o 234, §1º, do Código de Processo Penal Militar[4] versavam, antes da Lei 11.689/08, sobre algemas, sendo que nenhum deles exigia explicação por escrito para seu uso. Esta matéria ao ser tema de súmula vinculante vem a eliminar e restringir qualquer discussão futura que possa vir ocorrer em instâncias inferiores, ou até mesmo a matéria ser tema de elaboração de lei pelo Poder Legislativo, conforme afirma a Delegada de Polícia Federal Arryanne Queiroz em seu artigo para o site Revista Consultor, em 21 de agosto de 2008.

Ainda assim, cumpre afirmar que a edição da referida súmula só teria cabimento se houvesse restrição nos casos em que fosse usada em sessão do tribunal do júri, pois ainda de acordo com Santos, (2010), nos casos relacionados à prisão cautelar não existiria essa possibilidade, uma vez que não existem no STF decisões que comprovassem a matéria controvertida.

Nas palavras de Fudoli, o mesmo acrescenta:

Mais um aspecto deve ser considerado. Como se vê, dentre os requisitos constitucionais para a edição da súmula vinculante (art. 103-A da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/04) está a existência de decisões “reiteradas” sobre matéria constitucional. Como se viu acima, as decisões sobre o assunto são poucas, e, além disso, não parece muito claro o requisito legal da “controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão” – art. 2º, § 1º, da Lei n. 11.417/06, que regulamentou a edição de súmulas vinculantes. (2010)

Ademais, cabe ressaltar que uso de algemas é extremamente subjetivo para aquele que faz a aplicação do instrumento, pois não há como prever a reação de cada indivíduo que irá ser conduzido até a delegacia, ou até mesmo daquele acusado julgado em tribunal do júri.

Desta forma, urge argumentar que não há como prever a reação de cada indivíduo. Como bem cita Salles, 2010, diante da notícia publicada no site globo, veja-se:

Sem algemas. Preso ameaça juíza em Cambuci. O julgamento de um assassinato em Cambuci, na região serrana do Rio, na quinta feira passada, quase acabou em tragédia no fórum local. Após ler a sentença de Rodrigo Vieira de Almeida, 29 anos, a juíza Katylene Pires, uma promotora e os jurados se surpreenderam com as ameaças feitas pelo réu. Ele acompanhou o julgamento sem algemas a pedido de seu advogado, com base em uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de que os réus não precisam ficar algemados. Após a leitura da sentença, ele foi retirado da sala, mas retornou ameaçando a juíza e a promotora, que precisaram se esconder debaixo da mesa. O reforço do policiamento foi chamado pelo telefone celular da juíza. Ele estava muito alterado. Chegou a danificar a porta e só foi controlado e colocado no carro da polícia por seis PM's. O júri da próxima semana só será realizado se houver reforço no policiamento – afirma a juíza, que acumula as comarcas de Cambuci e São Fidélis.

Cabe ressaltar, que ainda de acordo com Salles, (2010), pode-se imaginar o risco que estariam correndo os funcionários de um fórum, ou até mesmo alguém que fosse retirar carga de um processo, tendo um acusado solto pelos corredores, podendo até mesmo estar armado.

Da mesma forma exemplifica Gomes, 2010:

Caso emblemático, em termos de uso de algemas e segurança, foi o assassinato do juiz Rowland Barnes, 64, e sua estenógrafa, Julie Brandau, na corte do Condado de Fulton, Atlanta, EUA, no mês de março do ano de 2005, enquanto atuavam no julgamento de Brian Nichols, 34, acusado de estupro, que, sem algemas, conseguiu retirar a arma da policial da escolta e alvejá-los. O acusado, recapturado, foi descrito por seu advogado como pessoa "com uma personalidade tranqüila e muito querido entre seus companheiros de trabalho.

Ademais, ressalta Salles, quanto ao entendimento jurisprudencial sobre o uso de algemas, pelo relator Ministro José Arnaldo da Fonseca do STJ, nesse sentido:

O uso de algemas há de ser aferido em cada caso concreto, não podendo haver decisum amplo, coibindo-o. Dentro dessa linha, parecer-me mais sensato deixar a cargo da autoridade condutora do réu o melhor caminho a seguir, desde que não sejam tomadas providências desnecessárias e inseqüentes, demonstradas por sinal no presente caso. (Salles, 2010, apud STJ, 5ª Turma, HC 35.540)

Nesta mesma linha contínua Gomes, (2010), quando expõe que a idéia de criar um dispositivo para restringir o uso de algemas surgiu diante de prisões efetuadas no decorrer dos últimos anos de figuras políticas,. Tais prisões foram efetuadas pela Polícia Federal, sendo questionado se essas figuras públicas poderiam ser algemadas já que não ofereciam riscos.

Sobre a criação da súmula em questão, expõe Santos, quanto ao entendimento de Moraes:

Para o doutrinador e Secretário de Transportes do Estado de São Paulo, Dr. Alexandre de Moraes, em debate sobre o tema no Fórum Criminal da Barra Funda em 27 de agosto de 2008, em contrário sensu ao disposto pela Delegada da Polícia Federal Arryanne, citou, parafraseando, que o uso de algemas foi considerado pelo STF como sendo de questão constitucional, com isso, não cabe a lei federal, tampouco a decreto disciplinar a matéria, e que uma reação legislativa, neste momento, seria contrária a súmula já editada. Alexandre de Moraes ainda efetuou críticas à Súmula Vinculante nº11, da qual considera perigosa a comparação que o STF fez do uso indevido de algemas com a Teoria das Provas Ilícitas (exemplo, confissão algemado=confissão mediante tortura), ou seja, que para ele o algemamento sem motivação ou motivação anulada pelo Tribunal, poderá anular todo o julgamento, podendo até mesmo todo o processo ser anulado. Essa conduta, para Alexandre de Moraes, faria com que o advogado do réu a qualquer mínimo descumprimento desta súmula, levantasse reclamação junto ao STF, atolando o Tribunal Superior. (2010)

Já de acordo com o Superintendente Regional da Polícia Federal que participou do mesmo debate acima referido, Sr. Leandro Daiello Coimbra, o mesmo afirma ser contrário à criação da súmula em questão, comparando aos presos que ficam em celas abertas o fato de alguém ser detido e não for algemado, o que para ele seria colocar em risco a segurança do policial. Além disso, cita a passagem do Manual de uso de algemas da própria Polícia Federal, de que o uso do instrumento garante a segurança do próprio acusado, dos policiais e terceiros, o que previne situações problemáticas, como as fugas, ou até mesmo o suicídio. Ainda assim, o referido Delegado afirma que a prisão em si já é um ato de estresse, não dando margem à presunção do comportamento do preso, o que para ele, as algemas devem ser usadas como regra, discorrendo que “todos” os presos, sem exceção, devem ser algemados. (Santos, 2010).

Na mesma linha, afirma Fudoli:

Toda prisão de um ser humano viola a sua dignidade, pois o estado de liberdade é natural e a prisão de um ser humano é anti-natural. No entanto, desde que a prisão em questão (que é o mais) seja amparada em lei, o que se admite em casos excepcionais para o bom desenrolar do processo penal, não se justifica a vedação do emprego de algemas (que é o menos). Uma vez feita a prisão sem alarde, entendemos, com o acato e o respeito devidos à decisão do STF, que não há razão para se estabelecerem tamanhas restrições e sanções ao uso de algemas, de forma apriorística e sob a forma de uma súmula com caráter vinculante. Estando preso o investigado, réu ou condenado, a regra é a de que ele se submeta, como consectário natural de tal situação, à privação de liberdade, com todas as

conseqüências daí decorrentes, o que é autorizado pela Constituição da República e pelas leis de nosso país.

Assim, a colocação de algemas por ocasião da prisão; o transporte do preso com algemas até o presídio; o transporte do preso algemado do presídio ao Fórum, Instituto Médico-Legal (para exames de corpo de delito “ad cautelam”, de insanidade mental) e vice-versa; a manutenção das algemas durante as audiências (o caso do Júri merece considerações que seguirão adiante); a condução do preso ao local em que se fará a reconstituição simulada do crime (desde que com o seu consentimento); entendemos que todos esses atos são lícitos e compatíveis com o estado de cerceamento de liberdade legalmente imposto à pessoa em questão. (2010)

Ademais, o mesmo doutrinador afirma que não compreende a criação da Súmula Vinculante nº. 11, quando esta se refere à nulidade dos atos processuais praticados em relação ao réu algemado, citando a prisão em flagrante, a execução de ordem de prisão temporária ou preventiva; a presença em audiência para oitiva de testemunhas, vítimas e peritos e para interrogatório; a reconstituição simulada de crime; o comparecimento a Instituto Médico-Legal para exame de corpo de delito “ad cautelam”, de dependência toxicológica ou de insanidade mental; e a presença em local no qual será realizada reconstituição simulada do crime. Para Fudoli, é incompreensível que tais atos processuais sejam anulados, só porque um preso estava algemado. (2010).

O que se percebe por parte de alguns doutrinadores, é que a Súmula Vinculante nº. 11 criada pelo Supremo tribunal Federal, veio para beneficiar algumas classes sociais, pois quem comete crime de colarinho branco não oferece perigo para a sociedade, nem mesmo quando forem efetuadas suas prisões.

Entretanto, alguns doutrinadores entendem que o uso de algemas é medida excepcional e quando usada sem necessidade caracteriza abuso de autoridade, ferindo princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência.

Desse modo, pode-se afirmar que o uso de algemas é medida excepcional sim e estritamente legal quando seu uso é motivado e devem ser usadas de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, porém, só os verdadeiros detentores do instrumento algemas é quem poderão analisar cada caso concreto e saber da necessidade do seu uso, se aquele indivíduo vai oferecer resistência ou perigo de fuga ou colocar em risco sua própria integridade ou a de terceiros.

Ademais, cumpre ressaltar que se nossa Constituição Federal consagra em seu artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei”, não importa “raça, sexo, cor, religião”, todos os cidadãos devem ser respeitado e tratados de forma igualitária.

Dessa forma, cabem nossos agentes da lei, sejam magistrados, policiais, até mesmo os doutrinadores visualizarem a questão do uso de algemas e aplicá-las sem distinção, mas sempre analisando o caso concreto de acordo com a dada situação.

5. CONCLUSÃO

Percebe-se que mesmo com a criação da Súmula Vinculante nº 11, o Supremo Tribunal Federal, ao tentar resolver as possíveis divergências acerca do tema, além de proteger a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, querendo preservar os presos de exposições midiáticas, não trouxe nada de novo ao editar a referida súmula, pois de acordo com alguns doutrinadores, o uso das algemas já era previsto no Código de Processo Penal em seus artigos 284 e 292, além do § 3º, do artigo 474, introduzido pela reforma de 2008, além do Código de Processo Penal Militar, entre outras legislações como exposto anteriormente. Além disso, as punições aplicadas aos excessos cometidos pelos agentes da Lei já eram previstas na Lei 4.898/65 – Lei de abuso de autoridade, além do previsto em nossa Carta Magna.

Entretanto, outros doutrinadores entendem que a criação da súmula em questão ocorreu de forma precipitada, afirmando que o STF inovou o ordenamento jurídico criando dispositivo vinculante, atropelando de certa forma o poder do Legislativo.

Além disso, pode-se afirmar que mesmo com a falta de legislação específica, os dispositivos existentes anteriores à edição da Súmula Vinculante nº. 11, já conseguiam dirimir os conflitos relacionados ao uso de algemas, pois como visto nos julgados aqui expostos, anteriores à sumula em questão, os juízes já mantinham o réu algemado, seja durante uma simples audiência ou durante uma sessão de tribunal do júri, citando como motivos a segurança do próprio preso, das pessoas que se encontravam presentes e também a garantia da ordem dos trabalhos.

Ainda assim, após a criação da súmula em questão, as decisões dos julgados em nada inovaram, haja vista o magistrado sempre fundamentar sua decisão com base na segurança dos presentes e para proteger o próprio preso

Afirma-se também que com relação à aplicação do uso de algemas, seja por parte de magistrados ou pelos policiais, não há que se falar em caracterização de abuso de autoridade quando existe a devida fundamentação no uso do instrumento, pois o que era considerado regra, passou a ser visto como exceção.

Ademais, o critério para estabelecer se o réu ou conduzido deverá ser algemado, deve ser analisado concretamente, caso a caso, pois a súmula em questão estabeleceu tais critérios de forma subjetiva quando fala em resistência, fundado receio de fuga ou perigo a integridade própria ou alheia, não havendo qualquer possibilidade de saber se tais requisitos estarão presentes no momento da prisão, pois não há como saber se o conduzido vai reagir diante de uma ordem de prisão.

Cumprido ressaltar que o instrumento algemas deve ser usado de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, respeitando também os princípios da dignidade da pessoa humana e presunção de inocência. Também deve ser aplicado de acordo com o princípio da isonomia, onde todos, sem distinção de qualquer característica, devem ser tratados igualmente, como bem preceitua nosso texto constitucional.

Além disso, deve-se levar em conta a preservação da coletividade, pois a Constituição Federal prevê em seu artigo 144, que é dever e responsabilidade do Estado garantir a ordem pública e a incolumidade das pessoas. (Brasil, 2010. p.25)

6. BIBLIOGRAFIA

AVELAR, Matheus Rocha. **Manual de Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2004. p.2004

ALMEIDA, Cândido Mendes. **Trabalho realizado com base no Livro: Ordenações Filipinas**, vols. 1 a 5, Rio de Janeiro de 1870. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em 03. nov. 2009

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 882.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.380

BEDÊ JÚNIOR, Américo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 400

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed. Brasília. 1999. p. 184.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo; Malheiros, 2004. p.807

BONFIM, Edílson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.839.

BRASIL, Agência Nacional de Aviação Civil. **Instrução de Aviação Civil nº. 2504-0388** de 24 março de 1988. Disponível em <http://www.anac.gov.br/biblioteca/iac.asp>. Acesso em 04. no. 2009

_____, **Constituição federal da República, Código Penal e Código de Processo Penal**. 6 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico., 2005. p.736

_____, **Decreto nº 4.824**, de 22 de novembro de 1871. Rio de Janeiro. 1871 Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao>. Acesso em 04. nov. 2009.

_____, **Estatuto dos Militares**, Código Penal Militar, Código de Processo Penal Militar, Legislação Penal, Processual penal e Administrativa Militar, Constituição Federal. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.957

_____, **Lei 8653**, de 10 de maio de 1993. Brasília. 1993. Disponível em <http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>. Acesso 16 out. 2010.

_____, Portal da Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº. 585/2005 de Luiz Antônio Fleury. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/> Acesso em 04. nov.2009

_____, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Ementa: HABEAS CORPUS - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA NA ORIGEM - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - 1. PRETENDIDA NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE POR OFENSA À SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO STF - ARGUIÇÃO INCOMPROVADA - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO USO ARBITRÁRIO E VEXATÓRIO DE ALGEMAS - NULIDADE INEXISTENTE Hábeas Corpus nº 1.0000.08.484647-6/000(1), Relator. Alexandre Victor de Carvalho DJ 08 nov. 2009. Disponível em <http://www.tjms.jus.br>. Acesso em 29 ago. 2010

_____, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ementa: JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO - ERRO SOBRE A PESSOA DA VÍTIMA - USO DE ALGEMAS EM PLENÁRIO - PRUDENTE ARBITRÍO DO JUIZ- PRESIDENTE - MEDIDA DE SEGURANÇA DOS TRABALHOS - INFLUÊNCIA NO JULGAMENTO NÃO DEMONSTRADA. Apelação Criminal nº. 1.0525.03.036335-8/002. Relator: Hyparco Immesi. DJ 16 nov. 2006 Disponível em <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em 16 abr. 2010

_____, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - NULIDADE NO JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI - INEXISTÊNCIA - USO DE ALGEMAS - NECESSIDADE DEMONSTRADA - TRIBUNAL DO JÚRI - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA. Apelação 1.0686.08.217266-5/001(1). Relator: Alexandre Victor de Carvalho. DJ 23 fev. 2010 Disponível em <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso: 17 abr. 2010

_____, Tribunal de Justiça do Paraná. Ementa: HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO QUALIFICADO - ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE - IMPROCEDÊNCIA - UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS QUE SE MOSTROU JUSTIFICÁVEL NO CASO CONCRETO - LIBERDADE PROVISÓRIA - CRIME HEDIONDO - INADMISSIBILIDADE (ART. 5º, XLIII, CF) - ORDEM DENEGADA Hábeas Corpus nº. 602.863-7. 3ª Vara Criminal de Maringá. Relator: Dês. Temo Cherem. DJ: 20 ago. 2009. Disponível em <http://www.tjpr.jus.br>. Acesso em 29. ago. 2010

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - NULIDADE NO JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI - INEXISTÊNCIA - USO DE ALGEMAS - NECESSIDADE DEMONSTRADA - TRIBUNAL DO JÚRI - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA. Apelação Criminal nº. 70029235272. Relator: José Eugênio Tedesco. DJ. 10 set. 2009. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> Acesso: 18 abr. 2010

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. USO DE ALGEMAS FORA DAS HIPÓTESES DA SÚMULA VINCULANTE Nº. 11 DO STF. PRISÃO ILEGAL. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. ART. 37, § 6º, DA CF. DANOS MORAIS IN RE IPSA. APELAÇÃO PROVIDA. UNÂNIME. Apelação Cível nº. 70032622706, 9ª

Câmara Cível. Relator: Mário Crespo Brum DJ. 26 mai. 2010. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 29 ago. 2010

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa: HABEAS CORPUS - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - DECLARAÇÃO COLHIDA JUNTO AO MINISTÉRIO PÚBLICO - RATIFICAÇÃO EM JUÍZO - JULGAMENTO PELO JÚRI - INEXISTENCIA DE PROVA ILEGAL - USO DE ALGEMAS - PODER DE POLÍCIA - AVALIAÇÃO CRITERIOSA - PRUDENCIA - SEGURANÇA DAS PESSOAS ENVOLVIDAS. Hábeas Corpus nº. 70014656516, Terceira Câmara Criminal, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos . DJ 20 abr. 2006 Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 16 abr. 2010

_____, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ementa: TRIBUNAL DO JÚRI. MANUTENÇÃO DE RÉU ALGEMADO DURANTE O JULGAMENTO. MEDIDA AFETA AO PODER DE POLÍCIA DO PRESIDENTE, POSSÍVEL E A SER USADA COM PARCIMÔNIA, QUANDO NECESSÁRIA AO ANDAMENTO E SEGURANÇA DOS TRABALHOS E PRESENTES EM PLENÁRIO. INDEMONSTRAÇÃO DE TER INFLUENCIADO NA DECISÃO DOS JURADOS OU DE TER SUBMETIDO O ALGEMADO A VEXAME E CONSTRANGIMENTO INOCORRENTE. NULIDADE DO JULGAMENTO REPELIDA. RECURSO DESPROVIDO. Apelação Criminal nº. 2002.022326-9, Primeira Câmara Criminal de Mafrá. Relator: José Gaspar Rubick. DJ 17 dez 2002 Disponível em <http://www.tjsc.gov.br>. Acesso em 28 ago. 2010

_____, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - DELITO MILITAR - LESÃO CORPORAL LEVE (ART. 209, CAPUT, DO CPM) - LESÕES APONTADAS EM LAUDO PERICIAL PROVENIENTES DO NECESSÁRIO USO DE FORÇA PARA CONTER A RESISTÊNCIA DE ADOLESCENTE À APREENSÃO - CONDUTA REALIZADA NO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL - ART. 234 DO CPPM - EXCLUDENTE DE ILICITUDE VERIFICADA - EXCESSO DOLOSO INEXISTENTE - RECURSO MINISTERIAL NÃO PROVIDO Apelação nº. 2008.014324-9. 3ª Câmara Crimina. Relator: Moacyr de Moraes Lima Filho. DJ: 21 nov. 2008. Disponível em <http://www.tjsc.gov.br> Acesso em 31 ago. 2010

_____, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ementa: HÁBEAS CORPUS. PRISÕES EM FLAGRANTE. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGADA NULIDADE DO FLAGRANTE EM RAZÃO DO USO INJUSTIFICADO DE ALGEMAS. SÚMULA VINCULANTE N. 11 DO STF. DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS QUE NÃO SÃO SUFICIENTES PARA A CONSTATAÇÃO DO SUPOSTO VÍCIO. AINDA ASSIM, PELO QUE SE INFERE DOS AUTOS, AS ALGEMAS FORAM UTILIZADAS DENTRO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA EMBASAR A MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA Hábeas Corpus nº. 2008.081660-3. Relator Des. Alexandre d'Ivanenko. DJ 08 abr. 2009 Disponível em www.tjsc.gov.br. Acesso em 28 ago. 2010.

_____, Supremo Tribunal Federal. Ementa ALGEMAS - UTILIZAÇÃO. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga. JULGAMENTO - ACUSADO ALGEMADO -

TRIBUNAL DO JÚRI. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório. Habeas Corpus nº 91952 - São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. DJ: 07 ago. 2008. Acesso em 07 set. 2010. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_1_a_29_e_31_da_Sumula_Vinculante.pdf Acesso em 10 set. 2010

_____, Supremo Tribunal Federal. Ementa: HABEAS CORPUS. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. PROTESTO POR NOVO JÚRI. PENA INFERIOR A VINTE ANOS. UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS NO JULGAMENTO. MEDIDA JUSTIFICADA. Habeas Corpus nº. 71195. 2ª Turma do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator Francisco Rezek. DJ. 24 out. 1994. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_1_a_29_e_31_da_Sumula_Vinculante.pdf Acesso em 10 set. 2010

_____, Supremo Tribunal Federal. Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. USO DE ALGEMAS NO MOMENTO DA PRISÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA EM FACE DA CONDUTA PASSIVA DO PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES. Habeas Corpus nº. 89429. Relatora: Carmem Lúcia. DJ 22 jun. 2006. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_1_a_29_e_31_da_Sumula_Vinculante.pdf Acesso 10. set. 2010

_____, Supremo Tribunal Federal. Ementa: Não constitui constrangimento ilegal o uso de algemas por parte do acusado, durante a instrução criminal, se necessário à ordem dos trabalhos e a segurança, testemunhas e como meio de prevenir a fuga do preso. Inépcia da denúncia não comprovada. RHC improvido. Recurso de Habeas Corpus nº 56465. Relator: Min. Cordeiro Guerra, Segunda Turma. DJ 05. set. 1978. pp. 00415. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_1_a_29_e_31_da_Sumula_Vinculante.pdf Acesso em 10 set. 2010

_____, Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº. 11**. Brasília. Aprovada em 13 Agosto de 2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em 04. nov. 2009

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. De acordo com a emenda constitucional nº 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.421.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 2003. p.1522.

CAPEZ, Fernando. **A questão da legitimidade do uso de algemas**. 08 Out. 2008 Disponível em http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=1794. Acesso em 25 ago. 2010)

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, 768p.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: revista dos Tribunais, 1998.

FIGUEIRAS, Isaura Meira Cartaxo. **Princípios Constitucionais no Processo. Jus Vigilantibus**. Ago. 2007. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/27345>. Acesso em 03 nov. 2009

FIGUEIRAS JUNIOR, Araujo. **Código do processo do império do Brasil e todas as mais leis...** BDJur, Brasília, DF, 2008. v.1. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16420>. Acesso em 04. nov. 2009

FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. **Abuso de autoridade**: notas de legislação, doutrina e jurisprudência à Lei 4.898/65, de 09/12/1965. 8. ed. ampliada de acordo com a CF de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. **Uso de Algemas: A Súmula Vinculante nº. 11 do STF**. Direito Penal Virtual. 19/09/2008. Disponível em: <http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=405>, Acesso em 16/10/2010

GOMES, Rodrigo Carneiro. **Isonomia e o novo projeto de lei. A problemática da exposição midiática e a segurança da equipe em operações policiais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 889, 9 dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7662>>. Acesso em: 17 set. 2010

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos. p.174.

_____. **Teoria Processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS. 2007. p.286.

LACERDA, Thiago Almeida. **Técnicas Operacionais da Ação Policial A legitimidade da utilização de algemas pela Polícia Civil**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em 14 abr. 2010

LOPES JR. Aury. **Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.313.

LOTUFO, Renan. **Cadernos de Teoria Geral do Direito**. Curitiba: Juruá, 2000, p.240.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati, **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003. p.142.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.448.

MICHAELIS, **Dicionário prático da Língua Portuguesa** – São Paulo: Melhoramento, 2008. p.952.

MIRABETE, Julio Frabrini. **Código Penal Interpretado**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2005. p. 227

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.399.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 413

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p.782.

PRADO, Luis Régis. **Direito processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. 2. ed. Curitiba/PR: Juruá, 2007.

SALLES, Tarcísio. **Inconstitucionalidade e Inaplicabilidade da Súmula**

Vinculante n. 11. Jurisway. Disponível em:

http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3756 Acesso em 17 set. 2010

SANTOS, Paulo Roberto dos Santos. **O emprego de algemas e a Súmula**

Vinculante nº. 11. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 59, 2008. Disponível em

[http://www.ambito-](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5347)

[juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5347](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5347). Acesso em 15/10/2010.

_____, Sérgio Roberto Leal dos. **Manual de teoria da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.255.

_____. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.224.

SILVA, Marcelo Cardozo da. **A prisão em flagrante na constituição**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 207.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal**: sistema e princípios. Curitiba: Juruá, 2003. p.206.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.1279

THEODORO, Marcelo Antônio. **Direitos fundamentais & sua concretização**. Curitiba/PR: Juruá, 2002. p.133.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**, 3. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2009. p.397.