PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Faculdade Mineira de Direito

Lincoln Almeida Rodrigues

A SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA IMPLICAÇÃO NAS OPERAÇÕES POLICIAIS: a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ao uso das algemas

Arcos

2011

Lincoln Almeida Rodrigues

A SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA IMPLICAÇÃO NAS OPERAÇÕES POLICIAIS: a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ao uso das algemas

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Alexandre Lima Paniza

Arcos

2011

Lincoln Almeida Rodrigues

A SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA IMPLICAÇÃO NAS OPERAÇÕES POLICIAIS: a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ao uso das algemas

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

_____

Alexandre Lima Paniza (Orientador) – PUC Minas

_____

PUC Minas

_____

PUC Minas

Arcos, __ de novembro de 2011.

Dedico este trabalho a Deus, por seu tamanho amor por mim e por me fazer acreditar naquilo que sou capaz; e ao meu pai (*in memorian*) que a vida o levou, mas sua presença permanece entre nós.

AGRADECIMENTOS

Nossa vida é repleta de pessoas que constantemente passam por nossas vidas. Algumas passam sem deixar recordações; enquanto outras não apenas passam, mas permanecem ao nosso lado, marcando nossa história.

Durante esta longa caminhada que esta se findando, várias pessoas estiveram comigo neste período que foi sem duvida o de maior aprendizado em toda minha vida. Infelizmente o espaço é pouco para os agradecimentos e desde já peço desculpas a aqueles que não foram mencionados, mas desde já sintam-se abraçados e beijados e mais uma vez meu muito obrigado.

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado o dom de me relacionar com as pessoas de uma maneira tão singela e pura; por ter também me dado o dom de expressar meus sentimentos através da arte de tocar os corações por meio da música e por ter me dado tantas lutas e provações, pois foram às dificuldades da vida que me fizeram chegar onde hoje estou.

A minha mãe querida, amiga, confidente, minha parceira nos momentos mais difíceis da vida e vibrante nos momentos mais felizes da vida também. Seu toque de mãe me faz ver que na vida para tudo tem jeito e só não há jeito para a morte... A única certeza da vida. Mãe querida, você sem duvida alguma é a pessoa que mais amo em toda minha vida.

É com lagrimas nos olhos que agradeço ao meu pai, que a vida tão cedo levou e que me ensinou que na vida temos que lutar e não devemos retroceder jamais. O homem de olhos claros, de coração humilde, trabalhador e querido por todos, me ensinou que a grande virtude do homem é o caráter. O homem sem caráter é um homem sem alma, mas o homem com caráter e humildade é capaz de conquistar o mundo. Ensinou-me também que a vida não nos da muito tempo para chorar, pois ela passa e devemos erguer a cabeça e continuar tocando em frente. Pai, você para mim é a luz que me ilumina nesse mundo, meu exemplo de homem. Obrigado por tudo.

A minha irmã querida que esta tão longe, mas que a amo tanto. Quero dela cuidar e proporcionar a ela os momentos mais felizes e doces da vida. Agradeço também a Paulina e toda sua família por me receberem de braços abertos e pelo tamanho carinho.

Agradeço as minhas avós, meus primos, meus tios e tias pelo amor transmitido a mim e aproveito o ensejo para também pedir desculpas pela minha ausência. Durante este tempo na graduação estive por muitas vezes distante das pessoas que tanto me amam, mas se estive ausente por alguns momentos foi para no futuro proporcionar a elas uma vida melhor e de muitas alegrias. Tenham certeza de que vocês são à base da minha história e com vocês compartilhei os momentos mais felizes de minha vida.

Mulher virtuosa, quem a achará? Encontrei a minha mulher. Virtuosa, amorosa, que esteve comigo nos momentos aonde a solidão e a incerteza batiam forte em minha alma, me acalentou enquanto as lagrimas jorravam do meu rosto, e mesmo nos dias aonde minha irá estava exacerbada soube me compreender. É a você Monique, namorada, amiga, amante, mãe... A você eu agradeço pelo amor que a mim lhe é dado e por fazer de mim todos os dias o homem mais feliz do mundo. Por todas essas coisas é que a amo.

Agradeço a Dona Édis (sogra), Andressa (cunhada), Otacílio (padrasto) e sua família por me ajudarem com suas palavras de sabedoria e por me motivarem a querer alcançar as minhas aspirações. São essas pessoas que me fazem sentir muito querido.

Não poderia também me esquecer dos meus irmãos de coração Walisson Vitor (vulgo Jupira), Lucão e Serginho. Nossa amizade se transformou em uma família e os anos que convivemos juntos tornaram de nós irmãos. Juntos na alegria e na tristeza, na saúde e na doença, todos os dias de nossas vidas, e nem a morte será capaz de nos separar.

Pastor Douglas e Rosangela. Pastor Douglas é meu pai na fé. É uma pessoa que eu amo eu vou com ele seja qual lugar for porque vejo Deus em seus olhos e sem dúvida alguma é uma das pessoas mais importantes de minha vida e esta sempre orando por mim.

Agradeço ao grupo Revelação de Israel, por ser uma segunda família para mim. Não são apenas músicos... São amigos, companheiros e irmãos... meus irmãos em Cristo Jesus. Irmãos esses que me dão ensinamentos que nem os catedráticos e filósofos do saber poderiam me dar.

Agradeço aqui também a todos os meus alunos de musica, seja particular ou da Escola de Musica Notas e Pautas, e também aos professores e funcionários do Notas e Pautas, aonde trabalho a dois anos e aprendo com cada um. É com cada um de vocês que minha esperança cresce a cada dia e me motiva a querer ser um grande profissional.

Agradeço ao Juizado Especial da Comarca de Arcos-MG, aonde desempenho as atividades de Conciliador e Atermador a também dois anos e me proporciona novas experiências e me faz aprender cada dia mais com essa bela ciência que é o Direito. Em especial, agradeço a Marcos Vieira por ter sido um pai para mim no Juizado Especial e aos juízes dessa comarca Drs. Joaquim Morais Junior e Múcio Monteiro da Cunha Magalhães Junior pela confiança em mim depositada e pelas palavras de sabedoria transmitidas a mim a cada dia.

Quero também aqui agradecer a duas pessoas que muito me enriquecem com seus conhecimentos e suas amizades fraternas: Drs. Roberto Vidal e Richard Paes Lyra Junior. Vocês são meus maiores incentivadores na busca pelo conhecimento. Mais que amigos... São parceiros, colaboradores, irmãos.

Quero aqui também fazer um agradecimento aos professores Leda Lúcia Soares, Moisés Augusto, Angelo Ansnarelli e Nádia Soraggi pelos ensinamentos que enriqueceram este trabalho e por me motivarem a estudar ainda mais o Direito.

Faço aqui um agradecimento especial aos meus orientadores Drs. Alexandre Paniza e Vinicius Fernandes Cheren Curi. Vocês são o meu exemplo e se Deus quiser quero ser o exemplo de profissionais que vocês são. Cada palavra de vocês enriquecem não só para minha vida acadêmica como também como uma lição de vida. Vocês para mim não são apenas professores... Os tenho como amigos.

Gostaria de fazer aqui também um agradecimento especial a minha turma da FACED em Divinópolis-MG aonde comecei a graduação e lá permaneci até o 3º período, principalmente a: Júlio César, Sandro, Jéssica, Ana Maria, Ronaldo e Jaqueline. Vocês são especiais em minha vida e iremos brevemente nos encontrar.

Encerro os agradecimentos me direcionando a turma do atual 9º período de Direito da PUC MINAS/Campus Arcos-MG. Vejam o que nós passamos juntos em todos esses anos de graduação. Perdas, alegrias, frustrações... Passamos por todos os tipos de sentimentos e aflições e mesmo com as tempestades da vida permanecemos juntos. Muitos desistiram durante a jornada, por motivos pessoais de cada um. Mas aos que permaneceram quero dizer algo: SIM... NÓS VAMOS CONSEGUIR!!! Já se pode iniciar a contagem regressiva e a musica da vitória. O 9º período de Direito é a melhor turma de Direito da PUC Minas/Campus Arcos-MG dos últimos anos. Cheguei a esta turma no 3º período e esta turma me acolheu de braços abertos, como um filho e devo muito a cada um de vocês. Muito obrigado por me sentir tão querido e por me aceitarem do jeito que sou. Hoje posso dizer que nós fazemos parte do seleto grupo dos VENCEDORES.

“Quando alguém compreende que é contrário à sua dignidade de homem obedecer a leis injustas, nenhuma tirania pode escravizá-lo”.

(GANDHI, 2011).

RESUMO

A presente pesquisa tem como finalidade primordial discorrer acerca da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ao uso das algemas pelas autoridades policiais em suas operações, sendo o uso das algemas atualmente disciplinado pela súmula vinculante n° 11 do Supremo Tribunal Federal. A súmula em vigor desde 2008 é alvo de diversas críticas no que concerne à hipótese de uma inconstitucionalidade da súmula por não cumprir alguns requisitos dispostos na Constituição, além de ser levantado também o seu aspecto político para ser editada. Apesar das críticas feitas à súmula, o objetivo deste trabalho é expor os fundamentos que demonstram a necessidade de edição da súmula, pois o seu intuito foi o de limitar o poder de polícia estatal e garantir ao indivíduo um pouco mais de liberdades para fins de preservação da sua imagem e sua dignidade.

Palavras-chave: Algemas, dignidade da pessoa humana. Súmula vinculante nº 11. Supremo Tribunal Federal. Princípios.

ABSTRACT

This research aims to talk about the primary principle of human dignity to the use of handcuffs by the police in their operations and the use of handcuffs is currently governed by binding precedent paragraph 11 of the Supreme Court. The summary in force since 2008 is the target of several criticisms regarding the possibility of an unconstitutional precedent for not meeting certain requirements set forth in the Constitution, and is also raised its political aspect to be edited. Despite criticism of the scoresheet, the objective of this work is to expose the foundations that demonstrate the need to edit the summary, because its purpose was to limit the power of state police and ensure the individual a little more freedom for preservation purposes its image and dignity.

Palavras-chave: Handcuffs. Human dignity. Binding precedent 11. The Supreme Court. Principles.

LISTA DE ABREVIATURAS

STF – Supremo Tribunal Federal

HC – Habeas Corpus

RHC – Recurso de Habeas Corpus

PF – Polícia Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

Min. – Ministro

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

Art. – Artigo

CPP – Código de Processo Penal

CPPM – Código de Processo Penal Militar

LICC- Lei de Introdução do Código Civil

ONU – Organização das Nações Unidas

LEP –Lei de Execuções Penais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 13

1 DAS ALGEMAS.....15
1.1 A etimologia da palavra algema 15
1.2 A origem histórica das algemas 16
1.3 As algemas no ordenamento jurídico brasileiro.....17

2 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA GARANTIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....23
2.1 Dos princípios.....23
2.1.1 Conceito de princípio.....23
2.1.2 Distinção entre princípios e regras 24
2.1.3 Princípio como força normativa 25
2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 31
2.2.1 Conceito de dignidade da pessoa humana 31
2.2.2 *Princípio da dignidade da pessoa humana*.....33

3 DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO STF.....38
3.1 Da origem da súmula 38
3.2 Dos precedentes ensejadores da criação da súmula vinculante nº 11 do STF...39
3.3 Das críticas a súmula vinculante nº 11 do STF 41

4 O GARANTISMO PENAL À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....46

5 À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA DISCIPLINA DO USO DE ALGEMAS 49

CONCLUSÃO.....53

REFERÊNCIAS.....56

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se propõe a esmiuçar acerca de um assunto que tem se tornado objeto de discussão no mundo jurídico: a regulamentação do uso de algemas pela súmula vinculante nº 11 do STF.

A grande problemática que permeia este trabalho se dá do seguinte modo: o uso imotivado de algemas fere o princípio constitucional da dignidade humana?

Na tentativa de uma resposta para esta pergunta, deve-se antes de tudo esclarecer alguns pontos marginais que dão ênfase a este trabalho.

O capítulo primeiro discorre acerca das algemas, iniciando pela etimologia da palavra, passando por sua origem histórica e tendo por conclusão a sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro que se inicia com o Decreto de 1821 de Dom Pedro I e a aplicação da Súmula Vinculante nº 11 do STF.

O segundo capítulo discorre acerca da dignidade da pessoa humana enquanto conceito e enquanto princípio inserido no ordenamento jurídico, sendo este princípio inclusive o norte para a aplicação dos demais princípios e direitos e garantias fundamentais. Porém, antes de adentrarmos no assunto da dignidade da pessoa humana enquanto princípio buscou-se compreender o que são os princípios, sua distinção com as regras e a sua aplicação como força normativa, sendo os princípios um direcionamento de conduta.

Inicia-se o capítulo terceiro adentrando na esfera da Súmula Vinculante nº 11 do STF, abordando sobre a origem da criação da súmula, que foi editada após julgamento do STF no HC 91.952, que julgou pela nulidade do resultado de um tribunal do júri no interior de São Paulo por permanecer o acusado algemado durante toda a sessão do júri, o que no entendimento dos ministros influenciou os jurados na decisão do julgamento. Após discorrer acerca da origem, será abordado a respeito dos precedentes que ensejaram a criação da súmula, fazendo uma síntese de cada precedente. Concluindo o capítulo será mencionado as críticas que alguns operadores do direito fazem em relação a criação desta súmula. Neste tópico das criticas, serão levantadas varias questões pertinentes ao assunto como, por exemplo, a inconstitucionalidade da súmula pelo não cumprimento de todos os requisitos contidos no art. 103-A da CFRB/88; a não consideração pelos interessados na edição da súmula como a polícia civil, militar, federal e etc.; e

principalmente a vinculação da criação da súmula com a Operação Satiagraha, que culminou na prisão de vários indivíduos como o ex-prefeito de São Paulo Celso Pitta, o empresário Naji Nahas e principalmente o banqueiro Daniel Dantas.

O quarto capítulo vem trazer a baila a aplicação do garantismo penal, conhecida pelo livro *Direito e Razão* do professor italiano Luigi Ferrajoli, com o princípio da dignidade da pessoa humana no uso de algemas; através da analise de jurisprudências sobre o assunto e a reflexão feita acerca da aplicação da súmula vinculante nº 11 do STF pelos tribunais brasileiros.

O último capítulo tem a finalidade primordial de responder o grande problema trazido no início da introdução acerca da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na disciplina do uso de algemas; trazendo a necessidade de uma regulamentação para o uso desse instrumento.

O marco teórico desta pesquisa é a reflexão feita pelo professor Luis Flavio Gomes acerca da necessidade de regulamentar o uso de algemas em seu artigo *Algemas: STF disciplina seu uso*, que discorre acerca da necessidade de existência de norma que discipline o uso deste instrumento, evitando desse modo possíveis arbitrariedades e ridicularizações através de sua utilização.

1 DAS ALGEMAS

1.1 A etimologia da palavra algema

A palavra algema vem da expressão árabe *al-jemme* ou *al-jemma,* cuja expressão significa pulseira, origem essa oriunda da ocupação árabe na Península Ibérica. (HERBELLA, 2011).

A expressão do termo algemas se tornou mais frequente ao final do século XVI, também sendo conhecidos como grilhões ou simplesmente como ferros. (HERBELLA, 2011).

Apesar dos diferentes termos, alguns historiadores acreditam haver diferenças entre os termos algemas e grilhões, sendo que enquanto as algemas são usadas para imobilizar os punhos, os grilhões eram usados para imobilizar os pés, possuindo inclusive finalidades distintas. (HERBELLA, 2011).

Enquanto as algemas são utilizadas para imobilizar os infratores e garantir a segurança da sociedade, os grilhões possuíam uma valoração negativa, como forma de denegrir ou colocar o indivíduo em um estado de súplica, além de ser jungido aos pés. (HERBELLA, 2011).

Ao se fazer uma comparação das algemas e dos grilhões, resta claro que os grilhões transmitem a sociedade uma maior demonstração de coisificação da pessoa, nos remetendo a lembrança da era da escravatura, onde os escravos eram transportados com grilhões sem seus tornozelos.

Apesar das diferenças de finalidades entre grilhões e algemas, muitas vezes esses dois termos se confundem, utilizando-se o termo algema para caracterizar tanto o seu uso nos pulsos como nos tornozelos.

O dicionário Houaiss e Villar, inclusive, conceitua o termo algema como sendo: “par de argolas interligadas, us. para prender alguém pelos pulsos ou tornozelos”. (HOUAISS; VILLAR, 2004, p. 30).

Uma curiosidade a ser observada ainda é que a palavra cadeia vem da expressão em latim *catena,* que significa corrente. (HERBELLA, 2011).

1.2 A origem histórica das algemas

Estima-se que a utilização das algemas se dá a aproximadamente 4.000 anos, através de relevos mesopotâmios que mostravam claramente “prisioneiros de mãos atadas”. (HERBELLA, 2011, p. 23).

Outra cultura diversa da mesopotâmia, a cultura pré-inca demonstrava em cerâmicas no período de 100 a 700 d.C. indivíduos cujas mãos se encontravam amarradas as costas, com o intuito de preparar estes para rituais de sacrifícios. (HERBELLA, 2011).

Nesta época, não era comum a utilização de ferros e metais para imobilizar as vítimas, sendo mais frequente o uso de cordas ou couros, uma vez que como os metais e ferros eram de difícil acesso e de alto valor aquisitivo, preferiam utilizar estes na confecção de armamento bélico, do que utilizá-los como simples imobilizadores. (HERBELLA, 2011).

O uso de algemas tem uma história curiosa na mitologia grega. Relata-se que havia um homem chamado Sísifo que por diversas vezes comentava sobre a vida das pessoas. Um belo dia, Sísifo comentou sobre a vida de Zeus, dizendo que este havia se apaixonado pela filha de Asopus e com ela teria então fugido. Muito furioso, Zeus ordenou que Hades, o deus do reino dos mortos, punisse Sísifo o levando ao mundo dos mortos. Ao se encontrar com Hades, Sísifo observou que Hades estava com as algemas em mãos para levá-lo a morte. Sísifo então pediu para Hades que fizesse uma demonstração da utilização das algemas. Sem atentar para a esperteza de Sísifo, Hades inocentemente atendeu seu pedido e ao colocar as algemas em punho, Sísifo fechou as algemas nas mãos de Hades, mantendo-o preso em sua casa. Desta forma, enquanto Hades estivesse preso em sua casa, ninguém morreria. (HERBELLA, 2011).

A bíblia também relata em seus escritos o uso das algemas. Em diversas passagens bíblicas, o termo grilhões, ou até mesmo algemas são utilizados, já indicando o uso de metais para imobilizar os indivíduos. (HERBELLA, 2011).

Com o passar do tempo, outras sociedades aderiram ao uso das algemas como tipo de imobilização e coerção, tendo esse instrumento se aperfeiçoado, resultando em modelos mais sofisticados e modernos. (HERBELLA, 2011).

1.3 As algemas no ordenamento jurídico brasileiro

Não restam dúvidas de que para que as algemas sejam utilizadas como instrumento cuja finalidade seja a restrição da liberdade de locomoção do indivíduo com o intuito de se garantir a segurança tanto da sociedade quanto da autoridade policial responsável pela diligência, faz-se necessária a sua previsão no ordenamento jurídico para que sua utilização seja considerada legitima. (HERBELLA, 2011).

As Ordenações Filipinas, mencionadas por Luis Guilherme Vieira (2002), que durante algum tempo regeram nosso território, já mencionava acerca da utilização das algemas, na qual, previa que uns determinados grupos de pessoas não poderiam ser submetidos ao uso das algemas:

> (...) os Fidalgos de Solar, ou assentados em nossos Livros, e os nossos Desembargadores, e os Doutores em Leis, ou em Cânones, ou em Medicina, feitos em Studo universal per exame, e os Cavaleiros Fidalgos, ou confirmados per Nós, e os Cavalleiros das Ordens Militares de Christo, Santiago e Aviz, e os Escrivães de nossa Fazenda e Câmera, as mulheres dos sobreditos em quando com elles forem casadas, ou stiverem viúvas honestas, não sejão presos em ferros, senão por feitos, em que mereção morrer morte natural, ou civil. (VIEIRA, 2002, p. 11).

Como não se pode deixar de mencionar, aos poucos as leis vão regulando o uso das algemas em nosso ordenamento pátrio. (HERBELLA, 2011).

Sabe-se que, durante o período imperial, a tortura era considerada um meio recomendado para se obter informações sobre o acusado e o crime praticado pelo mesmo. (HERBELLA, 2011).

Uma das torturas mais comuns na época era a pena de galés, que se davam quando o sujeito condenado por determinados tipos de infrações estavam condenados “a remar em navios mercantes ou de guerra e agrilhoados a seus bancos, de molde à deles se arrancar relutante lealdade.” (HERBELLA, 2011, p. 35).

Vale ressaltar ainda que “caso o navio em que estivessem fosse posto a pique, certamente se afogariam.” (HERBELLA, 2011 p.35).

Os grilhões nessa época causavam ao acusado vários desconfortos, acarretando por muitas vezes dores, má circulação dos membros e até mesmo a perda da movimentação dos mesmos. (HERBELLA, 2011).

Foi na tentativa de solucionar este problema que Dom Pedro I, na época Príncipe Regente, em 23/05/1821 editou um decreto na tentativa de coibir essas

torturas. Porém, apesar da edição desse decreto, este ainda estava longe de ser efetivado na prática. (HERBELLA, 2011).

A primeira disposição referente ao uso de algemas no ordenamento jurídico brasileiro se deu em 1830 através do Código Criminal do Império, que em seu art. 44 dispunha que aqueles cuja condenação fosse a pena de galés estariam sujeitos a andar com grilhões em seus tornozelos e exercerem atividades laborais que fossem do interesse da província aonde o delito foi cometido, ficando os condenados a disposição da província aonde o crime se consumou. (HERBELLA, 2011).

Deveras, mister salientar que o referido dispositivo não se aplicava as mulheres, aos menores de 21 anos e aos maiores de 60 anos. (HERBELLA, 2011).

A pena de galés era aplicada “aos crimes de pirataria, insurreição, perjúrio, homicídio, roubo, latrocínio, etc.” (HERBELLA, 2011, p. 38).

Com o passar do tempo, a pena de galés foi convertida em serviços a serem realizados em obras públicas. (HERBELLA, 2011).

A pena de galés, presente em nossa legislação desde as Ordenações Filipinas, foi abolida de nossa legislação em 20 de setembro de 1890, por meio de um Decreto do Governo Provisório de nº 774. (HERBELLA, 2011).

Também vigente na época, o Código de Processo Criminal do Império autorizava aquele que iria executar o mandado de prisão a empregar o grau de força necessário para conduzir o sujeito e executar a prisão, podendo empregar inclusive o uso de armas de fogo em sua legítima defesa, justificando assim possíveis ferimentos ou até mesmo a morte do acusado, conforme dispunha o art. 180 do referido *codéx.* (HERBELLA, 2011).

Mesmo com a reforma do Código de Processo Criminal do Império através da Lei nº 261 de 03/12/1841, o art. 180 mencionado no parágrafo acima permaneceu sem quaisquer alterações. (HERBELLA, 2011).

Em 22 de novembro de 1871, ainda na vigência do Código, foi editado o decreto nº 4824 cujo intuito foi de regulamentar a Lei nº 2033 de 20 de setembro de 1871, no qual em seu art. 28 vedou expressamente o uso de, dentre outros instrumentos utilizados a época; algemas no deslocamento dos detentos, exceto quando estes ofereçam qualquer risco à segurança. (HERBELLA, 2011).

O uso injustificado das algemas por parte do condutor acarretava a responsabilidade administrativa do agente, podendo o mesmo até sofrer pena de multa. (HERBELLA, 2011).

Como se pode verificar, este decreto foi o primeiro na história do ordenamento jurídico brasileiro a responsabilizar o agente, pelo uso imotivado das algemas, sendo o mesmo inclusive responsabilizado por isso.

Isso demonstra que, pela primeira vez em nosso ordenamento, o preso era tratado não como um objeto de direito, mas sim como um sujeito de direito, pois o bem jurídico referente à integridade física e moral do indivíduo conduzido havia sido observado, gerando inclusive penalidades ao condutor que não observava as disposições legais.

Em 1935, durante as discussões acerca da elaboração do novo Código de Processo Penal, foram elaborados dois artigos pelos quais previam sobre a utilização das algemas em nosso Ordenamento *in verbis* (HERBELLA, 2011)*:*

> Art. 32 – É vedado o uso de força ou emprego de algemas, ou de meios análogos, salvo se o preso resistir ou procurar evadir-se. (HERBELLA, 2011)
>
> Art. 33 – No caso de resistência, o executor e as pessoas que o auxiliarem podem usar dos meios indispensáveis a sua defesa, lavrando-se o respectivo auto, na qual será a occurrrência, com a subscripção de duas testemunhas. (HERBELLA, 2011).

Este anteprojeto, porém não chegou a ser aprovado devido ao golpe de Estado de 1937 instituído por Getúlio Vargas, não sendo, portanto, recepcionada pela Constituição de 1937. (MARQUES apud HERBELLA, 2011).

Outro projeto de grande relevância ao Código de Processo Penal em discussão na época pertenceu ao eminente processualista Hélio Bastos Tornaghi que inovava ao trazer para o ordenamento brasileiro a possibilidade de se utilizar além das algemas outros instrumentos que garantissem a segurança, desde que não atentassem contra a dignidade e contra a integridade física do preso. (HERBELLA, 2011).

Porém, o projeto de Tornaghi não logrou êxito em ser aprovado e ainda foi alvo de várias críticas na época por este projeto trazer em seu bojo alta carga de discricionariedade por parte do executor da prisão quando o mesmo poderia se utilizar de outros meios para a condução. (HERBELLA, 2011).

Em 03 de outubro de 1940 finalmente o Código de Processo Penal Brasileiro foi aprovado. Porém, não previu em seu bojo quaisquer regulamentações referentes ao uso de algemas.

A utilização do uso de algemas atualmente se ampara nos seguintes artigos do Código de Processo Penal *in verbis:*

> Art. 284 – Não será permitido o emprego de força salvo a indispensável no caso de resistência ou tentativa de fuga do preso. (BRASIL, 1941).

> Art. 292 – Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou 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, 2011).

Apesar da lei discorrer no art. 292 citado acima acerca dos meios necessários, omissa foi a lei ao não instituir quais são esses meios necessários, deixando assim uma lacuna em sua interpretação, sendo este artigo inclusive alvo de críticas. (HERBELLA, 2011).

Os artigos acima mostram que as algemas, ainda que de maneira não expressa, deverão ser usadas apenas como exceção em casos onde se mostre ser necessária a sua utilização por haver tentativa ou resistência à prisão, não devendo, portanto ser usada de modo arbitrário por parte das autoridades policiais.

Entretanto, não são somente as autoridades policiais que podem fazer uso das algemas. A Lei 9537/97 que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional, expressa em seu art. 10, III *in verbis:*

> Art. 10 – O comandante, no exercício de suas funções e para garantia da segurança das pessoas, da embarcação e da carga transportada, pode:
> (...)
> III - Ordenar a detenção de pessoa em camarote ou alojamento, se necessário com algemas, quando imprescindível para a manutenção da integridade física de terceiros, da embarcação ou da carga. (BRASIL, 2011)

O art. 199 da Lei de Execuções Penais institui que a regulamentação do uso de algemas devera se disciplinado mediante lei federal, o que até os dias atuais não ocorreu, não havendo, portanto a observância do referido dispositivo.

Os arts. 234 e 242 do CPPM dispõem de maneira específica sobre a utilização das algemas por parte dos agentes militares:

> Art. 234 – 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 utilizados 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. (BRASIL, 1969).

> § 1º - O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja fundado perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242.
> Art. 242 – Serão recolhidos a quartel ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão, antes de condenação irrecorrível:
> a) os Ministros de Estado;
> b) os governadores ou interventores de Estados, ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de polícia;
> c) os membros do Congresso Nacional, dos Conselhos da União e das Assembléias Legislativas dos Estados;
> d) os cidadãos inscritos no Livro de Mérito das ordens militares ou civis reconhecidas em lei;
> e) os magistrados;
> f) os oficiais das Forças Armadas, das Policias e dos Corpos de Bombeiros, Militares, inclusive os da reserva, remunerada ou não, e os reformados;
> g) os oficiais da Marinha Mercante Nacional;
> h) os diplomados por faculdade ou instituto superior de ensino nacional;
> i) os Ministros do Tribunal de Contas;
> j) os ministros de confissão religiosa.
> Prisão de Praças
> Parágrafo Único – A prisão de praças especiais e a de graduados atenderá aos respectivos graus de hierarquia. (BRASIL, 2011)

Não se pode esquecer da nova redação do art. 474, § 3º do CPP que dispõe acerca da utilização de algemas no tribunal do júri:

> 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.
> § 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, 2011).

No que se refere à disciplina das algemas de maneira bem fundamentada e de excelente elaboração “São Paulo inovou ao legislar sobre o uso de algemas.” (HERBELLA, 2011, P. 82). Foram com essas palavras que Herbella (2011) expressou o grande passo que o Estado de São Paulo deu ao disciplinar através do Decreto Estadual n°19.903/50 o uso de algemas, servindo o decreto inclusive de aplicação subsidiária por outros Estados.

De fato, ao elaborar esse Decreto Estadual, o então Governador Adhemar de Barros já se mostrava preocupado com o aumento da violência no Estado de São Paulo; e como tentativa de suprir a lacuna existente no tocante à falta de regulamentação das algemas pelo Código de Processo Penal de 1941 editou o Decreto, que, apesar de ser elaborado na década de 50 sua aplicação continua sendo de grande importância e pertinência nos dias atuais. (HERBELLA, 2011).

Em razão de sua inovação e aplicação atual no Estado de São Paulo, traz-se abaixo os três primeiros artigos do decreto paulista extraído da obra de Herbella *Algemas e a Dignidade da Pessoa Humana* (2011) que disciplinam o uso de algemas:

> Art. 1° - O emprego de algemas far-se-á na Polícia do Estado, de regra, nas seguintes diligências:
> 1° - Condução à presença da autoridade dos delinqüentes detidos em flagrante, em virtude de pronúncia ou nos demais casos previstos em lei, desde que ofereçam resistência ou tentem fuga.
> 2º - Condução à presença 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 o seu estado externo de exaltação torna indispensável o emprego da força.
> 3° - Transporte, de uma para outra dependência, ou remoção, de um para outro presídio, dos presos que, pela sua conhecida periculosidade, possam tentar fuga, durante a diligência, ou a tenham tentado, ou oferecido resistência quando de sua detenção.
> Art. 2° - Nos abusos e irregularidades, no emprego do meio de contenção de que trata o presente decreto, serão levados ao conhecimento do Senhor Secretário dos negócios da Segurança Pública, ou dos Delegados Auxiliares, que procederão, rigorosamente, contra as autoridades ou agentes faltosos, instaurando os procedimentos cabíveis à completa apuração de sua responsabilidade e aplicando as penas correspondentes nos termos da legislação em vigor.
> Art. 3° - As dependências policiais manterão livro especial para o registro das diligências em que tenham sido empregadas algemas, lavrando – se termo respectivo, o qual será assinado pela autoridade, escrivão e pelo condutor do preso, infrator ou insano recolhidos em custódia, na forma do disposto no artigo 1º.
> Parágrafo único – No termo referido neste artigo será esclarecido o motivo que determinou o emprego daquele meio de contenção. (HERBELLA, 2011).

2 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA GARANTIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 Dos princípios

2.1.1 Conceito de princípio

Faz-se necessário num primeiro momento, esmiuçar de maneira clara e objetiva o que são os princípios e suas implicações na esfera jurídica, distinguindo os princípios das regras e destacando a sua importância no ordenamento jurídico.

Em seu conceito diga-se simples, a palavra princípio “significa início, começo ou origem das coisas.” (SOARES, 2010, p. 63).

A existência dos princípios também se faz presente no mundo jurídico, sendo estes cada vez mais utilizados pela doutrina e pela jurisprudência na resolução dos casos concretos, sendo, portanto necessário à compreensão dos princípios por parte do intérprete do direito. (SOARES, 2010).

No âmbito jurídico, o Professor Diógenes Gasparini (2004) em sua obra *Curso de Direito Administrativo,* define os princípios como sendo “um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garantem a validade” (GASPARINI, 2004, p. 06).

O articulista Lincoln Almeida Rodrigues (2011) discorre ainda acerca dos princípios dizendo que “em outras palavras, os princípios são uma orientação geral para casos que não estão pré-determinados, possuindo alto grau de abstração e força normativa a partir do pós-positivismo.” (RODRIGUES, 2011).

Há ainda de se salientar que “os princípios possuem atualmente grande relevância no mundo jurídico, uma vez que embasam todo o sistema normativo, atuando como ponto norteador do direito atual.” (RODRIGUES, 2011).

A partir das experiências não bem sucedidas quanto ao método da subsunção aplicada na era do positivismo, podemos perceber que a mera aplicação da norma ao caso concreto sem a observância das peculiaridades de cada caso gerava na realidade um engessamento do sistema jurídico, não havendo deveras quaisquer possibilidades de abertura.

O positivismo puro de Kelsen em um determinado momento se tornou ineficaz, pois a sociedade, ávida, já reivindicava mudanças na esfera jurídica, sendo

ineficiente a técnica de silogismo da norma ao caso concreto, surgindo então o pós – positivismo.

2.1.2 Distinção entre princípios e regras

De imediato, não se pode confundir princípios com regras, tendo em vista se tratar de duas coisas completamente diferentes.

O professor Humberto Ávila (2007), em sua obra *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos* conceitua a regra da seguinte forma:

> As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. (ÁVILA, 2007, p. 78).

Conforme exposto acima, vislumbra - se a regra como sendo normas de descrição imediata, sendo em um primeiro momento retrospectivas e com o intuito de decidir e abranger o conceito dado pela norma e a narração dos fatos. (ÁVILA, 2007).

Já em se tratando de princípios, o professor Humberto Ávila (2007) assim leciona:

> Os princípios são normas imediatamente finalisticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção. (ÁVILA, 2007, p. 79).

Como se vê, os princípios visam em um primeiro momento atingir uma finalidade imediata, sendo esse fim uma orientação prática, ou seja, um dever - ser, um indicativo de conduta. (ÁVILA, 2007).

Diferente dos princípios, as regras impõem limites, ou seja, “estabelecem soluções particulares”. (TAVARES, 2006, p. 92). Além disso, as regras não permitem interpretações soluções diversas do que esta exposto. (TAVARES, 2006). Em virtude disso, as regras não possuem uma carga abstrativa tão elevada quanto os princípios.

O princípio insta salientar, não possui um caráter impositivo, uma vez que seu papel no ordenamento jurídico é o de, justamente, embasar todo um sistema

normativo dotado de regras. Regras essas, que nos colocam uma ideia de “Tudo ou Nada”, ou seja, a mera aplicação da subsunção, ligando à conduta praticada à norma exposta; e a partir deste silogismo obtêm-se um determinado resultado proferido pelo magistrado *a quo*.

2.1.3 Princípio como força normativa

A necessidade de um sistema que embasasse o texto normativo se deu com a queda da modernidade. A finalidade inicial do direito era de, num contexto geral, dirimir as diferenças existentes no que tange ao favorecimento de algumas classes sociais e o esquecimento de outras, além de conter os conflitos existentes. Entretanto, vislumbrou-se desse modo que a norma tão somente não é suficiente para efetivar a tão sonhada paz-social.

Ocorre que, com o passar do tempo, percebeu-se que as normas postas já não conseguiam mais acompanhar as constantes transformações sociais, por não conseguir o direito prever todas essas evoluções sociais.

Além disso, o positivismo jurídico tinha como escopo organizar de forma ideal a sociedade. Entretanto, com o passar do tempo, o positivismo não logrou êxito em suas tentativas de vislumbrar a ciência jurídica sem a direta influência dos influxos fáticos e axiológicos.

Com o fim da modernidade e o advento da pós-modernidade, a sociedade cética acompanhou a chegada do pluralismo a ordem jurídica, onde nesse pluralismo a lei por si só não era mais suficiente para a resolução dos conflitos, havendo juntado com a norma os influxos fáticos e axiológicos (como os valores e os princípios por ex.) para analisar o caso concreto.

Em nosso ordenamento jurídico, o princípio está expresso como sendo um elemento integrador do Direito. O art. 4° da LICC/42 *in verbis* é muito claro ao estabelecer:

> Art. 4° - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (BRASIL, 2011).

A CRFB/88 em seu artigo 1° privilegia os princípios e os colocam como sendo fundamentos da república:

> Art. 1° - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> I – a soberania;
> II – a cidadania;
> III – a dignidade da pessoa humana;
> IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> V – o pluralismo político. (BRASIL, 2011).

O artigo acima citado mostra claramente acerca da constitucionalização do direito, fenômeno pelo qual, as garantias e direitos fundamentais são trazidos para o texto constitucional como fundamentos da república, sendo estas garantias e direitos fundamentais elementos de alta carga abstrativa.

Embora a soberania apareça em primeiro lugar no artigo acima mencionado, isso não significa que este seja o Princípio que norteia os demais. Entretanto, se faz necessário expor que em determinadas situações estes princípios podem ser relativizados em alguns casos, sendo utilizados neste caso os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade para que se faça uma ponderação de valores entre os princípios em caso de conflito, desde que essa ponderação não se afaste do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Em seu *Curso de Direito Constitucional,* Bonavides (2002) ao citar as palavras do jurista Pierre Muller descreve o princípio da proporcionalidade de duas maneiras: em *sentido lato* como sendo as diretrizes fundamentais que os detentores do poder e seus subordinados devem obedecer e em *sentido estrito* como forma de presunção “a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo. (MULLER apud BONAVIDES, 2002, p. 357).

Quando os meios utilizados para se chegar a um determinado fim não são apropriados ocorre a violação desse princípio, havendo assim uma discrepância entre os meios e os fins, se revelando dessa forma uma arbitrariedade. (BONAVIDES, 2002).

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade é uma espécie de controle para que se possam evitar determinados excessos nas ações praticadas.

O princípio da proporcionalidade é composto por três elementos essenciais para a sua existência:

a) **Pertinência:** Bonavides (2002) cita Zimmerli para nos remeter a ideia de que “determinada medida representa o meio certo para levar a cabo um fim

baseado no interesse público.” (ZIMMERLI apud BONAVIDES, 2002, p. 360). Ou seja, a medida deve ter o intuito de atingir o objetivo determinado, sendo esse fim valido. (BONAVIDES, 2002).

b) **Necessidade:** para se admitir uma determinada medida, faz-se necessário que essa medida a ser adotada seja realmente necessária, sendo essa medida a menos nociva para a sociedade. Alguns autores denominam esse elemento como Princípio da escolha do meio mais suave. (BONAVIDES, 2002).

c) **Proporcionalidade em “*stricto sensu*”:** trata-se de uma “obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados.” (BONAVIDES, 2002 p. 361).

Não se deve, no entanto confundir proporcionalidade com razoabilidade, pois ambos são dois institutos diferentes, apesar de muitas vezes serem tratados como sinônimos.

Enquanto a proporcionalidade nos liga a ideia de meio e fim, a razoabilidade nos remete a uma ideia de que haja uma exigência para que se tenha uma harmonização entre o caso concreto e o seu enquadramento na conduta tipificada. (ÁVILA, 2007).

Deve-se entender o princípio da razoabilidade como sendo aquele cujos meios devem ser compatíveis com os fins, ou seja, deve haver uma legitimação dos meios empregados para que o fim a que se deseja chegar não esteja eivado de vícios oriundos de meios inadequados ou desproporcionais com os fins, sob pena de se declarar a inconstitucionalidade deste ato. (SILVA, 2003).

O constitucionalista Luis Roberto Barroso citado por Gustavo Passarelli da Silva (2003) em seu artigo *O princípio da razoabilidade e as exigências da Lei nº 8212/91 quanto aos benefícios do art. 195 § 7º, da CF/88 às entidades de assistência social,* define o princípio da razoabilidade como sendo “um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.” (SILVA, 2003).

Portanto, ao explicitar acima acerca da definição da razoabilidade observa-se que este princípio tem por escopo observar se há uma harmonização entre as medidas tomadas e as finalidades pretendidas pelo Estado. (SILVA, 2011).

Embora de maneira tímida, a razoabilidade se encontra presente em nosso ordenamento, por ex. quando a CRFB/88 assegura em seu bojo por meio de seu art. 5º, XIV o chamado *due process of law,* ou o direito ao devido processo legal. (SILVA, 2011).

Conforme leciona Gustavo Passarela da Silva (2003):

> (...) o âmbito de aplicação da razoabilidade é deveras extenso, e a *contrario sensu* de outrora, não se invoca referido princípio tão somente para garantir a regularidade da atividade processual, podendo e devendo ser invocado inclusive para o controle dos atos do Poder Público em geral." (SILVA, 2003).

Anteriormente, mencionou - se acerca do papel dos princípios como elemento integrador do direito em caso de omissão normativa. Todavia, faz-se necessário discorrer, ainda que de modo sucinto sobre a questão, que levanta atualmente diversas controvérsias no mundo jurídico.

Segundo o dicionário Houaiss e Villar (2004), entende – se por lacuna todo "espaço vazio, concreto ou imaginário; falha, falta." (HOUAISS; VILLAR, 2004, p. 444).

Binder citado por Maria Helena Diniz (2003) nos ensina que a lacuna se dá no ordenamento jurídico "quando uma exigência do direito, fundamentada objetivamente pelas circunstâncias sociais, não encontra satisfação na ordem jurídica." (BINDER apud DINIZ, 2003, p. 436). Assim sendo, as lacunas resultam num "estado incompleto do sistema." (DINIZ, 2003, p. 436).

As lacunas se subdividem em três espécies:

> a) normativa: quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso;
> b) ontológica: se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais;
> c) axiológica: ausência de norma justa, isto é, existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta." (DINIZ, 2003, p. 439).

Ocorre que, no mundo jurídico, os espaços vazios que permeiam o ordenamento e que por diversas vezes dificulta o desempenho da função do magistrado de decidir o caso concreto podem ser preenchidos através dos elementos integradores do Direito, sendo os princípios um dos instrumentos técnicos de que o magistrado utiliza para preencher este espaço vazio existente no ordenamento. (FERRAZ JÚNIOR, 2006).

Há, porém uma grande celeuma no que se refere à possibilidade de existência das lacunas no universo jurídico. Inequívoca é a afirmação de que o direito deve ser visto como um todo e não somente por uma norma de modo isolado.

Em seu livro *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito,* a professora Maria Helena Diniz (2003) ensina que ao não se admitir a possibilidade de existência de lacunas, abre-se então margem a uma interpretação do direito como sendo um sistema abarcador de toda e qualquer situação, tendo a norma sempre uma solução acerca do caso concreto, tendo, portanto, um sistema jurídico imune de imperfeições, perfeito. (DINIZ, 2003).

A não admissão da existência de lacunas se mostra como uma exacerbada temeridade e não encontra mais respaldo no direito atual, tendo em vista não haver uma plenitude do sistema jurídico.

O direito, como sendo uma ciência social aplicada, não deve fugir a realidade social para que possa ter uma aplicação mais efetiva em relação às novas tendências e fatores que não haviam em tempos passados.

Maria Helena Diniz (2003) assim leciona acerca do tema exposto:

> (...) o direito é uma realidade dinâmica, que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando – as, adaptando – as às novas exigências e necessidades da vida (...). (DINIZ, 2003, p.437).

Diniz (2003) ainda ensina a respeito do dinamismo do direito frente aos novos valores sociais que:

> A evolução da vida social traz em sai novos fatos e conflitos, de modo que os legisladores, diariamente, passam a elaborar novas leis; juízes e tribunais, de forma constante, de forma constante, estabelecem novos precedentes, e os próprios valores sofrem mutações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida. (DINIZ, 2003, p. 437).

No tocante a ideia transcrita acima concernente ao novo estabelecimento de precedentes devido às transformações dos valores sociais, faz nos lembrar acerca da ideia de imutabilidade, que não deverá ser confundida com a segurança jurídica, pois a segurança jurídica é o princípio pelo qual impede que uma sentença que já fez coisa julgada seja reformada, ou seja, é a manutenção de uma sentença judicial já transitado em julgado, enquanto a imutabilidade nesse caso é encarada como a não possibilidade de abarcância do Direito frente os influxos fáticos e axiológicos.

Conclui – se, portanto que as lacunas não devem ser vistas sob o prisma de imutabilidade jurídica, uma vez que esta visão acerca do fenômeno é um tanto quanto equivocada, não merecendo prosperar. (DINIZ, 2003, p. 439).

A partir de um determinado momento “os princípios – tal como as regras – possuem força prescritiva e dirigem – se a vincular comportamentos. Trata – se de uma conclusão praticamente inconteste na contemporânea teoria do direito.” (TAVARES, 2006, p. 86).

Analisando sinteticamente a evolução dos princípios, nota – se que, os mesmos, passaram por três fases:

a) – Jusnaturalista: os princípios nesta fase não possuíam força normativa, sendo tratados desse modo como meros informativos ou direcionamentos. Assim, os princípios nesse dado momento eram “considerados meros conselhos, exortações que se criavam para o executivo, o legislador etc.” (TAVARES, 2006, p. 86-87).

b) – Juspositivista: nesse segundo momento, a teoria pura de Hans Kelsen, em grande ascensão, acreditava que a ciência jurídica por si só já se faz suficiente para a resolução dos conflitos, não necessitando de outras ciências para uma possível integração com o direito. “os princípios passaram a ser fonte secundária do direito, de aplicação subsidiária.” (TAVARES, 2006, p. 87). Esta fase dos princípios como fontes secundárias ainda encontraram resquícios em nosso ordenamento jurídico, estando expresso no art. 4º da LICC (já citado anteriormente), na qual dispõe que em caso de omissão da lei o juíz poderá decidir o caso concreto de acordo com, dentre outros, os princípios gerais do direito. O professor André Tavares afirma que a “categoria anteriormente denominada de princípio geral de direito correspondem, hoje, os princípios constitucionais.” (TAVARES, 2006, p.87). Nesta perspectiva, Bobbio citado por Tavares (2006), analisa os princípios gerais como sendo estes “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. (TAVARES, 2006, p. 87). Concluímos esta segunda fase dizendo que a importância do princípio hoje como norma secundária já não mais prospera, tendo em vista se tratar atualmente de princípios constitucionais consagrados pela Carta Magna, devendo assim ser aplicado aos casos concretos como sendo pontos norteadores para a interpretação da norma de acordo com o que prevê a Constituição. (TAVARES, 2006). Nesta fase, o direito não permitia que os influxos axiológicos e fáticos interferissem na interpretação das normas, sendo o direito uma ciência pura, onde se aplicava a norma ao caso concreto. (KELSEN, 1998).

c) - Princípio como força normativa: nesta fase final da nossa linha da evolução dos princípios, os mesmos “têm força normativa total; eles são cogentes, são considerados normas, possuem normatividade no sentido da impositividade.” (TAVARES, 2006, p. 87).

2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.2.1 Conceito de dignidade da pessoa humana

As primeiras referências acerca da dignidade na história da humanidade se encontram na Bíblia Sagrada, em seu Antigo e Novo Testamento, ao mencionar que o homem foi feito a imagem e semelhança de Deus, ligando a figura do homem a uma divindade suprema dotada de reverência e valor. (SARLET, 2011).

O dicionário Houaiss e Villar (2004) foi muito feliz em sua menção do significado da palavra dignidade: “consciência do próprio valor; honra; modo de proceder que inspira respeito; distinção; amor próprio.” (HOUAISS; VILLAR, 2004, p. 248). Em outras palavras, a dignidade nada mais é do que uma “qualidade moral que infunde respeito.” (SANTOS, 2011).

De um modo geral, ao se fazer uma reflexão sobre a palavra dignidade no âmbito jurídico, vem a nossa lembrança acerca da responsabilidade do Estado em assegurar que o indivíduo tenha as condições mínimas necessárias para sua sobrevivência, sendo inclusive esta finalidade assegurada na Constituição Federal de 1988 como sendo um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito conforme previsto no art. 1º, III da CRFB/88. (SANTOS, 2011).

Sabe - se que na verdade, o conceito de dignidade “significa a possibilidade de conferir-se a um ente, humano ou moral, a aptidão de adquirir direitos e contrair obrigações.” (NOBRE JÚNIOR, 2000).

Assim, toda a forma de depreciação ou de redução do homem, considerando-o não como um sujeito, mas sim como um objeto de Direito é vedada, não havendo sequer alguma possibilidade de se rebaixar qualquer ser humano. (NOBRE JÚNIOR, 2000).

Destarte, o conceito mencionado nos revela desse modo que todo cidadão tem direito a uma vida digna, sendo lhe assegurado o devido respeito, resguardado

os seus direitos e reconhecendo os seus deveres como cidadão. A dignidade é uma forma de valorização do ser humano.

A tamanha importância de se garantir a dignidade a cada ser – humano pode ser manifestamente notável a partir do momento em que a dignidade se torna um dos princípios embasadores do ordenamento jurídico, sendo inclusive um direito – garantia fundamental expresso no art. 1º, III da CRFB/88.

O jurista Ingo Wolfgang Sarlet (2011) acredita que a dignidade é um *caráter* inerente ao ser humano, não podendo se distanciar dele, sendo uma meta permanente do Estado Democrático de Direito mantê-la. (SARLET, 2011).

Já num pensamento filosófico, a figura da dignidade não esta associada à religião, mas sim a posição social do homem perante a sociedade. Assim, quanto maior o reconhecimento que o indivíduo tivesse perante o meio que vivia maior seria quantificada a sua dignidade. (SARLET, 2011).

O fato é que indubitavelmente, o conceito de dignidade esta “intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo - o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino.” (SARLET, 2011, p. 35).

Toda comunidade jurídica se norteia como certo parâmetro para a conceituação de dignidade da pessoa humana, pois, mais fácil é definir o que não se enquadra como dignidade do que estabelecer um determinado conceito definidor, esclarecedor. (SARLET, 2011).

Cumpre aqui salientar que a dignidade é uma condição irrenunciável e inafastável ao ser humano, não se distanciando esta condição mesmo quando um determinado sujeito comete os crimes mais repugnantes. (SARLET, 2011).

Finalizando este tópico, encerra – se a descrição acerca da dignidade com o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet (2011), o qual preconiza ser a dignidade da pessoa humana em sua completude:

> (...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co – responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2011, p. 73).

2.2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

A constituição de 1988 foi à primeira na história do constitucionalismo a prever em seu bojo um título específico aos princípios fundamentais. (SARLET, 2011).

O constituinte deixou clara sua intenção em conferir aos princípios fundamentais o *status* de “normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.” (SARLET, 2011, p. 75).

Apesar de estar prevista como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana não foi inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais previstas no art. 5º da nossa Constituição. (TAVARES, 2010).

O princípio da dignidade da pessoa humana se encontra expresso também em outros capítulos da constituição brasileira como, por exemplo, no *caput* do art. 170 que dispõe sobre a ordem econômica enquanto asseguradora de uma existência digna a todos. (SARLET, 2011).

Rios citada por Rodrigues (2011) em seu artigo *A Súmula Vinculante nº 11 e sua implicação nas operações policiais conceitua* o princípio da dignidade da pessoa humana como sendo aquele que “protege o direito a todos os meios e condições para trazer a esta vida um mínimo de auto-suficiência e decência.” (RIOS apud RODRIGUES, 2011).

Apesar de não merecer devida atenção anteriormente, mereceu a dignidade da pessoa humana ser reconhecida pelo nosso ordenamento pátrio, antes mesmo da passagem para o novo milênio. (SARLET, 2011).

O princípio da dignidade da pessoa humana enquanto direito positivado é recente. Apenas após a Segunda Guerra Mundial e a Declaração Universal da ONU de 1948 a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida e expressa nas constituições de diversos países. (SARLET, 2011).

Carlos Roberto Siqueira Castro citado por Sarlet (2011) leciona que: ”o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano.” (CASTRO apud SARLET, 2011, p. 79).

Nesse sentido, cabe dizer que hoje a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos principais, senão o fundamento basilar do Estado Democrático de Direito.

A previsão constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da república se torna ainda mais consagrada no sentido de garantir a busca do Estado em proporcionar ao indivíduo condições para que se possa ter uma vida digna, sendo, portanto, um fim e não um meio pelo qual o Estado atinge suas finalidades. (TAVARES, 2010).

Neste diapasão, Tavares (2010) cita um trecho da obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* do filósofo Immanuel Kant, no qual o filósofo bem descreve a condição do ser humano frente o Estado: “O homem, e duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou aquela vontade.” (KANT apud TAVARES, 2010, p. 580-581).

Deste modo, visualiza - se diante o exposto acima que o homem deve ser considerado como um “fim em si mesmo e não como instrumento para alguma coisa.” (TAVARES, 2010, p. 581).

A dignidade da pessoa humana, diferentemente de outros direitos, não é fruto de um mero aspecto referente às relações de existência ou não do ser humano, e sim, é uma característica inerente do ser humano que o difere dos demais seres. (TAVARES, 2010).

Tavares (2010), amparado nos ensinamentos do ilustre professor Celso Ribeiro Bastos leciona que uma das finalidades do Estado deve ser propiciar às pessoas todas as condições necessárias para que as mesmas se tornem dignas. (BASTOS apud TAVARES, 2010).

No entanto, o que se vê atualmente é uma constante violação deste fundamento da república, ao depararmos com situações aonde pessoas vivem em condições subumanas, ou seja, abaixo da linha da pobreza, cujo saneamento básico e quaisquer possibilidades de perspectiva futura inexistem.

Importante aqui mencionar que a dignidade enquanto *caráter* inerente ao ser humano, não é um valor pelo qual deve ser mensurado, tendo em vista que a dignidade esta acima de qualquer preço que possa ser oferecido por ela. (TAVARES, 2010).

Diga-se de passagem, que a dignidade além de ser garantia pela qual se garante a todo cidadão uma existência digna, garante também sua liberdade em

determinar os rumos de sua própria vida, sem a interferência de qualquer pessoa, agindo com total autonomia ao fazer suas escolhas. (TAVARES, 2010).

Além disso, a dignidade da pessoa humana se destina também a proteger o indivíduo de qualquer humilhação ou situação vexatória, além de proporcionar a possibilidade de desenvolvimento e crescimento pessoal. (TAVARES, 2010).

Uma grande discussão quando se refere ao Direito Constitucional se dá a respeito da busca por um princípio absoluto sobre todos os outros, devendo os demais princípios se submeter a este que seria uma espécie de princípio máximo. (TAVARES, 2010).

O jurista Fernando Ferreira dos Santos, citado por André Ramos Tavares (2010) em sua obra *Curso de Direito Constitucional,* eleva o princípio da dignidade da pessoa humana como sendo este um princípio supremo, pois para ele nunca poderá ser sacrificado o valor do ser humano enquanto pessoa, sendo papel do Estado garantir essa condição. (SANTOS apud TAVARES, 2010).

O professor Paulo Bonavides segundo Ingo Wolfgang (2011) assim leciona sobre a questão:

> (...) sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados. (BONAVIDES apud SARLET, 2011, p. 90).

De fato, não podemos negar que este princípio influenciou, senão todos, grande maioria dos direitos fundamentais atuais.

A partir da Segunda Guerra Mundial a grande preocupação era de conferir ao ser humano todos os direitos e garantias fundamentais, visando proteger o ser humano de qualquer situação que venha lhe causar constrangimento.

Como reflexo da pós-segunda guerra vários institutos como a ONU foram criados para que o indivíduo na sua condição de ser humano pudesse ser protegido de qualquer atrocidade contra ele cometida. (CHEMIN, 2009).

Em meio a esse cenário, ocorre o reconhecimento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em grande parte das Constituições de todo o mundo, inclusive a Constituição Brasileira de 1988. (SARLET, 2011).

Inegável é que o homem não deve ser tratado como um meio para que o Estado atinja seus interesses, mas sim como uma finalidade do Estado. Estado este

que deve garantir ao indivíduo todas as condições necessárias para que este possa viver com as condições necessárias para sua existência.

Nessa linha, Kant citado por Chemin (2009) assim discorre acerca do homem como um fim e não como meio para obtenção de interesses particulares:

> (...) existe como um fim em si mesmo, não só como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrario, em todas as suas ações, tanto as que se dirigem a ele mesmo, como nas que dirigem ao outros seres racionais, ele tem de ser considerado simultaneamente como um fim. (KANT apud CHEMIN, 2009).

Ao reconhecer a Dignidade da Pessoa Humana como um princípio, o Direito reconhece que o grande fim estatal é o de promover ao ser humano possibilidades deste prover sua existência.

Argumento principal para se sustentar a Dignidade como sendo um princípio basilar do ordenamento jurídico se dá quando afirmamos que a coisificação do homem, tão visto na Primeira e Segunda Guerra Mundial através dos campos de concentração; deve dar lugar ao reconhecimento do homem enquanto sujeito de direito, possuindo estes direitos e obrigações perante o Estado e por ser a garantia da dignidade um fim do Estado, o mesmo deve conferir ao indivíduo o máximo respeito.

Com a ascensão deste princípio, objetiva-se por um fim na utilização do ser - humano enquanto instrumento para se chegar a um determinado objetivo.

Chemin (2009) ao citar as palavras de Carla Liliane Waldow Pelegrini discorre a respeito do assunto:

> (...) o princípio da dignidade da pessoa humana surge como uma conquista em determinado momento histórico. Trata-se de tutelar a pessoa humana possibilitando-lhe uma existência digna, aniquilando os ataques tão frequentes à sua dignidade. (PELEGRINI apud CHEMIN, 2009).

Faz necessário salientar aqui a impossibilidade de se mensurar a dignidade do ser humano, pois ao reconhecermos a possibilidade de se mensurar a dignidade estamos a reconhecer que a dignidade pode ser sobrepujada por outras coisas; pensamento este que não merece prosperar. (CHEMIN, 2009).

O art. 1º, inciso III de nossa Constituição vigente consagra, como já dito anteriormente, a dignidade da pessoa humana como sendo um dos princípios fundamentais de nossa república.

Apesar de alguns doutrinadores como Robert Alexy, André Ramos Tavares e Ingo Wolfgang Sarlet defenderem não haver hierarquia entre os princípios, uma vez que, os mesmos podem ser relativizados; a presente pesquisa *data máxima vênia* não se coaduna com este entendimento.

A dignidade da pessoa humana não deve ser vista somente como um postulado, ou seja, um princípio que norteia a aplicação dos demais princípios, sendo uma condição *sine qua non;* mas sim deve ser vista sob a ótica de um princípio supremo, pois afinal de contas não seria o principal fim do Estado promover as condições necessárias para que o ser - humano seja tratado com respeito e com as básicas possibilidades de sobrevivência?

O que seria do Estado se não fosse os seres humanos que ele compõe? Seria talvez uma gleba de terras vazias?

Não seria a dignidade da pessoa humana um princípio tão amplo a ponto de nortear, de comandar a aplicação dos demais princípios e até mesmo no conflito entre dois princípios ser o princípio mediador?

Sarlet segundo Chamin (2009) explica acerca da influência da dignidade da pessoa humana sobre os demais princípios dizendo que:

> (...) por via de conseqüência e, ao menos um princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa humana. (SARLET apud CHAMIN, 2009).

Dessa forma, podemos concluir dizendo que a Dignidade da Pessoa Humana "é princípio cardeal do nosso Estado constitucional, democrático e garantista de Direito." (GOMES, 2008).

3 DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO STF

3.1 Da origem da súmula

A criação da Súmula Vinculante nº 11 pelo Supremo Tribunal Federal se deu logo após julgamento de Habeas Corpus pelo STF que em 07/08/2008 anulou de maneira unânime, decisão do Tribunal do Júri de Laranjal Paulista interior de São Paulo por manter o acusado algemado durante todo o julgamento. (RODRIGUES, 2011).

A decisão do STF acarretou em seguida na criação da Súmula Vinculante nº 11, quando limitado o uso de algemas apenas para determinados casos como por exemplo: resistência por parte daquele que se opor a ordem de autoridade policial, e fortes indícios de fuga ou danos que possam vir a ameaçar a integridade física tanto do indivíduo como de outra pessoa. (RODRIGUES, 2011).

Ao ser elaborada a súmula, revela-se a intenção por parte do STF em justificar o uso das algemas de forma escrita para que o agente público não seja responsabilizado por não cumprir os requisitos necessários, podendo esta inobservância inclusive acarretar a nulidade da prisão. (RODRIGUES, 2011).

A edição desta súmula segundo Rodrigues (2011) teve ainda a finalidade de “coibir a pratica do abuso de poder por parte das autoridades policiais que muitas vezes extrapolam os limites de suas atribuições simplesmente para uma exibição vaidosa de poder.” (RODRIGUES, 2011).

Segundo Rodrigues (2011) ao citar os ensinamentos do professor Diógenes Gasparini, deve-se entender como abuso de poder “toda ação que torna irregular a execução do ato administrativo, legal ou ilegal, e que propicia, contra seu autor, medidas disciplinares, civis e criminais.” (GASPARINI apud RODRIGUES, 2011).

A necessidade da edição da súmula para regulamentar o uso de algemas o Brasil se deu pela inobservância do art. 199 da Lei de Execuções Penais na qual dispunha que deveria haver a elaboração de uma lei federal que disciplinasse sobre o uso de algemas; o que nunca aconteceu.

Insta salientar também que outro fator importante, no qual muitos acreditam ser o fator fundamental para a criação da súmula vinculante foi a chamada Operação Satiagraha da Polícia Federal, na qual foram presos vários envolvidos,

inclusive o ex-prefeito de São Paulo Celso Pitta, o empresário Naji Nahas e o banqueiro Daniel Dantas por serem acusados de desviarem verbas públicas e praticarem crimes contra o sistema financeiro. (PRESO..., 2008).

A Súmula Vinculante nº 11 do STF, que versa sobre o uso de algemas por parte das autoridades coatoras assim dispõe:

> 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, 2011).

A súmula descreve, portanto que a utilização das algemas deve ser uma exceção, devendo a autoridade policial observar os requisitos descritos na súmula e caso não haja a existência de nenhum dos requisitos deverá a autoridade conduzir o indivíduo sem fazer utilização deste instrumento.

3.2 Dos precedentes ensejadores da criação da súmula vinculante nº 11 do STF

Como se sabe, a súmula vinculante nº 11 se baseou em quatro precedentes para ser editada: RHC 56465, HC 71195, HC 89429 e o HC 91952; todos como se pode constatar se tratam de Habeas Corpus.

O primeiro precedente (RHC 56465) trata de um Habeas Corpus de 1978 impetrado por Clóvis Fonseca, contra a autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que manejou recurso junto ao STF alegando que, dentre outros motivos, assistiu ao depoimento das testemunhas algemado durante todo o tempo das oitivas.

O relator do Habeas Corpus o Ministro Cordeiro Guerra negou provimento ao recurso por acreditar que o uso das algemas seria uma garantia de manutenção da ordem dos trabalhos, além da garantia da integridade física das testemunhas e do receio de fuga. (RONDÔNIA, 2011).

Já o segundo precedente (HC 71195) se trata de um Habeas Corpus impetrado em 1995 por Adalton Pereira Novaes, sendo novamente à autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que impetrou o remédio

constitucional por ter sido mantido algemado durante Tribunal do Júri, o que induziu os jurados a um juízo de culpabilidade perante o paciente. (SÃO PAULO, 2011).

O relator do Habeas Corpus o insigne Ministro Francisco Rezek negou provimento ao recurso uma vez que, havia na ata do Tribunal do Júri informações dando conta de que o réu, no caso o paciente, tinha como escopo atentar contra a integridade física do juíz e do promotor do caso, sendo por esse motivo justificado o uso de algemas durante toda a sessão do Júri, não havendo que se falar, portanto, em nulidade. (SÃO PAULO, 2011).

No que tange ao terceiro precedente, do ano de 2007 (HC 89429), também se refere a um Habeas Corpus impetrado em 2007 por Edílson de Sousa Silva, Vice – Presidente do Tribunal de Contas de Rondônia, sendo a autoridade coatora a Min. Eliana Calmon do STJ por ser relatora do inquérito n° 529, e o Superintendente Regional da Polícia Federal no Distrito Federal, no qual impetrou Habeas Corpus com o intuito de impedir que o paciente seja algemado novamente em qualquer condição enquanto sujeito da ação penal, pois o fato de ter sido algemado no momento de sua prisão violou o arts. 234 e 242 do Código de Processo Militar, na qual dispõem que o uso de algemas deve ser evitado em determinados sujeitos pela função a qual exercem, a menos que estes exerçam alguma resistência no momento da prisão. (SÃO PAULO, 2011).

A turma do STF composta pela relatora do caso Min. Cármen Lucia, Min. Carlos Britto e o Min. Sepúlveda Pertence, deferiu o pedido de habeas corpus pleiteado pelo paciente, não podendo as autoridades coatoras fazer uso das algemas no paciente ao menos que este ofereça alguma resistência. (SÃO PAULO, 2011).

O último precedente, e talvez o mais famoso deles (HC 91952), trata-se do caso de Laranjal Paulista – SP aonde o paciente Antonio Sergio da Silva permaneceu algemado durante todo o Tribunal do Júri, impetrando o habeas corpus para que o julgamento fosse anulado. O paciente alegou que o fato de permanecer algemado durante todo o júri influenciou no resultado final onde o paciente foi condenado. (SÃO PAULO, 2011).

Os Ministros do STF, em votação unânime, concordaram com o voto do Relator Min. Marco Aurélio e concederam habeas corpus e anulou a decisão do Tribunal do Júri, determinando que outro julgamento fosse realizado sem o uso de algemas no paciente. (SÃO PAULO, 2011).

Este precedente ficou marcado na história do STF, pois foi ele o ponto culminante para a edição da Súmula Vinculante nº 11, após indícios de abusos e espetacularização por parte das autoridades policiais. (SÃO PAULO, 2011).

Os Ministros do STF entenderam que o uso das algemas enquanto instrumento de garantia de segurança a sociedade e as autoridades policiais que fazem a diligência, não podem ser usadas como exposição da lei do mais forte, tendo todo o cidadão, independente de ser infrator ou não, o direito de manter inviolável sua condição de respeito enquanto ser humano. (SÃO PAULO, 2011).

Por esses motivos a Súmula Vinculante n° 11 foi aprovada em 13/08/2008, com a redação já mencionada acima, privilegiando a proteção aos fundamentos do tratamento desumano, a imagem do sujeito perante a sociedade e a moral que se mostra abalada com tal exposição. (SÃO PAULO, 2011).

3.3 Das críticas a súmula vinculante nº 11 do STF

Uma grande discussão que norteia o universo jurídico a partir da elaboração desta súmula se dá a respeito de uma possível inconstitucionalidade na elaboração da súmula vinculante.

O *caput* do art. 103 – A da CRFB/88 assim dispõe acerca da elaboração de súmulas pelo STF:

> Art. 103 – A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (BRASIL, 2011).

De acordo com a transcrição do artigo acima, uma súmula só poderá ser aprovada depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, sendo essas decisões reiteradas mais conhecidas como precedentes.

Todavia, a súmula vinculante nº 11 foi aprovada pelo plenário do STF com fundamento em apenas quatro precedentes: RHC 56465, HC 71195, HC 89429 e o HC 91952 já mencionado nesta pesquisa.

A grande questão a ser levantada por aqueles como o delegado Antônio Márcio Campos Neves que arguem ser a súmula inconstitucional seria a indagação

na qual se apenas quatro decisões seriam o suficiente para se caracterizar o que o art. 103 – A chama de decisões reiteradas, argüindo inclusive que por não cumprir esse requisito a súmula é dotada de um vício formal, ou seja, um vício em sua elaboração. (NEVES, 2009).

Outra questão levantada acerca da edição da súmula é o fato de órgãos interessados no assunto como Polícia Civil, Policia Militar, Policia Federal entre outros não serem ouvidos acerca da questão ora exposta, sendo que estes seriam sem dúvidas os maiores interessados no tema, devendo então ter se manifestado na condição de *amicus* curiae, ou seja, na condição de terceiros interessados conforme dispõe o art. 3°, § 2º da Lei 11.417/06, assim como foram ouvidas diversas entidades como a CNBB no julgamento de Arguição de Inconstitucionalidade nº 3510 que se referia a Lei de Biossegurança. (FUDOLI, 2008).

Há de se ressaltar que a súmula vinculante nº 11, criada logo após apreciar o HC 91.952, expressa em seu bojo sua preocupação no que tange a manutenção das algemas no indivíduo algemado durante sessão do tribunal do júri. (FUDOLI, 2008).

Os ministros do STF entenderam que a manutenção das algemas no acusado gera nos jurados um pré juízo de culpabilidade do indivíduo, ou seja, o fato do indivíduo permanecer algemado induz nos jurados a sensação de periculosidade do indivíduo caso este esteja solto, vivendo livremente na sociedade.

Todavia, embora o constituinte tenha se equivocado ao colocar nas mãos de populares a tamanha responsabilidade de julgar os crimes dolosos sem esses jurados possuírem sequer qualquer saber jurídico para analisar o caso ora exposto conforme dispõe o art. 5°, XXXVIII da CRFB/88; os mesmos não podem ter a sua subjetividade e seu livre convencimento ao analisarem o caso anulados por uma suposição de que os mesmos teriam sido influenciados.por estar o acusado algemado. (FUDOLI, 2008).

O promotor de justiça do MPDFT Rodrigo de Abreu Fudoli (2008) em seu artigo *Uso de algemas: a Súmula Vinculante nº 11 do STF* discorre que a edição da súmula dá a entender que os jurados são “ingênuos e facilmente influenciáveis.” (FUDOLI, 2008).

Significa então que os jurados não poderão mais proferir uma sentença condenatória se o acusado estiver algemado em plena sessão do tribunal do júri? (FUDOLI, 2008).

A questão da segurança também é um ponto sempre mencionado pelas críticas da súmula.

O uso das algemas para aqueles que criticam a súmula como Fudoli (2008), se trata de garantir à aqueles que conduzem os presos a audiências no fórum, ao IML, a reconstituição do crime e tantos outros lugares; a integridade física não só daqueles que conduzem esses indivíduos, mas também da sociedade como um todo. (FUDOLI, 2008).

Menciona também Fudoli (2008) que o fato da súmula inserir em seu bojo a responsabilização do agente na esfera civil, penal e administrativa caso este não justifique o uso das algemas em nada inova o ordenamento jurídico, pois, as responsabilizações penais, civis e administrativas já se encontram previstas. (FUDOLI, 2008).

A responsabilidade penal do agente se encaixa no caso de abuso de autoridade, enquanto a responsabilidade civil se insere no caso da responsabilidade objetiva do Estado prevista no art. 37, § 6° da CRFB/88 e na esfera administrativa através da lei 8112/90 e da lei orgânica das carreiras jurídicas. (FUDOLI, 2008).

Outro aspecto, e talvez o mais relevante acerca das críticas a ser exposto em relação à criação as criticas a Súmula Vinculante nº 11 diz respeito ao critério político que ensejou a sua edição.

Como dito anteriormente, atribui-se a criação desta súmula principalmente a chamada Operação Satiagraha, na qual a Policia Federal em uma investigação que durou 04 anos prenderam várias pessoas, inclusive algumas personalidades como o ex-prefeito de São Paulo Celso Pitta, o empresário Naji Nahas e o protagonista desta operação, o banqueiro Daniel Dantas; sendo estas pessoas acusadas de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. (CABEDA, 2008).

Preso no dia 08/07/2008 na Operação Satiagraha, o banqueiro Daniel Dantas impetrou no STF habeas corpus contra o Min. Arnaldo Esteves do STJ que já havia denegado pedido anterior de habeas corpus de Daniel Dantas impetrado ainda no curso das investigações. No dia 09/07/2008 o Min. Gilmar Mendes, então presidente do STF, concedeu habeas corpus ao banqueiro e ainda criticou a atuação da P.F na operação, atribuindo ao órgão uma “espetacularização nas prisões.” (SUPREMO..., 2008).

Vale mencionar que em abril de 2008, ao saber das investigações da P.F, Daniel Dantas impetrou um primeiro habeas corpus no TRF da 3ª região em junho

de 2008, pois se achava na iminência de ser preso; sendo este pedido negado. (SUPREMO..., 2008).

Importante mencionar que a súmula 691 do STF é muito claro ao dispor que: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que em habeas corpus requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar.” Apesar da súmula, o Min. Eros Grau recebeu o pedido através do HC 95009, tendo inclusive conhecido o pedido, requisitado informações e ainda se reservou para apreciar e em seguida decidir sobre a liminar. (CABEDA, 2008).

Visualiza-se, portanto que o STF, segundo a visão de Cabeda, violou sua própria jurisprudência, passando por cima de suas próprias diretrizes sem qualquer amparo jurídico que embasasse tal ação, colocando o instituto conhecido como “guardião da constituição” em total descrédito não só por parte não só dos operadores do direito, como também da sociedade. (CABEDA, 2008).

Por uma “ironia do destino”, dentre os poucos precedentes que ensejaram a aprovação da súmula vinculante nº 11, o HC 95009 não foi considerado um precedente para sua edição... Coincidência ou Omissão?

No dia 10 de julho de 2008, um dia após ter sido liberado devido a um habeas corpus concedido pelo então presidente do STF Gilmar Mendes; Dantas é preso novamente. Dessa vez, foi preso por tentativa de suborno a um delegado da Polícia Federal. (PRESO..., 2008).

Em 11 de julho de 2008, nova ordem de soltura é concedida pelo presidente do STF e Daniel Dantas novamente é solto. Mendes ainda ataca o juíz federal da 3ª Região Federal Fausto de Sanctis, que determinou a prisão de Dantas por duas vezes dizendo que os argumentos pelos quais o juíz se pautou ao decretar o novo encarceramento de Dantas são meramente “especulativos”, pois, segundo Mendes, De Sanctis apenas supôs uma interferência do banqueiro na nova coleta de provas, qualificando Mendes esse motivo de “rematado absurdo,” sendo que a cena da tentativa de suborno foi filmada e o valor apreendido em dinheiro era equivalente a propina acordada entre as partes. (CABEDA, 2008).

Bernardo Marino Carvalho (2008) autor do artigo *Súmula Vinculante nº 11: República algemada* discorre que esta súmula na verdade se denomina como sendo a “súmula da não-algema” e discorre acerca da sua destinação:

> (...) a súmula da não-algema tem como destinatário certo exatamente essa elite que ainda não se acostumou com um Estado que, em sua Constituição, resolveu adotar a “ultrajante” tese de que todos são iguais perante a lei.” (CARVALHO, 2008).

Ainda atribuindo críticas a edição da súmula, Carvalho (2008) expõe ainda a respeito do caráter político da súmula que:

> (...) a proibição do uso de algemas é a insurreição de pessoas que sempre estiveram acima da lei em virtude de seu poder e que não suportam verem os seus iguais em condições análogas ao delinqüente. (CARVALHO, 2008).

O art. 5°, incisos III e X da CRFB/1988 são os direitos pelos quais aqueles que foram presos nesta operação argúem terem sido violados, pois numa operação aonde o intuito principal foi a promoção da P.F perante a opinião pública e o achincalhamento daqueles presos na operação perante a mídia e conseqüentemente a opinião pública, se mostrou o uso arbitrário das algemas, não observando assim o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade.

Por esse motivo, alguns como Bernardo Marino Carvalho acreditam que o STF editou a súmula com o intuito de preservar a imagem de pessoas públicas uma vez que as algemas geram na sociedade uma presunção de que aquele que esta a usar as algemas se revela um indivíduo cuja culpa se mostra patente.

Um fator importante também mencionado por Fudoli (2008) diz respeito ao aumento de força policial para acompanhar o indivíduo aos atos processuais como julgamento, oitiva e etc., por não poder este indivíduo ser algemado. (FUDOLI, 2008).

Em seu artigo *A inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 11*, a articulista Ravênia Márcia de Oliveira Leite (2009) discorre acerca da inconstitucionalidade da súmula, argüindo que a edição da súmula vinculante nº 11 violou o art. 2º, § 1º da Lei 11.417/06, pois segundo a autora:

> (...) para ser editada também deveria estar afeta a uma norma determinada, que como já disse não existe, e ainda, a uma controvérsia jurisprudencial, multiplicidade de processos e insegurança jurídica. (LEITE, 2009).

Enfim, diversas são as criticas feitas a edição da súmula vinculante nº 11 do STF. Vários aspectos são mencionados e pertinentes ao assunto, o que merece uma reflexão em nossa pesquisa através deste tópico.

4 O GARANTISMO PENAL À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como já visto neste trabalho, a súmula vinculante nº 11 foi editada com o intuito de coibir abusos no que tange ao uso do instrumento das algemas por parte das autoridades policiais em suas operações.

A grande finalidade da súmula sem duvida foi conferir ao indivíduo um tratamento digno em sua condução e a não exposição do indivíduo para fins de ridicularização ou publicizar uma possível prestação de serviço a sociedade; sendo observados para a edição da súmula, portanto alguns princípios como a presunção de inocência, a integridade física e moral e principalmente a dignidade da pessoa humana.

Uma grande pergunta, entretanto que se deve fazer é: como os tribunais brasileiros estão enfrentando esta situação? Quais são as interpretações acerca dos vários *habeas corpus* impetrados visando à aplicação da súmula vinculante nº 11 do STF?

Na tentativa de esclarecer essas questões o tópico trabalhará com algumas jurisprudências para que se possa fazer um enfrentamento entre a disposição da súmula e o seu enfrentamento pelos tribunais.

O precedente que culminou a discussão sobre a necessidade de regulamentação do uso de algemas e a edição da súmula vinculante nº 11 foi o já mencionado anteriormente HC 91.952 do STF, que anulou o resultado de um tribunal do júri no interior de São Paulo por permanecer o acusado algemado durante toda a sessão, causando nos jurados uma pré-concepção de periculosidade caso este estivesse solto, trazendo, portanto um prejuízo a defesa do acusado conforme ementa do acórdão do STF *in verbis:*

> 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.

Observa-se o julgado abaixo do TJMG acerca da manutenção do dever de indenizar por parte do Estado a uma pessoa que foi algemada por policiais militares sem que estes observassem os requisitos da súmula vinculante nº 11:

> EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRISÃO TEMPORÁRIA - **USO** DE **ALGEMAS** - ARBITRARIEDADE - SÚMULA VINCULANTE Nº11/STF - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - CONFIGURAÇÃO. (Ap.1.0625.04.073987-9/001. Relator: Des. Auderbert Delage. Julgamento em: 08/10/2009. Publicado em: 21/10/2009. Acesso em 20 out 2011)
> APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0625.07.073987-9/001 - COMARCA DE SÃO JOÃO DEL-REI - APELANTE(S): PAULA DIAS ALBERGARIA LIMA - APELADO(A)(S): ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. AUDEBERT DELAGE.

Outro julgado do TJMG julgou procedente o pedido de responsabilização objetiva do Estado, nos moldes do art. 37 § 6° da CRFB/88 pelo uso indevido das algemas:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - UTILIZAÇÃO DE **ALGEMAS** - **USO** INDEVIDO - AUTOR QUE NÃO OFERECEU RESISTÊNCIA À PRISÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - OBSERVÂNCIA - REFORMA DA SENTENÇA - RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. (Ap. 1.0103.08.007755-7/002. Relator: Des. Roney Oliveira. Julgamento em: 06/07/2010. Publicado em: 21/07/2010. Acesso em 20 out 2011)
> APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0103.08.007755-7/002 - COMARCA DE CALDAS - APELANTE(S): FRANCILEI GARCIA DIAS - APELADO(A)(S): ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. RONEY OLIVEIRA.

Todavia, os *habeas corpus* concedidos em razão da não observância dos requisitos expressos no conteúdo da súmula vinculante 11 do STF são escassos, pois na maioria das vezes os tribunais brasileiros rejeitam o pedido com a justificativa de que o uso das algemas foi justificado e que com isso não se caracterizou o constrangimento ilegal, conforme se vê a partir das ementas *in verbis:*

> EMENTA: 'HABEAS CORPUS' - NULIDADE NO JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI - **USO** DE **ALGEMAS** - NECESSIDADE DEMONSTRADA - ORDEM DENEGADA.- O **USO** de **ALGEMAS** durante o julgamento do Tribunal do Júri não configura **CONSTRANGIMENTO ILEGAL** quando justificada concretamente a sua necessidade, não havendo violação à Súmula Vinculante no 11, que não proíbe a sua utilização, mas apenas restringe as hipóteses em que se faz imprescindível. (HC 1.0000.09.494493-1/000. Relatora: Des. Beatriz Pinheiro Caíres. Julgamento em: 21/05/2009, Publicado em: 05/06/2009. Acesso em 20 out 2011)
> HABEAS CORPUS N° 1.0000.09.494493-1/000 - COMARCA DE DIVINÓPOLIS - PACIENTE(S): WELITON DE RESENDE - AUTORID COATORA: JD 2 V CR COMARCA DIVINOPOLIS - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. BEATRIZ PINHEIRO CAIRES.

Interessante, todavia ressaltar que o acórdão acima juntamente com o H.C 91952 do STF trata do mesmo assunto, ou seja, a manutenção das algemas durante

sessão do tribunal do júri. Porém, as decisões proferidas acerca do caso em questão foram diversas.

A grande questão a ser levantada neste capítulo é o fato da grande resistência por parte dos magistrados após a edição da súmula vinculante nº do STF em conceder *habeas corpus* aos pacientes que invocam a aplicação da súmula.

Estaríamos então diante de um direito penal repressivo para alguns e um direito penal liberador para outros como diz Zaffaroni e Pierangeli? (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

Ferrajoli argumenta em sua teoria do garantismo penal que um dos significados do garantismo penal é o de “minimizar a violência e maximizar a liberdade.” (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

O que se vê atualmente através das decisões proferidas pelos magistrados brasileiros, tanto os de 1ª quanto os de 2ª instância é que a normatividade do sistema penal não esta em conformidade com sua efetividade. (FERRAJOLI, 2002).

Em outras palavras, a súmula vinculante nº 11, mesmo estando em vigor poucas vezes se mostra efetiva como se pode ver nos julgados expostos na presente pesquisa, pois ao que tudo indica por meio dos julgados, os tribunais brasileiros ainda não aplicam a súmula com tanta habitualidade. (FERRAJOLI, 2002).

A súmula que disciplina as algemas como sendo um modelo cuja finalidade seja de limitar o uso das algemas muitas vezes não passa de uma mera folha de papel preenchida de palavras vazias, pois não estariam os magistrados exercendo certo controle sobre a grande parte dos acusados? (FERRAJOLI, 2002).

O argumento exposto na grande maioria dos *habeas corpus* denegados é de que o uso das algemas foi justificado pelo magistrado tendo em vista a sua necessidade para a manutenção da segurança. Não estaríamos, portanto diante uma “ferocidade punitiva” onde “argumentos às vezes são acompanhados de outros, mais imediatamente morais e humanitários?” (FERRAJOLI, 2002, p. 316).

5 À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA DISCIPLINA DO USO DE ALGEMAS

Como já dito anteriormente, entende-se por dignidade uma qualidade inerente ao ser humano que merece ser tratado com o devido respeito, não devendo o indivíduo ser tratado como um meio para a obtenção de um determinado fim, sendo tratado, portanto não como um objeto, mas sim como um sujeito dotado de direitos e obrigações.

Essa qualidade esta garantida em nossa carta magna quando o art. 1º da CRFB/88 eleva em seu inciso III a dignidade da pessoa humana como um dos princípios que fundamentam a republica.

Alias, não só é a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos legitimadores da república como é também o princípio basilar de nosso ordenamento jurídico, pois influencia diretamente a aplicação dos demais princípios, não podendo estes se afastar da dignidade da pessoa humana por ser ela uma condição *sine qua non*, ou seja, condição inafastável, o que nos leva a conclusão que o Estado deve ter por finalidade principal garantir ao ser humano as condições mínimas necessárias para sua sobrevivência e para sua afirmação enquanto um ser social.

À luz da dignidade da pessoa humana, o intuito do STF não foi em momento algum coibir o uso das algemas e sim o seu abuso, pois não pode o Estado tratar o indivíduo como sendo um inimigo do Estado como prega à teoria do direito penal do inimigo de Gunther Jakobs. (GOMES, 2008).

Deve-se, portanto entender o abuso de autoridade (ou poder) como sendo, nas palavras de Gasparini citado por Rodrigues (2011) “toda ação que torna irregular a execução do ato administrativo, legal ou ilegal, e que propicia, contra seu autor, medidas disciplinares civis e criminais.” (GASPARINI apud RODRIGUES, 2011).

Antes da edição da súmula, o que víamos era um Estado de Policia que não se importava em submeter o indivíduo a situações vexatórias em suas operações, sujeitando os indivíduos presos nessas operações a exposições midiáticas, como uma forma de retribuir a sociedade ávida por justiça. (GOMES, 2008).

Isso nos remete a lembrança da teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli (2002), consagrada em seu livro *Direito e Razão,* quando expõe a ideia de conferir maiores liberdades ao indivíduo (liberdade vigiada) e diminuir o *ius puniendi* do Estado. (FERRAJOLI, 2002).

Na tentativa de coibir o abuso de poder por parte daqueles que executam as prisões o STF determinou que os agentes justificassem o uso de tal medida sob pena de responsabilidade, pois, assim, o motivo injusto do uso das algemas poderá acarretar em responsabilidades para o agente, sendo essa medida uma forma de limitar o poder de punir.

Há de se levar em consideração que “a prisão, mesmo legal, torna-se humilhante e vexatória quando há abuso das algemas.” (GOMES, 2008).

No tocante ao abuso das algemas assim discorre Tucunduva segundo Herbella (2011):

> (...) o emprego de algemas não é regra, é exceção, e só pode ser admitido como forma de garantir a segurança social, a aplicação da Lei Penal e a integridade física dos que circundam a pessoa legalmente presa, ou a dela própria. (TUCUNDUVA apud HERBELLA, 2011, p. 95).

Quando se vê prisões que mais parecem filmes policiais da ficção observamos uma espetacularização da operação policial, o que nos faz lembrar da teoria de Jakobs, na qual expõe que o indivíduo que comete uma determinada infração automaticamente rompe com o contrato social e por isso deve ser tratado como inimigo do Estado, afastando deste indivíduo toda e quaisquer garantias. (GOMES, 2008).

O uso das algemas deve cumprir os requisitos expressos no corpo da Súmula Vinculante 11 do STF, pois a não observância desses requisitos podem acarretar inclusive em nulidade.

Outro aspecto a ser salientado sobre as algemas, ainda que de modo suscinto, se refere ao princípio da presunção de inocência prevista no art. 5°, LVII da CRFB/88.

Sabe-se que a presunção de inocência é aquela em que se presume que ninguém será considerado culpado até sentença condenatória transitada em julgado.

Pois bem, o abuso no uso das algemas não seria submeter alguém que muitas vezes nem passou por um julgamento a um tratamento igual ao de um indivíduo condenado e considerado culpado por meio de decisão judicial transitado em julgado?

Sobre isso, a articulista Aline Seabra Toschi (2003) em seu artigo *Dignidade da pessoa humana e garantismo penal* assim discorre sobre a questão:

> Expor uma pessoa aos dissabores de uma instrução penal para depois averiguar a atipicidade, ou seja, a não ofensividade da conduta perante o bem jurídico penal tutelado, não condiz com a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e valor-síntese de outros princípios constantes na Constituição Brasileira de 1988. (TOSCHI, 2003).

Depois de reiterados abusos vistos pela Segunda Guerra Mundial, onde vários indivíduos não tiveram a sua condição de ser - humano respeitado, a dignidade tornou – se o escopo principal do Estado para coibir qualquer situação que venha denegrir o indivíduo, pois, todo indivíduo é merecedor de ter uma condição digna de vida; independente de sua religião, cor, raça ou capacidade econômica. (BITTAR, 2005).

O professor da USP Eduardo Bittar discorre que mais do que garantir a todo ser – humano o respeito que lhe é devido, a dignidade tem também por objeto principal, dentre outras coisas, direcionar as políticas públicas, nortear os demais princípios e dispositivos da ordem constitucional, e amparar os direitos humanos. (BITTAR, 2005).

Há de se ressaltar, portanto que a regulamentação do uso das algemas esta intrinsecamente ligada à dignidade da pessoa humana, pois em relação à dignidade Bittar leciona que:

> É ela a meta social de qualquer ordenamento que vise alcançar e fornecer, por meio de estruturas jurídico-político-sociais, a plena satisfação de necessidades físicas, morais, psíquicas e espirituais da pessoa humana. (BITTAR, 2005, p. 304).

As algemas como meio de divulgação das operações policiais é bastante criticada pelo professor Alexandre de Morais citado por Herbella:

> No Brasil, as policias adotaram a salutar prática de convocar a imprensa para acompanhar diligências de prisões preventivas e apreensões, e especialmente em casos de repercussão, a envolver televisões, apesar de não haver resistência, tentativa de fuga ou desobediência. As algemas passaram a fazer parte do espetáculo promocional das polícias. Portanto, volta – se ao sistema inquisitorial, medieval, como nítido objetivo de maltratar, insultar, expor a humilhações. (MORAIS apud HERBELLA, p. 102, 2011).

Segundo os ensinamentos do professor Nestor Tavora citado por Rodrigues, as algemas não podem:

> (...) simbolizar verdadeiras *pulseiras de prata* para desmoralizar aqueles que são presos, principalmente quando em trânsito perante as câmeras ou

> nas audiências, dando ensejo à caracterização do abuso de autoridade. (TÁVORA apud RODRIGUES, 2011).

A partir dessas reflexões e da necessidade de ter uma lei que regulamentasse o uso de algemas aqui no Brasil, conforme dispõe o art. 199 da Lei de Execuções Penais é que o STF aprovou a Súmula Vinculante nº 11 em 13 de agosto de 2008.

CONCLUSÃO

Após o presente trabalho trazer a baila acerca da questão das algemas no ordenamento jurídico brasileiro e a aplicação da dignidade da pessoa humana em conjunto com o uso deste instrumento pode-se concluir a presente pesquisa levando em consideração alguns fatores mencionados no trabalho, principalmente no que tange as críticas feitas à edição da Sumula Vinculante nº 11 do STF.

No que se refere à argüição de inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 11 do STF por não ter esta cumprido o requisito descrito no *caput* do art. 103-A da CRFB/88 no que se refere a uma possível ausência de decisões reiteradas, tendo em vista que foram utilizados apenas quatro precedentes para a edição da súmula, a mesma não merece prosperar. O constituinte ao elaborar o art. 103-A da CRFB/88 que dispõe acerca dos requisitos necessários para a criação de uma súmula vinculante, não menciona acerca da quantidade de decisões sobre uma mesma matéria necessárias para se considerar uma série reiterada de decisões. O que se pode concluir neste aspecto é que estamos diante de uma omissão por parte do constituinte derivado, ou seja, a norma não dispõe de modo claro acerca desta questão, não havendo, portanto o que ser questionado acerca da inconstitucionalidade da súmula neste sentido.

Outro aspecto a ser discutido diz respeito à manutenção das algemas durante sessão do Tribunal do Júri e sua implicação no resultado final do julgamento. É notório que o que se vê atualmente após a edição da súmula vinculante 11 é o argumento de que a manutenção das algemas durante sessão do tribunal do júri é um instrumento necessário para a ordem dos trabalhos por haverem fortes indícios acerca da conduta do acusado e da segurança dos presentes no julgamento. Não seria este argumento tão utilizado nos tribunais brasileiros uma forma de manter a *práxis* já existente de manter o indivíduo algemado durante a sessão do júri, mesmo antes da edição da súmula? Ver o indivíduo acusado não influenciaria a decisão dos jurados em sua decisão final ainda que inconscientemente? Passaria um acusado de alto poder aquisitivo por esta mesma situação de se ver algemado durante sessão do júri? Ou será que a manutenção das algemas nesta hipótese seria desnecessária? O fato é que o direito de punir não quer ceder espaço a uma liberdade maior ao indivíduo acusado.

A necessidade de retribuição a sociedade continua exercer fortes influências no direito atual. Não se poderia presumir que um sujeito não oferecerá riscos aos trabalhos do julgamento assim como se presume que o mesmo possa oferecer resistência? Na tentativa de pelo menos dirimir essas perguntas e conferir ao indivíduo um pouco mais de liberdade durante os trabalhos do tribunal do júri o STF regulou o uso das algemas com ênfase no tribunal do júri.

Quanto às alegações feitas no que se referem à desnecessidade da súmula ao mencionar em seu bojo acerca da responsabilização penal, civil e administrativa do agente por já haver essas responsabilizações amparo no ordenamento jurídico brasileiro, vale mencionar que antes da edição da “súmula das algemas” não se ouvia falar em responsabilização do agente pelo uso imotivado das algemas. Apesar de já haver no ordenamento brasileiro estas responsabilidades, as mesmas não se faziam efetivas, tornando cada vez mais difícil a responsabilização do agente pela prática rotineira do uso de um instrumento que na verdade deveria ser utilizado como uma exceção. O fato de uma norma estar prevista não implica necessariamente dizer que esta será efetiva. Não se pode confundir normatividade com efetividade, por serem duas esferas completamente distintas.

O alvo principal das críticas feito a súmula vinculante nº 11 e expostas neste trabalho se dão acerca do aspecto político pelo qual a súmula foi editada, sendo denominada inclusive como a “súmula da não algema”. De acordo com as críticas expostas nesta pesquisa, diversos artigos publicados em sítios jurídicos fazem menção a Operação Satiagraha da P.F, onde diversas pessoas foram presas devido à acusação de terem cometido crimes contra o sistema financeiro nacional, entre elas o ex-prefeito de São Paulo Celso Pitta, o banqueiro Naji Nahas e principalmente o empresário Daniel Dantas dono do grupo Oportunitty. Enfim, a pesquisa tem o condão de se pautar em fatos concretos e não em embasamentos fundados em suspeitas ou revoltas. O fato a ser constatado nesta questão é que o HC que decretou a liberdade de Daniel Dantas não foi considerado um precedente para a criação da súmula. Portanto, uma vez não sendo um dos precedentes que ensejaram a criação da polêmica súmula, não há de se falar na ligação deste fato com a súmula que regulamenta o uso das algemas.

A presente pesquisa procurou demonstrar ao longo deste trabalho a necessidade do ordenamento jurídico em regulamentar, ou, disciplinar o uso das algemas. O art. 199 da LEP dispõe que uma lei federal deverá reger o uso das

algemas, o que até a súmula vinculante nº 11 não havia ocorrido. Se a súmula não tivesse sido aprovada e se não estivesse em vigor, quando teríamos esta regulamentação?

A proposta deste trabalho não é de coibir o uso das algemas e sim o seu abuso, o seu excesso. Toda e qualquer pessoa tem direito ao mínimo de respeito, respeito este intrínseco a todo o ser humano, dando a essa característica inerente ao ser humano o nome de dignidade, sendo este um dos princípios que fundamentam nossa Constituição.

O homem, portanto não deve ser objeto de consecução para determinados fins e sim deve ser o fim, o fim do Estado em promover ações que possam inserir ainda mais o indivíduo no contexto social, na esfera de possibilidades mínimas de sobrevivência e alcançar seus objetivos.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

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

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União,** Brasilia, 13 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 nov. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução as normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União,** Brasilia, 09 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 05 nov. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. **Diário Oficial da União,** Brasilia, 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 05 nov. 2011.

BRASIL. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984.Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União,** Brasilia, 13 de julho de 1984. Disponivel em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm

BRASIL. Lei nº 9537, de 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 dez. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9537.htm L10352. htm>. Acesso em: 05 nov. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 11**.** In: ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito RIDDEL.** 9. ed. São Paulo: Riddel, 2011.

CABEDA, Luiz Fernando**.** Satiagraha, "a resistência da verdade" jurídica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1893, 6 set. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11688>. Acesso em: 12 out. 2011.

CARVALHO, Bernardo Marino. Súmula Vinculante nº 11: República algemada. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1873, 17 ago. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11615>. Acesso em: 20 out. 2011.

CHEMIN, Pauline de Morais. Importância do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 88. **Memes Jurídico**. 23 jan 2009. Disponível em: <http://www.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=12163>. Acesso em: 06 out 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 15. ed. À luz da Lei nº 10.406/02. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Uso de algemas: a Súmula Vinculante nº 11, do STF. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1875, 19 ago. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11625>. Acesso em: 9 out. 2011.

GANDHI, M. **Citador**. Disponível em: <http://www.citador.pt/frases/quando-alguem-compreende-que-e-contrario-a-sua-di-mohandas-karamchand-gandhi-2401>. Acesso em: 02 nov. 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. Algemas: STF disciplina seu uso. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1885, 29 ago. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11662>. Acesso em: 11 out. 2011.

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

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss de língua portuguesa**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do direito. Tradução João Baptista Machado.6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior).

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. A inconstitucionalidade da Sumula Vinculante nº 11. **DireitoNet**. 16 jan. 2009. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4828/A-inconstitucionalidade-da-Sumula-Vinculante-no-11. Acesso em: 9 out 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Civil nº. 1.0625.07.073987-9/001. Relator: Des. Audebert Delage. Julgamento em 08/10/2009. Acompanhamento Processual. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=625&ano=7&txt_processo=73987&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=USO%20DE%20ALGEMAS%20-%20DESNECESSIDADE&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=. Acesso em: 20 out. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Civil nº. 1.0103.08.007755-7/002 Relator: Des. Roney Oliveira. Julgamento em 06/07/2010. Acompanhamento Processual.Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=103&ano=8&txt_processo=7755&complemento=2&sequencial=0&palavrasConsulta=USO%20DE%20ALGEMAS%20-%20DESNECESSIDADE&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=. Acesso em: 20 out. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Civil nº. 1.0000.09.494493-1/000 Relator: Des. Beatriz Pinheiro Caires. Julgamento em 21/05/2009. Acompanhamento Processual. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0&ano=9&txt_processo=494493&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=USO%20DE%20ALGEMAS%20-%20CONSTRANGIMENTO%20ILEGAL&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 20 out. 2011.

NEVES, Antônio Márcio Campos**.** A inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal e a sua repercussão no seio policial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2061, 21 fev. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12348>. Acesso em: 5 nov. 2011.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/161>. Acesso em: 26 ago. 2011.

PRESO de novo, Daniel Dantas volta a carceragem da PF. **Globo G1.** São Paulo, 10 jul. 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL639895-9356,00.html>. Acesso em: 13 out. 2011.

RODRIGUES, Lincoln Almeida. A Súmula Vinculante n° 11 do Supremo Tribunal Federal e sua implicação nas operações policiais. **Conteúdo Juridico**, Brasilia-DF: 13 jul. 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.32859&seo=1>. Acesso em: 25 ago. 2011.

RONDÔNIA. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus 89429/RO-Rondônia. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgamento em: 22 de agosto de 2006. Acompanhamento Processual. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402446>. Acesso em: 06 out. 2011.

SANTOS, Jefferson Cruz dos. Princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição cidadã. **Conteúdo Jurídico**, Brasilia-DF: 13 ago. 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33027>. Acesso em: 25 ago. 2011.

SÃO PAULO. Decreto Estadual n°19.903/50, In: HERBELLA, Fernanda. **Algemas e a dignidade da pessoa humana: fundamentos jurídicos do uso de algemas**. São Paulo: Lex Editora, 2008.

SÃO PAULO. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus 91952/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em: 07 de agosto de 2008. Acompanhamento Processual. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>. Acesso em: 06 out. 2011.

SÃO PAULO. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus 56465 Relator: Ministro Cordeiro Guerra. Julgamento em: 05 de setembro de 1978. Acompanhamento Processual. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=96906>. Acesso em: 02 nov. 2011.

SÃO PAULO. Habeas Corpus 71195/SP. Relator: Ministro Francisco Rezek Julgamento em: 25 de outubro de 1994. Acompanhamento Processual. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72948>. Acesso em: 02 nov. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Gustavo Passarelli da. O princípio da razoabilidade e as exigências da Lei nº 8.212/91 quanto aos benefícios do art. 195, § 7º, da CF/88 às entidades de assistência social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3747>. Acesso em: 28 set. 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SUPREMO concede habeas corpus e Daniel Dantas é liberado. 10 jul. 2008. **Última instância**. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/8978/53264.shtml.shtml>. Acesso em: 13 out. 2011.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional.** São Paulo: Método, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOSCHI, Aline Seabra. Dignidade da pessoa humana e garantismo penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 64, 1 abr. 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3967>. Acesso em: 21 out. 2011.

VIEIRA, Luis Guilherme. Algemas: uso e abuso. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Ano 03, n° 16, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro v.1: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.