



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O uso das algemas no Brasil e a preservação da dignidade humana: abordagem sobre a validade da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal

Antônio Carlos Goudinho Meirelles Júnior

Rio de Janeiro  
2013

ANTONIO CARLOS GOUDINHO MEIRELLES JÚNIOR

O uso das algemas no Brasil e a preservação da dignidade humana: abordagem sobre a validade da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo do Tribunal Federal

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

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Prof<sup>a</sup>. Neli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof<sup>a</sup>. Mônica Areal

Rio de Janeiro  
2013

## **O USO DE ALGEMAS NO BRASIL E A PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA: ABORDAGEM SOBRE A VALIDADE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

**Antonio Carlos Goudinho Meirelles Junior**

Graduado pela UNESA – Universidade Estácio de Sá – Juiz Leigo com atuação no 1º Juizado Especial Cível de Santa Cruz do Estado do Rio de Janeiro – Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** A utilização de algemas no Brasil nunca foi objeto de regulamentação por parte do Poder Legislativo, motivo pelo qual ficava dentro do poder discricionário conferido as autoridades públicas responsáveis pela condução dos presos decidir pela utilização do instrumento. O Supremo Tribunal Federal diante da exposição pela mídia de algumas pessoas com certa notoriedade editou a súmula vinculante nº 11. A súmula representa um importante mecanismo de inibição de condutas extravagantes das autoridades públicas no que tange a utilização das algemas, entretanto a egrégia corte excedeu de forma inconstitucional ao prever nulidade não prevista em lei. A essência deste artigo é ressaltar a importância da súmula, porém propondo a retirada da sanção de nulidade criada pelo Supremo, já que a mesma viola o princípio da proporcionalidade no que tange ao seu viés de proteção insuficiente dos bens jurídicos.

**Palavras-chaves:** Utilização de algemas. Normatização decorrente da interpretação da Constituição e das leis. Inconstitucionalidade da Súmula. Violação ao Princípio da Proteção Insuficiente dos Bens Jurídicos.

**Sumário:** Introdução. 1. O Uso de Algemas. 2. A Normatização do Uso de Algemas pelo Supremo Tribunal Federal. 2.1. Da Edição da Súmula Vinculante. 2.2. Dos Fundamentos para a Edição da Súmula Vinculante nº do Supremo Tribunal Federal. 3. Da Inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal. 3.1. Do Pedido de Cancelamento da Súmula Vinculante nº 11 feito pela Cobrapol (Confederação Brasileira dos Trabalhadores Policiais Cíveis). 3.2. Da Análise do Pedido de Cancelamento da Súmula. 3.3. Das Conseqüências da declaração da Inconstitucionalidade da Segunda Parte da Súmula Vinculante nº 11 pelo Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

O presente artigo enfoca a temática da utilização de algemas no Brasil, em razão da edição da súmula vinculante nº 11 pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal aprovada na Sessão Plenária realizada em 22/08/2008. Destaca o acerto da Egrégia Corte ao estabelecer, na súmula, a excepcionalidade do uso de algemas por presos. Todavia, critica-se a previsão na súmula de possibilidade de declaração de nulidade das prisões nos casos em que as autoridades públicas não observarem o teor da súmula vinculante em questão.

Para tal estabelece como premissa que no Brasil desde o Código de Processo Penal de 1941, já havia norma estabelecendo as regras a serem observadas para utilização de algemas, sendo que o Supremo Tribunal Federal ao revelá-la, através da edição da súmula vinculante nº 11, excedeu em estabelecer seu alcance, atuando, pois, como legislador positivo, intervindo, excessivamente e indevidamente, em matéria destinada, pela Constituição Federal de 1988, ao Poder Legislativo.

Em que pese à matéria ter sido sumulada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, a discussão a respeito da constitucionalidade da Súmula Vinculante nº 11 ganha novo fôlego, em razão de a Confederação Brasileira dos Trabalhadores Policiais Civis (Cobrapol) ter ingressado no STF com pedido de cancelamento da súmula através da petição nº 4.428 que foi autuada como proposta de súmula vinculante nº 13, na qual a Confederação, entre outros argumentos, sustenta o cancelamento da súmula, uma vez que entende que a mesma viola os princípios constitucionais da Separação dos Poderes, Republicano e do Estado Democrático de Direito.

Busca-se despertar a atenção para os problemas práticos que a súmula pode ocasionar, visto que passou a prever a nulidade da prisão ou ato processual realizado em discordância com os seus termos, sendo que será causa geradora de nulidade de inúmeras prisões.

Objetiva-se trazer a tona às posições doutrinárias a respeito do tema, tendo em vista a proteção da dignidade humana do preso, porém ponderando tal proteção com o dever do Estado em garantir a segurança de seus cidadãos em seu território.

Ao longo do artigo jurídico, serão analisados os seguintes tópicos: o uso de Algemas, a normatização do uso de algemas pelo Supremo Tribunal Federal e da inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal. A metodologia será pautada pelo método histórico-jurídico e jurídico-prospectivo.

Resta saber, de fato, se a regra estabelecida pela súmula vinculante nº 11, tutelar de forma adequada à utilização de algemas no Brasil ou se a súmula será somente causa geradora de nulidade de inúmeras prisões, prejudicando o dever do Estado de proporcionar segurança aos seus cidadãos.

## 1. O USO DE ALGEMAS NO BRASIL

Do Árabe *al-ligāma*<sup>1</sup>, algema significa instrumento de ferro com que se prendem os braços pelos pulsos. Para o professor Fernando Capez<sup>2</sup>, algema é uma palavra do idioma arábico, *aljamaa*, que significa pulseira.

As algemas são utilizadas, conforme mencionou em seu voto a Ministra Carmem Lúcia<sup>3</sup>, como instrumento para evitar reações indevidas, agressivas e incontroláveis dos presos em relação aos policiais, contra si mesmos ou contra outras pessoas.

Todavia, o instrumento de coerção física mencionado está sendo utilizado para finalidades diversas da qual foi criado.

---

<sup>1</sup>FERREIRA, Aurélio Buarque e Holanda. *Novo Aurélio*: O Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 96

<sup>2</sup>CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 301.

<sup>3</sup>Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE n. 89.429-1. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Publicado no DJ 22.08.2006.

Atualmente, os noticiários diariamente divulgam mega operações realizadas pelas Polícias Cíveis e Federais, tendo sempre como vítimas pessoas com certa notoriedade na sociedade.

Não importa a hora em que as prisões ocorram, sempre há a presença de fotógrafos e de repórteres registrando todo o ato muitas das vezes para exibirem em seus programas ou jornais as imagens das pessoas presas que, em regra, estarão, sem qualquer critério, utilizando algemas por ato do executor do ato prisional.

A utilização de algemas por pessoa de certa notoriedade desperta nas pessoas desprovidas do acesso à educação – do processo educacional efetivo, substancial –, sentimento de satisfação. Esta sensação de satisfação que as imagens da prisão das pessoas com certa influência na sociedade foi identificada pelos agentes atuantes na área de notícias (repórteres e jornalistas) como grande impulsionadora de vendas de seus produtos e serviços.

No Brasil capitalista, no qual se estimula a livre concorrência, em que há a liberdade de expressão e em que o comércio de notícias constitui um mercado milionário, as empresas televisivas não querem deixar de aproveitar fatia do mercado que está em grande crescimento, qual seja, a exposição vexatória das imagens das pessoas.

Essa exposição vexatória de imagens pode ser constatada pelo crescimento alarmente dos programas televisivos Polícias, nos quais pessoas são, como os próprios apresentadores dos programas afirmam, escrachadas, e na análise das manchetes inflamáveis dos jornais que se dirigem ao público com menor poder econômico.

Nesse contexto de prisões espetaculosas, destacam-se as operações que foram dirigidas para realizar as prisões de Jader Barbalho<sup>4</sup>, dos proprietários da Schincariol<sup>5</sup>, de

---

<sup>4</sup>Jader Barbalho foi preso preventivamente por ordem do Juiz responsável pelo processo criminal referente ao desvio de 1,7 bilhões da SUDAM (Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia). Na época, José Osmar Borges, apontado pelo Ministério Público como maior fraudador do órgão, comprou com dinheiro público parte da fazenda que possuía com o Senador Jader Barbalho. Aponta, ainda, o Ministério Público que a mulher de Jader Barbalho, Sra. Márcia Zahluth Caetano, desviou com o auxílio de seu marido (Jader) dinheiro do órgão

Flávio Maluf<sup>6</sup> e, por último dos presidentes do Tribunal de Justiça e da Assembléia Legislativa de Rondônia<sup>7</sup>. As notícias e imagens das prisões acima referidas renderam milhões às sociedades empresárias que atuam na área de telecomunicações, acirrando cada vez mais a disputa pelo mercado.

Com a finalidade de se sagrarem vitoriosas na competição pelo mercado de consumo da informação, as sociedades empresárias atuantes na área de telecomunicação se importam

---

mencionado. Deve ser destacado que nos inquéritos policiais há, ainda, o registro de seis depósitos em dinheiro (provavelmente público) de Borges em favor do Jornal "Diário do Pará" de Jader, feitos em setembro de 1996, que somam a quantia de R\$ 400 mil reais.

<sup>5</sup>Os proprietários da Schincariol foram presos pela Polícia Federal, através da Operação que foi denominada Cevada, por suspeita de integrarem uma rede de sonegação de impostos como o IR (Imposto de Renda) e o ICMS (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços) no setor de bebidas. Nos 14 meses de investigação, a força-tarefa da Receita e a polícia federal apuraram que o esquema criminoso beneficiava empresas ligadas ao grupo Schincariol. As ações se concentraram nas indústrias de cervejas e refrigerantes do grupo, principalmente em Itu (SP) e Cachoeiras de Macacu (RJ). As investigações indicaram ainda que o grupo Schincariol montou com alguns de seus distribuidores terceirizados um grande esquema de sonegação fiscal de tributos estaduais e federais, utilizando o subfaturamento na venda de seus produtos com o recebimento "por fora" da diferença entre o real valor de venda e o valor declarado nas notas fiscais. Além disso, foram identificadas operações de exportação fictícia, intermediadas por empresas situadas em Foz do Iguaçu (PR) e importação com falsa declaração de conteúdo e classificação incorreta de mercadorias. As investigações sugerem ainda que parte da matéria-prima usada nas fábricas é adquirida sem a devida documentação fiscal, envolvendo operações simuladas com empresas inexistentes ou de capacidade financeira insignificante, localizadas em Estados do Nordeste, como se fossem estas as adquirentes. As importações de matéria-prima e de equipamentos para as fábricas são intermediadas por empresas do grupo sediadas na Ilha da Madeira (Portugal). Segundo a PF, as investigações mostraram que o esquema foi aperfeiçoado após sucessivas autuações dos fiscais. A partir daí a empresa teria começado a utilizar distribuidores para sonegar. Os lucros obtidos pelo grupo com a prática de sonegação seriam remetidos regularmente dos distribuidores para a sede de Itu. Somente um dos distribuidores investigados chegava a enviar cerca de R\$ 1 milhão por mês.

<sup>6</sup>MONTEIRO, Edson. *PF transforma prisão de Flávio Maluf em show ilegal para a TV Globo*. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/29731.shtml>. Acesso em 13 nov. 2012. O show promovido pela Polícia Federal exclusivamente para a TV Globo, que exibiu imagens no *Jornal Nacional* de sábado (10/9), do momento em que Flávio Maluf se entregava, desnecessariamente algemado, em um heliponto no Morumbi (zona oeste de São Paulo) será objeto de uma apuração interna na PF, determinada pelo diretor-geral da instituição, delegado Paulo Lacerda. A primeira questão a ser apurada é qual delegado comandou a operação em que o filho do ex-prefeito Paulo Maluf (PP) se entregou. O Caso: A prisão preventiva do ex-prefeito e de seu filho foi decretada no início da noite de sexta-feira (9/9) pela juíza Sílvia Maria Rocha, da 2ª Vara Criminal Federal de São Paulo, quando ela recebeu a denúncia do MPF (Ministério Público Federal) contra os dois, além do doleiro Vivaldo Alves, o Birigui, e de Simeão Damasceno, ex-diretor da construtora Mendes Júnior. O recebimento da denúncia significa a abertura formal do processo penal contra os acusados. A preventiva foi decretada com base em uma suposta tentativa de coação, por parte dos presos, contra Birigüi, para quem o MPF pediu à Justiça a concessão do benefício da delação premiada, ainda não concedido. A assessoria de imprensa e os advogados de Maluf negam a coação, alegando principalmente que Birigüi é réu, logo não pode ser considerado testemunha. O doleiro seria o principal operador da remessa ilegal de até US\$ 444 milhões que teriam sido desviados dos cofres públicos paulistanos entre 1997 e 1998. A PF também recomendou em inquérito a prisão preventiva do ex-prefeito Celso Pitta, que era o chefe da administração paulistana à época dos pagamentos à Mendes Júnior, que teriam sido desviados para o esquema supostamente controlado por Maluf. O MPF, no entanto, decidiu não formalizar o pedido de prisão preventiva de Pitta.

<sup>7</sup>A polícia federal prendeu o presidente da Assembléia Legislativa de Rondônia, através da operação denominada Termópilas. O presidente da Assembléia estava sendo investigado por integrar organização criminoso que loteava as licitações e os contratos de serviços junto a Administração Pública Estadual, mediante corrupção e tráfico de influência.

menos com a imagem das pessoas, esquecendo de suas finalidades institucionais e de seu importante papel no Estado Democrático de Direito, qual seja, dar publicidade aos atos públicos para que a sociedade os possa controlar, exercendo de fato o Poder, de forma direta ou indireta.

Os ângulos das fotos que são retiradas das pessoas com certa notoriedade algemadas ou as gravações nas quais há uma verdadeira luta entre os profissionais responsáveis pela cobertura das prisões são recordes em vendas e fortalecem cada vez mais um mercado em grande ascensão.

A disputa pelo mercado das imagens em flagrante violação do direito da imagem das pessoas destacadas acima não é desconhecida pelo Poder Judiciário que, atualmente, depara-se com o grande desafio de garantir o direito de liberdade de imprensa dentro de um modelo de Estado Democrático de Direito (modelo adotado pelo Brasil), no qual os direitos fundamentais de seus cidadãos – entre eles o direito de imagem -, devem ser respeitados por todos, como forma de legitimar a atuação do Poder Estatal e das pessoas privadas.

Como os legisladores constitucionais e infraconstitucionais brasileiros competentes para a matéria nunca se preocuparam em regulamentar a utilização do uso de algemas, coube ao Poder Judiciário emprestar uma solução para resolver casos em que se usa o instrumento de coerção física mencionado.

Atento que é responsável pela guarda dos Direitos fundamentais na República Federativa brasileira, o Supremo Tribunal Federal, diante do referido acima narrado de prisões espetaculosas, do uso das algemas como forma de promover a ascensão econômica do mercado jornalístico a custas da degradação humana, da constatação do surgimento de uma verdadeira indústria de imagens de cunho policial violadora da dignidade humana, editou a Súmula Vinculante n. 11.

## **2. A NORMATIZAÇÃO DO USO DE ALGEMAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O Supremo Tribunal Federal, conforme salientado no capítulo anterior, diante da nova postura que está adotando para tutelar de forma mais eficiente os direitos fundamentais, denominada esta postura de ativismo judicial, interveio na matéria relativa ao uso de algemas no Brasil, valendo-se, para alcançar o objetivo almejado da edição de súmula vinculante.

Os temas referentes à edição de súmulas vinculantes e seus fundamentos são relevantes, visto que para que uma súmula seja criada de forma legítima, devem ser respeitados os requisitos do art. 103-A da CRFB/88<sup>8</sup>, sob pena de o ato editado pela corte Suprema ser inconstitucional.

Portanto, nos tópicos seguintes serão abordados os temas relativos à criação de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e os fundamentos para edição da súmula vinculante n. 11.

### **2.1. DA EDIÇÃO DE SÚMULA VINCULANTE**

A faculdade de o Supremo Tribunal Federal editar súmulas com caráter vinculante para todos os Poderes da República – Executivo, Legislativo e Judiciário -, foi-lhe concedida pelo povo, através de seus representantes, por meio de atuação indireta, com a aprovação pelo Congresso Nacional da Emenda Constitucional n. 45.

A emenda citada, ao instituir a possibilidade de edição de súmula vinculante pelo STF, teve como objetivo garantir que as decisões da Suprema Corte fossem respeitadas, já que no

---

<sup>8</sup>BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 out. 1998, n. 191-A.

caso de decisão contrária a súmula, o interessado pode ingressar com reclamação diretamente no STF para fazer respeitar o entendimento sumulado.

Observa-se, pois, que a súmula vinculante é um importante instrumento para obrigar os órgãos jurisdicionais inferiores a seguirem a orientação do Supremo, fato que acarreta como consequência a segurança jurídica, visto que se evita com a súmula, decisões contrárias a respeito de uma mesma matéria.

Entretanto, o poder de editar súmulas vinculantes não foi concedido ao Supremo Tribunal Federal de forma ilimitada. Para que a Corte possa editar legitimamente súmulas vinculantes é preciso que sejam preenchidos os requisitos elencados no art. 103-A da CRFB/88<sup>9</sup>, quais sejam: que haja decisão de 2/3 de seus membros e que haja decidido reiteradamente a matéria constitucional que será sumulada.

Constata-se, pois, que com esse importante mecanismo - a Súmula Vinculante -, o Egrégio Supremo Tribunal Federal pode se manifestar a respeito dos temas mais importantes para o desenvolvimento do País, dotando a sua decisão de força vinculante, ou seja, de observância obrigatória para os demais Poderes da República, pacificando e uniformizando as decisões judiciais no Brasil a respeito da matéria sumulada, cumprindo com um papel relevante em um Estado Democrático Jurídico que é proporcionar segurança jurídica aos seus cidadãos.

## **2.2. DOS FUNDAMENTOS PARA A EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N.11 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Nessa linha de raciocínio, deve-se dizer que o uso de algemas no Brasil nunca foi objeto de regulamentação específica pelo Poder Legislativo, fato que gera nos cidadãos

---

<sup>9</sup>BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 out. 1998, n. 191-A.

brasileiros a sensação de insegurança jurídica, uma vez que não se sabe precisamente os limites para a legítima atuação do Poder estatal no uso do instrumento referido.

Como o Poder Legislativo não se desincumbe de seu dever de ofício – legislar sobre o uso de algemas no Brasil -, o Poder Judiciário, em especial o Egrégio Supremo Tribunal Federal, entendeu que deveria se manifestar a respeito do tema e dotar a sua decisão de observância obrigatória para os demais Poderes da República.

Para cumprir esse desiderato o Supremo Tribunal Federal possui um importante instrumento que é a edição de súmula vinculante, entretanto a edição de súmulas pelo Supremo depende da decisão de 2/3 dos seus membros e que a matéria objeto da súmula tenha sido decidida reiteradamente por seus integrantes.

Aproveitando-se que a matéria – uso de algemas -, foi submetida à decisão da Corte Suprema por meio do *Habeas Corpus* nº 91.952, o relator do *Writ*, Ministro Marco Aurélio, propôs aos demais Ministros que estavam presentes a sessão plenária, que o Supremo Tribunal pacificasse o tema através de edição de súmula vinculante.

Esclareceu o Ministro relator em seu voto que o uso de algemas no país estava sendo feito sem critério. Ressaltou que as autoridades policiais estavam fornecendo a sociedade verdadeiros espetáculos de degradação da dignidade humana, visto que algumas pessoas, em especial com certa notoriedade, estavam sendo submetidas à execração pública.

A sugestão do Ministro Marco Aurélio foi acompanhada pela Corte, sendo aprovada a redação da súmula vinculante nº 11 nos seguintes termos:

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.

Verifica-se, pois, que a súmula vinculante nº 11 preencheu os requisitos previstos no art. 103-A da CRFB/88, visto que foi editada com a aprovação de mais de 2/3 dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e após decisões reiteradas<sup>10</sup> da Corte sobre a matéria objeto da súmula, não havendo, portanto, qualquer vício formal no processo de sua criação.

Portanto, constata-se que o Supremo Tribunal Federal normatizou a utilização de algemas no Brasil, de modo que a medida somente é justificada se for por escrito e 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, 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.

### **3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA VINCULANTE N. 11 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A Constituição Brasileira de 1988, por ter sido promulgada e não outorgada, reflete as opções políticas do seu povo, devendo, pois, ser respeitada por todos, visto que se todo poder

---

<sup>10</sup> Analisando os precedentes da Suprema Corte, a primeira vez que o uso de algemas foi enfrentado, ocorreu no Recurso Ordinário no *Habeas Corpus* de nº 56.465-8, no qual a Segunda Turma ao julgar o Writ impetrado por paciente que assistiu ao depoimento testemunhal algemado decidiu, no dia 05 de setembro de 1978, que o uso de algemas não constitui constrangimento ilegal, quando necessário a preservar a segurança das testemunhas e evitar a fuga dos presos. Entendeu o eminente Ministro Relator Cordeiro Guerra, sendo acompanhado pelos demais Ministros, que compete ao Juiz instrutor a disciplina das audiências e a condução dos trabalhos, de modo a preservar o respeito à justiça e a garantia da ordem. Em 25 de outubro de 1994, a Suprema Corte novamente foi instada a se manifestar sobre a utilização de algemas no HC 71.195-2/SP, no qual o Ministro Relator Francisco Rezek, mantendo a decisão no precedente anteriormente citado, corroborou o entendimento de que o uso de algemas não constitui constrangimento ilegal desde que o mesmo fosse essencial à ordem dos trabalhos e à segurança dos presentes. A Suprema Corte a partir dos precedentes acima citados começava a se inclinar para o entendimento da excepcionalidade do uso das algemas, uma vez que em ambos a orientação do pretório Excelso foi no sentido de que somente para manter a ordem nas Audiências e a segurança dos presentes seria legítimo o uso de algemas. A eminente Ministra Carmén Lucia, no HC 89.429-1, seguindo a tendência dos precedentes da Corte, concedeu a ordem para que fosse garantido a Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, denunciado com terceiros, com base em investigações procedidas na denominada “Operação Dominó”, o direito de que não fosse algemado em sua condução ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça em ação criminal que contra ele lá tramitava. Utilizou como argumento, dentre outros, a eminente Ministra Relatora que, apesar de a matéria não está tratada, específica e expressamente, nos Códigos Penal e de Processo Penal, a utilização de algemas não pode ser arbitrária, uma vez que devem ser respeitados os princípios constitucionais vigentes, especialmente, os da razoabilidade e proporcionalidade.

emana do povo que o exerce diretamente ou indiretamente, desrespeitar uma das normas constitucionais – princípios ou regras -, significa ignorar a vontade popular.

O reconhecimento de que todo o poder da República Federativa brasileira emana do povo foi destacado pelo Poder Constituinte Originário no art. 1º, § único, da CRFB/88, que afirmou que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.

A vontade popular revelada no texto constitucional não pode ser ignorada, visto que a harmonia no território do Estado brasileiro somente é conseguida através do respeito de seus cidadãos, garantindo-se aos mesmos a intangibilidade dos direitos fundamentais.

Constata-se, pois, que diante da gravidade que é violar as normas constitucionais – uma vez que não se respeita às opções políticas do povo -, deve-se estabelecer uma sanção, sob pena de retirar o conteúdo obrigacional das normas citadas as transformando em simples manifestação de censura ou crítica.

Cabe destacar que nenhum ato contrário a Constituição Federal deve ser válido, devendo recair sobre o ato a sanção mais grave, qual seja, a declaração de sua nulidade. No sentido do que foi exposto, embora se refira somente a ato legislativo, mas o raciocínio deve ser aplicado a qualquer ato do Poder Público, valiosas são as lições do Professor Luis Roberto Barroso<sup>11</sup> conforme pode ser constatado abaixo:

Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. E a falta de validade traz como consequência a nulidade ou anulabilidade. No caso da lei inconstitucional, aplica-se a sanção mais grave, que é a da nulidade. Ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito. Tal doutrina já vinha proclamada no Federalista e foi acolhida por Marshall, em *Marbury v. Madison*.

---

<sup>11</sup>BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008, p.37.

Observa-se, pois, que deve ser aplicada a doutrina da nulidade aos atos contrários a Constituição Federal, visto que por o ato violar a vontade popular refletida no texto da Carta Fundamental a sanção de validade deve ser a mais grave.

Como consequência reconhecendo-se a nulidade do ato deve ser declarada a sua nulidade, sendo certo que ao se declarar a nulidade retira-se do mundo jurídico todos os efeitos produzidos pelo o ato, devendo todas as relações jurídicas com base nele voltar ao *status quo ante*. No mesmo sentido do texto manifestou-se a doutrina<sup>12</sup> pátria no que tange aos efeitos do ato inconstitucional:

Corolário natural da teoria da nulidade é que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório – e não constitutivo –, limitando-se a reconhecer uma situação preexistente. Como consequência, seus efeitos se produzem retroativamente, colhendo a lei desde o momento de sua entrada no mundo jurídico. Disso resulta que, como regra, não serão admitidos efeitos válidos à lei inconstitucional, devendo todas as relações jurídicas constituídas com base nela voltar ao *status quo antes*.

Portanto, o ato contrário a Constituição federal deve ser declarado nulo e todas as relações jurídicas que se formaram com base no mesmo, devem ser desfeitas, retornando as partes ao estado anterior (*status quo ante*) ao momento da constituição da relação jurídica mencionada.

### **3.1. DO PEDIDO DE CANCELAMENTO DA SÚMULA VINCULANTE N. 11 FEITO PELA COBRAPOL (CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DOS TRABALHADORES POLICIAIS CIVIS)**

A Suprema Corte brasileira, ao editar a súmula vinculante n. 11, acreditou que a matéria relacionada ao uso de algemas no Brasil seria pacificada, entretanto, apesar de

---

<sup>12</sup>ibid. p. 38.

juridicamente a súmula ser de observância obrigatória para os três Poderes da República, no campo das idéias – em especial na doutrina -, a discussão do tema após a edição da súmula ganhou fôlego.

O debate na doutrina expandiu-se, uma vez que a Constituição Federal em seu art. 103-A, §2º, prevê procedimento para o cancelamento de súmula vinculante editada pela Corte Suprema.

Após a edição da súmula referida é possível destacar na doutrina brasileira duas correntes de pensamento no que tange a validade – constitucionalidade -, da súmula vinculante n. 11.

A primeira corrente de pensamento é capitaneada pelo professor Nagib<sup>13</sup> Slaibi Filho que entende que a súmula vinculante n. 11 seria inconstitucional, uma vez que, na prática, não seria observado o princípio constitucional da igualdade ou isonomia previsto no art. 5º, caput, da CRFB/88, para o emprego das algemas.

Afirma o autor que os presos de melhores condições sócio-econômicas não utilizariam mais algemas em nosso país, havendo, pois, um intolerável tratamento desigual entre as pessoas presas, sendo esta desigualdade degradante – avultante -, a dignidade humana.

Ressalta que não importa o fundamento da prisão: provisória, definitiva, por inadimplemento de pensão alimentícia, em flagrante delito por contravenção – qualquer preso deve ser, de imediato, revistado e algemado.

Portanto, a primeira posição doutrinária, adotada pelo professor Nagib Slaibi Filho, rejeita, em sua totalidade, a súmula nº 11 editada pela Suprema Corte, em razão dos argumentos acima expostos, por entendê-la inconstitucional.

---

<sup>13</sup>SLAIBI FILHO, Nagib. *Notas às Súmulas Vinculantes Administrativas*. Rio de Janeiro: Revista da Emerj N° 47 V. 12, 2009, p. 54 e 55.

A segunda corrente criada pelos professores Tourinho<sup>14</sup> e Capez<sup>15</sup> se posiciona pela constitucionalidade da Súmula vinculante n. 11, editada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Antes de enfrentar a questão do uso das algemas, ensinam os professores referidos que o agente público quando efetiva a prisão, deve sempre observar o princípio geral de que não será permitido o uso da força. Ressaltam, entretanto, que o agente público, excepcionalmente, poderá utilizar a força nos casos de resistência e de tentativa de fuga do preso.

Transportando o raciocínio acima fixado para o emprego das algemas que, sem dúvidas, é um ato de utilização de força estatal, concluem os renomados autores que o agente público que utilizar as algemas fora dos casos excepcionais previstos no art. 284 do Código de Processo Penal responderá pelo crime de abuso de autoridade previsto na Lei nº 4898/1965.

Por fim, arrematam os professores que, embora editada tardiamente, a súmula vinculante número 11 é constitucional servindo, pois, como meio de garantia dos direitos fundamentais.

Portanto, a segunda orientação da doutrina brasileira em relação à súmula vinculante número 11 é no sentido de sua constitucionalidade.

Apoiada na primeira corrente de pensamento defendida pelo professor Nagib Slaibi Filho e sustentando que a súmula vinculante n. 11, editada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal viola os princípios constitucionais da Separação dos Poderes, Republicano e do Estado Democrático de Direito, a Confederação Brasileira dos Trabalhadores Policiais Civis

---

<sup>14</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 461 a 465.

<sup>15</sup>CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 301 a 304.

<sup>16</sup>(Cobrapol) ingressou na Corte Suprema com pedido de cancelamento da Súmula Vinculante n. 11, através da petição nº 4.428 que foi autuada como proposta de súmula vinculante nº 13.

### 3.2. DA ANÁLISE DO PEDIDO DE CANCELAMENTO DA SÚMULA

Antes da análise do pedido de cancelamento da súmula feito pela Cobrapol, deve ser analisada a questão da constitucionalidade do verbete sumular, uma vez que a análise da validade do ato é fundamento para o seu eventual cancelamento.

No Brasil, costuma-se dizer que não há regulamentação do uso das algemas. Entretanto, tal assertiva não encontra respaldo diante do ordenamento jurídico vigente, uma vez que apesar de não haver texto legal expresso em relação à utilização de algemas, há uma normatização sobre o uso do instrumento.

Existe diferença entre texto legal e norma, segundo o professor Humberto Ávila<sup>17</sup>:

---

<sup>16</sup>A Confederação Brasileira dos Trabalhadores Policiais Civis (Cobrapol) ajuizou, no Supremo Tribunal Federal (STF), a Petição (PET) 4428, em que pede o cancelamento da Súmula Vinculante nº 11, que restringe o uso de algemas a casos excepcionais e prevê a responsabilização da autoridade que desrespeitar esta norma. A entidade alega "manifesta ilegalidade cometida pela Suprema Corte do país, ao editar uma súmula que viola a Constituição Federal de 1988, uma vez que viola o que se entende por igual tratamento entre todos (princípio da isonomia)". A entidade sustenta que "o direito de imagem violado pela imprensa sensacionalista versus a liberdade de informação não pode colocar em xeque o direito à segurança e à vida dos profissionais da Segurança Pública". Entretanto, alega, "ao editar a Súmula Vinculante nº 11 de forma negligente, o STF acabou criando uma norma para proteção da elite corrupta do país. Provavelmente, não era o que queria a Suprema Corte, mas é o que efetivamente vem acontecendo". A Cobrapol observa que o policial, por ser policial, não tem a capacidade de prever se o indivíduo que está prendendo ou conduzindo preso vai ter esta ou aquela reação e quando deve usar algemas. Ela concorda com a tese - que acabou precipitando a edição da Súmula Vinculante nº 11 - de que "a exposição vexatória (de pessoas) é, em si mesma, deplorável". Mas pondera que "inverter a escala de valores ao ponto de colocar as suscetibilidades de criminosos acima da segurança pessoal do policial, isto é, do seu elementar direito à vida e à incolumidade física, é de uma insensatez abominável". Segundo ela, "essa súmula seria aceitável se editada após estudo específico", após um compartilhamento de informações sobre a possibilidade de conciliar a prática com a teoria. A Cobrapol alega, também, que a Súmula Vinculante nº 11 "fere de morte a relação entre as funções típicas de cada poder, pois usurpa a função do Poder Legislativo (que tem função típica de elaborar leis)". Recorda, também, que a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 /84) é clara quando dispõe, em seu artigo 199 : "O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal". Portanto, não caberia ao STF disciplinar a matéria, legislando, como ocorreu. Ela sustenta que, se o mencionado decreto ainda não foi editado, "cabe aos interessados ajuizarem mandado de injunção, que é o meio eficaz de lembrar, a quem tem o dever, da necessidade da regulamentação pretendida". Segundo ela, "o que não se admite é que, através de Súmula Vinculante, o STF passe a legislar positivamente". Como a Cobrapol formulou um pedido de assistência judiciária, o processo foi encaminhado à Presidência do STF, nos termos do artigo 13, inciso V, do Regimento interno da Corte ( RISTF ).

Norma não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto de interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.

Após fazer a diferença entre texto e norma, demonstrando que pode haver texto sem norma e norma sem texto, arremata o ilustre professor Humberto Ávila<sup>18</sup>:

Em alguns casos há norma, mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que prevêm os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mas sem dispositivos específicos que lhes dêem suporte físico. Em outros casos há dispositivo, mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus? Nenhuma. Então há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma.

Diante da assertiva acima posta, de que no Brasil há a normatização do uso de algemas, será demonstrado adiante quais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que dão suporte ao que se sustenta, assim como os princípios constitucionais que devem servir como norte para o intérprete fixar os limites da norma extraída.

A Constituição Federal brasileira iniciasse – art. 1º -, afirmando que a República Federativa do Brasil se constituirá em Estado Democrático de Direito e possuirá como fundamento a dignidade da pessoa humana.

A declaração de que a República Federativa brasileira se constituía em Estado Democrático de Direito importa duas conseqüências. O ser um Estado de Direito implica que as estruturas estatais devem pautar-se pelos critérios do Direito, e não pelos da força, prepotência ou do arbítrio, devendo a força ser utilizada de forma excepcional, desde que observado o princípio da proporcionalidade. O ser um Estado Democrático significa que os cidadãos dele participam, sendo seus artífices e destinatários das principais emanações.

---

<sup>17</sup>ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.30

<sup>18</sup>Ibid. p. 30.

Portanto, como consequência da adoção do Estado de Direito os Entes Federados somente poderão usar a força de forma excepcional e proporcional.

O uso moderado da força em um Estado de Direito foi observado pelo sociólogo Max Weber cuja lição foi registrada pela moderna doutrina brasileira<sup>19</sup>, conforme pode ser observado abaixo:

À luz do pensamento de Max Weber, de resto compartilhado pela generalidade dos teóricos do Estado e dos cientistas políticos, o conceito de violência legítima é a pedra de toque para a compreensão do Estado de Direito como instrumento de racionalização/institucionalização ou, se preferirmos, de legitimação do exercício do Poder.

Da análise do art. 1º da Constituição Federal de 1988 conclui-se que a utilização da força em um Estado Democrático de Direito somente é legítima se for empregada de forma excepcional e proporcional, sendo ilegítima quando utilizada de forma geral, ou seja, quando não demonstrado os motivos determinantes para o seu emprego excepcional.

Ainda analisando a Constituição Federal, o seu art. 5º, assegura que ninguém será submetido a tratamento degradante. Do artigo constitucional mencionado conclui-se que se uma pessoa é algemada sem que a medida seja necessária, a mesma está sendo submetida a tratamento degradante, razão pela qual reforça a idéia da excepcionalidade do emprego da força pelo o Estado, sendo certo que o uso de algemas, sem dúvidas, é um ato de emprego de força estatal. Logo, se chega à conclusão que a utilização das algemas deve ser feito de forma excepcional, já que o seu uso de forma desmedida acarreta em submeter as pessoas presas a tratamento degradante, sendo este vedado por força da aplicação do princípio da dignidade humana.

---

<sup>19</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 62.

Refletindo a razão das leis constitucionais acima referidas, as leis infraconstitucionais não se afastam da idéia de que o uso da força pelo o Estado deve ser feito de forma excepcional.

Começando a análise das leis infraconstitucionais brasileiras pelo o art. 234, §1º, do Código Penal Militar, constata-se que o uso de algemas somente será permitido quando haja perigo de fuga ou agressão por parte do preso, ou seja, pelo Código Penal Militar o uso de algemas é a exceção que somente se legitima nos casos de perigo de fuga do preso ou agressão por parte do mesmo.

A mesma *mens legis* adotada pelo Código Penal Militar brasileiro foi seguida pelo Código de Processo Penal, conforme pode ser verificado pelo art. 284 deste diploma legal que dispõe que não será permitido o uso da força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga pelo preso. Sendo o emprego de algemas um ato de exteriorização da força estatal, constata-se pelo CPP que as algemas somente devem ser utilizadas de forma excepcional.

Observa-se pela leitura do art. 292 do Código de Processo Penal que a força somente pode ser utilizada nos casos de prisão em flagrante nos casos de resistência do preso, sendo esta medida, portanto, excepcional.

No sentido da excepcionalidade no uso de algemas, o art. 474, §3º, do CPP, preceitua que não será permitido 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. Mais uma vez a lei infraconstitucional externou que a utilização das algemas pelos presos deve ser feita de forma excepcional.

Por fim, dispõe o art. 10, III, da Lei n. 9.537/97, que o Comandante, no exercício de suas funções e para garantia da segurança das pessoas, da embarcação e da carga transportada,

pode ordenar a detenção de pessoa em camarote ou alojamento, se necessário com algemas, quando imprescindível para a manutenção da integridade física de terceiros, da embarcação ou da carga. Da análise do dispositivo em questão, verifica-se que o uso de algemas deve ser feito de maneira excepcional.

Analisando os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais acima mencionados se chega à conclusão que a utilização das algemas é medida excepcional somente se justificando nas seguintes hipóteses: a) impedir ou prevenir a fuga, desde que haja fundada suspeita ou receio; b) evitar agressão do preso contra os próprios policiais, terceiros ou contra si mesmo.

Do exposto, conclui-se que a primeira parte da súmula vinculante n. 11 que afirma que só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, é constitucional, devendo ser mencionado que a imposição da súmula de que a justificativa seja por escrito tem por finalidade a facilitação do controle dos atos estatais pelo cidadão, no caso, os motivos excepcionais que serviram de fundamento para a utilização das algemas.

No que tange as sanções previstas pela súmula, quais sejam: pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado, não há qualquer invalidade nas mesmas, não devendo, pois, ser acoimadas de inconstitucionais.

O agente público quando exerce as suas funções deve agir pautado de acordo com a lei, já que a Administração Pública rege-se pelo princípio da legalidade administrativa, ou seja, a Administração somente pode atuar se houver lei prevendo a possibilidade de sua atuação.

Da premissa acima fixada decorre que se o agente atua sem observar a lei ou os seus limites seu ato é eivado de ilegalidade, devendo o mesmo responder por este desvio na via administrativa, através de processo disciplinar, podendo, pois, lhe ser imposta sanção disciplinar. Logo, a súmula vinculante n. 11, ao prevê a possibilidade de sanção disciplinar ao agente que utiliza algemas não observando os requisitos que estipulou, somente revela sanção que já existe no ordenamento jurídico, não havendo, pois, o vício de inconstitucionalidade em sua previsão.

De mesma sorte, o agente público quando emprega as algemas fora dos casos previstos na súmula, comete ato ilícito causando danos a terceiros. Portanto, pelo art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal brasileira, tanto o agente público que ocasionou o dano por empregar as algemas de forma indevida no preso submetido a sua guarda quanto o Estado respondem de forma objetiva pelo dano causado. Do exposto, conclui-se que a súmula ao prevê a sanção civil somente revelou a responsabilidade civil dos agentes públicos e dos Estados por danos causados a terceiros, não havendo, pois, que se falar em inconstitucionalidade da sanção civil prevista na Súmula Vinculante n. 11.

No que tange à sanção criminal, não há qualquer vício de inconstitucionalidade, já que a conduta da autoridade pública que emprega de forma indevida as algemas nos presos configura abuso de autoridade previsto no art. 4º, b, da Lei n. 4.898/65, que dispõe que constitui abuso de direito a autoridade que submeter pessoa sob a sua guarda ou custódia a vexame ou constrangimento não autorizado em lei. Portanto, constata-se que não há inconstitucionalidade na fixação de sanção criminal pela súmula vinculante n.11.

Do exposto, verifica-se que a primeira parte da simula vinculante acima referida não é inconstitucional, uma vez que a Egrégia Corte Suprema não criou requisitos para a edição da súmula, somente esclareceu os casos em que o ordenamento jurídico admite a utilização das

algemas e as sanções correspondentes que, inclusive, já se encontravam de forma esparsa nas leis referidas.

A Suprema Corte, entretanto, na segunda parte da súmula – que prevê a nulidade das prisões cautelares nos casos em que os agentes públicos não observem os requisitos para a utilização das algemas previstos na súmula -, inovou no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo como consequência nulidade de prisão não prevista em lei e acarretando, com isso, a imediata colocação em liberdade do preso de forma cautelar.

As prisões cautelares – em flagrante, preventiva e temporária -, de acordo com o art. 312 do CPP, podem ser decretadas pelos Juízes para garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Analisando o dispositivo em comento verifica-se, pois, que o mesmo não objetiva somente garantir a efetividade de um provimento judicial definitivo no futuro, mas sim garantir a segurança da ordem pública e econômica, afastando, pois, excepcionalmente, um eventual acusado do seio da sociedade com a finalidade de proteger esta de sua possível prática criminosa.

É importante, pois, ressaltar, conforme demonstrado, que as prisões cautelares cumprem um importante papel na sociedade não só porque permitem a eficácia de um futuro provimento judicial definitivo, mas sim porque defendem a sociedade de um potencial criminoso de que cuja prática é capaz de afetar seu desenvolvimento.

Deve ser mencionado que a lei faculta aos Juízes a possibilidade de que, de forma fundamentada, ordenem ou não, a prisão da pessoa submetida a processo judicial, desde que, estejam presentes os requisitos das prisões cautelares, devendo os magistrados, em razão do princípio da presunção de inocência, decretarem estas prisões de forma excepcional.

Em que pese a decretação da prisão preventiva ser exceção, pois a regra é a liberdade, não pode o Juiz deixar de decretá-la quando presentes os seus requisitos no caso concreto, já que deixando de aplicá-la poderá permitir que o acusado lesione a ordem pública ou econômica ou prejudicar a aplicação da lei penal.

A súmula vinculante nº 11 editada pelo Supremo Tribunal Federal, ao prever a nulidade da prisão que não houvesse observado os requisitos que estabeleceu para a correta utilização de algemas pelos agentes públicos, ignora os fundamentos empregados pelo magistrado que decretou a prisão preventiva, fazendo com que o acusado no processo penal, possa, colocado em liberdade, lesionar as ordens acima mencionadas, assim como prejudicar a aplicação da lei penal em um futuro pronunciamento judicial definitivo.

No caso, a prisão cautelar decretada pelo magistrado será declarada nula por ato estranho aos requisitos previstos para o seu reconhecimento, mesmo que esta acarrete grave lesão à ordem pública ou prejudique a aplicação da lei penal.

A nulidade criada, de ofício, pelo Supremo Tribunal Federal, viola o princípio da proporcionalidade não sob o viés da proibição do excesso, mas sim sob o ângulo da proibição da proteção insuficiente<sup>20</sup>, pois, a súmula ao permitir a decretação da nulidade da prisão cautelar com base em fato estranho aos requisitos da prisão, faz com que a ordem pública seja protegida de forma insuficiente ou que a aplicação da lei penal seja frustrada.

---

<sup>20</sup>O Supremo Tribunal Federal, no HC 104.410/RS, no qual foi relator o Ministro Gilmar Mendes reconheceu que o princípio da proporcionalidade possui duplo aspecto: o da proibição do excesso e da proibição da proteção insuficiente. No caso posto em análise a Corte Suprema entendeu ser constitucional o crime de porte de arma de fogo, crime de perigo abstrato, uma vez que o mesmo visa proteger de forma eficiente a vida, a liberdade e outros bens, já que a danosidade é inerente a arma de fogo. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscricção da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa.

Imagine-se, a título de exemplo, que um traficante de uma organização criminosa reconhecida no estado do Rio de Janeiro seja preso de forma cautelar para que se garanta a ordem pública e a aplicação da lei penal. Suponha que este traficante seja algemado sem que o agente público tivesse justificado seu ato por escrito. Pela súmula, deve ser reconhecida a nulidade desta prisão e o acusado ser colocado em liberdade.

As consequências do reconhecimento da nulidade das prisões prevista na súmula são graves, não podendo a nulidade ser considerada constitucional em face do princípio da proibição da proteção insuficiente que tem como fundamento o Estado Democrático de Direito, no qual se constituiu a República Federativa Brasileira.

A segunda parte da súmula vinculante nº 11, diante do exposto, é inconstitucional porque viola o princípio da proporcionalidade.

Retornando ao pedido de cancelamento da súmula vinculante nº 11 feito pela Cobrapol, o mesmo deve ser julgado parcialmente procedente, uma vez que somente deve ser retirada da súmula a parte que prevê a nulidade das prisões que forem decretadas quando não tenham sido observados os requisitos que determina, já que esta é a única parte da súmula que inconstitucional porque, conforme demonstrado, viola o princípio da proporcionalidade no que tange ao seu aspecto de vedação de proteção insuficiente dos bens jurídicos.

### **3.3. DAS CONSEQUÊNCIAS DA DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA SEGUNDA PARTE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

Os Constituintes derivados, através da edição da Emenda Constitucional nº 45, estabeleceram a faculdade de o Supremo Tribunal Federal criar súmulas vinculantes com a

finalidade de que os pronunciamentos da corte fossem respeitados diretamente pelos tribunais inferiores e demais Poderes.

Entretanto, os parlamentares não pensaram na hipótese de o próprio Supremo Tribunal Federal criar um ato inconstitucional, uma vez que cabe a esta corte estabelecer a interpretação, em última instância, da Constituição Federal.

No caso da súmula vinculante nº 11, a egrégia Corte ao criar nulidade de prisão não prevista em lei – declaração de nulidade de prisão quando não observar os requisitos que estabeleceu -, inovou no ordenamento jurídico, sem observar, pois, o princípio da proporcionalidade sob o ângulo da proibição da proteção insuficiente, já que a prisão cautelar será declarada nula por ato estranho aos requisitos para a sua fixação previsto no art. 312 do CPP.

Logo, a nulidade criada pela Corte Suprema é inconstitucional, devendo, portanto, neste ponto a súmula deixar de ser aplicada, devendo, o STF, conforme exposto acima, no pedido de cancelamento da súmula vinculante nº 11 feito pela Cobrapol, retirar da mesma a expressão: “e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere”.

Porém, a retirada da expressão mencionada acarretará um problema prático, visto que a lei não prevê quais os efeitos que serão produzidos pelo reconhecimento da inconstitucionalidade de parte da súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal.

Posto de outra forma, o que irá acontecer com as prisões declaradas nulas por não terem observados os requisitos previstos na súmula para a utilização das algemas, após o STF reconhecer que a nulidade que criou é inconstitucional?

A Suprema Corte deverá reconhecer a inconstitucionalidade da nulidade prevista na súmula vinculante nº 11, todavia deverá modular os efeitos da decisão que proferir para que somente alcancem os fatos ocorridos após a publicação da decisão que cancelar a parte da súmula inconstitucional.

A modulação dos efeitos da decisão que cancelar em parte a súmula vinculante nº 11, apesar de não ter previsão legal, pode ser extraído do princípio da segurança jurídica, já que restabelecer as prisões que foram declaradas nulas após um longo transcurso de tempo, não é razoável, não estando presentes, pois os requisitos de sua cautelaridade.

Cabe destacar, pois, que nada impede que o magistrado responsável pela prisão cautelar que foi declarada nula por não ter observado a súmula vinculante nº 11, a decrete novamente, desde que presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

## **CONCLUSÃO**

A utilização das algemas no Brasil nunca foi regulamentada pelo Poder Legislativo, e ficava dentro do poder discricionário de cada autoridade pública, decidir ou não pelo seu uso, não havendo, pois, critérios definidos.

A edição da Súmula vinculante nº 11 pelo Egrégio Supremo Tribunal foi importante para regular a utilização das algemas, trazendo para os aplicadores do Direito, critérios definidos, acarretando, portanto, segurança jurídica e protegendo a dignidade das pessoas submetidas ao seu uso que, conforme foi destacado ao longo do artigo, possuem uma certa notoriedade, evitando, pois, a exposição pública do preso.

Entretanto, a Egrégia Corte, ao fazer a previsão na súmula de sanção de nulidade para os casos em que as algemas fossem utilizadas sem a observância dos critérios que explicitou, inovou no ordenamento jurídico pátrio, incorrendo, pois, em criação de ato inconstitucional, ou seja, de ato inválido.

Ressalta-se no presente estudo a importância da súmula vinculante nº 11, entretanto propõem-se que a sanção de nulidade criada pelo Supremo Tribunal Federal seja retirada do

texto, reconhecendo-se a inconstitucionalidade somente desta expressão, visto que a permanência da sanção referida acarretará em proteção insuficiente da ordem pública e da efetiva aplicação da lei penal.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 89.429-1. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Publicado no DJ 22.08.2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque e Holanda. *Novo Aurélio: O Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Edson. *PF transforma prisão de Flávio Maluf em show ilegal para a TV Globo*. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/29731.shtml>>. Acesso em 13 nov. 2012.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Notas às Súmulas Vinculantes Administrativas*. Rio de Janeiro: Revista da Emerj N° 47 V. 12, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.