

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS .....</b>	<b>8</b>
<b>1. PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>12</b>
1.1. Princípio do devido processo legal .....	15
1.2. Princípio da dignidade da pessoa humana .....	16
1.3. Princípio da igualdade .....	18
1.4. Princípio do estado de inocência.....	23
1.5. Princípio da proporcionalidade.....	24
<b>2. A PRISÃO E AS MEDIDAS CAUTELARES.....</b>	<b>27</b>
2.1. Prisão preventiva.....	28
2.2. Prisão temporária .....	30
2.3. Prisão em flagrante .....	31
2.4. Liberdade Provisória.....	32
2.5. Da prisão especial.....	33
<b>3. A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DO USO DE ALGEMAS E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE .....</b>	<b>37</b>
3.1. O uso das algemas na atividade policial .....	38
3.2. A falta de regulamentação nacional do uso de algemas .....	41
3.3. A vedação do uso de algemas e o princípio da igualdade sob o prisma do tratamento diferenciado dos indivíduos .....	44
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>54</b>

## INTRODUÇÃO

A forma como a Polícia Federal tem empregado as algemas dissemina, atualmente, intenso debate acerca do assunto, sendo que, o uso indiscriminado desse utensílio, pelos danos que provoca, deixa receosa toda a sociedade quanto à atuação do Estado na esfera criminal. Nessa seara, versa esta monografia sobre a questão do uso da algema (objeto), delimitada ao questionamento dos critérios de sua realização, tendo por norte o princípio constitucional da igualdade.

Indaga-se, dessa feita, quais seriam os melhores parâmetros para a viabilidade e a legitimidade do uso das algemas. Em especial, questiona-se se a distinção operada pelo art. 234, § 1º do Código de Processo Penal Militar (CPPM) deve ser considerada como válida atualmente, perante a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que consagrou o princípio da igualdade. Levando-se em conta tal problema, elege-se como interrogante científica, a seguinte perquirição: o emprego das algemas, aplicado de acordo com as exceções de determinadas pessoas que possuem a prerrogativa de prisão especial (tal qual estatui o art. 234, § 1º do CPPM), fere o princípio constitucional da igualdade?

Assenta-se inicialmente que, regra geral, é vedado o uso de algemas. Nessa vertente, as hipóteses que autorizam o emprego de tal utensílio são exceções, avaliadas de acordo com as condições estabelecidas pela Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal (STF), quais sejam, resistência, receio de fuga e periculosidade por parte do indivíduo.

Ainda, com fundamento nesses mesmos critérios, indica-se como objetivo geral e também como hipótese desta monografia a demonstração do art. 234, § 1º do CPPM como incompatível com o princípio constitucional da igualdade. Isso porque tal dispositivo faz distinção entre indivíduos sem fundamento razoável, apoiando-se na condição social mais elevada das pessoas a quem concede o privilégio de não se submeter ao uso de algemas, ainda que o perigo do caso concreto assim o determine.

Confirma tal hipótese o parecer abrigado como marco-teórico desta monografia, propugnado por Eugênio Pacelli de Oliveira, onde se defende que a distinção supramencionada viola o princípio constitucional da igualdade,

principalmente quando discrimina os indivíduos com base no seu grau de escolaridade.

Assim, com alicerce em tais fundamentos, esta pesquisa se pautará em sua metodologia na investigação transdisciplinar, de caráter teórico-dogmático, a envolver o Direito Processual Penal e o Direito Constitucional, tomando-se como objetivos específicos, eminentemente, a análise das leis concernentes ao tema e a pesquisa bibliográfica. Isso como forma de apoiar a solução encontrada, nas prescrições do direito positivo e no entendimento da doutrina a respeito.

O ganho jurídico do trabalho, obviamente, está na identificação do problema e na análise de suas implicações, de modo a se contribuir na resolução de alguns entraves no emprego das algemas, esclarecendo-se, outrossim, como esta deverá ser utilizada em face do princípio constitucional da igualdade.

Quanto ao ganho social, pondera-se que a falta de regras claras e objetivas, disciplinando o uso de algemas em diligências realizadas por agentes e delegados federais no âmbito da iniciativa privada, prejudica a economia brasileira, em vista da insegurança jurídica a inibir investimentos e, em consequência, a dificultar o aumento da produção e a geração de novos empregos.

No que se refere ao ganho pessoal, observa-se que este trabalho oferece conhecimentos consistentes não só para a instrumentalização acadêmica, mas também para a atuação profissional, refletindo-se mais visivelmente no âmbito policial, visto que contribui para o aperfeiçoamento do treinamento no emprego das algemas.

O capítulo primeiro deste trabalho, “Princípios, direitos e garantias constitucionais” busca, sobretudo, explanar o panorama no qual se insere o princípio da igualdade e as garantias constitucionais do indiciado ou acusado, no que diz respeito à esfera penal.

No capítulo segundo, “A prisão e as medidas cautelares”, procura-se aclarar os procedimentos acautelatórios que restringem a liberdade do réu, arrolando-se as espécies de prisões existentes e as hipóteses de liberdade provisória.

Por fim, o capítulo terceiro, “A falta de regulamentação do uso de algemas e o princípio constitucional da igualdade”, detalha o uso das algemas na atividade policial; a falta de regulamentação do uso de algemas no ordenamento jurídico nacional; assim como a vedação do uso de algemas, confrontada com o princípio constitucional da igualdade e o tratamento diferenciado dos indivíduos.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Aborda-se, inicialmente, os conceitos centrais deste trabalho monográfico, com o fito de se compreender sua função no deslinde do tema ora tratado. São estes os conceitos de: Estado Democrático de Direito, princípio da igualdade e algemas.

O Estado Democrático de Direito é delimitado como um Estado submetido às normas de direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional.

Segundo Dias<sup>1</sup> é um Estado no qual se estabelece estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, democracia e Estado de Direito, ou seja, um Estado Constitucional Democrático de Direito.

A dimensão atual e marcante do Estado Constitucional Democrático de Direito, afirma Dias, resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento se dá pelas normas constitucionais. Para se chegar a essa conclusão, Dias esclarece que se deve perceber que a democracia, atualmente, mais do que ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação de exercício do poder, que tem origem no povo, concluindo que daí resulta o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo o poder emana do povo.<sup>2</sup>

Diante da afirmação, podemos verificar que a Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 1º já explicita esta afirmativa ao declarar que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e, em seu parágrafo único, preconiza que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Nesse parágrafo único, afirma Carvalho *apud* Moraes,<sup>3</sup> revela-se presente o princípio democrático que exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país,

À propósito, Canotilho *apud* Dias assegura que:

---

<sup>1</sup> DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.93/107.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 21.

[...] a teorização do Estado Democrático de Direito centra-se em dois pontos fundamentais, “o Estado limitado pelo direito e o poder político legitimado pelo povo”, permitindo as conclusões de que “o direito é o direito interno do Estado; o poder democrático é o poder do povo que reside no território do Estado ou pertence ao Estado”.<sup>4</sup>

Nessa ordem, o Estado Democrático de Direito se funda em dois pilares centrais: o direito positivo e a legitimação dada pelo povo ao poder político exercido.

Para se definir uma abrangência do significado de povo, Dias explica:

Como povo, há de se entender a comunidade política do Estado, composta de pessoas livres, dotadas de direitos subjetivos umas em face das outras e perante o próprio Estado, fazendo parte do povo tanto os governados como os governantes, pois estes são provenientes do povo, sejam quais forem suas condições sociais, todos obedientes às mesmas normas jurídicas, sobretudo à Constituição, que é o estatuto maior do poder político.<sup>5</sup>

A idéia fundamental de democracia, dessa maneira, está relacionada à fonte de legitimação do poder, que é o povo, dele emanando o exercício do poder pelo Estado.

Em razão disso, expõe-se que:

[...] o povo elege seus representantes, cujos trabalhos legislativos devem refletir o pensamento popular na construção dos conteúdos das normas de direito a serem observadas nas relações sociais e no exercício das funções e das diferentes atividades desenvolvidas pelos órgãos do Estado. Também ocorre que, a partir daí, os destinatários e atingidos pelos atos estatais são potencialmente todos aqueles que residem no território do Estado, ou seja, o povo, a comunidade política, integrada pelos governantes e governados.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.93/107.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> Idem.

O governo num Estado Democrático de Direito, portanto, deve refletir os anseios dos governados em suas decisões e programas, já que a própria legitimidade do poder político se assenta na vontade do povo.

Neste mesmo prisma, Rover<sup>7</sup> acrescenta que um governo representativo reflete a sociedade em sua composição e não somente significa uma representação adequada da vontade do povo.

A fim de figurar o Estado Democrático de Direito, no que tange “à Constituição brasileira, ao se visualizá-la concretamente, vê-se que seu texto aglutina os princípios do Estado Democrático e Estado de Direito, sob normas jurídicas constitucionalmente positivadas”<sup>8</sup>, objetivo este que transparece no seu art.1º.

Por sua vez, o princípio da igualdade, para Cármen Lúcia Antunes Rocha é “mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental”.<sup>9</sup>

Dessa forma, o princípio constitucional da igualdade impõe tratamento igual àqueles que estão em condições equivalentes. No entanto, tal igualdade, como se analisará melhor no capítulo primeiro, admite distinções empregadas exatamente para preservá-la, consubstanciando-se essa exceção na fórmula do tratamento desigual dos indivíduos, na medida de suas desigualdades.

As algemas, por fim, compõem alguns dos equipamentos mais característicos da atividade policial.

Segundo Capez<sup>10</sup>, algema é uma palavra originária do idioma arábico, *aljamaa*, que significa pulseira.

De modo igualmente sintético, Bueno<sup>11</sup> afirma que algema é uma argola de ferro para prender os braços pelos pulsos.

---

<sup>7</sup> ROVER, Cees de. Para servir e proteger. *Direitos humanos e direito internacional humanitário para forças policiais e de segurança*: manual para instrutores. Trad. De Sílvia Backes e Ernani S. Pilla. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1998, p.143.

<sup>8</sup> DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.104.

<sup>9</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 214.

<sup>10</sup> CAPEZ, Fernando. *Uso de algemas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 889, 9 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7706>>. Acesso em: 22 out. 2011.

<sup>11</sup> BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da língua portuguesa*. ed. ver. e atual. por Helena Bonito C. Pereira, Rena Singer. São Paulo: FTD: LISA, 1996.

Lado outro, Pitombo assevera que a algema pode ser conceituada como certo: “instrumento de força, em geral metálico, empregado pela Justiça Penal, com que se prendem os braços de alguém, pelos punhos, na frente ou atrás do corpo, ao ensejo de sua prisão, custódia, condução, ou em caso de simples detenção”.<sup>12</sup>

Destarte, fica clara a composição e a finalidade das algemas cujo uso na atividade policial ou no âmbito da Justiça Penal deve se limitar a hipóteses restritas, estudadas mais adiante.

---

<sup>12</sup> PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Emprego de algemas: notas em prol de sua regulamentação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol.592, ano 74, p.275-292, fev. 1985, p.275.

## 1. PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Como explicitado abaixo, é bem estabelecida na doutrina a diferenciação entre direitos e garantias fundamentais.

Segundo Moraes<sup>13</sup>, os direitos são disposições declaratórias que exprimem existência legal aos direitos reconhecidos e as garantias são disposições assecuratórias que limitam o poder o Estado em defesa dos direitos.

Citando Jorge Miranda, Moraes<sup>14</sup> complementa que os direitos: representam só por si certos bens; são principais; e permitem a realização das pessoas, inserindo-se direta e imediatamente em suas esferas jurídicas. Já as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens, são acessórias, projetando-se pelo nexo que possuem com os direitos.

Os direitos fundamentais são a verdadeira e legítima fonte de direitos e obrigações, públicas e privadas, que deve orientar a solução dos conflitos sociais, individuais e coletivos, afirma Oliveira<sup>15</sup>, sendo atribuído ao Judiciário, em qualquer Estado Democrático de Direito, a missão de tutela dos direitos e garantias fundamentais, ou ainda das chamadas liberdades públicas, que são as garantias dos indivíduos em face do Estado.

Para Nucci<sup>16</sup>, os direitos fundamentais constituem-se de direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, constantes na Constituição, sendo indispensáveis ao pleno desenvolvimento do homem e do cidadão tendo o Estado a obrigação de respeitá-los, assegurá-los e protegê-los.

Citando Canotilho, Nucci<sup>17</sup> apresenta que os direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados no espaço e no tempo; seriam direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. Salienta, ainda, que os direitos e garantias individuais são fundamentais por serem básicos, necessários, essenciais e que foram originados para combater os abusos

---

<sup>13</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 25.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 23.

<sup>16</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.90.

<sup>17</sup> Idem.

do Estado, reconhecendo que o homem possui valores que estão acima e fora do alcance estatal.

Sobre os direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição, Nucci afirma que: “se esses forem assegurados, a persecução penal se faz sem qualquer tipo de violência ou constrangimento ilegal, representando o necessário papel dos agentes estatais na descoberta, apuração e punição do criminoso”.<sup>18</sup>

Trata-se, evidentemente, de meios de se assegurar o indivíduo contra interferências abusivas na persecução criminal.

Em relação aos princípios, Oliveira<sup>19</sup> anota que eles se apresentam como normas fundantes do sistema processual, sem os quais não se cumpriria a tarefa de proteção aos direitos fundamentais.

Citando Canotilho, Silva Júnior<sup>20</sup> explicita que os princípios são normas impositivas de otimização, compatíveis, portanto, com vários graus de concretização, a depender dos condicionantes fáticos e jurídicos.

Refletindo sobre sua importância, Bandeira de Melo *apud* Ommati explica que o princípio:

É, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. [...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Assim, tem-se que infringir um princípio se revela mais danoso do que ofender uma regra, já que naquele a ofensa é contra todo o sistema reunido em torno de seu comando.

---

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 23.

<sup>20</sup> SILVA JR, Hédio. O princípio da igualdade na constituição de 1998. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v.10, n.38, p.168-191, jan./mar. 2002.

Citando Ollero, Matte explica que a flexibilização dos princípios não significa a aceitação passiva de relativizações ou violações:

A interpretação da lei não tem como objetivo a explicação do único conteúdo verdadeiro do texto legal, mas sim facilitar o consenso em torno de um de seus possíveis significados para determinado caso. Com isso abandona o terreno da lógica para assumir suas implicações valorativas, renuncia impor uma verdade, para propor uma solução suscetível de consenso.<sup>21</sup>

Em conseqüência, revela-se necessário o estabelecimento de critérios minimamente objetivos que possam resolver possíveis e inevitáveis conflitos entre direitos fundamentais.

Sobre essa elasticidade conceitual, Oliveira<sup>22</sup> afirma que deve-se assinalar na conceituação dos princípios uma certa amplitude de suas vinculações normativas, pois isto ocorre pela maior abstração de seus comandos.

Em reflexão sobre a vigência dos princípios, Bello *apud* Matte argumenta que:

Os princípios são permanentes; sua aplicação vem determinada pela situação particular e concreta dos fatos. Por isso mesmo, que do fato de que a justiça, a igualdade, ou a liberdade não se realizem plenamente em uma condição dada, em uma sociedade determinada, não se pode inferir que tais princípios não existam, da mesma maneira como que da quebra da norma não pode inferir-se sua não-vigência.<sup>23</sup>

Enfim, deve-se destacar que, nos últimos tempos, a Ciência Jurídica tem voltado sua atenção aos princípios e valores que integram a maioria dos ordenamentos jurídicos atuais.

Dentre as diversas questões discutidas, acentua-se a possibilidade de relativização dos princípios quando da sua aplicação no caso concreto – consoante resta elucidado nos comentários seguintes ao princípio da proporcionalidade – o que

---

<sup>21</sup> OLLERO *apud* MATTE, Luiza. Considerações acerca do caráter absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, Ano XXV, v. 28, p.147-153, 2003/2, p.148.

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> BELLO *apud* MATTE, Luiza. Considerações acerca do caráter absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, Ano XXV, v. 28, p.147-153, 2003/2, p.150.

se pode entender esta “relativização” como sendo uma abertura, ou seja, uma elasticidade conceitual necessária aos princípios jurídicos.

### 1.1. Princípio do devido processo legal

Vê-se abaixo que o devido processo legal assegura às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais, sendo indispensáveis ao correto exercício da jurisdição.

Segundo Cintra *et al*,<sup>24</sup> as garantias do devido processo legal e a garantia do acesso à justiça têm como conteúdo o direito ao processo, ou seja, o direito à prestação jurisdicional e o direito à adequada resistência às pretensões adversárias.

Para Nucci o devido processo legal deve ser focalizado sob seu aspecto material e processual. Desta forma, o citado autor explica:

Materialmente, o princípio liga-se ao Direito Penal, significando que ninguém deve ser processado senão por crime previamente previsto e definido em lei, bem como fazendo valer outros princípios penais, que constituem autênticas garantias contra acusações infundadas do Estado. Processualmente, vincula-se ao procedimento e à ampla possibilidade de o réu produzir provas, apresentar alegações, demonstrar, enfim, ao juiz a sua inocência, bem como de órgão acusatório, representando a sociedade, convencer o magistrado, pelos meios legais, da validade da sua pretensão punitiva.<sup>25</sup>

No art.5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil vigente, está exposto o princípio do devido processo legal ao declarar que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Para Capez<sup>26</sup>, este princípio, no âmbito processual, garante ao acusado a plenitude de defesa e, em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das

---

<sup>24</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 72.

<sup>25</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.90

<sup>26</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p.30.

decisões, devendo este princípio também ser observado além dos processos judiciais cíveis e criminais, como também nos procedimentos administrativos e, inclusive, militares, englobando também os procedimentos administrativos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A respeito, Dias salienta que:

[...] é princípio estruturante do Estado Democrático de Direito o direito do povo à função jurisdicional, a ser exercido pela garantia de devido processo constitucional, com a pretensão de fixar a responsabilidade do Estado pelos danos sofridos em decorrência do exercício de quaisquer de suas funções, sem exceção de espécie alguma.<sup>27</sup>

Assim, nota-se que o princípio do devido processo legal é o aglutinador dos inúmeros princípios processuais penais, constituindo o horizonte a ser perseguido pelo Estado Democrático de Direito, fazendo valer os direitos e garantias humanas fundamentais.

## 1.2. Princípio da dignidade da pessoa humana

Como princípio fundamental, a Constituição da República Federativa do Brasil elenca em seu art.1º, inciso III a dignidade da pessoa humana.

Para Nucci,<sup>28</sup> tal princípio é o reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do Estado na vida do cidadão.

Logo, a dignidade da pessoa humana, segundo Moraes concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente à personalidade humana, ou, conforme sua própria dicção:

---

<sup>27</sup> DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.107.

<sup>28</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.74.

[...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.<sup>29</sup>

Dessa maneira, a dignidade da pessoa humana se evidencia como o próprio valor dado ao indivíduo como integrante do gênero humano.

Sarlet conceitua dignidade da pessoa humana como sendo:

Uma qualidade intrínseca e distintiva de 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 existentes 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.<sup>30</sup>

De outra forma, observa-se ainda que, o que preserva a dignidade da pessoa humana em um caso concreto, pode feri-la em outro, o que, no entanto, não relativiza esse princípio.

Matte reforça dizendo que o sentido do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana se encontra em cada caso concreto, sem que seu conteúdo mínimo varie, porquanto a verdade prática que se busca está no cotidiano.

Com base nesse pensamento, infere-se que o conceito de dignidade da pessoa humana pode ser manejado sob vários prismas, porém, seu conteúdo mínimo é o mesmo, por estar cunhado em um comportamento social historicamente construído no ocidente, tornando-se objetivo.

Não se pode olvidar, outrossim, da dimensão social da pessoa humana. Alega Matte que em se tratando de um exemplo da relativização do princípio em questão:

---

<sup>29</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.16.

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p.32.

[...]pode estar sacrificando o valor do indivíduo, pois a pessoa é um ser social e individual, e o desenvolvimento de sua personalidade se dá POR MEIO do bem comum. “Submeter-se” ao bem comum é característico da dignidade da pessoa, pois esta possui uma dimensão intersubjetiva. Sob o prisma personalista, o bem comum não está em oposição ao bem individual. [...] Não nos parece, portanto, possível que a consideração do “outro” seja propriamente um limite ao desenvolvimento da personalidade, pois a justiça, que é um valor relacional, é um bem e um fim ontológico da pessoa humana.<sup>31</sup>

Nesse caso, a decisão se dará com base em um instrumento da hermenêutica: o princípio da proporcionalidade, tendo por critério material de interpretação, obrigatoriamente, o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, conforme se verá adiante.

### 1.3. Princípio da igualdade

Em sua origem o princípio da igualdade se coloca como obstáculo à concessão de vantagens pelo Estado, vedando o agenciamento do poder público à estratificação social posta.

Em tal situação, declara Silva Jr. que o direito de igualdade, em sua fase embrionária, surge como antítese dos privilégios, reivindicando a igual dignidade dos humanos e:

[...] em consequência, impondo ao Estado o dever de editar regras gerais e impessoais, não-individuadas, ancorando no pressuposto de que as aptidões intelectuais, a capacidade, o mérito de cada um constituiria requisito único a partir do qual seriam distribuídos bens e as vantagens, e com base no qual floresciam e se desenvolveriam as potencialidades humanas.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> MATTE, Luiza. Considerações acerca do caráter absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, Ano XXV, v. 28, p.147-153, 2003/2, p. 150.

<sup>32</sup> SILVA JR, Hédio. O princípio da igualdade na constituição de 1998. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v.10, n.38, p.168-191, jan./mar.2002, p.168.

Conseqüentemente, o aludido preceito, num primeiro momento, limita a distinção entre os indivíduos por meio do império da lei, de aplicação geral e abstrata.

Segundo Bonavides<sup>33</sup> quando o princípio constitucional da igualdade perante a lei entrou nas primeiras Constituições, sua aplicação se deu, pois, no âmbito de um positivismo jurídico, que exprimia o culto e a suficiência da lei, a par de uma confiança ilimitada no legislador, de cuja razão não se duvidava ao elaborar a norma, expressão da vontade geral.

Nas constituições brasileiras anteriores à promulgada em 1988, o direito de igualdade foi transcrito nos seguintes termos:

*Constituição da República do Estados Unidos do Brasil, de 16.07.1934:* “Art.113, 1. Todos são iguaes perante a lei. Não haverá privilégios, em distincções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos paes, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideas políticas”.  
*Constituição da República do Estados Unidos do Brasil, de 10.11.1937:* “Art.122, 2. Todos são iguais perante a lei”.  
*Constituição da República do Estados Unidos do Brasil, de 18.09.1946:* “Art.141, § 1º. Todos são iguais perante a lei”.  
*Constituição do Brasil, de 24.01.1967:* “Art. 150, § 1º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei”.  
*Constituição da República Federativa do Brasil, de 17.10.1969:* “Art. 153, § 1º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de raça, sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça”.<sup>34</sup>

Buscou-se, assim, incorporar expressamente nas constituições acima citadas a igualdade formal, isto é, a igualdade perante a lei.

Segundo Minhoto, no Brasil adotou-se o conceito aristotélico de igualdade proporcional, pois, o que se busca igualar, sinteticamente, é o tratamento às partes envolvidas numa dada situação, numa mesma condição e, claro, dispondo tais partes dos mesmos recursos:

---

<sup>33</sup> BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. *Revista Brasileira de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n.2, p.209-223, jul. / dez. 2003.

<sup>34</sup> SILVA JR, Hédio. O princípio da igualdade na constituição de 1998. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v.10, n.38, p.168-191, jan./mar.2002, p.170.

A previsão legal não é suficiente para contemplar o espírito contido na norma. Não basta existir o comando legal indicando esse ou aquele caminho, á que muito ainda depende da interpretação dos artifices do direito, notadamente os tribunais, que não têm mesmo como se eximir de inserir um viés moral em seus julgados, mas, ao mesmo tempo, nos levam a refletir sobre que moral é essa e se ela reflete os valores que todo um povo deseja para si.<sup>35</sup>

Salienta-se, nesse caso, que a mera igualdade formal deve ser temperada na prática, através da consideração da real desigualdade existente.

Em afirmativa, Silva Jr. fala que o sistema constitucional brasileiro resgata e positiva o princípio aristotélico de justiça distributiva. Segundo esse princípio, ressalta o mencionado autor que a justiça implica necessariamente em tratar desigualmente os desiguais, de sorte que o tratamento diferenciado não se presta a garantir privilégios, mas sim possibilitar o nivelamento na fruição de direitos:

Esse princípio (da igualdade) não é, todavia, absoluto. As próprias constituições, ao consagrá-lo, nem por isso renegam outras disposições que estabeleçam desigualdades. Assim, não é dado invocá-lo onde a Constituição, explícita ou implicitamente, permite a desigualdade (...) Ele proíbe as distinções arbitrárias, ou seja, destituídas de fundamento objetivo, racionalmente justificável (...) O princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto as diferenciações de tratamento. Veda apenas aquelas diferenciações arbitrárias (...) Na verdade, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça.<sup>36</sup>

Estimula-se, por essa forma, a discriminação como forma de se igualar os indivíduos essencialmente desiguais, vedando-a nas circunstâncias em que sua ocorrência produziria desigualdade. Nesse quadro, a igualdade e a discriminação se correlacionariam em duas fórmulas distintas e complementares.

Explicando esse binário, Silva Jr. Vê dois conteúdos no princípio em comento:

[...] um conteúdo negativo, que impõe uma obrigação negativa, uma

---

<sup>35</sup> MINHOTO, Antônio Celso Baeta. Princípio da igualdade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v.II, n.42, p.310 – 328, jan./mar.2003, p. 315.

<sup>36</sup> FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira *apud* SILVA JR, Hédio. O princípio da igualdade na constituição de 1998. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v.10, n.38, p.168-191, jan./mar.2002, p.178.

abstenção, um papel passivo, uma obrigação de não-fazer: não discriminar; e um conteúdo positivo, que impõe uma obrigação positiva, uma prestação, um papel ativo, uma obrigação de fazer: promover a igualdade.<sup>37</sup>

Desse modo, elucida-se que, em sua completude, o preceito em análise determina não só a igualdade formal, mas também a igualdade real ou material, decorrente de medidas concretas destinadas a implementá-la.

Em reflexão sobre isonomia, Silva Jr. lembra que:

A velha noção de isonomia, tantas vezes representada simbolicamente pela deusa romana Iustitia (com seus olhos vendados, segurando a balança com os dois pratos e sem o fiel no meio), mais se identifica atualmente com a representação da deusa grega Diké (filha de Zeus e de Themis), em cuja mão direita figurava uma espada, tendo na esquerda a balança com os dois pratos sem fiel, mas com os olhos rigorosamente abertos.<sup>38</sup>

Tal metáfora se impõe, na medida em que se considerar os caracteres contemporâneos do princípio da igualdade, a produzir não mais uma medida cega ou indistinta, mas devidamente balanceada, conforme a desigualdade em questão.

Em oposição a afirmativa aristotélica de Silva Jr., Ommati<sup>39</sup> diz que é inadequado dizer que igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, pois, seguindo a idéia de Dworkin, o conteúdo jurídico da igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito é tratar a todos com a mesma consideração e respeito. Dessa feita, conclui o referido autor que o princípio da igualdade não pode se materializar *a priori*. Antes, tal comando deve ser aberto, amplo, para que discursivamente possibilite a inclusão de todos.

Marciano Seabra de Godói apud Omamati expõe:

Consideramos que uma forma de evitar o caráter indireto de definição é conceituar a igualdade, tal como faz Dworkin, como tratar os indivíduos como iguais, no sentido de que todos os cidadãos que compõem

---

<sup>37</sup> SILVA JR, Hédio. O princípio da igualdade na constituição de 1998. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v.10, n.38, p.168-191, jan./mar.2002, p.180.

<sup>38</sup> Idem, p. 189.

<sup>39</sup> GODÓI apud OMMATI, José Emílio Medauar. *A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre; Sérgio Antônio Fabris, 2004, p.131-132.

determinada sociedade têm o mesmo valor intrínseco e merecem o mesmo respeito e consideração enquanto membros da comunidade. [...] A vantagem em se definir a igualdade como “tratar os indivíduos como iguais”, no sentido aqui utilizado, é que na própria definição de “igualdade” está a chave para diferenciar entre discriminações justas e injustas, enquanto que tal não se verifica na definição de igualdade como “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, onde a chave radica não a igualdade propriamente dita, mas na razoabilidade ou não-arbitrariedade do discrimen. [...] Pode-se dizer que também Habermas compartilha da opinião de que é muito mais apropriado definir a igualdade como “tratar os indivíduos como iguais” do que como “tratar os indivíduos igualmente”.<sup>40</sup>

Enfatiza-se, desse modo, a necessidade de se aferir corretamente a igualdade, para que o tratamento desigual dos dessemelhantes não gere discricionariedades capazes de ensejar arbitrariedades.

Em explicação a tal preceito, Rocha acrescenta:

A determinação de que não haverá distinção de qualquer natureza não significa, evidentemente, que haverá uniformização de tratamento jurídico, mas que fator discriminatório algum é válido quando seu fundamento for o preconceito ou a aversão. A redação oferecida – “sem distinção de qualquer natureza” – é superior à que se continha na norma constitucional anteriormente vigente e pela qual se relevavam alguns fatores que, pela sua só existência, não podiam ser utilizados nem podiam ser critérios vedados à discriminação desde que guardassem uma correspondência lógica, direta e essencial com a resultante desigualadora juridicamente buscada e que realizaria o fim da norma.<sup>41</sup>

Destarte, avalia-se que, como as leis nada mais fazem senão discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras, cabe ao intérprete da lei é indagar, no caso concreto, quais as discriminações são juridicamente toleráveis, com base no que foi explanado anteriormente.

---

<sup>40</sup> GODÓI *apud* OMMATI, José Emílio Medauar. *A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre; Sérgio Antônio Fabris, 2004. p.131-132.

<sup>41</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 71.

#### 1.4. Princípio do estado de inocência

No princípio do estado de inocência se presume que, em regra, os indivíduos são inocentes, cabendo ao Estado, por meio do processo, o ônus de provar o contrário.

Nesse sentido, Nucci<sup>42</sup> esclarece que as pessoas nascem inocentes, sendo este seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu.

O art.5º, inciso LVII, da CR/88, que preceitua que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, deixa explícito o princípio do estado de inocência.

Ainda, segundo Nucci<sup>43</sup>, integra-se a este o princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*), garantindo que, em caso de dúvida, deve sempre prevalecer o estado de inocência, absolvendo-se o acusado.

O princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, por outro lado, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado<sup>44</sup>, sendo uma de tratamento e outra de fundo probatório.

Sobre a relação de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, Oliveira<sup>45</sup> expõe que o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade no campo da prisão provisória e na liberdade provisória.

Continua o autor afirmando que este princípio exerce função relevante ao exigir que toda privação da liberdade, antes do trânsito em julgado, deva ostentar natureza cautelar, com decisão de ordem judicial devidamente motivada<sup>46</sup>, ou seja, a prisão, que é o resultado final do processo, só será antecipada em razão de extrema necessidade.

---

<sup>42</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 77.

<sup>43</sup> Idem.

<sup>44</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 418.

<sup>45</sup> Idem.

<sup>46</sup> Idem.

Sobre a outra regra de fundo probatório, diz-se que esta estabelece que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação,<sup>47</sup> restando à defesa apenas demonstrar a eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.

Para Capez, o princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos:

[...] a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não-culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.<sup>48</sup>

É de se notar igualmente que a consagração do princípio da inocência não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias.

Ensina Moraes que tal se impõe por força da legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar.<sup>49</sup>

Portanto, são válidas as prisões temporárias, preventivas, em flagrante, por sentenças condenatórias sem trânsito em julgado e por pronúncia, estudadas no capítulo segundo desta pesquisa.

## 1.5. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são concretizados.

Vê-se assim que este princípio pretende instituir a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para

---

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 39.

<sup>49</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 390.

que se torne possível um controle do excesso<sup>50</sup>. Ademais, uma das funções principais do princípio da proporcionalidade é conciliar o direito formal com o direito material de forma a prover exigências de transformações sociais rápidas.

A respeito, leciona Bonavides<sup>51</sup> que a regra da proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz sobre o legislador mas sem chegar a abalar o princípio da separação dos poderes.

Complementando, Ommati<sup>52</sup> afirma que a utilização da proporcionalidade acaba por utilizar a concepção dos princípios como comandos otimizáveis, passíveis de ponderação, devendo ser aplicado na medida do possível, sendo esta concepção problemática pois acaba escondendo o decisionismo judicial. Nessa esteira, percebe-se que está na base do princípio da proporcionalidade a possibilidade de o juiz, no caso concreto, ponderar os vários princípios que concorrem para a solução da questão, aplicando-os da melhor forma possível.

Verifica-se que este conflito entre o juiz e o legislador ocorre naturalmente porque a norma deve ser interpretada conciliando a vontade do legislador à época de sua criação com o caso concreto, que está repleto de elementos que a evolução da sociedade impõe.

Melhor explicando, Ommati<sup>53</sup> diz que a situação de aplicação envolve necessariamente as especificidades do caso concreto, sendo ele normativo no sentido em que é ele que indica a norma adequada a ser aplicada.

Ainda, constatou a doutrina que o princípio da proporcionalidade possui três elementos, segundo Bonavides<sup>54</sup>: o primeiro é a pertinência ou aptidão, ou seja, a adequação, a conformidade ou a validade do fim, com o desígnio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar sendo a medida suscetível de atingir o objetivo escolhido; o segundo é a necessidade, delimitando que a medida não pode exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou seja, de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão; o terceiro é a proporcionalidade em

---

<sup>50</sup> BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. *Revista Brasileira de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n.2, p.209-223, jul. / dez. 2003, p. 216.

<sup>51</sup> Idem.

<sup>52</sup> OMMATI. *A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre; Sérgio Antônio Fabris, 2004, 179.

<sup>53</sup> Idem.

<sup>54</sup> BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. *Revista Brasileira de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n.2, p.209-223, jul. / dez. 2003, p. 216.

sentido estrito, cuja escolha recai sobre o meio ou meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo.

A partir deste entendimento, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade se concretiza quando os meios utilizados para alcançar determinado fim não são excessivos e se justificam, de acordo com o caso concreto.

## 2. A PRISÃO E AS MEDIDAS CAUTELARES

Como fundamento constitucional da prisão elenca-se o art.5º, inciso LXI, da Constituição da República Federativa do Brasil vigente.

Conforme tal dispositivo, “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.<sup>55</sup>

Ainda no mesmo artigo, o inciso LXV estabelece que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, garantindo um controle da legalidade do ato.

Como prisão, Nucci<sup>56</sup> conceitua como sendo uma privação de liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Complementa o citado autor que o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, já o Código de Processo Penal regula a prisão cautelar e provisória, destinada a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Toda prisão anterior ao trânsito em julgado, assenta Oliveira<sup>57</sup>, deve ser considerada uma prisão cautelar, no que se refere a sua função de instrumentalidade, de acautelamento de determinados e específicos interesses de ordem pública.

Em diversas situações afloradas de um caso concreto, deve-se adotar medidas que assegurem os interesses do bem comum e garanta da ordem pública. No que tange ao processo penal, essas medidas assecuratórias são explícitas quando se trata da restrição de liberdade de um indivíduo.

---

<sup>55</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos*. Brasília. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 4 dez. 2011.

<sup>56</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.77.

<sup>57</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 418.

A característica da cautelaridade é a provisoriedade, pois funda-se nos princípios do *fumus boni juris* e no *periculum in mora*, segundo Leal<sup>58</sup>, ou seja, na plausibilidade do bom direito e no perigo da demora jurisdicional.

Baseado nestes princípios é que existe a possibilidade de privar alguém de sua liberdade de locomoção, sendo necessário que essa decisão seja devidamente fundamentada pelo juiz e que a fundamentação esteja relacionada com a proteção de determinados e específicos valores igualmente relevantes, como afirma Oliveira:

E a exigência da vinculação da fundamentação judicial à proteção de determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica atende a critérios de proporcionalidade na interpretação e/ou na aplicação do direito, sobretudo quando de índole constitucional, como será sempre a hipótese das questões ligadas ao interesse público na preservação da segurança de todos os membros da comunidade (segurança pública, Direito Penal, sistema penitenciário, etc.), quando em oposição à garantia da liberdade individual do acusado.<sup>59</sup>

Assim, conclui-se que as privações de liberdade antes da sentença final devem ser judicialmente justificadas e, somente na medida em que estiverem protegendo o adequado e regular exercício da jurisdição penal, tornam-se prisões cautelares legítima, a despeito da privação da liberdade de quem é reconhecido pela ordem jurídica como ainda inocente.

## 2.1. Prisão preventiva

A prisão preventiva, tal qual se evidencia neste item, revela sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros, que possam colocar em risco a efetividade do processo.

---

<sup>58</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 75.

<sup>59</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.415.

Nessa ordem, defende-se que a prisão preventiva é uma prisão cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.<sup>60</sup>

Apesar de constar neste conceito que a prisão preventiva pode ser decretada durante o inquérito policial, vê-se mais adiante que é mais adequado, nesse momento, a decretação da prisão temporária.

Segundo Nucci,<sup>61</sup> a prisão preventiva possui quatro pressupostos: a natureza da infração penal, pois não é admitida em caso de crime culposos; a probabilidade de condenação, o *fumus boni juris*; o perigo na demora, *periculum in mora* e o controle jurisdicional prévio.

Como pressupostos para decretação da prisão preventiva, o art. 312 do Código de Processo Penal<sup>62</sup> preceitua que estes se fazem presentes quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Esses pressupostos devem aliar-se à garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Além das circunstâncias anteriormente citadas, segundo o art. 313 do Código de Processo Penal<sup>63</sup>, somente se admitirá a prisão preventiva do indiciado em caso de: crime doloso punido com reclusão, em crime punido com detenção quando se apurar que ele é vadio ou, havendo dúvida sobre sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; se for reincidente em crime doloso ou se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher.

O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifique, conforme prevê o art.316, do estatuto processual penal dantes citado.

Quanto ao período de duração da prisão preventiva, a regra é que esta perdure até quando seja necessário à instrução<sup>64</sup>, já que não há prazo determinado

---

<sup>60</sup> Ibidem

<sup>61</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 79.

<sup>62</sup> BRASIL. Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 22 dez. 1989.

<sup>63</sup> Idem.

<sup>64</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 79.

para sua duração. Ainda, a mencionada prisão, por óbvio, não persistirá diante de eventual decisão absolutória.

## 2.2. Prisão temporária

Esta modalidade de prisão cautelar tem por finalidade assegurar uma eficaz investigação policial.

Nesse mesmo entender, Nucci afirma que a prisão temporária é utilizada quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave.<sup>65</sup>

Tal medida está regulamentada pela Lei 7.960/90. Segundo o art. 1º desse diploma, caberá a prisão temporária em situações imprescindíveis para o inquérito, quando o investigado não tiver residência fixa ou esclarecer adequadamente sua identidade ou quando, por fundadas razões, isto é, conforme qualquer prova admitida na lei penal, estiver o indiciado sendo investigado por:

a) homicídio doloso (art.121, caput, e seu § 2º); b) sequestro ou cárcere privado (art.148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art.157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art.158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro art.159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art.213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art.214, caput e sua combinação com o art.223, caput e parágrafo único); h) rapto violento (art.219, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); i) epidemia com resultado morte (art.267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art.270, caput e sua combinação com o art. 285); l) quadrilha ou bando (art.288), todos do Código Penal; m) genocídio (art. 1º, 2º e 3ª da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956) em qualquer uma de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de outubro de 1976).<sup>66</sup>

A prisão temporária será decretada somente pelo juiz e terá o prazo de cinco dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Em relação aos crimes hediondos e equiparados, o prazo será de 30 dias,

---

<sup>65</sup> Ibidem.

<sup>66</sup> BRASIL. Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 out. 1991.

prorrogáveis também por igual período, conforme art. 2º, § 3º da Lei 8.072/90, que dispõe sobre crimes hediondos.

Ainda, prevalece o entendimento de que, para que a prisão temporária seja embasada deve-se interpretar em conjunto as situações elencadas no inciso I ou II, com os crimes citados no inciso III.<sup>67</sup>

A decretação pelo juiz só será feita mediante a representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, ou seja, não poderá ser feita de ofício. Cumprido o prazo, o indiciado deverá ser colocado em liberdade imediatamente, caso não tenha sido decretada a sua prisão preventiva. Caso a autoridade policial não o liberte, esta incorrerá em abuso de autoridade, conforme prevê a o art. 4º, alínea i, da Lei 4.898/65, que dispõe sobre abuso de autoridade. Evidentemente, tem-se que, expirado o prazo da prisão temporária, é dispensável decisão judicial determinando a soltura, já que esta se dá de modo automático.

### **2.3. Prisão em flagrante**

A prisão em flagrante é uma modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal.

Segundo Nucci<sup>68</sup>, o caráter administrativo desta se dá pela autorização de sua realização sem a expedição de mandado de prisão pela autoridade judiciária, sendo prevista no art.5º, inciso LXI da Constituição da República Federativa do Brasil, portanto, qualquer um do povo pode prender alguém no flagrante de cometimento de alguma infração penal.

Apesar da desnecessidade da análise de um juiz, por ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, Nucci<sup>69</sup> afirma que deve-se atentar para a colheita de provas da materialidade e autoria. Salienta, ainda, que

---

<sup>67</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 80.

<sup>68</sup> Idem.

<sup>69</sup> Idem.

esta prisão está sujeita a avaliação imediata do magistrado, pois este pode relaxá-la quando se vislumbrar alguma irregularidade.

Quanto aos pressupostos da prisão em flagrante, estabelece o art. 302 do Código de Processo Penal que se considera em flagrante delito quem está cometendo o infração penal, acaba de cometê-la, é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração ou é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

#### **2.4. Liberdade Provisória**

A liberdade provisória é garantida pelo art.5, inciso LXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil ao estabelecer que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Explicando, Nucci<sup>70</sup> sintetiza que a idéia central da liberdade provisória é garantir que a pessoa, presa em flagrante, terá direito de aguardar o seu julgamento solta, pagando fiança ou, sem que o faça, conforme o caso, pois é presumidamente inocente.

Há casos ainda em que o Código de Processo Penal proíbe expressamente a concessão de fiança.

Dessa forma, estabelece o art. 323 do CPP que não se concederá fiança:

- I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos;
- II - nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais;
- III - nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado;
- IV - em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio;
- V - nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> Idem.

<sup>71</sup> BRASIL. Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 dez. 1989.

Outrossim, preceitua o art. 324 do Código de Processo Penal que também não será concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350;

II - em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar;

III - ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança; IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.<sup>72</sup>

De acordo com o art. 321 do Código de Processo Penal (CPP), o indiciado se livrar-se-á solto, independente de fiança, no caso de infração a que não for cominada pena privativa de liberdade e quando o máximo da pena privativa de liberdade não exceder a três meses. A autoridade policial poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples. Nos casos onde não será concedida fiança, esta pode ser requerida ao juiz, que decidirá no prazo de 48 horas.

## 2.5. Da prisão especial

Determinadas pessoas tem direito à prisão provisória em quartéis ou em cela especial, em razão da função que desempenham ou de uma condição especial que ostentam.

Nesse sentido, aduz Capez<sup>73</sup> que a prisão especial somente pode ser concedida durante o processo ou inquérito policial, de maneira que, após a condenação transitada em julgado cessa o benefício, devendo o indivíduo ser recolhido em estabelecimento comum.

Entretanto, há duas exceções: uma, segundo o art.84, § 2º da Lei 7.210/84, é referente ao preso que, ao tempo do fato, era funcionário da administração

---

<sup>72</sup> Idem.

<sup>73</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 39.

penitenciária, sendo garantido a este o direito de ficar em dependência separada dos demais até o fim da execução da pena; a outra, segundo o art. 86, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, refere-se ao Presidente da República, que durante o seu mandato não está sujeito a nenhum tipo de prisão provisória, pois se exige sentença condenatória nas infrações comuns.

O art. 295 do Código de Processo Penal enumera as pessoas que têm direito a prisão especial:

Art .295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva: I - os ministros de Estado; II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia; III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembléias Legislativas dos Estados; IV - os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito"; V - os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; VI - os magistrados; VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República; VIII - os ministros de confissão religiosa; IX - os ministros do Tribunal de Contas; X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função; XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.<sup>74</sup>

Cabe explicar que a prisão especial, que está prevista no Código de Processo Penal e em outras leis, segundo o art. 295 nos parágrafos seguintes, consiste exclusivamente ao recolhimento em local distinto da prisão comum; se não houver estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento. A cela especial poderá consistir também em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.

Outra particularidade é que o preso especial não será transportado juntamente com o preso comum, sendo os demais direitos e deveres do preso especial os mesmos do preso comum.

---

<sup>74</sup> BRASIL. Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 dez. 1989.

O Projeto de Lei do Senado nº 151/2009, por sua vez, revoga o inciso III do art. 33 e o § 2º do art. 112, ambos da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, o inciso VII do art. 20 da Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1941, e a alínea “e” do inciso II do art. 18 da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1973, para extinguir a prisão especial concedida a magistrados e membros do Ministério Público. Na justificativa do aludido projeto, relata-se:

Recentemente deliberamos pela exclusão da prisão especial de nosso ordenamento jurídico. Subsistiram, no entanto, as hipóteses previstas em lei complementar, como é o caso dos integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público, que são objeto da presente proposta. O direito a prisão especial, advindo da época em que as condições de habitabilidade dos estabelecimentos prisionais conseguiam ser piores do que as atuais, exsurge como resquício indesejável de uma cultura preconceituosa e discriminatória, que sempre esteve presente na sociedade brasileira: a cultura dos “bacharéis”, dos “doutores”, dos “coronéis” e dos filhos de famílias abastadas, prováveis instituidores do execrável bordão do “sabe com quem está falando?”. A nossa Constituição consagra o princípio da igualdade, princípio esse que para muitos é a própria idéia básica da democracia.<sup>75</sup>

Observa-se, dessa forma que, não obstante a positivação do princípio da igualdade desde longa data, sempre persistiu, na cultura nacional, certos privilégios legais e penais concedidos às classes dominantes.

Ainda na justificativa do projeto supracitado, declara-se:

[...] A par de representar discriminação odiosa, por sua amplitude por vezes injustificável, a prisão especial também contribui para que o Estado permaneça descumprindo a lei quanto a aspectos relacionados a condições materiais das prisões e de assistência ao detento, pois reserva apenas à “plebe” as quase masmorras das carceragens, destinando as “salas de estado-maior” àqueles com maior poder de protesto. Por essas razões, entendemos ser imperioso eliminar esse estigma da legislação pátria e, ao invés de manter uma previsão exaustiva de beneficiários da “prisão especial”, considerar apenas a condição de “preso especial”. Assim, será considerado “preso especial” somente aquele que, por força da natureza de sua ocupação ou de outras circunstâncias específicas, a serem aferidas pelo juiz, possa ser exposto a risco extremo, caso submetido ao aprisionamento coletivo. Importante lembrar que a proteção geral ao preso

---

<sup>75</sup> BRASIL. Projeto de lei do Senado nº 151, de 2009. *Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal*. Brasília. 2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/pl151>>. Acesso em: 4 dez. 2011.

provisório e ao condenado não reincidente já é assegurada pela Lei nº. 7.210, de 1984.<sup>76</sup>

Fica lançada, portanto, a indagação sobre a legitimidade da prisão especial presente na lei processual penal atual, haja vista as limitações impostas pelo princípio da igualdade, conforme comentado anteriormente – questão, no entanto, não aprofundada neste trabalho monográfico, visto que foge à delimitação do seu objeto.

---

<sup>76</sup> Ibidem.

### 3. A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DO USO DE ALGEMAS E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Analisando o histórico do uso de algemas no Brasil, nota-se que, desde muito, já se tem notícia de normas vedando o uso indiscriminado desse instrumento.

Com efeito, em 1693, segundo Pitombo, o Rei Dom João IV editou um decreto pelo qual se repreendia o uso das algemas sem justa causa ou de forma excessiva. Nesse mesmo século, os doutrinadores, guiados pelos princípios iluministas<sup>77</sup>, rejeitavam o uso das algemas como espécie de pena e defendiam que elas deveriam servir mais para a segurança do acusado do que como castigo.

Já em 1821, Dom Pedro editou um decreto que resguardava as garantias individuais do preso, dentre elas o banimento do uso de correntes, algemas,<sup>78</sup> grilhões e outros ferros inventados e utilizados como martírio aos homens que ainda não tinham sido julgados.

Em citação a Ramalho, Pitombo<sup>79</sup> expõe que o art. 180 do Código de Processo Criminal de Primeira Instância do Império do Brasil dispunha que se o réu não obedecia ou procurava evadir-se, o executor tinha o direito de empregar o grau de força necessária para efetuar a prisão; porém, se obedecia, o uso da força era proibido.

Desta forma, consoante Pitombo<sup>80</sup>, surgia, implicitamente, a permissão para o emprego de algemas no momento da prisão. Este código, que foi editado em 1832, foi posteriormente alterado pela Lei nº 261/1841, porém sem modificações ao art.180.

De igual forma, o art. 28 do Decreto nº 4.824/1871, que reformou as regras processuais brasileiras, estipulava que o preso não seria conduzido com ferros, algemas ou cordas, salvo em caso extremo de segurança, que deveria ser justificado pelo condutor. Quando este não justificava, era multado na quantia de 10 a 50 mil-réis além de responder pelas penas que incorresse. Este mandamento

---

<sup>77</sup> PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Emprego de algemas: notas em prol de sua regulamentação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol.592, ano 74, p.275-292, fev. 1985, p.275.

<sup>78</sup> Idem.

<sup>79</sup> Idem.

<sup>80</sup> Idem.

quanto à prisão, proferido pelo citado decreto, aclara Pitombo<sup>81</sup>, repetiu-se na maioria das leis federais e estaduais mesmo após a promulgação da Constituição da República de 1891.

A Constituição de 1934, em seu art. 5º, inciso XIX, alínea a, estabeleceu competência privativa da União para legislar sobre matéria processual, determinando nas disposições transitórias que fossem elaborados os projetos do Código de Processo Civil e do Penal. Afirma-se a respeito que o projeto do Código de Processo Penal de 1935 previa o emprego de algemas nos casos de resistência ou tentativa de fuga, mas o projeto não foi aprovado em razão da promulgação da nova Constituição e o golpe de Estado ocorridos em 1937.

No atual Código de Processo Penal, editado pelo Decreto-Lei nº3.689/1941<sup>82</sup>, não preconizou o emprego de algemas, somente o emprego da força e dos meios necessários. A Lei de Execução Penal, publicada em 1984 poderia ter disciplinado o assunto, porém, não o fez.

### 3.1. O uso das algemas na atividade policial

No tocante ao uso da algema na atividade do agente policial, deve-se frisar suas implicações tanto para o conduzido, quanto para o condutor.

Nesse sentido, Sabelli<sup>83</sup> ressalta que o uso indevido de algemas praticado por agentes públicos sob o manto da omissão do Estado, sacrifica um bem considerado fundamento do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana.

Segundo Moreira e Corrêa, o uso correto de algemas pode impedir uma agressão, salvaguardando a integridade do policial e a do suspeito e que, apesar de seu uso não ser disciplinado por Decreto Federal, os policiais podem se orientar pelo Decreto nº19.903 do Estado de São Paulo que reza que o uso de algemas é

---

<sup>81</sup> Ibidem.

<sup>82</sup> BRASIL. Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 dez. 1989.

<sup>83</sup> SABELLI, Cid. Uso indevido de algemas. Mais que um ato, um crime contra a dignidade da pessoa humana. *Revista Jus Vigilantibus*, 16 out. 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29095>>. Acesso em: 20 ago. 20011.

apropriado nas hipóteses de fuga e/ou resistência com violência à prisão. Salientam, ainda, que “o uso de algemas tem como objetivos primários controlar o suspeito/agente, prover segurança aos policiais e suspeito/agente e reduzir o agravamento da ocorrência”.<sup>84</sup>

Através deste posicionamento, fica evidente que a doutrina policial já priorizava situações para o uso de algemas que estão em consonância com aquelas instituídas pela Súmula vinculante nº 11.

Como orientação ao policial, Moreira e Corrêa explanam no Manual de Prática Policial utilizado no Estado de Minas Gerais:

Tenha consciência de que o correto uso de algemas mantém o suspeito sob controle e minimiza a possibilidade de agravamento da situação a ponto de se necessitar o uso de um nível superior de força do que o da contenção. Contudo é preciso que o policial avalie a real necessidade de fazê-lo, pois se trata de situação bastante constrangedora, e, nos casos em que as pessoas são apenas suspeitas, deve-se assegurar da fática potencialidade do risco que justifique o uso de algemas. Este equipamento policial não deve ser usado como instrumento de subjugação ou humilhação de indivíduos sob suspeita.<sup>85</sup>

Assinala-se, dessa forma, tanto a importância, quanto a excepcionalidade do emprego de algemas.

Para justificar o uso da algema, Câmara explica:

A imobilização com algemas é um procedimento cautelar com um triplo objetivo: preservar a segurança do preso; preservar a segurança do policial e assegurar a condução do detido, sem incidentes, à presença da autoridade competente. As algemas dificultam as tentativas de fuga que redundam em uso da força pelo policial para dominar o recalcitrante. Ainda evitam o dispêndio de esforço e recursos do Estado para a captura do foragido. Também inibem a reação do preso ou a agressão aos policiais da escolta, ensejando a reação deste com a mesma intensidade. E, mais importante, resguardam o conduzido de, sob pretexto de reação, sofrer eventual violência ou tortura policial no deslocamento até a presença da autoridade, e por outro lado resguardam os próprios policiais de denúncias nesse sentido.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> MOREIRA, Cícero Nunes; CORRÊA Marcelo Vladimir. *Manual de prática policial*. 1. ed. v.1, p.117-123. Belo Horizonte, 2002, p. 118.

<sup>85</sup> Idem.

<sup>86</sup> CÂMARA, Paulo Celso Pinheiro Sette. *Emprego de algemas*. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/artigos/emprego-de-algemas>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

Em consonância com a resistência à prisão, que é uma das situações instituídas pela Súmula Vinculante nº 11 para o emprego de algema, Nucci define que esta pode dar-se de forma ativa ou passiva. Nucci expõe que:

No primeiro caso, o preso investe contra o executor da ordem de prisão, autorizando que este, não somente use a força necessária para vencer a resistência, como também reaja. Há, nessa situação, autêntica legítima defesa. Se a agressão do sujeito a ser detido ameaçar a vida do executor, pode este, se indispensável, tirar a vida do primeiro. Por outro lado, a resistência pode ser passiva, com o preso debatendo-se, para não colocar algemas, não ingressar na viatura ou não ir ao distrito policial. Nessa hipótese, a violência necessária, para dobrar sua resistência caracteriza, por parte do executor, o estrito cumprimento do dever legal. Qualquer abuso no emprego da legítima defesa ou do estrito cumprimento do dever legal caracteriza o excesso, pelo qual é responsável o executor da prisão.<sup>87</sup>

Portanto, fica nítido que o uso de algemas em si não é ilegal, mas a inobservância dos motivos determinantes, das pessoas que sofrem a medida, a forma e o próprio fato jurídico pode configurar para o executor o crime de abuso de autoridade.

Para Gomes<sup>88</sup>, a prisão, mesmo legal, torna-se humilhante e vexatória quando há abuso das algemas e a prisão não autoriza todo tipo de constrangimento.

Sobre este tópico, Carneiro Gomes explica:

O policial que não adota procedimentos de segurança põe em risco não apenas sua integridade física, mas também a de transeuntes, consumidores e outros terceiros não envolvidos, o que pode acarretar, inclusive, obrigação do Estado indenizar por falta de cautela policial com suspeito de envolvimento em ato criminoso que destrói o patrimônio alheio para fugir da abordagem policial.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.537.

<sup>88</sup> GOMES, Luiz Flávio. *O uso de algemas no nosso país está devidamente disciplinado?* Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2921>>. Acesso em: 23 set.. 2011.

<sup>89</sup> GOMES, Rodrigo Carneiro. *Algemas: isonomia e o novo projeto de lei. A problemática da exposição midiática e a segurança da equipe em operações policiais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 889, 9 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7662>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

Logo, vê-se que um impacto da dissonância entre o uso da algema e o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser sentido no ambiente policial no que tange à segurança própria e alheia.

### **3.2. A falta de regulamentação nacional do uso de algemas**

No Brasil, a falta de regulamentação do emprego de algemas tem causado grande discussão a respeito de sua utilização.

O que se observa é a existência de normas esparsas sobre o assunto expedidas, principalmente, na forma de resolução.

Em São Paulo, por exemplo, há o Decreto Estadual nº 19.903/50 e a Resolução da Secretaria de Segurança Pública nº 41/83 tratando a questão.

Dispõe-se na aludida resolução que a polícia pode utilizar-se das algemas: para casos de flagrante, pronúncia ou demais casos previstos em lei, desde que ofereçam resistência ou tentem a fuga; contra ébrios, viciosos e turbulentos, desde que o seu estado externo de exaltação torne indispensável o emprego de força e em caso de remoção de presos que, pela sua conhecida periculosidade, possam tentar a fuga, durante diligência, ou a tenham tentado, ou oferecido resistência quando de sua detenção.<sup>90</sup>

Lei 9.537/97<sup>91</sup>, que cuida da segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional, dispõe em seu art. 10 que o Comandante pode impor sanções disciplinares previstas na legislação pertinente, ordenar o desembarque de qualquer pessoa e ordenar a detenção de pessoa em camarote ou alojamento, se necessário inclusive com algemas, quando imprescindível para a manutenção da integridade física de terceiros, da embarcação ou da carga. Tais medidas são legais desde que observados algumas quesitos como a do Comandante estar exercício de suas funções e que tais ações sejam para garantir a segurança das pessoas, da embarcação e da carga transportada.

A Resolução nº 14/94 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, ao tratar dos meios de coerção a serem adotados, define:

---

<sup>90</sup> Ibidem.

<sup>91</sup> Idem.

Art. 29. Os meios de coerção, tais como algemas, e camisas-de-força, só poderão ser utilizados nos seguintes casos:  
I – como medida de precaução contra fuga, durante o deslocamento do preso, devendo ser retirados quando do comparecimento em audiência perante autoridade judiciária ou administrativa;  
II – por motivo de saúde, segundo recomendação médica;  
III – em circunstâncias excepcionais, quando for indispensável utilizá-los em razão de perigo eminente para a vida do preso, de servidor, ou de terceiros.<sup>92</sup>

Há, dessa maneira, expressa proibição de se utilizar algemas ou camisas-de-força fora das hipóteses acima previstas, haja vista tratar-se de rol taxativo, como se denota do dispositivo supra.

No entanto, nota-se flagrante omissão do ordenamento na disciplina da matéria, em termos de tratamento mais amplo do assunto, através de lei em sentido estrito com abrangência nacional.

A Lei 7.210/84, que instituiu a lei de Execução Penal, preconiza em seu art.199 que o uso de algemas será disciplinado por decreto federal, o que até hoje, vinte e sete anos após a publicação da lei, não ocorreu.

Em um país filiado ao sistema da *civil law*, como afirma Gomes<sup>93</sup>, não há dúvida de que constitui fonte de enorme insegurança a falta de um regramento nacional específico sobre a matéria.

De fato, a falta de regulamentação em âmbito nacional sobre a questão em exame traz uma incerteza sobre a atuação adequada que o agente do Estado deve adotar, visto que seus atos são dotados de discricionariedade.

Segundo Câmara<sup>94</sup>, deixar ao alvedrio do policial o emprego de algemas no momento da prisão tem diversos riscos e outros inconvenientes, como por exemplo, o policial se sentiria intimidado por ficar sujeito à avaliação posterior de sua decisão e à eventual influência do conduzido.

Capez em reflexão a falta de regulamentação do uso de algema no Brasil, diz que:

---

<sup>92</sup> Ibidem.

<sup>93</sup> GOMES, Luiz Flávio. *O uso de algemas no nosso país está devidamente disciplinado?* Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2921>>. Acesso em: 23 set.. 2011.

<sup>94</sup> CÂMARA, Paulo Celso Pinheiro Sette. Emprego de algemas. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/artigos/emprego-de-algemas>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

As regras mínimas da ONU para tratamento de prisioneiros, na parte que versa sobre instrumentos de coação, mais precisamente em seu n. 33, estabelece que o emprego de algema jamais poderá se dar como medida de punição. Trata-se de uma recomendação de caráter não cogente, mas que serve como base de interpretação.<sup>95</sup>

Por conseguinte, não obstante inexistir regra obrigatória no direito internacional público, conforme o entendimento supra, é possível empregar os instrumentos normativos existentes em tal seara à título de fonte interpretativa, haja vista a omissão do ordenamento jurídico pátrio sobre tal questão.

Todavia, sem embargo dos recursos interpretativos baseados nas regras de direito internacional, há de se repisar a necessidade de legislação específica a tratar a matéria, a fim de se estabelecer maior uniformidade em seu entendimento.

A respeito, conforme demonstra o Portal da Câmara dos Deputados<sup>96</sup>, desde o ano de 2000 há um projeto de lei (ainda em tramitação) proposto pelo Deputado Alberto Fraga (PMBD/DF), que tem por escopo disciplinar o emprego de algemas por autoridades policiais e dar outras providências. Afora essa proposta legislativa, no decurso do período do ano 2000 até o ano de 2008, foram propostos 11 projetos de lei sobre o assunto, sendo estes apensados ao anteriormente aludido.

Segundo Carneiro Gomes<sup>97</sup>, o projeto de lei, à medida que assegura garantias ao preso, também deve assegurar instrumentos de controle, de segurança pessoal da equipe policial e o instrumento alternativo à algema para condução diligente e eficaz do preso.

O Projeto de Lei nº 185/2004, que está em tramitação, propõe-se a regulamentar o emprego de algemas em todo o território nacional.

Expõe a mencionada proposta legislativa que as algemas somente poderão ser empregadas: durante o deslocamento do preso, quando oferecer resistência ou houver fundado receio de tentativa de fuga; quando o preso em flagrante delito oferecer resistência ou tentar fugir; durante audiência perante autoridade judiciária

---

<sup>95</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p.30.

<sup>96</sup> CÂMARA, Paulo Celso Pinheiro Sette. *Emprego de algemas*. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/artigos/emprego-de-algemas>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

<sup>97</sup> GOMES, Rodrigo Carneiro. *Algemas: isonomia e o novo projeto de lei*. A problemática da exposição midiática e a segurança da equipe em operações policiais. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 889, 9 dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7662>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

ou administrativa, se houver fundado receio, com base em elementos concretos demonstrativos da periculosidade do preso, de que possa perturbar a ordem dos trabalhos, tentar fugir ou ameaçar a segurança e a integridade física dos presentes; em circunstâncias excepcionais, quando julgado indispensável pela autoridade competente; e quando não houver outros meios idôneos para atingir o fim a que se destinam.<sup>98</sup>

Além das situações que poderão ser empregadas, as algemas também serão expressamente vedadas como forma de sanção e quando o investigado ou acusado, espontaneamente, se apresentar à autoridade administrativa ou judiciária, conforme salienta o art. 3º do Projeto de Lei 185/2004.

Para um efetivo controle do emprego das algemas, o art. 4º determina que os órgãos policiais e judiciários deverão manter um livro especial para o registro das situações em que tenham sido empregadas algemas, com a indicação do motivo, lavrando-se o termo respectivo, que será assinado pela autoridade competente e juntado aos autos do inquérito policial ou do processo judicial, conforme o caso. Em seu art. 5º afirma que qualquer autoridade que tomar conhecimento de abuso ou irregularidade no emprego de algemas deverá levar o fato ao conhecimento do Ministério Público, remetendo-lhe os documentos e provas de que dispuser, necessários à apuração da responsabilidade penal.<sup>99</sup>

Percebe-se, dessa feita, que o aludido projeto visa positivar detalhadamente as medidas empregadas no uso da algema, de modo a se evitar que a discricionariedade no tratamento da questão acabe por lesionar, na prática, o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa do conduzido.

### **3.3. A vedação do uso de algemas e o princípio da igualdade sob o prisma do tratamento diferenciado dos indivíduos**

Apesar da falta de lei a respeito do uso das algemas, o artigo 234 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), em seu §1º menciona que o emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da

---

<sup>98</sup> Ibidem.

<sup>99</sup> Idem.

parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o artigo 242.

Determina o art. 234, § 1º do CPPM, *in verbis*:

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 usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor. De tudo se lavrará auto subscrito pelo executor e por duas testemunhas.  
 § 1º O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, **e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o artigo 242** (grifou-se)<sup>100</sup>.

O artigo 242 do Código de Processo Penal Militar, por sua vez, relaciona determinadas pessoas que terão direito a prisão especial e de modo algum poderão ser algemadas. São elas: os ministros de Estado, do Tribunal de Contas e os de confissão religiosa; os governadores e seus respectivos secretários e chefes de Polícia; os membros dos Congresso Nacional, dos Conselhos da União e das Assembléias Legislativas; os magistrados; os oficiais das Forças Armadas, da Marinha Mercante Nacional, das Polícias e dos Corpos de Bombeiros Militares e os diplomados por faculdade ou instituto superior de ensino nacional.

Carneiro Gomes,<sup>101</sup> citando o editorial do jornal O Estado de São Paulo, afirma que este classificou como privilégio a proibição de uso de algemas em determinada categoria profissional.

Em se tratando de circunstâncias que envolva o Tribunal do Júri, o art. 474, § 3º do Código de Processo Penal não permite 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.

O objetivo colimado pela Constituição da República, afirma Moraes, ao estabelecer diversas funções, imunidades e garantias aos detentores das funções

<sup>100</sup> BRASIL. *Código penal militar, código de processo penal militar e Constituição Federal*. Anne Joyce Angher, coordenação. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2003. p.540/542.

<sup>101</sup> GOMES, Rodrigo Carneiro. *Algemas: isonomia e o novo projeto de lei*. A problemática da exposição midiática e a segurança da equipe em operações policiais. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 889, 9 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7662>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

soberanas do Estado, Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e a Instituição do Ministério Público, é a defesa do regime democrático, dos direitos fundamentais e da própria separação de Poderes, legitimando, pois, o tratamento diferenciado fixado a seus membros, em face do princípio da igualdade:

Estas eventuais diferenciações são compatíveis com a cláusula igualitária por existência de um vínculo de correlação lógica entre o tópico diferencial acolhido por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, pois compatível com interesses prestigiados na constituição.

<sup>102</sup>

Logo, tais distinções, na visão do citado autor, seriam consentâneas com a ordem constitucional, já que visam a observância de princípios básicos da organização do Estado.

Mauro Cappelletti *apud* Moraes<sup>103</sup> aponta que a finalidade constitucional em estabelecer imunidades é para evitar os regimes ditatoriais e garantir independência e liberdade à função criativa do Judiciário, na efetividade dos referidos direitos fundamentais.

Em oposição ao entendimento acima, Carneiro Gomes pondera que a Constituição da República Federativa do Brasil não recepcionou o questionável sistema de privilégios do art.242 c/c 243, § 1º, última parte, ambos do Código de Processo Penal Militar, sendo este sistema um resquício de uma época de intangibilidade das autoridades com escassos instrumentos de controle social e de prestação de contas.

Impõe-se concluir, dessa forma, que a existência de tratamento diverso para as autoridades públicas quebra o princípio da isonomia constitucional ao vedar o uso de algemas em pessoas específicas.

Nucci,<sup>104</sup> em sintonia com tal pensamento, reconhece não ver sentido na justificação dada por parte da doutrina para ocorrer um tratamento diferenciado a certa categoria de brasileiros, cuja explicação é que em se tratando desta distinção,

---

<sup>102</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.389.

<sup>103</sup> Idem.

<sup>104</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 90.

a lei leva em consideração não a pessoa, mas o cargo ou a função que ela exerce, haja vista que quem vai preso é o indivíduo e não seu cargo ou função.

Em afirmação congruente com tal entendimento, Oliveira, em parecer a constituir **marco-teórico** deste trabalho, declara que:

À exceção de uma ou outra situação, sobretudo quando fundada no exercício de determinadas funções públicas, ligadas à própria persecução penal, parece-nos absurdamente desigual o tratamento reservado a algumas pessoas, especialmente quando baseado no grau de escolaridade de que são portadoras.<sup>105</sup>

Assim, o uso das algemas deve se pautar pelos critérios de perigo e estrita conveniência à instrução penal, porquanto excetuar algumas pessoas, apenas por seu status social, não se coaduna com o princípio da igualdade consagrado na Constituição da República.

Em explicação sobre a violação do princípio da igualdade, Minhoto citando Canotilho afirma que:

O princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. Existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica: a) não se basear num fundamento sério; b) não tiver um sentido legítimo; e c) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.<sup>106</sup>

Conclui-se, dessa forma, que a distinção dantes referida viola manifestamente o princípio constitucional da igualdade, devendo ser rejeitada atualmente, com base nos critérios estabelecidos pela Súmula Vinculante nº 11, até que se tenha lei específica a respeito.

Em síntese, vê-se, com base nos entendimentos acima, que a distinção promovida pelo art. 234, § 1º do Código de Processo Penal Militar (CPPM) não

---

<sup>105</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 421.

<sup>106</sup> CANOTILHO, Joaquim Gomes *apud* MINHOTO, Antônio Celso Baeta. Princípio da igualdade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v.II, n.42, p.310 – 328, jan./mar.2003, p. 315.

merece guarida, por mais que se argumente que determinadas pessoas por deterem diploma de curso superior ou qualquer outra titulação – muitas vezes não acessíveis ao brasileiro médio – merecem um tratamento condigno destacado.

No tocante à Súmula Vinculante nº 11, observa-se que, a grande repercussão na mídia sobre o emprego inadequado da algema pela Polícia Federal, reacendeu a discussão sobre o assunto, mobilizando os profissionais do direito a se posicionarem a respeito.

Nesse contexto, com o intuito de refrear abusos relacionados com o emprego de algemas em pessoas presas, o Supremo Tribunal Federal – STF, em sua composição plenária, por unanimidade, em sessão realizada em 13 de agosto de 2008, editou a súmula vinculante nº 11.

Nota-se que, apesar dos limites estabelecidos pela referida súmula, em momento algum teve-se por abrigada a diferenciação feita pelo art. 234, § 1º do CPPM. É o que se denota abaixo, dos termos da súmula e dos pareceres dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Preceitua a referida súmula:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada 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.<sup>107</sup>

A respeito das súmulas vinculantes, instituídas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, Moraes explica que:

As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à idéia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os

---

<sup>107</sup> BRASIL, Superior Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 11*. Brasília, 2008.

mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.<sup>108</sup>

No que tange à súmula vinculante nº 11, anota-se, a seguir, alguns trechos importantes do debate realizado pelo Supremo Tribunal Federal (constante da ata da 20ª Sessão Ordinária, realizada em 13 de agosto de 2008) a fim de se demonstrar o entendimento de alguns ministros sobre o assunto.

Para o Ministro Marco Aurélio<sup>109</sup> o objetivo da norma, conduz ao afastamento do uso abusivo das algemas; sua utilização, sempre excepcional, pressupõe o real risco de fuga ou a periculosidade do conduzido, cabendo evitá-la ante a dignidade do cidadão.

O Ministro Cezar Peluso esclareceu que:

É preciso que o Tribunal deixe claras as conseqüências jurídicas da inobservância da súmula vinculante. Isto é, o Tribunal não pode transformá-la em mera recomendação, no sentido de que os agentes de autoridade possam, segundo o seu arbítrio, cumpri-la, ou não, sem nenhuma conseqüência. [...] É importante que a Corte fixe sua posição e, mais do que isso, que deixe claras as responsabilidades do cumprimento, porque, com isso, deixaremos explícito que o Ministério Público, o Ministério da Justiça, o Diretor do Departamento de Polícia Federal, Estadual, Municipal, o juiz de Direito, todos têm responsabilidade diante do conteúdo e da eficácia da súmula. Isto é, só vamos reconhecer ilícito, quando este fique claro, como caso em que se aplicam as algemas sem nenhum risco, com o só propósito de expor o preso à execração pública, ou de lhe impor, longe do público, constrangimento absolutamente desnecessário.[...]<sup>110</sup>

Destarte, destaca o citado ministro a necessidade de se estabelecer nitidamente as implicações da violação à proibição contida na súmula vinculante sobre o uso de algemas, com o intuito de se conferir a esta efeitos concretos.

O Ministro Menezes Direito, diante do debate, demonstra sua posição afirmando:

[...] O que estarrece é que realmente, diante de uma decisão tomada à

---

<sup>108</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, 92.

<sup>109</sup> BRASIL, Superior Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 11*. Brasília, 2008.

<sup>110</sup> Idem.

unanimidade da Corte Suprema do país, um delegado da Polícia Federal, pura e simplesmente, desqualifique essa decisão do Supremo, entendendo que é normal o uso de algemas, que depende do uso de algemas em uma situação de fato. [...] Nós temos de explicitar que o descumprimento dessa súmula vinculante traz consequência, consequência não apenas no campo penal, com o crime de desobediência, como consequências gerais para o Estado no campo da indenização por dano moral. [...].<sup>111</sup>

Pretende-se, dessa maneira, mudar a cultura do uso de algemas, transformando essa prática em exceção, ao invés de regra.

Com o mesmo posicionamento, pontua o Ministro Carlos Ayres Brito que:

O que a redação consagra é a tese da excepcionalidade do emprego de algemas. [...] porque a Constituição é que diz com todas as letras, art. 5º: “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;” Esse tratamento degradante significa infamante, humilhante, como se dá quando o ser humano, ainda que preso em flagrante de delito, é exibido ao público como se fosse um troféu, uma caça, numa atmosfera de exibicionismo policial.[...] Não podemos, porém, perder de vista, sobretudo quando a prisão se dá em flagrante, que num contexto de segurança pública os agentes policiais não podem perder jamais o que se poderia chamar de prudente arbítrio para saber se a situação é exigente ou não da quebra dessa excepcionalidade, mas sempre no pressuposto de que o uso das algemas é excepcional.[...] <sup>112</sup>

A excepcionalidade, pois, passa a ser o pressuposto do uso de algemas, sempre restrita às necessidades específicas verificadas no momento da prisão.

O Procurador Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, apresentando o posicionamento do Ministério Público sobre o tema, expôs que:

Da mesma maneira que se preserva, com razão, a dignidade da pessoa humana - e o Ministério Público está ao lado dessa tese -, também temos de ter a consciência de que não podemos partir da presunção contrária de que o agente do Estado - o policial -, quando cumpre com os seus deveres, também estaria, presumidamente, violando a regra.[...] se há hipótese de descumprimento, de violação - não do comando constitucional, na verdade, mas do enunciado da súmula -, ela também não pode gerar uma situação de desestabilização do trabalho do Estado quando age nessa função importante de manter a segurança e de dar apoio à atuação jurisdicional de

---

<sup>111</sup> Ibidem.

<sup>112</sup> Idem.

persecução penal.[...] Não podemos viabilizar esse interesse não só estatal, mas também da própria sociedade, de conter a criminalidade e usar, quando necessário, a força na exata medida.<sup>113</sup>

Noutro giro, fica claro do parecer acima que é necessário analisar não só o lado do detido, mas também o do agente policial, quando do uso da algema. Impede-se, assim, que o emprego da algema seja sumariamente punido, sem se dar a oportunidade de que sua legitimidade seja demonstrada no caso concreto.

De todo modo, restou demonstrado acima que o uso de algemas, em regra é vedado. Excepcionalmente admite-se tal expediente, no caso de resistência, fundado receio de fuga ou periculosidade por parte do detido.

Enfim, observa-se que os critérios determinantes para o uso de algemas são objetivos, isto é, baseados em circunstâncias fáticas analisadas no caso concreto, e nunca subjetivos como o quis o art. 234, §1º do CPPM, ao vedar peremptoriamente o uso de algemas, com base na “nobreza” social do conduzido.

---

<sup>113</sup> Ibidem

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade se sente receosa quanto à atuação do Estado, principalmente, quando se trata do cerceamento da liberdade de locomoção.

Quando o indivíduo pensa na prisão efetuada durante a atividade policial, logo vem a imagem da algema, que é um equipamento comumente utilizado.

O uso da algema, apesar de demonstrado que ainda não existe lei que o regulamente, é preconizado na atividade policial pelos princípios da legalidade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e necessidade.

Esses princípios tornam-se balizadores da conduta policial, pois se apresentam como normas fundantes do sistema processual, servindo como alicerce de disposições fundamentais normativas e de critério para sua compreensão.

Ficou evidenciado que a dignidade da pessoa humana é um princípio que torna cada ser humano merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade.

Em consonância a esse comando está o princípio da igualdade que, mais do que buscar a igualação de tratamento entre os iguais e os desiguais de acordo com o conceito aristotélico, consiste em tratar todos com a mesma consideração e respeito.

Como ressaltado anteriormente, é muito mais apropriado definir a igualdade como considerar os indivíduos como iguais, do que como tratar os indivíduos igualmente.

Já o princípio da proporcionalidade se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são concretizados, delimitando que a medida não pode exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja.

Ficou transparente, ante a falta de regulamentação, que a algema só poderá ser utilizada quando ficar claro que há resistência ou fundado receio de fuga por parte do conduzido, ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, sendo vedado seu uso como uma simples intenção de humilhar o conduzido.

Assim, o fato de determinadas pessoas, que têm direito a prisão especial, de modo algum poderem ser algemadas fere o princípio da igualdade constitucional, pois o que se avalia no momento da algemação não é a condição social e econômica do indivíduo e, sim, situações de perigo eminentes.

Diante disso, é forçoso concluir que todos merecem ser tratados com a mesma consideração e respeito, independente do cargo ou posição social que ocupam.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado*. Revista Brasileira de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, n.2, p.209-223, jul. / dez. 2003.

BRASIL. *Código penal militar, código de processo penal militar e Constituição Federal*. Anne Joyce Angher, coordenação. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2003.p.540-542.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos*. Brasília. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 4 dez. 2011.

BRASIL. Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 out. 1989.

BRASIL. Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 dez. 1941.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 11*. Brasília, 2008.

BRASIL. *Portal da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=18579](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=18579)>. Acesso em: 01 set. 2011.

BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da língua portuguesa*. ed. ver. e atual. por Helena Bonito C. Pereira, Rena Singer. São Paulo: FTD: LISA, 1996.

CARNEIRO, Rodrigo Gomes. *Algemas para a salvaguarda da sociedade: a desmistificação do seu uso*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1199, 13 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9038>>. Acesso em: 22 mar. 2011.

\_\_\_\_\_. *Algemas: isonomia e o novo projeto de lei. A problemática da exposição midiática e a segurança da equipe em operações policiais*. Jus Navigandi,

Teresina, ano 10, n. 889, 9 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7662>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

CÂMARA, Paulo Celso Pinheiro Sette. *Emprego de algemas*. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/artigos/emprego-de-algemas>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Uso de algemas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 889, 9 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7706>>. Acesso em: 22 out. 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

EDERLYI, Maria Fernanda. *Uso de algemas pela PF levanta clamores na sociedade*. Disponível em: <<https://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhejournal&ID=12153>>. Acesso em: 20 set.. 2011.

GOLDENBERG, Mirian. *A arte de pesquisar: como fazer pesquisa qualitativa em ciências sociais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. *O uso de algemas no nosso país está devidamente disciplinado?* Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2921>>. Acesso em: 23 set.. 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MATTE, Luiza. Considerações acerca do caráter absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, Ano XXV, v. 28, p.147-153, 2003/2.

MINHOTO, Antônio Celso Baeta. Princípio da igualdade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v.II, n.42, p.310 – 328, jan./mar.2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Cícero Nunes; CORRÊA Marcelo Vladimir. *Manual de prática policial*. 1. ed. v.1, p.117-123. Belo Horizonte, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

O Estado de São Paulo. *Triste tradição*. Abuso no uso de algemas não traz efeito pedagógico. Editorial de 25/07/2005. In Revista Consultor Jurídico, 25 jul. 2005. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/36533,1>> . Acesso em: 23 ago. 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

OMMATI, José Emílio Medauar. *A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre; Sérgio Antônio Fabris, 2004.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Emprego de algemas: notas em prol de sua regulamentação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol.592, ano 74, p.275-292, fev. 1985.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

ROVER, Cees de. *Para servir e proteger*. Direitos humanos e direito internacional humanitário para forças policiais e de segurança: manual para instrutores. Trad. De Sílvia Backes e Ernani S. Pilla. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1998.

SABELLI, Cid. *Uso indevido de algemas. Mais que um ato, um crime contra a dignidade da pessoa humana*. Revista Jus Vigilantibus, 16 out. 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29095>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA JR, Hédio. *O princípio da igualdade na constituição de 1998*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v.10, n.38, p.168-191, jan./mar, 2002.