

SHIRLEN SERAFIM CARREIRO

**APREENSÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O USO
DE ALGEMAS**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC - MG
2015

SHIRLEN SERAFIM CARREIRO

**APREENSÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O USO
DE ALGEMAS**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga - FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Área de concentração: Constitucional e Penal.
Orientador: Ivan Lopes Sales

FIC - MG
2015

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo investigar e discorrer acerca da legalidade do uso de algemas em crianças e adolescentes, quando de sua apreensão. Trata-se da utilização do mecanismo de algemas e a discussão a respeito de eventual lesão aos direitos fundamentais da pessoa humana. Com base na doutrina de Paulo Lúcio Nogueira, através do seu livro Curso Completo de Processo Penal, busca-se analisar e discutir a Súmula Vinculante nº. 11, que disciplinou a utilização do mecanismo subumano das algemas, de forma excepcional, para garantia da ordem pública, desde que devidamente fundamentada a adoção. Analisa-se a adequação da referida súmula com a doutrina da proteção integral, garantida no art. 227, da Constituição Federal de 1988 e com isso, tecer comentários, didaticamente, acerca da origem do mecanismo, eventual lesão das algemas aos direitos fundamentais da pessoa humana e a posição do STF. Em seguida, descreve-se a doutrina da proteção integral, com o especial tratamento expendido pelo Estado às crianças e aos adolescentes. Serão utilizadas como forma de fontes, pesquisas bibliográficas, doutrinárias e legais, com base no direito atualizado. Por fim, cumpre salientar que a presente pesquisa não terá outro fim, senão o de promover o desentendimento sobre assuntos do cotidiano, principalmente em estudar a celeuma da legalidade da utilização das algemas pelos menores de 18 (dezoito) anos, visando garantir a observância dos direitos especiais, inseridos no ordenamento jurídico brasileiro pela doutrina da proteção integral.

Palavras-chave: Algemas; Súmula Vinculante; Crianças e Adolescentes; Doutrina da Proteção Integral.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 5 |
| CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS..... | 7 |
| | |
| CAPÍTULO I - DO USO DE ALGEMAS..... | 10 |
| 1.1 Preceitos históricos e atualidade..... | 10 |
| 1.2 Algemas e os Direitos fundamentais..... | 11 |
| 1.2.1 <i>Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....</i> | <i>11</i> |
| 1.2.2 <i>Presunção de Inocência.....</i> | <i>12</i> |
| 1.2.3 <i>Proibição de Tortura, de tratamento desumano ou degradante.....</i> | <i>13</i> |
| 1.3 Constitucionalidade do Uso de Algemas..... | 13 |
| 1.3.1 <i>Constitucionalidade Contestada.....</i> | <i>13</i> |
| 1.3.2 <i>Posição do Supremo Tribunal Federal.....</i> | <i>14</i> |
| 1.3.3 <i>Súmula vinculante 11 de 13 de agosto de 2008.....</i> | <i>14</i> |
| | |
| CAPÍTULO II - PRINCÍPIOS E DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE | |
| 2.1 Considerações iniciais..... | 17 |
| 2.2 Princípios orientadores do ECA..... | 17 |
| 2.2.1 <i>Princípio da Prioridade Absoluta.....</i> | <i>18</i> |
| 2.2.2 <i>Princípio do Melhor Interesse.....</i> | <i>19</i> |
| 2.3 Demais direitos da criança e do adolescente..... | 21 |
| | |
| CAPÍTULO III - APREENSÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O USO DE ALGEMAS..... | 23 |
| 3.1 Apreensão de adolescentes..... | 23 |
| 3.2 Uso de algemas por menores..... | 26 |
| 3.3 Da maioridade penal..... | 27 |
| 3.4 Adequação da Súmula Vinculante nº 11 à doutrina da proteção integral..... | 29 |
| CONCLUSÃO..... | 32 |
| REFERÊNCIAS..... | 34 |

INTRODUÇÃO

O mecanismo das algemas vinha sendo bastante criticado pelos garantidores dos direitos humanos, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº. 11, que admitiu a utilização do mecanismo de forma excepcional, como meio de garantir a ordem pública, desde que devidamente fundamentada e comprovada a ameaça ou tentativa de conturbação.

Contudo não cuidou o Excelso Pretório de descrever como seria a imobilização de um adolescente quando de sua apreensão. Por tal razão a matéria vem sendo constantemente debatida pelos estudiosos do direito, uns contrários à utilização das algemas por menores de 18 (dezoito) anos, outros, favoráveis à adoção do mecanismo.

Para melhor assimilação do problema, a pesquisa aborda em princípio, a origem do uso de algemas, a lesão que as algemas causam nos direitos fundamentais da pessoa humana e a posição do Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula Vinculante nº. 11. Após, tece comentários acerca da doutrina da proteção integral, descrevendo todos os direitos especiais dirigidos aos menores de 18 (dezoito) anos.

O objetivo geral é examinar os pormenores e os questionamentos advindos da utilização das algemas por pessoa menor de 18 (dezoito) anos, levando em conta os ditames da doutrina da proteção integral e a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A problemática, que se propõe tratar, diz respeito à legalidade do uso de algemas por crianças e adolescentes. Indaga-se: a utilização de algemas encontra-se em consonância com a doutrina da proteção integral, assegurada pelo art. 227 da Constituição Federal?

Levanta-se como marco teórico a doutrina do Paulo Lúcio Nogueira, através do seu livro Curso Completo de Processo Penal, em face da Súmula Vinculante nº 11, editada pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como precedentes o “HC 91952, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 7.8.2008, DJe de 19.12.2008” onde foi levantada a tese de desumanidade no tocante ao réu permanecer algemado durante uma sessão de julgamento do Tribunal do Júri, transpondo a ideia de culpabilidade para os jurados, bem como, o “HC 89429,

Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgamento em 22.8.2006, DJ de 2.2.2007”, onde a discussão nasceu em razão do uso arbitrário do dispositivo pelos Policiais Militares, mesmo diante de uma situação pacífica por parte do suspeito.

Com base nos precedentes supra especificados, expressa Paulo Lúcio Nogueira: “Quanto ao uso de algemas, não será admissível, mas é de se ver que, se o adolescente for perigoso ou corpulento, não haverá alternativa, visto que deve também garantir a segurança dos seus condutores”.¹

É o que se trata com o presente estudo utilizando-se como forma de fontes, pesquisas bibliográficas, procurando explanar o tema a partir de doutrinas, artigos jurídicos, leis, revistas e fontes virtuais, tendo como base o direito mais atual.

¹ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Comentários à lei de execução penal: lei nº 7.210, de 11/07/1984. 2. Ed. ver e atualizada. São Paulo

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A palavra algema proveniente do árabe (al jamad: a pulseira), parece que, no sentido de aprisionar, apenas se torna de uso comum, no século XVI. Entende-se por algemas o 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 contenção.

É expressiva a opinião de Ferreira:

"Primeiramente deveremos advertir ao Juiz que quando prender alguém, ainda que seja por causa muito justificada, não lhe mande por ferros, nem grilhões, algemas ou cadeias de qualquer gênero que seja, antes devem cuidar muito em que os seus presos estejam livres de semelhantes prisões e rigores; pois, sendo estas, outras espécies de penas, não é razão que no cárcere as encontrem duplicadas, porque *afflictis non est donda ficticia* e basta-lhe aos pobres presos a falta de liberdade, para se considerarem com toda a pena, e não lhe sobrevirem ainda gemidos e dores, que dos ferros lhes resultam".²

A súmula vinculante é um mecanismo que obriga juízes de todos os tribunais a seguirem o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre determinado assunto com jurisprudência consolidada. Com a decisão do STF, a súmula vinculante adquire força de lei e cria um vínculo jurídico, não podendo mais, portanto, ser contrariada.

O caput do artigo 103-A da Emenda Constitucional 45 define esse mecanismo:

"O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei".³

² FERREIRA, Manoel Lopes. "**Prática criminal**". Porto, Of. De Antônio A. R. Guimaraens, 2ª. ed. 1767, p. 25.

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01. mar. 2015.

Por sua vez, o art. 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente “considera-se criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos, e adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

Quanto à criança, por mais grave que seja o ato infracional praticado, as únicas medidas aplicáveis são as protetivas, elencadas no art. 101, da Lei nº. 8.069/1990. É o que dispõe o art. 105 do mesmo diploma, ou seja, “ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.”

Esse tratamento diferenciado permitiu delegar ao Conselho Tutelar a atribuição para aplicação de várias medidas protetivas às crianças, em decorrência da prática de atos infracionais, sendo que, excepcionalmente poderão ser submetidas à autoridade judiciária.

Com relação ao adolescente, a medida obtém outros contornos, consoante o art. 106 do ECA:

Art. 106. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Parágrafo Único. O adolescente tem direito à identificação dos responsáveis pela sua apreensão, devendo ser informado acerca de seus direitos.⁴

A regra baseia-se no art. 5º, LXI, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

A tutela da liberdade com a consequente limitação do poder estatal sobre o status libertatis, é uma das maiores batalhas do Direito atual e dela não poderia ter se afastado do diploma menorista, ao prever a possibilidade de cerceamento em caráter excepcional e taxativo.

Já dissemos que o texto do artigo 227 da Constituição Federal é considerado por muitos como a síntese da Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança e do Adolescente. Abordando a matéria, o Professor e Magistrado João Batista da Costa Saraiva assim se expressa:

“A Doutrina da Proteção Integral foi adotada pela Constituição Federal, que

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 01. mar. 2015

a consagra em seu artigo 227, tendo sido acolhida pelo plenário do Congresso Constituinte pela extraordinária votação de 435 votos contra 8. O texto constitucional brasileiro, em vigor desde o histórico outubro de 1988, antecipou-se à Convenção, vez que o texto da ONU veio a ser aprovado pela Assembléia Geral da Nações Unidas em 20 de novembro de 1989”.⁵

Nota-se que o dispositivo refere-se ao adolescente, deixando claro que a criança nunca pode ser privada de sua liberdade, mas, no máximo, encaminhada imediatamente para a autoridade competente (Conselho Tutelar ou autoridade judiciária) para análise e aplicação de alguma das medidas protetivas previstas no art. 101, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Destarte, verifica-se que o adolescente pode ser privado de sua liberdade em duas únicas hipóteses: por apreensão de flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

⁵ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Ato Infracional – Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas**, Porto alegre, 1999, Livraria do advogado Editora.

CAPÍTULO I - DO USO LEGAL DE ALGEMAS

1.1 Preceitos históricos

A palavra algema origina-se de “Al jamad”, que, em árabe, significa pulseira. Referido vocábulo passou a integrar o vocabulário da língua portuguesa devido à influência da cultura árabe sarracena na Península Ibérica. Nas ordenações do Reino de Portugal, a expressão era utilizada no sentido de instrumento para tolher os dedos polegares ou os pulsos, de modo a restringir os movimentos dos braços. O objetivo principal do uso de algemas é imobilizar o indivíduo.

Segundo estudos, na Mesopotâmia há cerca de 4.000 anos atrás os prisioneiros tinham seus membros atados para evitar a fuga. No tempo da escravidão, havia a utilização de meios rústicos para imobilização dos escravos, quando do trabalho e até mesmo do recolhimento noturno, como forma de evitar a fuga.

No Brasil, desde as Ordenações do Reino até os diplomas mais atuais sempre houve a previsão do uso de algemas. A atual Lei de execução penal (Lei nº. 7.210/1984) dispõe em seu art. 199 que o uso de algemas será disciplinado por decreto federal. Contudo até a presente data não foi editada qualquer regulamentação acerca da utilização do mecanismo, a não ser o Código de Processo Penal Militar, aplicável somente aos militares estaduais e federais.

Atualmente a utilização de mecanismos para evitar a fuga, ou até mesmo injusta agressão, tem por justificativa os artigos 284 e 292, do Código de Processo Penal, que possuem as seguintes dicções:

Art. 284. Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.

Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos **meios necessários** para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto suscrito também por duas testemunhas. GRIFO NOSSO.⁶

⁶ BRASIL. Decreto–Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

Sendo assim, o emprego de algemas faz parte do universo dos meios necessários para repelir injusta agressão, resistência, fuga, aplicando-se o referido artigo analogicamente, consoante permissivo do art. 3º, do mesmo diploma.

Apesar de não elencados pelo CPP, consideram-se meios necessários todos os esforços materiais e humanos tendentes a repelir uma injusta agressão à autoridade e seus executores, bem como impedir a fuga do agente infrator, desde que o esforço seja usado na medida da agressão sofrida, bem como dentre várias possibilidades seja usado o meio menos lesivo. Portanto, as algemas englobam o universo extenso do termo "*meios necessários*" desde que seja usada como forma de conter uma agressão, resistência ou fuga, e não como meio de punição ou execução pública contra qualquer pessoa. Aliás, a própria Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X, prevê o direito à indenização por violação à honra e à imagem das pessoas.⁷

1.2 Algemas e os Direitos Fundamentais:

1.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal preza por uma proteção exagerada ao postulado da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consoante se observa da redação do art. 1º, III, da CF/88. Nas palavras de Ives Gandra Martins Filho, a dignidade da pessoa humana:

É essencialmente um atributo da pessoa humana: pelo simples fato de "ser" humana, a pessoa merece todo o respeito, independentemente de sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição social e econômica. Nesse sentido, o conceito de dignidade da pessoa humana não pode ser relativizado: a pessoa humana, enquanto tal, não perde sua dignidade quer por suas deficiências físicas, quer mesmo por seus desvios morais. Deve-se, nesse último caso, distinguir entre o crime e a pessoa do criminoso. O crime deve ser punido, mas a pessoa do criminoso deve ser tratada com respeito, até no cumprimento da pena a que estiver sujeito. Se o próprio criminoso deve ser tratado com respeito, quanto mais a vida inocente. (GRIFO NOSSO).⁸

Não é fácil de se encontrar pratica outra que cause maior lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana que o uso de algemas, sendo considerado um mecanismo sub-humano, capaz de comprometer a noção de pessoa humana do indivíduo.

⁷ PEREIRA ALVES, Pedro Paulo. **O uso das algemas na atividade policial.** Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/11621/o-uso-das-almegas-na-atividade-policial>> Acesso em 07 ago. 2015.

⁸ MARTINS FILHO, Ives Gandra. **O que significa dignidade da pessoa humana?** Disponível em <<http://www.comunidadeconica.com.br/Artigos/5778.aspx>> Acesso em 07 ago. 2015.

Sendo assim, a questão do uso de algemas pelos acusados e até mesmo pelos condenados deve ser objeto de uma maior cautela por parte das autoridades, devendo ser afastada sempre que se verificar qualquer lesão ao princípio, o que não será difícil de ocorrer, pois os responsáveis pela utilização do mecanismo agem com constante arbitrariedade, sob a falsa bandeira da legalidade.

1.2.2 Princípio da Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência é um instituto previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988. Refere-se a uma garantia processual atribuída ao acusado pela prática de uma infração penal, oferecendo-lhe a prerrogativa de não ser considerado culpado por um ato delituoso até que a sentença penal condenatória transite em julgado. Esta situação, em tese, evita a aplicação errônea das sanções punitivas previstas no ordenamento jurídico. Ainda garante ao acusado um julgamento de forma justa em respeito à dignidade da pessoa humana.

Há de se ressaltar que o uso de algemas, além de colocar em xeque o princípio da inocência presumida (assunto em discussão), também pode ser nocivo à vários preceitos constitucionais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana elencado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Ademais, deve-se mencionar a garantia fundamental assecuratória do respeito à integridade física e moral do preso prevista no artigo 5º, inciso XLIX, CF. Todos estes dispositivos legais dizem respeito ao uso abusivo de algemas, em desacordo com nossa legislação.⁹

Nesse sentido verifica-se contraditório o uso de algemas pelos presos ainda não condenados. Esse raciocínio ganhou maior realce no direito brasileiro diante dos inúmeros erros judiciários, visto que após a condenação de vários acusados pelo Poder Judiciário foi descoberta a inocência destes indivíduos, gerando para o estado a obrigação de reparar os danos causados, principalmente pela exposição pública dos indivíduos algemados.

⁹ FERRARI, Rafael. **O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal.** Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/21862/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-como-garantia-processual-penal>> Acesso em 01. ago. 2015.

1.2.3 Proibição de Tortura, de tratamento desumano ou degradante

Dispõe o inciso III, do art. 5º da CF/88 que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”¹⁰. Dessa forma, cabe verificar no caso concreto como o indivíduo reagirá ao uso de algemas, de modo que muitas das vezes poderá ser considerado tratamento desumano ou degradante, e até mesmo prática de tortura, crime inafiançável, consoante disposto no inciso XLIII, do art. 5º.

Instado a manifestar sobre o tema, o STF decidiu que:

O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou realça indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.¹¹

Com base no julgamento supra verifica-se que qualquer desvio acerca da utilização do mecanismo poderá caracterizar lesão à garantia do inciso III, do art. 5º, respondendo a autoridade por abuso de autoridade (Lei nº.4.898/65), além do crime inafiançável tortura (Lei nº 9.455/97).

1.3 Constitucionalidade do Uso de Algemas

1.3.1 Constitucionalidade Contestada

Tema de grande repercussão é a contestada constitucionalidade do uso de algemas pelos réus da persecução penal, principalmente sob o prisma dos direitos fundamentais do ser humano, com maior destaque ao princípio da presunção de inocência, tão defendido pelo direito penal brasileiro.

Os direitos fundamentais do ser humano são os considerados básicos para qualquer pessoa, independente das condições sociais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de determinada ordem jurídica. No direito brasileiro, os direitos fundamentais que, conforme entendimento já firmado, não constam somente do artigo 5º da Constituição Federal, constituem cláusula pétrea, não podendo ser

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01. ago. 2015.

¹¹ STF, HC 89.429/RO, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22.8.2006.

objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a aboli-los (art. 60, §4º, IV, da CF/88).

1.3.2 Posição do Supremo Tribunal Federal

Em que pese a evidente lesão do emprego de algemas aos direitos fundamentais do indivíduo, o STF posicionou-se favorável à utilização do mecanismo apenas de forma excepcional, razão pela qual editou a súmula vinculante nº 11 dispondo que:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.¹²

Sendo assim, buscou elementos jurídicos para manter o emprego do mecanismo no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento da necessidade de manutenção da ordem e segurança pública. Conduto, o entendimento não é o mais adequado, haja vista que o uso de algemas tem sido utilizado como forma de imposição de poder, por parte das autoridades, afastando-se, desse modo, das determinações expendidas na referida súmula.

1.3.3 Sumula vinculante 11 de 13 de agosto de 2008

A emenda constitucional 45/2004, apelidada de “*A reforma do Judiciário*”, inseriu o art. 103-A na Constituição Federal, prevendo a edição de sumulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, objetivando a diminuição do número de processos, de modo a resolver as divergências das decisões dos tribunais inferiores. Dispõe o art. 103-A, da Constituição Federal de 1988 que:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após

¹² STF. **Sumulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/0011vinculante.htm>Acesso em 01. mar. 2015.

reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.¹³

E prossegue:

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§2º. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.¹⁴

Podem provocar o STF para aprovação, revisão e cancelamento de súmula vinculante, nos termos do art. 103, da Constituição Federal: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Quando um ato administrativo ou uma decisão judicial contrarie a aplicação de súmula vinculante, ou aplique a mesma de forma indevida, é cabível reclamação perante o STF.

Com base em tal permissivo, foi editada pelo STF a sumula vinculante nº. 11, resolvendo a problemática do uso de algemas, haja vista a contestada constitucionalidade do instituto e sua utilização desviada pelos detentores do poder estatal. Dispõe a referida sumula, conforme visto em outro momento, que:

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01. mar. 2015.

¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01. mar. 2015.

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.¹⁵

Assim, ficou estabelecido, com a súmula, que as algemas somente podem ser utilizadas quando houver resistência à prisão, fundado receio de fuga ou quando houver perigo à integridade física do preso ou de terceiros. Assim sendo, as algemas servem como garantia ao próprio preso, e não só à polícia e a sociedade.

Se tais exigências para a utilização das algemas serão levadas a efeito pelos órgãos policiais e pelo Poder Judiciário, apenas o tempo poderá determinar se a manifestação do Supremo teve força prática. Até lá, os eventuais excessos praticados por policiais e autoridades judiciárias devem ser punidos, garantindo-se o princípio da presunção de inocência e a integridade do preso, mas sem tornar inviável a atuação do Estado na repressão ao crime, seja nas esferas policial ou judicial. A aprovação da Súmula Vinculante nº11 foi unânime entre os Ministros do STF. Apesar de não ter havido um processo legislativo, criou-se um balizamento para o uso de algemas, autorizando a autoridade policial a algemar nas situações descritas na Súmula, sempre justificando, por escrito, tal medida. A edição da súmula foi motivada, principalmente, após uma decisão tomada em sede de habeas corpus (HC 91952).¹⁶

Em que pese os ministros justificarem a utilização das algemas como forma de manter a ordem pública e a integridade dos envolvidos, a nosso ver a medida não poderia ser utilizada, mesmo que de modo excepcional, haja vista que deflagra demasiadamente os direitos fundamentais do indivíduo, além de implantar uma ideia de delinquência, o que não é razoável.

Destarte, o Estado deveria providenciar mecanismos outros que respeitem os direitos fundamentais da pessoa humana, principalmente na seara processual, utilizando mais da tecnologia, a exemplo do interrogatório por vídeo conferência, de modo a evitar o transporte dos condenados e a exposição pública dos mesmos portando tão odiado mecanismo.

¹⁵ STF. **Sumulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/0011vinculante.htm Acesso em 01. mar. 2015.

¹⁶ SIQUEIRA GOMES, Vinícius Corrêa de. **A súmula vinculante nº. 11 e a legitimidade do uso de algemas**. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/22092/a-sumula-vinculante-no-11-e-a-legitimidade-do-uso-de-algemas/3>> Acesso em 01. set. 2015.

CAPÍTULO II - PRINCÍPIOS E DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

2.1 Considerações iniciais

Os princípios são postulados que expressam os valores da pessoa humana. Diferem das regras principalmente pelo fato de que estas são dotadas de força imperativa, impondo, permitindo ou proibindo determinada conduta. Já os princípios são regras éticas e morais positivadas no ordenamento jurídico que servem de inspiração à aplicação do sistema lógico.

A convivência dos princípios é conflitual, de modo que o embaraço entre dois ou mais princípios deve ser resolvido pela Teoria da Ponderação de Interesses.

Nessa perspectiva, a ponderação é necessária nos casos em que diversas disposições constitucionais originárias, editadas no mesmo momento, de mesma hierarquia, inexistindo qualquer relação de generalidade ou especialidade, podem incidir, indicando soluções diversas. Nestes casos, não aplicamos as formas hermenêuticas tradicionais (critérios temporal, hierárquico e da especialidade) na solução do conflito, e sim a ponderação de interesses.¹⁷

A convivência de regras é antinômica, sendo que a prevalência de uma sobre a outra se resolve por intermédio das disposições do art. 2, da Lei nº. 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro).

Feitas essas considerações passamos à análise dos princípios e direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90) aos menores de 18 (dezoito) anos.

2.2 Princípios orientadores do ECA

Nos termos do art. 227, caput, da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação,

¹⁷ MOSZKOWICZ, Monique Geller. **A ponderação de interesses no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em <http://www.ricardonicoli.com/2010/04/ponderacao-de-interesses-no-ordenamento_16.html> Acesso em 02. ago. 2015.

exploração, violência, crueldade e opressão.¹⁸

Com base na dicção do dispositivo supra, auferimos a existência de dois princípios norteadores de todo sistema legal no que tange à criança e ao adolescente, quais sejam, o princípio da prioridade absoluta e o do melhor interesse.

2.2.1 Princípio da Prioridade Absoluta

A Constituição Federal de 1988 estabelece primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse: Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar. O princípio da prioridade absoluta leva em consideração que a criança é pessoa em desenvolvimento, possuindo mais fragilidade que a pessoa tida como adulta e, conseqüentemente, correndo mais riscos.

A prioridade deve ser assegurada por todos: família, comunidade e Estado. No que tange à família, seja natural ou substituta, o dever inicia-se com o poder familiar, recaindo sobre si o dever moral e natural de responsabilizar-se pelo bem estar da criança e do adolescente integrante da família.

A comunidade é caracterizada como a parcela mais próxima das crianças e adolescentes que residem na mesma região, comungando dos mesmos costumes, como vizinhos, colegas da escola ou da Igreja. Destarte, pela proximidade com as crianças e jovens possuem melhores condições de identificarem violações dos direitos dos menores.

No que pertine ao Estado, este é responsável pela garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, visando o surgimento de um cidadão modelo: com bons costumes, educação, sucesso financeiro, etc.

Dessa forma, sendo dever de todas as esferas de interesses proceder com total prioridade aos direitos da criança e do adolescente, sua lesão poderá acarretar a responsabilização solidária do dano e, no que tange à negligência do Estado, poderá ensejar o ajuizamento de ação civil pública por parte do Ministério Público.

Nesse sentido é a jurisprudência do Excelso Pretório:

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01. mar. 2015.

CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.¹⁹

O princípio do melhor interesse passou a nortear toda a atividade judicial, no que se refere aos direitos infanto-juvenis. Numa ação de guarda, por exemplo, em que litigam os dois genitores, o juiz, de praxe, determinará a elaboração de estudo pela equipe psicossocial do Juízo, de modo a auferir qual genitor proporcionará melhores condições no plano vital ao menor (atenção material, educacional, social, etc). Após a elaboração do laudo, é dado vista ao Promotor de Justiça para apresentar parecer opinando pela decisão que mais atenda aos interesses do menor. Em seguida o juiz profere a sentença.

É um procedimento moroso e desgastante, haja vista que não é simples auferir qual a melhor opção para a criança. Contudo, as autoridades judiciárias estão cada vez mais se empenhando no sentido de proporcionar melhores condições de vida aos infantes, de modo a educá-los no início da vida, evitando-se a educação por meio do cárcere.

Por outro lado, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser observado também sob o prisma legislativo. A elaboração de normas jurídicas deve estar em consonância com o postulado em tela, sob pena de inconstitucionalidade.

Nesse sentido é o artigo da celebre professora Maria Berenice Dias:

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisão inédita, negou o recurso mantendo a sentença e o direito da constituição do duplo vínculo de filiação. Mais uma vez o Ministério Público recorreu. Alegando desrespeito a normas legais e constitucionais, interpôs recurso especial perante o STJ e recurso extraordinário junto ao STF. Dois recursos e um único fundamento: nem a lei e nem a Constituição reconhecem as uniões de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Deste modo, admitir que crianças e adolescentes tenham duas mães afrontaria o princípio da proteção integral. De forma corajosa e absolutamente inovadora, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça rejeitou o recurso reafirmando o entendimento já consolidado na Corte: nos casos de adoção, deve prevalecer sempre o

¹⁹ VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os princípios norteadores do direito da infância e juventude.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12> Acesso em 04. ago. 2015.

melhor interesse da criança. Disse o Relator, Ministro Luís Felipe Salomão: este julgamento é muito importante para dar dignidade ao ser humano, para o casal e para as crianças. O Presidente da Turma julgadora, Ministro João Otávio de Noronha destacou: Nestes casos, há de se entender que o interesse é sempre do menor, e o interesse dos menores diante da melhoria da situação social é a adoção.²⁰

Dessa forma, toda e qualquer medida legislativa que altere o sistema vigente deve observar o princípio do melhor interesse, sob pena de flagrante lesão à doutrina da proteção integral e, de uma forma reflexa, ao fundamento da dignidade da pessoa humana.

2.3 Demais direitos da criança e do adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/1990) traz, no título II, os direitos fundamentais dos menores, adequados que são à doutrina da proteção integral. No quadro abaixo buscamos individualizá-los e situá-los na lei, buscando a melhor compreensão do leitor.

| CAPÍTULOS | DIREITOS | ARTIGOS DO ECA |
|------------------|---|-----------------------|
| Capítulo I | À vida e à saúde | Artigos. 7º a 14 |
| Capítulo II | À liberdade, ao respeito e à dignidade. | Artigos 15 a 18 |
| Capítulo III | À convivência familiar e comunitária | Artigos 19 a 52-D |
| Capítulo IV | À educação, à cultura, ao esporte e ao lazer. | Artigos 53 a 59 |
| Capítulo V | À profissionalização e à proteção no trabalho | Artigos 60 a 69 |

DIREITOS FUNDAMENTAIS (TÍTULO II, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – LEI Nº. 8.069/1990)

Destarte, constata-se a ampla e larga proteção expendida pelo legislador aos direitos da criança e do adolescente, não pairando dúvidas de que a legislação atual e futura deve ser adequada aos ditames da proteção integral, sendo desarrazoada e cominada de flagrante ilegalidade qualquer medida que contrarie os direitos

²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Judiciário anula ações do legislativo contra adoção**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-mai-04/judiciario-anula-atos-legisladores-vetaradocaohomossexuais>> acesso em 04. set. 2015.

enumerados acima.

Abordando o tema da proteção integral, **WILSON DONIZETI LIBERATI**, esclarece que “A Lei 8.069/90 revolucionou o Direito Infanto-juvenil, inovando e adotando a doutrina da proteção integral. Essa nova visão é baseada nos direitos próprios e especiais das crianças e adolescentes, que, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral (TJSP, AC 19.688-0, Rel. Lair Loureiro). É integral, primeiro, porque assim diz a CF em seu art. 227, quando determina e assegura os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de qualquer tipo; segundo, porque se contrapõe à teoria do “Direito tutelar do menor”, adotada pelo Código de Menores revogado (Lei 6.697/79), que considerava as crianças e os adolescentes como objetos de medidas judiciais, quando evidenciada a situação irregular, disciplinada no art. 2º da antiga lei”. **ANTÔNIO CARLOS GOMES DA COSTA**, discorrendo sobre a teoria da proteção integral, argumenta que “De fato a concepção sustentadora do Estatuto é a chamada Doutrina da Proteção Integral defendida pela ONU com base na Declaração Universal dos Direitos da Criança. Esta doutrina afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos”.²¹

Sendo assim cumpre verificar se o uso de algemas pela criança e/ou adolescente, quando da apreensão, está em consonância com as finalidades da doutrina da proteção integral e da súmula vinculante nº. 11. Por tal razão alcançamos o ponto fundamental da presente dissertação, que diz respeito à legalidade do uso de algemas pelo menor de 18 (dezoito) anos, considerando todos os fundamentos supra defendidos, principalmente sobre o prisma da proteção integral e da inimputabilidade, considerando a criança como pessoa em desenvolvimento.

²¹ MENDES, Moacyr Pereira. **A proteção integral da criança e do adolescente: novidade utópica ou realidade esquecida?** Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2257&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em 04. ago. 2015.

CAPÍTULO III - APREENSÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O USO DE ALGEMAS

3.1 Apreensões de Adolescentes

Nos termos do art. 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente “considera-se criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos, e adolescentes, aquela entre doze e dezoito anos de idade”.²²

No que tange à criança, por mais grave que seja o ato infracional praticado, as únicas medidas aplicáveis são as protetivas, elencadas no art. 101, da Lei nº. 8.069/1990. É o que dispõe o art. 105 do mesmo diploma, ou seja, “ao ato infracional praticado por criança corresponderão às medidas previstas no art 101”.²³

Esse tratamento diferenciado permitiu delegar ao Conselho Tutelar a atribuição para aplicação de várias medidas protetivas às crianças, em decorrência da prática de atos infracionais, sendo que, excepcionalmente poderão ser submetidas à autoridade judiciária.

Com relação ao adolescente, a medida obtêm outros contornos. De acordo com o art. 106 do ECA:

Art. 106. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Parágrafo Único. O adolescente tem direito à identificação dos responsáveis pela sua apreensão, devendo ser informado acerca de seus direitos.²⁴

A regra baseia-se no art. 5º, LXI, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.²⁵

²² BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm >. Acesso em: 10 mar. 2015.

²³ BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm >. Acesso em: 10 mar. 2015.

²⁴ BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm >. Acesso em: 10 mar. 2015.

²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 01. mar. 2015.

A tutela da liberdade com a consequente limitação do poder estatal sobre o *status libertatis* é uma das maiores batalhas do Direito atual e dela não poderia ter se afastado do diploma menorista, ao prever a possibilidade de cerceamento em caráter excepcional e taxativo.

Note-se que o dispositivo refere-se ao adolescente, deixando claro que a criança nunca pode ser privada de sua liberdade, mas, no máximo, encaminhada imediatamente para a autoridade competente (Conselho Tutelar ou autoridade judiciária) para análise e aplicação de alguma das medidas protetivas previstas no art. 101, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Destarte, verifica-se que o adolescente pode ser privado de sua liberdade em duas únicas hipóteses. Ou por apreensão de flagrante de ato infracional, ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Se o diploma menorista utiliza a expressão “autoridade judiciária”, fá-lo na certeza de que somente ao juiz é atribuída a tarefa de resolver determinada situação jurídica envolvendo criança ou adolescente. Se outra autoridade também pudesse deliberar a respeito, o ECA certamente empregaria a expressão autoridade competente. Aliás, não é qualquer juiz que poderá ordenar a prisão de adolescente, mas somente o Juiz da Vara de Infância e Juventude, conforme legislação de organização judiciária do Estado em questão.

Registre-se que para a investigação acerca dos atos infracionais, o adolescente não pode ser submetido à prisão temporária, nos moldes da Lei nº. 7.960/1989.

Por sua vez, a prisão em flagrante de menores ocorre nas hipóteses do art. 302, do Código de Processo Penal, ou seja:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I – está cometendo a infração penal;
II – acaba de cometê-la;
III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração;
IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papeis que façam presumir ser ele o autor da infração.²⁶

Aplica-se, também, o art. 301 do mesmo diploma, que aduz “qualquer do povo

²⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

Com base nesse dispositivo, constata-se a existência de duas espécies de flagrante, o obrigatório e o facultativo. Por flagrante obrigatório entende-se aquele praticado por autoridade policial e seus agentes que, ao presenciar a prática de um ato infracional, deverá efetuar a apreensão imediata do adolescente, sob pena de prevaricação, crime previsto no art. 319, do Código Penal.

No que se refere ao flagrante facultativo, pode ser conceituado como a apreensão feita por pessoa comum, estranha aos quadros policiais, que não tem obrigação legal de praticar o ato de restrição da liberdade, ficando a decisão em sua esfera íntima.

Cumprido ressaltar que todos os procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, na área da prática de atos infracionais, são de natureza incondicionada, seguindo, por tanto, as regras do impulso oficial e da obrigatoriedade por parte do Ministério Público.

Fora dessas hipóteses, jamais o adolescente poderá ser privado de sua liberdade, sendo que referida prática poderá caracterizar o crime previsto no art. 230, do ECA, que possui a seguinte dicção:

Art. 230. Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente:
Pena: detenção de seis meses a dois anos.
Parágrafo único: Incide nas mesmas penas aquele que procede à apreensão sem observância das formalidades legais.²⁷

Após a apreensão do adolescente, a medida deve ser imediatamente comunicada à autoridade judiciária competente e à família do menor, ou pessoa por ele indicada, sob pena de incidência no crime previsto no art. 231 do ECA.

O parágrafo único do art. 107 do ECA determina que, além da comunicação prevista à autoridade e à família, a autoridade policial deverá verificar a possibilidade de soltura imediata do infrator. Se possível, a liberação somente poderá ser feita após a assinatura de termo de compromisso de apresentação do menor ao membro do Ministério Público competente, pelos pais ou responsáveis.

Com base em tal permissivo, verifica-se a especial proteção expendida pelo

²⁷ BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm >. Acesso em: 10 mar. 2015.

ordenamento jurídico brasileiro aos menores, vez que totalmente diversificada a apreensão dos mesmos com relação ao adulto, de modo que se de outra forma fosse, cairia por terra a doutrina da proteção integral, e a preocupação excessiva com a formação social dos menores de 18 anos.

3.2 Uso de algemas por menores.

A utilização das algemas quando da apreensão de crianças e adolescentes é um dos mais debatidos temas do direito criminal brasileiro, haja vista haver um choque entre os princípios constitucionais da manutenção da ordem pública, justificando a medida, e da dignidade da pessoa humana, repelindo o mecanismo.

Alguns autores saem em defesa da legalidade do uso de algemas em adolescentes, sob o argumento de que a Sumula Vinculante nº. 11 não fez qualquer ressalva com relação à utilização do mecanismo por menor de 18 (dezoito) anos, não cabendo ao intérprete fazê-la.

Outros sustentam que as algemas proporcionam a observância dos direitos conferidos pelo diploma menorista às crianças e aos adolescentes. Nesse sentido são os argumentos de Luciano Vieiralves Schiappacassa:

[...] o policial que diante de um caso concreto semelhante ao narrado, optar pela colocação de algemas, na realidade estará preservando a integridade física do adolescente, e, por conseguinte, resguardando o direito à vida e à saúde, assegurados pela CF, e como não poderia deixar de serem, direitos substancialmente, consagrados pelo E.C.A.²⁸

Respeito merece a posição do ilustre estudioso, mas não é o nosso entendimento. Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, verificou-se uma proteção exacerbada aos direitos da criança e do adolescente, sendo, inclusive, dedicado um capítulo específico à matéria (Título VIII, Capítulo VII, da Constituição Federal de 1988).

A utilização do mecanismo subumano das algemas não coaduna com a doutrina da proteção integral, assegurada pela Constituição, e adotada em todos os seus dispositivos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e se justifica por mais

²⁸ SCHIAPPACASSA, Luciano Vieiralves. **Há possibilidade de se utilizar algemas em menor de idade?** Disponível em <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/23849/ha-possibilidade-de-se-utilizar-algemas-em-menor-de-idade-luciano-vieiralves-schiappacassa>> Acesso em 20. Mar. 2015.

de um motivo, quais sejam a maioria penal e a inadequação da Súmula Vinculante nº. 11 com a doutrina da proteção integral.

3.3 Da Maioridade Penal

Reza o art. 228 da Constituição Federal de 1988 que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”²⁹. Dicção parecida é encontrada no art. 27, do Código Penal, ou seja, “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.³⁰

A legislação especial referida nos dispositivos supra é a Lei nº. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que repete em seu art. 104, a mesma ideia trazida pelo ordenamento jurídico brasileiro, *in verbis*:

Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta lei.
Parágrafo único: Para os efeitos desta lei, deve ser considerada a idade do adolescente na data do fato.³¹

Em que pese o legislador ter mencionado que a idade do adolescente deva ser considerada na data do fato, não fora estabelecida regra própria para determinação desta data. Sendo assim, 3 (três) teorias foram desenvolvidas a respeito do tema, a Teoria da Atividade, a do Resultado e a Mista.

Para a teoria da atividade, considera-se que o crime foi praticado no momento da ação ou omissão, independente do resultado. A segunda teoria denominada “Teoria do Resultado”, diz que o crime foi cometido no momento do resultado. Para a terceira teoria (Teoria Mista), considera-se praticado o crime tanto no momento da ação ou da omissão, como no do resultado.

O Código Penal Brasileiro adotou em seu art. 4º a Teoria da Atividade, pois “considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.³²

²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01. mar. 2015.

³⁰ BRASIL. Decreto–Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

³¹ BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm >. Acesso em: 10 mar. 2015.

³² BRASIL. Decreto–Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em:

Este é o único entendimento viável, a fim de evitar eventual impunidade. Seja o exemplo de um infrator que, no limiar de sua maioridade penal, dispara contra uma pessoa que, socorrida, somente vem a falecer quando o agressor já havia completado 18 anos de idade.

Se adotássemos outra teoria, que não a da atividade, o infrator não poderia ser punido segundo a lei penal, porque na época dos fatos era menor de 18 (dezoito) anos de idade, e também não poderia receber medida socioeducativa, pois na data do óbito já havia atingido a maioridade.

O Código Penal adotou, segundo critério político-legislativo, duas hipóteses de inimizabilidade do agente: inimizabilidade por doença mental e inimizabilidade por imaturidade natural.

A inimizabilidade por imaturidade natural ocorre em virtude de uma presunção legal, onde, por questões de política criminal, entendeu o legislador brasileiro que os menores de 18 (dezoito) anos não gozam de plena capacidade de entendimento que lhes permita imputar a prática de fato típico e ilícito. Adotou-se, portanto, o critério puramente biológico.³³

A prova da menoridade penal deve ser feita por certidão de nascimento expedida pelo registro civil ou documento que lhe substitua, a exemplo da carteira de identidade, conforme determina o parágrafo único do art. 155, do Código Penal. O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da súmula nº. 74 entende que “para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”.

Ao completar os 18 (dezoito) anos, o agente torna-se imputável, podendo ser-lhe aplicado uma sanção de natureza penal que, de acordo com o art. 32, do Código Penal, se dividem em: privativas de liberdade, restritivas de direito e multa. Dessa forma, no primeiro minuto de seu aniversário, independente da hora em que nasceu, o agente adquire a maioridade penal, com todas as implicações dela decorrentes.

A inimizabilidade do agente é alocada dentro de um dos elementos do crime, a culpabilidade. Na concepção finalista de Welzel, a culpabilidade é composta dos seguintes elementos normativos:

1 – imputabilidade;

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

³³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.

- 2 – potencial consciência sobre a ilicitude do fato;
- 3 – exigibilidade de conduta diversa.

Por esta razão, a expressão de que “o menor não comete crimes” soa aos bons ventos entre os cidadãos da sociedade brasileira. Isto se dá pelo fato de que se o agente é inimputável não há que se falar em culpabilidade, mesmo que haja tipicidade e ilicitude, não havendo, dessa forma, crime. Caso cometa algum ato infracional, o menor é submetido às medidas socializadoras insculpidas no ECA.

Ao analisar todo o sistema penal/constitucional brasileiro, verifica-se a especial proteção à criança e ao adolescente, principalmente sobre o prisma da sanção, pois as medidas socioeducativas, que são aplicadas aos adolescentes quando do cometimento de atos infracionais, não possuem as mesmas características e rigores da sanção penal. Dentre as características da pena, retribuição e prevenção, pode-se acertadamente afirmar que as medidas socioeducativas somente possuem caráter preventivo.

Sendo assim, seria correto a utilização de algemas pelos mesmos menores que são trabalhados educacionalmente pelo estatuto menorista? E a ideia de culpabilidade que as algemas transmitem. Como aplica-las se não existe culpabilidade no delito praticado pelo menor?

Estes questionamentos descrevem perfeitamente a ilegalidade do uso de algemas por menores de 18 (dezoito) anos, mas a inconstitucionalidade não se resume à inimputabilidade dos mesmos. Há de se perquirir a efetiva adequação da Súmula Vinculante nº. 11, com a doutrina da proteção integral, adotada pelo direito pátrio, e justificar o erro praticado pelo Supremo quando da elaboração da mesma, vez que deveria ter indicado alternativa outra, quando no caso estiver envolvida alguma criança, ou algum adolescente.

3.4 Adequação da Súmula Vinculante nº. 11 à doutrina da proteção integral

Hans Kelsen após vários estudos acerca da importância, classificação e conceito das Constituições, criou um método que foi apelidado de “pirâmide de Kelsen”. Com esse método pode se verificar um verdadeiro escalonamento de normas, uma constituindo o fundamento de validade da outra, numa verticalidade hierárquica. Uma norma, de hierarquia inferior, busca o seu fundamento de validade

na norma superior e esta, na seguinte, até chegar à Constituição, que é o fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional.

Dessa forma, qualquer medida normativa deve estar compatibilizada com a norma superior, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, passível de sofrer o controle, seja no plano abstrato, seja no concreto.

Em que pese não ser uma lei, haja vista que a atividade legiferante é privativa do Poder Legislativo, a Súmula Vinculante nº. 11 deve estar hierarquicamente em consonância com a Constituição Federal, sob pena de ilegalidade.

Conforme visto durante o presente trabalho, a Constituição Federal de 1988 trouxe expressamente a doutrina da proteção integral. Ao contrário do antigo Código de Menores (Lei nº. 6.697/1979), a proteção é estendida a todo e qualquer menor de 18 (dezoito) anos, e não somente aos em situação irregular.

A doutrina da proteção integral impõe ao Estado, à sociedade e à família a adoção de todas as medidas possíveis para a proteção da criança e do adolescente, e mais que isso, determina que sejam afastadas quaisquer medidas que tendem a corromper, torturar e, de um modo geral, prejudicar a criança e o adolescente.

Destarte, como ainda admitem o uso de algemas por criança e adolescente? Não há qualquer compatibilidade da Súmula Vinculante nº. 11 com a doutrina da proteção integral, adotada pela Constituição de 1988, em seu art. 227.

Em que pese o Excelso Pretório não ter se desincumbido de descrever como seria a utilização do mecanismo nas pessoas menores de 18 (dezoito) anos, quando da edição da súmula, não é de se aceitar sua utilização, diante da doutrina da proteção integral, haja vista que o uso do mecanismo causa numerosos prejuízos à formação física, moral e psicológica do menor, pessoa em desenvolvimento que é, conforme preleciona o art. 6º, do ECA (Lei nº. 8.069/1990).

Reforçando a ideia, trar-se-á à baila a dicção do referido artigo.

Ar. 6º. Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a **condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento.** (GRIFO NOSSO) ³⁴

Referido artigo não é utilizado somente no âmbito do Estatuto da Criança e do

³⁴ BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm >. Acesso em: 10 mar. 2015.

Adolescente, mas em todas as situações em que estejam em jogo os direitos fundamentais do menor. Sendo assim, não se pode admitir a adoção de um mecanismo que prejudica até mesmo o adulto, pessoa preparada e desenvolvida, quiçá uma criança.

Assim sendo, cumpre ao Estado, ajuntando seus três Poderes, desenvolver um mecanismo que melhor observe os direitos da criança e do adolescente e, de um modo geral, da pessoa humana, para a imobilização do indivíduo nos casos descritos pela Súmula Vinculante nº. 11, devendo, no que pertine ao menor, observar ainda os dizeres e determinações da doutrina da proteção integral.

CONCLUSÃO

Atualmente existe um consenso entre aqueles que lidam com o sistema de segurança pública, qual seja a necessidade de imobilizar o indivíduo em situação de desequilíbrio, visando manter e garantir a ordem pública. Contudo, o mecanismo de segurança deve estar em consonância com os demais direitos fundamentais, tão defendidos em acordos e convenções internacionais.

A utilização de algemas não vinha sendo visto com bons olhos pelos garantidores dos direitos humanos. Por tal razão, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº. 11, descrevendo o uso de forma excepcional do mecanismo. Contudo, quedou-se de tecer minuciosamente como deveria ser a imobilização de uma criança ou adolescente, quando de sua apreensão pela prática de ato infracional.

Conforme descrito, o mecanismo das algemas deflagra, por todos os modos, os direitos fundamentais da pessoa humana, pois fere a dignidade e a honra, além de torturar o indivíduo. Ressalte-se a contrariedade entre o mecanismo e o princípio da presunção de inocência. Dessa forma, verifica-se que o dispositivo causa danos até mesmo nos indivíduos de idade adulta, como admitir a utilização por menores de 18 (dezoito) anos?

É cediço que a matéria não é pacífica, eis que muitos demonstram serem favoráveis, outros, contrários a utilização de algemas nas crianças e adolescentes. Aqueles que são favoráveis fundamentam-se no sentido de que a garantia da ordem pública é mais importante, além de que com a imobilização os direitos dos menores serão mais observados. Por outro lado, aqueles que são contra o uso de algemas por crianças e adolescente, salientam que o mecanismo não haveria de ser utilizado nem em pessoas adultas, quiçá menores de 18 (dezoito) anos, eis que são considerados pessoas em desenvolvimento.

Concessa venia daqueles que se posicionam pela adoção do mecanismo, não se pode encontrar nos dias de hoje meio outro que cause mais lesão aos direitos fundamentais do ser humana, que a utilização de algemas por estes. Dessa forma, como se pode admitir a aposição das algemas em menores de 18 (dezoito) anos diante da doutrina da proteção integral?

Cumpre ao Estado, soberano e equipado que é descobrir alternativas para a

observância dos direitos humanos, em especial dos direitos da criança e do adolescente, e para manter a ordem pública quando da atividade policial e judicial. O que não se pode admitir é a permanência das algemas quando da apreensão dos menores pela prática de algum ato infracional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01. mar. 2015.

BRASIL. Decreto–Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

BRASIL. Decreto–Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm >. Acesso em: 10 mar. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Judiciário anula ações do legislativo contra adoção**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-mai-04/judiciario-anula-atos-legisladores-vetaradocaohomossexuais>> acesso em 04. set. 2015.

FERRARI, Rafael. **O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal**. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/21862/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-como-garantia-processual-penal>> Acesso em 01. ago. 2015.

FERREIRA, Manoel Lopes. **"Prática criminal"**. Porto, Of. De Antônio A. R. Guimaraens, 2ª. ed. 1767, p. 25.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. **O que significa dignidade da pessoa humana?** Disponível em < <http://www.comunidademaconica.com.br/Artigos/5778.aspx>> Acesso em 07 ago. 2015.

MENDES, Moacyr Pereira. **A proteção integral da criança e do adolescente: novidade utópica ou realidade esquecida?** Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2257&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em 04. ago. 2015.

MOSZKOWICZ, Monique Geller. **A ponderação de interesses no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em <http://www.ricardonicoli.com/2010/04/ponderacao-de-interesses-no-ordenamento_16.html> Acesso em 02. ago. 2015.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal: lei nº 7.210, de 11/07/1984**. 2. Ed. ver e atualizada. São Paulo.

PEREIRA ALVES, Pedro Paulo. **O uso das algemas na atividade policial.** Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/11621/o-uso-das-algemas-na-atividade-policia>> Acesso em 07 ago. 2015

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Ato Infracional – Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas**, Porto alegre, 1999, Livraria do advogado Editora.

SCHIAPPACASSA, Luciano Vieiralves. **Há possibilidade de se utilizar algemas em menor de idade?** Disponível em <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/23849/ha-possibilidade-de-se-utilizar-algemas-em-menor-de-idade-luciano-vieiralves-schiappacassa>> Acesso em 20. Mar. 2015.

SIQUEIRA GOMES, Vinícius Corrêa de. **A súmula vinculante nº. 11 e a legitimidade do uso de algemas.** Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/22092/a-sumula-vinculante-no-11-e-a-legitimidade-do-uso-de-algemas/3>> Acesso em 01. set. 2015.

STF, HC 89.429/RO, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22.8.2006.

STF. **Sumulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/0011vinculante.htm>Acesso em 01. mar. 2015.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os princípios norteadores do direito da infância e juventude.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12> Acesso em 04. ago. 2015.