

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 414

(ano VII)

(07/08/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

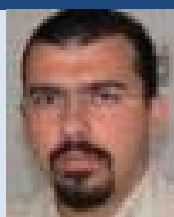
Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



07/08/2015 Rômulo de Andrade Moreira

» [Os "três ladrões" e o Supremo Tribunal Federal](#)

ARTIGOS

07/08/2015 Michele Cia

» [Indulto presidencial como estratégia para imposição de limites máximos à duração das medidas de segurança](#)

07/08/2015 Fernanda Albernaz Rabelo

» [Responsabilidade civil no transporte de pessoas](#)

07/08/2015 Andrea Bulka Sahaiko

» [O sistema recursal brasileiro à luz da teoria dos precedentes](#)

07/08/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Comentários ao reconhecimento do Direito à Internet como Direitos Humanos: Primeiros Apontamentos](#)

OS "TRÊS LADRÕES" E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor de várias obras jurídicas.

No dia 10 de dezembro do ano passado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento conjunto de três Habeas Corpus (nºs. 123734, 123533 e 123108) que tratavam da aplicação do Princípio da Insignificância em casos de furto. Os processos foram remetidos ao Plenário por deliberação da Primeira Turma, visando uniformizar a jurisprudência do Tribunal sobre a matéria.

Naquela sessão proferiu voto o relator, Ministro Luís Roberto Barroso. Ele argumentou que a ausência de critérios claros quanto ao referido princípio gerava o risco de casuísmos e agravava as condições

gerais do sistema prisional. O Ministro lembrou que a então jurisprudência do Supremo para a aplicação do princípio levava em consideração os seguintes critérios:

- 1) O reconhecimento de mínima ofensividade;
- 2) A inexistência de periculosidade social;
- 3) O reduzidíssimo grau de reprovabilidade e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Ele observou também que a jurisprudência do Supremo afastava a incidência do princípio da insignificância nos casos de reincidência e de furto qualificado. Em seu entendimento, tais critérios podem promover aumento no encarceramento de condenados por crimes de menor potencial ofensivo, defendendo que nem a reincidência, nem a modalidade qualificada do furto deveriam impedir a aplicação do princípio da insignificância. Segundo ele, o afastamento deveriam ser objeto de motivação específica, como o número de reincidências ou a especial reprovabilidade decorrente de qualificadoras. Observou ainda que, para a caracterização da reincidência múltipla, além do trânsito em julgado, as condenações anteriores devem tratar de crimes da mesma espécie.

Propôs, então, que, mesmo quando a insignificância fosse afastada, o encarceramento deveria ser fixado em regime inicial aberto domiciliar, substituindo-se, como regra, a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mesmo em caso de réu reincidente, admitida a regressão em caso de inobservância das condições impostas. Para o ministro, a utilização da pena de reclusão como regra representa sanção

desproporcional, excessiva e geradora de malefícios superiores aos benefícios. Desse modo, o Ministro votou pela concessão da ordem para reconhecer a atipicidade material da conduta, aplicando o princípio da insignificância.

O Habeas Corpus nº. 123108, que serviu de parâmetro para o julgamento, se referia a condenado a um ano de reclusão, com regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 dias-multa pelo furto de uma sandália de borracha no valor de R\$ 16. Apesar do valor ínfimo e da devolução do objeto, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais negou provimento à apelação porque o réu havia sido condenado em outra ocasião.

No Habeas Corpus nº. 123734, o réu foi condenado à pena de um ano de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de cinco dias-multa, pela tentativa de furto de 15 bombons artesanais no valor de R\$ 30. O princípio não foi aplicado porque se tratava de furto qualificado, com escalada e rompimento de obstáculos. A pena privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública. Mantida a decisão em segundo grau, a Defensoria Pública da União recorreu.

Já no Habeas Corpus nº. 123533, a ré foi condenada a dois anos de reclusão – sem substituição por restritiva de direitos – pelo furto de dois sabonetes líquidos íntimos, no valor de R\$ 48. O princípio da insignificância não foi aplicado porque o furto foi qualificado e houve concurso de agentes.

O julgamento foi adiado em razão de um pedido de vista do Ministro Teori Zavascki e deveria ter sido retomado no dia 17 de dezembro de 2014. Nada obstante tratar-se de um processo de Habeas Corpus, apenas agora, dia 03 de agosto de 2015, foi apresentado o voto-vista do Ministro (pasmem!).

Distorções à parte, com a apresentação do voto-vista do Ministro Teori Zavascki, o Plenário entendeu, por maioria, que a aplicação ou não desse princípio deve ser analisada caso a caso pelo Juiz de primeira instância e que a Corte não deve fixar tese sobre o tema.

Em seu voto, o Ministro Teori Zavascki observou que os casos concretos analisados no julgamento têm algum tipo de circunstância agravante, como a qualificação do crime por rompimento de barreira ou reincidência.

Segundo ele, embora se possa afirmar que a vítima pode recorrer à Justiça para buscar a reparação civil, exatamente pelo baixo valor dos objetos furtados e das condições dos autores, essa possibilidade seria meramente formal.

Salientou que, adotar o Princípio da Insignificância indiscriminadamente em casos de pequenos furtos, com qualificadora ou reincidência, seria tornar a conduta penalmente lícita e também imune a qualquer espécie de repressão estatal: *“É preciso que o Tribunal tenha presente as consequências jurídicas e sociais que decorrem de um juízo de atipicidade em casos como estes. Negar a tipicidade destas condutas seria afirmar que, do ponto de vista penal, seriam lícitas.”*

No entendimento do Ministro, é inegável que a conduta – cometimento de pequenos furtos – não é socialmente aceita e que, ante a

inação do Estado, a sociedade pode começar a se proteger e buscar fazer "justiça com as próprias mãos". Argumentou, ainda, que a pretexto de proteger o agente, a imunização da conduta acabará deixando-o exposto a situação de justiça privada, com consequências imprevisíveis e provavelmente mais graves: *“O Judiciário não pode, com sua inação, abrir espaço para quem o socorra. É justamente em situações como esta que se deve privilegiar o papel do juiz da causa, a quem cabe avaliar em cada caso concreto a aplicação, em dosagem adequada, seja do princípio da insignificância, seja o princípio constitucional da individualização da pena”*.

Ao final do julgamento, foi concedidos de ofício os Habeas Corpus n.ºs. 123108 e 123533, neste, para converter o regime prisional em aberto (mantida a condenação, portanto). No Habeas Corpus n.º. 123734, não foi concedida a ordem de ofício porque a pena de reclusão já havia sido substituída por prestação de serviços à comunidade (também o paciente manteve-se como condenado).

O relator, Ministro Roberto Barroso, reajustou o voto proferido anteriormente para acompanhar o Ministro Teori Zavascki. Ficaram parcialmente vencidos os Ministros Edson Fachin, a Ministra Rosa Weber e o Ministro Celso de Mello.

Pois bem.

Se já era um grave equívoco, do ponto de vista da Teoria Geral do Crime, adotar aqueles três critérios exigidos pelo Supremo Tribunal Federal para admitir o Princípio da Insignificância (uma verdadeira "jabuticabada"), a situação agravou-se com esta definitiva decisão do Plenário.

Em primeiro lugar, sabe-se que tal princípio foi desenvolvido por Claus Roxin, na década de 60, a partir do Princípio da Adequação Social, anteriormente criado por Welzel. Segundo Roxin, em linhas gerais, obviamente, era necessário introduzir no sistema penal um outro princípio que permitisse, em alguns tipos penais, excluir os danos de pouca importância, pois, como diz, Ferrajoli, *“la necesaria lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos, condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo. Palabras como ‘lesión’, ‘daño’ y ‘bien jurídico’ son claramente valorativas.”*^[1]

Ora, se a conduta do agente não lesa (ofende) o bem jurídico tutelado, não causando nenhum dano, ou, no máximo, um dano absolutamente insignificante, não há fato a punir por absoluta inexistência de tipicidade, pois *“la conducta que se incrimine ha de ser inequivocamente lesiva para aquellos valores e intereses expresivos de genuínos ‘bienes jurídicos’.”*^[2]

Como dissemos acima, *“el origen del estudio de la insignificancia se remonta al año 1964, cuando Claus Roxin formuló una primigenia enunciación, la que fuera reforzada – desde que se contemplaba idéntico objeto – por Claus Tiedemann, con el apelativo de delitos de bagatela.”*^[3]

Evidentemente, que não se pode afastar este princípio geral do Direito Penal, como fez o Ministro Teori, invocando de forma genérica *“consequências jurídicas e sociais que decorrem de um juízo de atipicidade”*, agravantes, qualificadoras, reincidência, etc., etc., alheando-

se da dogmática penal (o que é uma tremenda e imperdoável irresponsabilidade jurídica!).

A decisão foi um verdadeiro "lavar de mãos" do Supremo Tribunal Federal que "condenou" três "perigosos ladrões": um de uma sandália de borracha no valor de R\$ 16; outro de 15 bombons artesanais no valor de R\$ 30 e um terceiro "meliante" de dois sabonetes líquidos íntimos, no valor de R\$ 48.

NOTAS:

[1] Derecho y Razón, Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 467.

[2] Antonio Garcia-Pablos, Derecho Penal – Introducción, Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, 1995, 265.

[3] Enrique Ulises García Vitor, La Insignificancia en el Derecho Penal, Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 20.

INDULTO PRESIDENCIAL COMO ESTRATÉGIA PARA IMPOSIÇÃO DE LIMITES MÁXIMOS À DURAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

MICHELE CIA: Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, especialista em Didática do Ensino Superior pela Faculdade de Americana e mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada e membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. É pesquisadora do Núcleo de Estudos da Tutela Penal dos Direitos Humanos (NETPDH) e parecerista da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, ambos vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP. É membro do Grupo de Pesquisa Criminologia e Vitimologia, ligado ao Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da PUC-SP. Professora e coordenadora do curso de Direito da Libertas - Faculdades Integradas.

STEFÂNIA TUBALDINI CHAGAS: Graduada em Direito pela Libertas – Faculdades Integradas.

Resumo: As medidas de segurança são sanções penais fundadas na periculosidade do indivíduo e no Brasil são aplicadas aos inimputáveis e aos semi-imputáveis, objetivando a defesa social e o tratamento da doença mental, com o intuito de cessar a periculosidade do indivíduo e o reinserir na sociedade. Existem dois tipos de medida de segurança, sendo elas: internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico e sujeição a tratamento ambulatorial. Pode-se notar que no Estado Democrático de Direito, para a aplicação da medida de segurança é necessária a interação harmônica entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A ausência de limites máximos na medida de segurança é um problema com divergências doutrinárias e jurisprudenciais, e que fere diversos princípios constitucionais, tais como princípio da individualização da pena, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade, princípio da

legalidade, princípio da proporcionalidade e princípio da intervenção mínima. O indulto ou perdão presidencial é uma tradição brasileira publicada anualmente, no período natalino, através de um decreto federal emitido pelo Presidente da República, que passou a ser estendido aos submetidos à medida de segurança a partir de 2008, através do Decreto 6.076, de 2008. O indulto presidencial está sendo utilizado como forma de impor limites máximos às medidas de segurança, de modo a respeitar os direitos humanos dos indivíduos a elas submetidos, bem como resolver todas as divergências entre os poderes.

Palavras-chave: Direito Penal. Direitos Humanos. Medida de Segurança. Limites Máximos. Indulto Presidencial.

Presidential pardon as a strategy for the imposition of maximum duration of safety measures

Abstract: The safety measures are penal sanctions based on the danger of the person and in Brazil they are destined to the unimputables and semi imputables; they objectify the social defense and the person's mental illness treatment, in order to cease his danger and achieve his reinsertion on the society. There are two safety measures species, which are: internment in Custody and Psychiatric Treatment Hospital, and subjection to ambulatorial treatment. It may be noted that in a Democratic State of Law, in order to apply the safety measures, it is necessary the harmonic interaction between the executive, legislative and judicial powers. The absence of maximum limits on the safety measures is a problem with doctrinal and jurisprudential disagreements, that injures several constitutional principles such as the principle of individualization of

punishment, the principle of human dignity, the principle of legality, the principle of proportionality and the principle of minimum intervention. The presidential pardon is a Brazilian tradition published annually, in the the Christmas period, through a federal decree issued by the President, and that since 2008 is being extended to undergo safety measure, through Decree 6076/2008. The presidential pardon is being used as a way of imposing maximum limits to the security measures, so as to respect the human rights of individuals subjected to them and resolve all disagreements between the powers.

Keywords: Criminal Law. Human Rights. Safety Measures. Maximum Limits. Presidential Pardon.

Sumário: Introdução. 1 Da duração da medida de segurança: o inconcebível prazo mínimo e a ininteligível inexistência de prazo máximo. 2 Tendência doutrinária e jurisprudencial de imposição de limites máximos à duração da medida de segurança: em busca de um paradigma razoável. 3 Proposta do Anteprojeto do Código Penal: indícios da necessidade de imposição de prazos máximos de duração da medida de segurança. 4 A aplicação do indulto presidencial à medida de segurança como estratégia para imposição de limites máximos às medidas de segurança: quando o Poder Legislativo e o Poder Judiciário vacilam, cabe ao Poder Executivo resolver a questão? 4.1 Natureza jurídica do indulto presidencial. 4.2 Hipóteses de aplicação do indulto presidencial. 4.3 Indulto presidencial na medida de segurança. 4.3.1 Reconhecimento de repercussão geral. Considerações finais.

Introdução

As medidas de segurança são sanções penais fundadas na periculosidade do indivíduo. No Brasil são aplicadas aos inimputáveis e aos semi-imputáveis, objetivando sua reinserção social, através do tratamento da doença mental, e secundariamente a defesa social. Tal medida possui natureza jurídico-penal e sua aplicação só é possível após o trânsito em julgado da sentença absolutória imprópria que a impôs, havendo duas espécies: internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico e sujeição a tratamento ambulatorial.

São aplicáveis às medidas de segurança, como não poderia deixar de ser, os fundamentos e os princípios constantes da Constituição Federal, destacando-se os seguintes: dignidade humana, princípio da proporcionalidade, princípio da intervenção mínima, princípio da legalidade, princípio da igualdade, princípio da jurisdicionalidade^[2]. O presente trabalho trata da violação de diversos preceitos constitucionais, tendo em vista a ausência de limites máximos. Aborda a aplicação do indulto presidencial como estratégia para imposição de limites máximos à medida de segurança, assim como as polêmicas que o cercam. Com o presente estudo, através do método hipotético-dedutivo, pretende-se testar a seguinte hipótese: o indulto concedido na medida de segurança tem respaldo constitucional, e pretende resolver o problema da ausência de limites máximos na medida de segurança.

1 Da duração da medida de segurança: o inconcebível prazo mínimo e a ininteligível inexistência de prazo máximo

O ordenamento jurídico brasileiro prevê uma duração indeterminada para a internação e tratamento ambulatorial no que tange à liberação do internado, existindo apenas o prazo mínimo de um a três anos estipulado no Código Penal (LEVORIN, 2003, p. 163). O Código Penal determina:

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Prazo

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

Note-se que o prazo mínimo da medida de segurança será de 1 (um) a 3 (três) anos, sendo que o magistrado deverá, através de uma sentença absolutória imprópria, absolver o inimputável e aplicar-lhe uma medida de segurança, fixando um prazo mínimo que esteja entre os parâmetros mencionados (ARAÚJO, 2008). A fixação de prazos mínimos colide com os fundamentos e objetivos principais das medidas de segurança. Sabe-se que as medidas de segurança são fundamentadas na periculosidade do doente mental e que esta periculosidade está totalmente associada à patologia psíquica que aflige o indivíduo. Ocorre que, o juiz, ao proferir a sentença, não possui os elementos necessários de cognição para aferir a

possível duração da patologia, pois os laudos periciais produzidos no incidente de insanidade mental se restringem apenas a confirmar a inimputabilidade do agente, não havendo maiores especificações relacionadas ao período necessário para a cura da patologia (ARAÚJO, 2008).

Ademais, a prevenção geral positiva possui um papel importante quanto à fixação do prazo mínimo de duração da medida de segurança. Considera-se que a violação de qualquer bem jurídico por parte de um doente mental gera abalo na sociedade, sendo necessário que o ordenamento jurídico reafirme o direito, consistindo na fixação de um prazo mínimo de duração da medida de segurança, a fim de gerar a tranquilidade e a paz social. Em regra, segundo a legislação vigente, as perícias periódicas, destinadas a averiguar a cessação da periculosidade do indivíduo apenas poderão ser realizadas após o término do prazo mínimo fixado. Tal disposição legal fere completamente o princípio da intervenção mínima, o qual afirma que o Estado só poderá intervir na liberdade do indivíduo no limite do estritamente necessário, gerando um questionamento sobre a necessidade da manutenção da internação daquele que, em período inferior ao expresso em lei, já teve a sua periculosidade cessada. Tal questionamento pode ser sanado se analisarmos que, infelizmente, as medidas de segurança não se desvinculam completamente da pena, permanecendo ligadas através da ideia de castigo. Verifica-se que a imposição de limites mínimos na medida de segurança não foi estipulada pelo legislador se baseando na presunção de prazos relacionados à duração da periculosidade do doente mental,

mas sim na prevenção geral positiva, de maneira inadequada (FERRARI, 2001, p. 62- 63). Ressalta-se, ainda, que, na prática, os prazos mínimos são fixados pelo julgador com base na gravidade do delito cometido, o que é totalmente equivocado. Portanto, uma vez dissipada a doença mental que acometeu o inimputável, já não existem razões que legitimem a internação, porquanto inexistente qualquer utilidade terapêutica (ARAÚJO, 2008). Assim, tais limites mínimos ferem completamente os verdadeiros objetivos das medidas de segurança, quais sejam: a cessação da periculosidade do indivíduo e sua reinserção da sociedade.

Por sua vez, a ausência de limites máximos na medida de segurança fere diversos princípios constitucionais, tais como o princípio da individualização da medida de segurança, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, o princípio da legalidade, o princípio da proporcionalidade e o princípio da intervenção mínima. O princípio da legalidade possui como consequência a proibição de restrição à liberdade, sem que se predetermine o período máximo, sendo que as medidas de segurança indeterminadas quanto ao seu prazo de duração violam totalmente esse princípio (FERRARI, 2001, p.178). Segundo Jorge Figueiredo Dias (1993, p. 413-522, apud FERRARI, 2001, p. 179):

[...] a precisão e a clareza das normas existentes nas medidas de segurança são garantias ao próprio acusado, configurando meio indicativo às situações e limitações às medidas de segurança terapêutico-penais, não havendo sentido, atualmente, falar-se em indeterminação das medidas de segurança.

Nesse sentido, ainda, o princípio da proporcionalidade estabelece a exigência de uma relação adequada entre a intervenção estatal e a liberdade individual dos doentes mentais que cometem atos descritos como crime. Tal princípio exerce também uma função protetora, pois revela a necessidade de a proporcionalidade se estender às medidas de segurança. Verifica-se que a necessidade ou não de limites de duração para as medidas de segurança está vinculada à relação entre as intervenções contra a liberdade individual e os perigos que ameaçam a sociedade. Segundo Muñoz Conde (1981, apud FERRARI, 2001, p. 177), a limitação na medida de segurança é extremamente importante para que “não se faça do enfermo mental delinquente um sujeito de pior condição do que o mentalmente sã que comete um delito”. Portanto, a ausência de limites máximos na medida de segurança restringe diversos direitos individuais, pois a interferência do poder estatal deve ocorrer apenas quando for estritamente necessária (FERRARI, 2001, p. 179-180).

O nosso ordenamento jurídico, através da Constituição Federal prevê:

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

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.

Verifica-se claramente a proibição de sanções penais de caráter perpétuo, aplicável às medidas de segurança, pela Constituição Federal brasileira. Assim, a indeterminação quanto aos limites máximos da medida de segurança deve ser considerada inconstitucional, como decorrência lógica do preceito supracitado, da dignidade humana e do princípio da legalidade.

2 Tendência doutrinária e jurisprudencial de imposição de limites máximos à duração da medida de segurança: em busca de um paradigma razoável

Como visto, o legislador foi omissivo quanto à limitação de prazos máximos na medida de segurança, findando a medida de segurança apenas quando ocorre a constatação da cessação da periculosidade do doente mental, gerando a possibilidade de internações com caráter perpétuo, o que viola preceitos constitucionais, conforme já foi pontuado anteriormente. Alexandre Augusto da Cunha Dini (2012) destaca:

Deve ser levado em consideração o fato de que o Brasil, lamentavelmente, não está apto a ajudar os pacientes em sua recuperação. O que se observa é

que muitas vezes o regime de internação piora a condição do doente mental.

Preocupante é o fato de que uma vez internado, o paciente possua essa tendência de se tornar ainda mais perigoso, pela ausência de qualificação dos agentes e mínimas condições de tratamento e reabilitação, como recentemente nos ensinou Wagner Luiz Abranches, afirmando categoricamente que os hospitais de tratamento e custódia assemelham-se a presídios comuns, em nada melhorando a condição dos internados.

Por este motivo, é bastante provável que o prazo de internação que é prorrogável, será prorrogado tantas vezes, que o inimputável ficará sob “tratamento” por toda sua vida.

No mesmo sentido é a advertência de Renato Marcão (2009, p. 269, grifo do autor):

[...] a realidade prática destoa por completo da finalidade da lei, e a regra é que o submetido à medida de segurança, seja ela de que natureza for, não recebe o *tratamento* apropriado à sua recuperação mental, de maneira que a cessação, quando ocorre, advém mais de um acaso ou de condições particulares do agente do que do *tratamento* propriamente dispensado.

Apesar disso, existem renomados doutrinadores, como por exemplo, Rogério Greco (2008, p. 679), que defendem outro posicionamento, legitimando a perpetuidade de duração da medida de segurança, alegando que tal medida possui providência judicial curativa, não possuindo prazo determinado de duração, devendo o tratamento permanecer até a constatação da cessação da periculosidade do agente, sendo que, por não raras vezes, deve ser mantido até o falecimento do doente mental. Por outro lado, há outros doutrinadores que acreditam na hipótese de que a medida de segurança não deve ultrapassar o limite de 30 anos, conforme artigo 75, CP, que traz o prazo máximo estabelecido para os imputáveis que cumprem sanções penais. Tal posicionamento é o mesmo firmado pelo STF. Vejamos as jurisprudências:

MEDIDA DE SEGURANÇA - PROJEÇÃO NO TEMPO - LIMITE. A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos (HC 84219, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 16/08/2005, DJ 23-09-2005 PP-00016 EMENT VOL-02206-02 PP-00285)

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PERICULOSIDADE DO

PACIENTE SUBSISTENTE. TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO, NOS TERMOS DA LEI 10.261/2001. WRIT CONCEDIDO EM PARTE. I – Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos. Na espécie, entretanto, tal prazo não foi alcançado. II - Não há falar em extinção da punibilidade pela prescrição da medida de segurança uma vez que a internação do paciente interrompeu o curso do prazo prescricional (art. 117, V, do Código Penal). III – Laudo psicológico que reconheceu a permanência da periculosidade do paciente, embora atenuada, o que torna cabível, no caso, a imposição de medida terapêutica em hospital psiquiátrico próprio. IV – Ordem concedida em parte para determinar a transferência do paciente para hospital psiquiátrico que disponha de estrutura adequada ao seu tratamento, nos termos da Lei 10.261/2001, sob a supervisão do Ministério Público e do órgão judicial competente. (HC 107432, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 24/05/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 08-06-2011 PUBLIC 09-06-2011 RMDPPP v. 7, n. 42, 2011, p. 108-115 RSJADV set., 2011, p. 46-50)

Há, ainda, diversos doutrinadores que defendem que as medidas de segurança devem possuir como limites máximos a pena abstratamente cominada ao ilícito-típico praticado. Para André Copetti (2000, p. 185), uma medida de segurança não pode ter duração superior a pena máxima aplicada à pessoa imputável que tenha cometido o mesmo delito, pois se o internado não se recuperou durante o período correspondente a pena máxima do delito, sua internação torna-se injustificável, devendo ser tratado como os demais doentes mentais que não cometeram ilícitos penais, sendo sua internação civil e não mais penal. Para Ferrari (2001, p.189):

[...] os limites máximos quanto aos prazos de duração das medidas de segurança criminais aos inimputáveis deverão ser correspondentes aos marcos máximos das penas abstratamente cominadas aos ilícitos-típicos realizados pelos imputáveis. Inimputável e semi-imputável possuirão, portanto, como limites máximos quanto ao prazo de duração das medidas de segurança, correspondente ao marco máximo da pena abstratamente cominada aos seus ilícitos-típicos cometidos.

O STJ também comunga do entendimento de que a duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito cometido, conforme entendimento jurisprudencial:

HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. INIMPUTÁVEL. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA (TRATAMENTO AMBULATORIAL), PELO PRAZO MÍNIMO DE 01 (UM) ANO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PENAS PERPÉTUAS. LIMITAÇÃO DO TEMPO DE CUMPRIMENTO AO MÁXIMO DA PENA ABSTRATAMENTE COMINADA. PRESCRIÇÃO NÃO VERIFICADA, NA HIPÓTESE. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. Nos termos do atual posicionamento desta Corte, o art. 97, § 1.º, do Código Penal, deve ser interpretado em consonância com os princípios da isonomia e da proporcionalidade. Assim, o tempo de cumprimento da medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, deve ser limitado ao máximo da pena abstratamente cominada ao delito perpetrado, bem como ao máximo de 30 (trinta) anos. Precedentes. 2. Na hipótese, o Juízo de primeiro grau proferiu sentença absolutória imprópria, aplicando à Paciente medida segurança, consistente em tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 01 (um) ano. Considerando que, nesse caso, a prescrição é regulada pelo máximo da pena abstratamente cominada ao delito, não se verifica a

extinção da punibilidade estatal, a teor do art. 155, caput, c.c. o art. 109, inciso IV, ambos do Código Penal. 3. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 250717/SP, Relator(a): Min. Laurita Vaz, julgado em 11/06/13, DJe 21/06/2013)

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) EXECUÇÃO. MEDIDA DE SEGURANÇA. LIMITE DE DURAÇÃO DA MEDIDA. PENA MÁXIMA COMINADA IN ABSTRATO AO DELITO COMETIDO. (3) INSTRUÇÃO DEFICIENTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA (4) WRIT NÃO CONHECIDO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário. 2. O prazo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito cometido. No caso, entretanto, não se pode concluir, a partir dos documentos acostados aos autos, que o paciente atingiu esse termo. 3. Writ não conhecido. (HC 251296/SP, Relator(a): Min. Maria

Thereza de Assis Moura, julgado em 25/03/14, DJe: 11/04/2014).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) EXECUÇÃO. MEDIDA DE SEGURANÇA. INDULTO. INDEFERIMENTO DA BENESSE. REQUISITOS NÃO ESTABELECIDOS NO DECRETO PRESIDENCIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. (3) LIMITE DE DURAÇÃO DA MEDIDA. PENA MÁXIMA COMINADA IN ABSTRATO AO DELITO COMETIDO. ILEGALIDADE MANIFESTA. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. Fere o princípio da legalidade, bem como o princípio da separação de poderes, fundamentar a vedação do indulto em requisitos não previstos no decreto presidencial, visto que a criação dos pressupostos para a concessão do benefício é da competência privativa do Presidente da República. 3. O limite máximo de duração de uma

medida de segurança deve ser o máximo da pena abstratamente cominada ao delito cometido.⁴ Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a medida de segurança aplicada em desfavor do paciente, em razão de seu integral cumprimento. (HC 263.655/SP, Relator(a): Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 04/02/14, DJe: 18/02/2014).

Verifica-se, portanto, que o Poder Judiciário, através do STF e do STJ, apresenta posicionamento divergente com relação ao tema. O STF defende que o limite máximo da medida de segurança deve ser de trinta anos, sendo este o mesmo prazo máximo aplicado para o imputável que comete delitos, enquanto o STJ acredita que haverá uma melhor proporcionalidade e igualdade se a duração máxima da medida de segurança for semelhante ao máximo da pena abstratamente cominada ao delito. Procurando a solução que resolva a problemática da ausência de limites máximos da medida de segurança com mais igualdade e proporcionalidade, acreditamos que isso será alcançado através da aplicação da pena máxima cominada ao ilícito-típico praticado pelo imputável ou semi-imputável.

Resta ainda saber se após a cessação do prazo da internação ou tratamento ambulatorial, se o doente mental ainda apresentar periculosidade, qual seria o melhor procedimento a ser adotado: a prorrogação criminal, a interdição civil ou a liberação do doente mental

(FERRARI, 2001, p.191-192) Para Ferrari (2001, p. 192), resta totalmente descartada a hipótese de prorrogação criminal, conforme destaca:

[...] se o ilícito-típico já deixou de cumprir sua função de tutela ao ordenamento jurídico-penal, não há nenhum motivo que justifique a restrição criminal do indivíduo, constituindo a opção da prorrogação criminal fruto de odiosa retribuição, inadmissível prevenção geral negativa e excessiva prevenção geral positiva.

Já a interdição civil é uma hipótese que deve vir declarada judicialmente, antes de terminar o prazo máximo da medida de segurança, sob pena de liberar o inimputável ou semi-imputável, conforme os artigos 1.767 e 1.768 do Código Civil.

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

V - os pródigos.

Art. 1.768. A interdição deve ser promovida:

I - pelos pais ou tutores;

II - pelo cônjuge, ou por qualquer parente;

III - pelo Ministério Público.

Para a decretação da interdição civil são necessários vários requisitos, dentre eles oitiva do doente mental e nomeação de curador, sendo que todas essas questões são discutidas na esfera civil (FERRARI, 2001, p. 192). Após todos esses procedimentos, findo os prazos máximos da medida de segurança, caso não tenha ocorrido a cessação da periculosidade do indivíduo, a melhor saída é ser facultada liberação do doente mental ou sua transferência para um estabelecimento comum, sendo seu tratamento civil e não mais penal.

3 Proposta do Anteprojeto do Código Penal: indícios da necessidade de imposição de prazos máximos de duração da medida de segurança

Faremos uma breve análise das mudanças que o anteprojeto do Código Penal (PLS 236/12) propõe com relação às medidas de segurança. Segundo o anteprojeto:

Art. 95. As medidas de segurança são:

I - Internação compulsória em estabelecimento adequado;

II - sujeição a tratamento ambulatorial.

§ 1º Na aplicação das medidas de segurança deverão ser observados os direitos das pessoas com deficiência, inclusive os previstos na legislação de regência.

§ 2º – Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança, nem subsiste a que tenha sido imposta.

Imposição da medida de segurança para inimputável

Art. 96. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação compulsória ou o tratamento ambulatorial.

Prazo:

§1º O prazo mínimo da medida de segurança deverá ser de um a três anos.

§ 2º Cumprido o prazo mínimo, a medida de segurança perdurará enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade, desde que não ultrapasse o limite máximo:

a) da pena cominada ao fato criminoso praticado;

b) de trinta anos, nos fatos criminosos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, salvo se a infração for de menor potencial ofensivo;

§ 3º Atingido o limite máximo a que se refere o parágrafo anterior, poderá o Ministério Público ou o responsável legal pela pessoa, requerer, no juízo cível, o prosseguimento da internação;

Perícia médica:

§ 4º A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

Desinternação ou liberação condicional:

§ 5º A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.

§ 6º Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.

Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável

Art. 97. Na hipótese do parágrafo único do art. 32 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena de prisão pode ser substituída pela internação, ou outro tratamento ambulatorial, pelo tempo da pena de prisão, observado o § 3º do artigo anterior.

Direitos do internado

Art. 98. O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento, observados os direitos das pessoas com deficiência.

A temporariedade da medida de segurança penal. O atual Código Penal não prevê limite para a medida de segurança, providência de defesa social aplicada àqueles que tiveram sua inimputabilidade reconhecida em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto. A proposta limita estas medidas à pena máxima abstratamente cominada ao crime praticado, exceto se o crime for de maior potencial ofensivo e tiver sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. Neste caso, ainda assim, o máximo de trinta anos, previsto para o cumprimento das penas privativas de liberdade, será também aplicável às medidas de segurança. Findo qualquer destes períodos máximos, poderão o Ministério Público ou o responsável legal pela pessoa, requererem, no juízo cível (e não penal!) o prosseguimento da internação.

Inicialmente, podemos verificar que o legislador não fez referência expressa aos hospitais de custódia, pois se pretende retirar a expressão “*internação em hospital de custódia*” do atual texto de lei (art. 96, I, CP), substituindo-a por “*internação compulsória em estabelecimento*”

adequado”. Isso pode significar um estímulo a internações fora dos hospitais ligados à Secretaria de Segurança Pública, privilegiando-se hospitais ligados ao Sistema Único de Saúde[3]. Por outro lado, pode simplesmente significar a escolha de um nome genérico que acompanhe eventuais mudanças de nomenclatura dos atuais HCTP’s[4]. Em uma análise realizada por Paulo Queiroz (2014) o projeto também inova ao fixar, para os crimes praticados sem violência ou grave ameaça e de menor potencial ofensivo, prazo máximo de duração, que corresponderá à pena máxima cominada ao respectivo delito (art. 96, §2º, a). Já nos delitos praticados com violência ou grave ameaça, haverá a fixação de um prazo máximo de duração, de 30 anos (art. 96, §2º, b), o que se aproxima do posicionamento jurisprudencial que adota o STF. Podemos verificar que o anteprojeto apesar de ainda se basear na noção de periculosidade, pretende estabelecer prazos máximos na medida de segurança, seguindo o que defende grande parte da doutrina e da jurisprudência (sobretudo STJ). Além disso, é provável que esse entendimento seja a motivação da aplicação do indulto presidencial aos pacientes que se encontram custodiados há mais tempo do que o previsto no tipo penal.

Além do mais, outra modificação prevista é a possibilidade de que findos os prazos máximos o Ministério Público ou o responsável legal pela pessoa possa requer no juízo cível o prosseguimento da internação (art. 96, §3º). Apesar da medida ser adequada, no nosso entendimento deve ficar mais claro no texto legal que a partir desse momento os critérios orientadores da alta médica não guardam mais qualquer relação com o juízo penal, estando dissociados da periculosidade e do injusto penal

anteriormente praticado. Ressalta-se, ainda, o fato de que, lamentavelmente, deixaram de propor o estabelecimento de limites mínimos na medida de segurança, o que afronta diversos princípios fundamentais, pois o Estado Democrático de Direito acaba privando de forma desnecessária a liberdade dos submetidos à medida, que inevitavelmente deverão esperar o fim do prazo mínimo (que acaba sendo longo) para a realização de uma perícia médica para a constatação de uma possível cessação da periculosidade.

4 A aplicação do indulto presidencial à medida de segurança como estratégia para imposição de limites máximos às medidas de segurança: quando o Poder Legislativo e o Poder Judiciário vacilam, cabe ao Poder Executivo resolver a questão?

4.1 Natureza jurídica do indulto presidencial

O indulto é uma causa de extinção da punibilidade, prevista no artigo 107, II, do Código Penal. O indulto ou perdão presidencial é uma tradição brasileira publicada anualmente, no período natalino, através de um decreto federal emitido pelo Presidente da República. O indulto presidencial foi uma herança de tradição portuguesa e evoluiu historicamente desde 1824, de tal sorte que atualmente é uma prerrogativa prevista na Constituição Federal (CORDEIRO; MORANA; RIBEIRO, 2012). O indulto é um benefício coletivo, destinando-se a um grupo indeterminado de condenados e é limitado pela natureza do crime, bem como por demais requisitos que o diploma legal estabelecer (BITENCOURT, 2007, p. 710). O artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal afirma:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; [...]

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

Verifica-se que o indulto presidencial pode ser pleno ou parcial^[5]: na forma plena extingue totalmente a pena e na forma parcial diminui a pena ou impõe a sua comutação. A comutação da pena é a substituição de uma sanção por outra menos gravosa, sendo uma espécie de indulto parcial (SOUSA, 2010). Nesse sentido dispõe o artigo 192, da Lei de Execuções Penais: “Concedido o indulto e anexada aos autos cópia do decreto, o Juiz declarará extinta a pena ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de comutação”. Note-se que apenas o indulto pleno extingue a punibilidade; o indulto parcial apenas modifica a execução penal, sem impactar na punibilidade (BITENCOURT, 2007, p. 710).

O art. 107, II, do Código Penal, trata, além do indulto, de outras duas causas extintivas da punibilidade, a saber: a anistia e a graça. A anistia consiste no “esquecimento jurídico do ilícito e tem por objetivo fatos [...] definidos como crimes, de regra, políticos, militares ou eleitorais, excluindo-se, normalmente, os crimes comuns. A anistia pode

ser concedida antes ou depois da condenação e, como o indulto, pode ser total ou parcial”. Já a graça tem por objeto crimes comuns e é aplicada a um indivíduo determinado, condenado irrecorrivelmente; a iniciativa do pedido pode ser do condenado, do Ministério Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa (BITENCOURT, 2007, p. 709-710)

4.2 Hipóteses de aplicação do indulto presidencial

O último indulto presidencial promulgado foi através do Decreto nº 8.380, de 24 de dezembro de 2014, que concedeu tal benefício para as seguintes hipóteses elencadas a seguir:

Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras:

I - condenadas a pena privativa de liberdade não superior a oito anos, não substituída por restritivas de direitos ou multa, e não beneficiadas com a suspensão condicional da pena que, até 25 de dezembro de 2014, tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes;

II - condenadas a pena privativa de liberdade superior a oito anos e não superior a doze anos, por crime praticado sem grave ameaça ou violência a pessoa, que, até 25 de dezembro de 2014, tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes;

III - condenadas a pena privativa de liberdade superior a oito anos que, até 25 de dezembro de 2014,

tenham completado sessenta anos de idade e cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes;

IV - condenadas a pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 2014, tenham completado setenta anos de idade e cumprido um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes;

V - condenadas a pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 2014, tenham cumprido, ininterruptamente, quinze anos da pena, se não reincidentes, ou vinte anos, se reincidentes;

VI - condenadas a pena privativa de liberdade superior a oito anos que tenham filho ou filha menor de dezoito anos ou com deficiência que necessite de seus cuidados e que, até 25 de dezembro de 2014, tenham cumprido:

a) se homem:

1. um terço da pena, se não reincidentes; ou
2. metade, se reincidentes; ou

b) se mulher:

1. um quarto da pena, se não reincidentes; ou
2. um terço, se reincidentes;

VII - condenadas a pena privativa de liberdade não superior a doze anos, desde que já tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes, estejam cumprindo pena no

regime semiaberto ou aberto e já tenham usufruído, até 25 de dezembro de 2014, no mínimo, de cinco saídas temporárias previstas no [art. 122](#), combinado com o [art. 124, caput, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal](#), ou tenham exercido trabalho externo, no mínimo, por doze meses nos três anos contados retroativamente a 25 de dezembro de 2014;

VIII - condenadas a pena privativa de liberdade não superior a doze anos, desde que já tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes, estejam cumprindo pena no regime semiaberto ou aberto ou estejam em livramento condicional, e tenham frequentado, ou estejam frequentando curso de ensino fundamental, médio, superior, profissionalizante, ou ainda de requalificação profissional, na forma do [art. 126, caput, da Lei de Execução Penal](#), no mínimo por doze meses nos três anos contados retroativamente a 25 de dezembro de 2014;

IX - condenadas a pena privativa de liberdade superior a doze anos, desde que já tenham cumprido dois quintos da pena, se não reincidentes, ou três quintos, se reincidentes, estejam em regime semiaberto ou aberto e tenham concluído durante a execução da pena o curso de ensino fundamental e o

de ensino médio, ou o ensino profissionalizante ou superior, devidamente certificado por autoridade educacional local, na forma do [art. 126 da Lei de Execução Penal](#), nos três anos contados retroativamente a 25 de dezembro de 2014;

Com relação aos condenados à pena de multa, o decreto menciona:

Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras: [...]

X - condenadas a pena de multa, ainda que não quitada, independentemente da fase executória ou juízo em que se encontre, aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade cumprida até 25 de dezembro de 2014, desde que não supere o valor mínimo para inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, estabelecido em ato do Ministro de Estado da Fazenda, e que não tenha capacidade econômica de quitá-la;

Com relação aos condenados que possuem problemas relacionados à saúde, o decreto determina:

Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras: [...]

XI - condenadas:

a) com paraplegia, tetraplegia ou cegueira, desde que tais condições não sejam anteriores à prática do delito e se comprovem por laudo médico oficial ou, na

falta deste, por médico designado pelo juízo da execução;

b) com paraplegia, tetraplegia ou cegueira, ainda que tais condições sejam anteriores à prática do delito e se comprovem por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução, caso resultem em grave limitação de atividade e restrição de participação prevista na alínea “c”; ou

c) acometidas de doença grave e permanente que apresentem grave limitação de atividade e restrição de participação ou exijam cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal, desde que comprovada a hipótese por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução, constando o histórico da doença, caso não haja oposição da pessoa condenada;

Especificamente sobre as medidas de segurança:

Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras: [...]

XII - submetidas a medida de segurança, que, até 25 de dezembro de 2014, independentemente da cessação de periculosidade, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos

de substituição prevista no [art. 183 da Lei de Execução Penal](#), por período igual ao remanescente da condenação cominada; (grifo nosso)

Por fim, há ainda algumas outras hipóteses que o decreto prevê, sendo elas:

Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras: [...]

XIII - condenadas a pena privativa de liberdade, desde que substituída por restritiva de direitos, na forma do [art. 44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#), ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que, de qualquer forma, tenham cumprido, até 25 de dezembro de 2014, um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes;

XIV - condenadas a pena privativa de liberdade sob o regime aberto ou substituída por pena restritiva de direitos, na forma do [art. 44 do Código Penal](#), ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que tenham cumprido, em prisão provisória, até 25 de dezembro de 2014, um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quinto, se reincidentes;

XV - condenadas a pena privativa de liberdade, que estejam em livramento condicional ou cumprindo pena em regime aberto, cujas penas remanescentes,

em 25 de dezembro de 2014, não sejam superiores a oito anos, se não reincidentes, e a seis anos, se reincidentes, desde que tenham cumprido um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes;

XVI - condenadas por crime contra o patrimônio cometido sem grave ameaça ou violência à pessoa, desde que tenham cumprido um sexto da pena, se não reincidente, ou um quarto, se reincidente, e reparado o dano até 25 de dezembro de 2014, salvo inoccorrência de dano ou incapacidade econômica de repará-lo;

XVII - condenadas a pena privativa de liberdade superior a dezoito meses e não superior a quatro anos, por crime contra o patrimônio, cometido sem grave ameaça ou violência à pessoa, com prejuízo ao ofendido em valor estimado não superior a um salário mínimo, desde que tenham, até 25 de dezembro de 2014, cumprido três meses de pena privativa de liberdade e comprovem o depósito em juízo do valor correspondente ao prejuízo causado à vítima, salvo comprovada incapacidade econômica para fazê-lo; ou

XVIII - condenadas à pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 2014, tenham sido vítimas de tortura, nos termos da [Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997](#), com decisão transitada em julgado, praticada

por agente público ou investido em função pública no curso do cumprimento da sua privação de liberdade.

Passamos a analisar o indulto presidencial concedido às pessoas submetidas à medida de segurança, objeto do presente trabalho.

4.3 Indulto presidencial na medida de segurança

No ano de 2008, o indulto presidencial, que era aplicado apenas para os criminosos apenados, foi estendido aos pacientes que cumprem medida de segurança, de acordo com o Decreto 6076/2008:

Art. 1º É concedido indulto: [...]

VIII - aos submetidos à medida de segurança que, até 25 de dezembro de 2008, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos de substituição prevista no art. 183 da Lei no. 7.210, de 1984, por período igual ao tempo da condenação, mantido o direito de assistência nos termos do art. 196 da Constituição.

Em 2009, o texto do Decreto nº 7.046, de 22 de dezembro de 2009, com relação às medidas de segurança:

Art. 1º É concedido indulto às pessoas: [...]

VIII - submetidas à medida de segurança, **independentemente da cessação da periculosidade** que, até 25 de dezembro de 2009, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento

ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada, ou, nos casos de substituição prevista no art. 183 da Lei nº 7.210, de 1984, por período igual ao tempo da condenação, mantido o direito de assistência nos termos do art. 196 da Constituição; (grifo nosso)

O Decreto nº 7.420, de 31 de dezembro de 2010 estabelecia que:

Art. 1º É concedido indulto às pessoas: [...]

X - submetidas à medida de segurança, **independentemente da cessação da periculosidade** que, até 25 de dezembro de 2010, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada, ou, nos casos de substituição prevista no art. 183 da Lei nº 7.210, de 1984, por período igual ao tempo da condenação, mantido o direito de assistência nos termos do art. 196 da Constituição; (grifo nosso)

Já o Decreto nº 7.648, de 21 de dezembro de 2011 previa que:

Art. 1º É concedido indulto às pessoas, nacionais e estrangeiras: [...]

XI - submetidas a medida de segurança, **independentemente da cessação da periculosidade** que, até 25 de dezembro de 2011, tenham suportado

privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos de substituição prevista no art. 183 da Lei de Execução Penal, por período igual ao tempo da condenação; (grifo nosso)

O Decreto nº 7.873, de 26 de dezembro de 2012 manteve o mesmo texto de lei:

Art. 1º É concedido o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras: [...]

XI - submetidas a medida de segurança, que, até 25 de dezembro de 2012, **independentemente da cessação da periculosidade**, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos de substituição prevista no art. 183 da Lei de Execução Penal, por período igual ao tempo da condenação; (grifo nosso)

É o mesmo o teor do Decreto nº 8.172, de 24 de dezembro de 2013:

Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras: [...]

XII - submetidas a medida de segurança, que, até 25 de dezembro de 2013, **independentemente da cessação de periculosidade**, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento

ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos de substituição prevista no art. 183 da Lei de Execução Penal, por período igual ao remanescente da condenação cominada; (grifo nosso)

O Decreto nº 8380, de 24 de dezembro de 2014 também manteve a redação dos decretos anteriores:

Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras: [...]

XII - submetidas a medida de segurança, que, até 25 de dezembro de 2014, **independentemente da cessação de periculosidade**, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos de substituição prevista no [art. 183 da Lei de Execução Penal](#), por período igual ao remanescente da condenação cominada; (grifo nosso)

Podemos verificar que, com relação aos submetidos às medidas de segurança, ocorreram poucas mudanças na aplicação do indulto presidencial desde seu início. Em 2008, o texto legal não previa a expressão “*independentemente da cessação da periculosidade*”, algo que foi incluído posteriormente nos anos de 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014. Outra modificação foi que, a partir de 2011, foi prevista no

caput do art. 1º do decreto, a concessão do indulto presidencial também às pessoas estrangeiras. Em um estudo aprofundado da aplicação do indulto presidencial na medida de segurança, verifica-se que o decreto indulta os inimputáveis e semi-imputáveis que tenham sido submetidos à medida de segurança de internação por período igual ou superior ao da pena máxima cominada ao delito, sendo este o posicionamento da doutrina majoritária, bem como do STJ.

Outra hipótese tratada é a referente à superveniência de doença mental ao condenado imputável submetido à prisão. O art. 183 da Lei de Execução Penal determina:

Art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.

Nesse sentido, também trata o artigo 41, do CP:

Art. 41 - O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

Pelo indulto presidencial extingue-se a punibilidade nos casos em que, sobrevindo doença mental, o imputável ficou submetido a tempo maior que o período correspondente à pena imposta na condenação, somando-se o período efetivamente cumprido de pena e o período de

submissão à medida de segurança. Exemplificativamente, se a pessoa foi condenada a seis anos de pena, e já tinha cumprido um ano quando sobreveio doença mental, a medida de segurança não pode ultrapassar cinco anos. Uma vez ultrapassado esse limite, o decreto natalino expedido ao final do ano respectivo extinguirá a punibilidade.

Em verdade, em uma interpretação constitucional do art. 183 da LEP, é clara a existência desse limite máximo. Não seria, portanto, necessário aplicar o indulto em tal hipótese, pois a melhor doutrina já limita a duração da medida de segurança ao tempo de cumprimento da pena que foi determinado pelo juiz na sentença penal, sendo certo que tal limitação encontra respaldo nos princípios da legalidade, bem como da segurança jurídica. No entanto, se o indulto presidencial traz essa hipótese, desde 2008, é porque a doutrina e a jurisprudência brasileiras ainda resistem ao reconhecimento deste limite máximo no caso da superveniência de doença mental ao imputável ou semi-imputável condenados à pena.

Aliás, com relação ao semi-imputável a confusão é certamente maior, pois ele, em regra, é condenado com aplicação de pena reduzida, nos termos do art. 26, § único, CP[6]. Apenas nas hipóteses em que se faz necessário tratamento curativo da doença mental no momento da sentença, o juiz, ao decretá-la, substitui a pena aplicada por medida de segurança. Acerca da primeira hipótese, segundo Bitencourt (2007, p. 696), para o semi-imputável que sofrer uma condenação, o juiz deverá fixar uma pena justa de acordo com o caso, que seja necessária para a repressão e prevenção do crime. A pena deve ser uma sanção menos grave, por conta da menor censurabilidade a que faz jus o semi-imputável,

e estabelecer o marco da prescrição *in concreto*. A sanção, conforme afirma Luiz Flávio Gomes (1993, p.72, apud BITENCOURT, 2007, p. 693), constitui o limite da intervenção do Estado. Portanto, com relação à segunda hipótese acima indicada, assim que a pena for substituída por medida de segurança, esta durará no máximo o tempo da condenação, não podendo ser indeterminada, conforme parece estabelecer, injustamente e inconstitucionalmente, o nosso Código Penal. Em uma interpretação sistemática, o juiz não pode aplicar diretamente medida de segurança ao semi-imputável que necessitar de tratamento curativo, sem antes aplicar a pena concreta. É essencial deixar claro o limite da intervenção estatal, consubstanciado na pena concreta. O procedimento é o mesmo que o da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em que o juiz primeiramente aplica a primeira para depois substituí-la, através do art. 44, do CP.

4.3.1 Reconhecimento de repercussão geral

Acerca do tema, o STF reconheceu a existência de repercussão geral em torno da controvérsia acerca da legitimidade da extensão do indulto aos internados em cumprimento de medida de segurança:

INDULTO – MEDIDA DE SEGURANÇA – ALCANCE CONSTITUCIONAL DO DECRETO Nº 6.706/98^[7] – ADMISSÃO NA ORIGEM – REPERCUSSÃO CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da legitimidade da extensão do indulto aos internados em cumprimento de medida de segurança, nos termos do artigo 1º, inciso VIII, do

Decreto natalino nº 6.706/98.(RE 628658/RS, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 03/03/2011, DJe-067 DIVULG 07-04-2011 PUBLIC 08-04-2011 EMENT VOL-02499-01 PP-00258)

A repercussão geral foi um dos destaques trazidos pela EC nº. 45/2004 (Reforma do Judiciário), que foi criada para solucionar questões constitucionais discutidas no caso para o conhecimento do recurso extraordinário, evitando que o STF julgue causas particulares já examinadas pela mais alta corte. Tal matéria foi regulamentada pela Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006, na tentativa de solucionar a denominada “Crise do STF e da Justiça”, funcionando como um filtro constitucional, permitindo que o STF não julgue processos classificados como repercussão geral, limitando, assim, o acesso ao Tribunal. Presumindo-se a repercussão geral, a lei estabeleceu um critério objetivo, sendo tal critério utilizado sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. Ademais, o artigo 543-A, §1º, do CPC, estabeleceu um critério subjetivo, afirmando que, para o efeito da repercussão geral, deverá ser considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses da causa (LENZA, 2010, p. 591).

No caso em questão, o Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP/RS) interpôs recurso extraordinário alegando que a concessão de indulto na medida de segurança significa uma exacerbada extensão dos poderes concedidos ao Presidente da República, conforme artigo 84,

inciso XII, da CF, pois tal medida possui natureza jurídica diversa da pena restritiva de liberdade. O MP/RS alega, ainda, que a pena possui natureza retributivo-preventiva[8], estando baseada na culpabilidade do agente, enquanto a medida de segurança está fundamentada na periculosidade, sendo relacionada à patologia do doente mental. O MP/RS salientou, ainda, que o indulto é um ato discricionário, sendo incompatível com as medidas de segurança, pois estas estão amparadas na existência de patologias mentais, que tornam os agentes perigosos ao convívio social. Nas contrarrazões, o recorrido defende a constitucionalidade da aplicação do indulto a qualquer sanção restritiva de liberdade, equiparando os institutos da pena aos da medida de segurança, o que também é o nosso posicionamento. Verifica-se, portanto, que a extensão do indulto à medida de segurança foi reconhecida pelo STF como sendo uma causa de repercussão geral e não há previsão para ser apreciada.

De acordo com nosso entendimento, o STF deve reconhecer a legitimidade da aplicação do indulto presidencial à medida de segurança, pois se trata do entendimento correto. Ademais, como consequência, solucionará as divergências doutrinárias e jurisprudenciais e minimizará os problemas relativos à harmonização dos três poderes a respeito do tema[9]. Se o STF entender que não é legítima a aplicação do indulto presidencial na medida de segurança, ao invés do problema ser minimizado, será aumentado, pois como ficaria a situação dos indivíduos que já foram desinternados? Tais pessoas deveriam voltar para o HTCP? Mediante perícia médica ou não? Entendemos que o STF, caso siga o

lamentável entendimento do MP/RS, deve modular os efeitos de sua decisão, com efeitos *ex nunc*, conforme artigo 27, da Lei 9.868:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

No HC 84219, o STF reconheceu que a expressão “pena” do inciso XLVII do art. 5º da CF (“não haverá penas”) se refere à sanção penal, incluindo, portanto a medida de segurança, entendendo que esta deve ter prazo máximo de 30 anos, por aplicação à hipótese do art. 75 do Código Penal. Se o STF seguir seu próprio entendimento, reconhecerá que a expressão “pena” presente no art. 84, XII, da CF (“conceder indulto e comutar penas”) refere-se a sanções penais, e não somente à pena propriamente dita. Por outro lado, o STF pode pretender rejeitar o indulto na medida de segurança porque o mesmo está adotando o entendimento firmado pelo STJ (pena máxima cominada ao delito), e não o seu próprio entendimento (trinta anos). Nesse ponto reside o risco do STF negar o indulto nessa hipótese. Por outro lado, o fato de tal questão estar submetida à repercussão geral pode dar a oportunidade do STF amadurecer a sua posição sobre o tema, finalmente reconhecendo a necessidade da vinculação do prazo máximo da medida de segurança à

pena máxima abstratamente cominada ao delito. Afinal, sendo o STF o guardião da Constituição Federal, é o que se espera dele, pois não se chega a outra conclusão aplicando os princípios da intervenção mínima, da lesividade, da legalidade, da igualdade, e tantos outros de matriz constitucional.

O MP/RS está seguindo posicionamento ultrapassado, na linha dos que defendiam a inaplicabilidade da prescrição – também causa extintiva da punibilidade - ao injusto penal praticado pelo inimputável. O art. 96 é taxativo: Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta. Está claro que não existe nenhum óbice à extinção da punibilidade da medida de segurança, seja por indulto ou qualquer outra causa extintiva da punibilidade. Segundo Ferrari (2001, p. 201) a medida de segurança criminal, ao configurar-se como uma espécie de sanção penal, também deve impor limites máximos de punição ao Estado, sendo inconstitucional o argumento da imprescritibilidade da medida de segurança, havendo como base legal o artigo 96, do CP. De acordo com esse doutrinador, uma vez extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta, incidindo tanto na prescrição da pretensão punitiva, quanto na pretensão punitiva executória.

É evidente que, com relação às medidas de segurança, o indulto presidencial resolve divergências doutrinárias e jurisprudenciais entre os poderes, bem como extingue a punibilidade na medida de segurança, pretendendo tornar tal questão pacificada, já que é impossível revogar a extinção da punibilidade decretada. Portanto, o indulto concedido através

do Decreto nº. 6.706/2008 e seguintes extingue a punibilidade do doente mental, em harmonia com o estabelecido pelo art. 96, § 1º, do CP. Assim, não há qualquer inconstitucionalidade no fato do inciso VIII, do art. 1º do referido decreto conceder o indulto àqueles submetidos à medida de segurança por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos de substituição prevista no art. 183 da Lei no. 7.210, de 1984, por período igual ao tempo da condenação, mantido o direito de assistência à saúde nos termos do art. 196 da Constituição Federal.

Comentando a importância do Decreto nº. 6.706/2008 no estabelecimento de limites máximos à medida de segurança, Ferrari (2009) afirmou:

O medo e a ignorância até então venciam a esperança. Para nossa surpresa, entretanto, uma luz no final do túnel efetivamente surgiu. Movidos por uma relevantíssima iniciativa dos membros do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária — CNPCP — elaborou-se uma Minuta de Decreto de Natal que finalmente dispunha sobre o tempo máximo de duração da medida de segurança criminal.

Sob a liderança de seu presidente, professor Sérgio Salomão Shecaira, os Conselheiros do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária sugeriram precisa redação indultando,

após determinado tempo, àqueles que cumpriram a medida de segurança criminal, conferindo exemplo a todo o país no sentido de que os ideais de esperança devem ser sempre perseguidos, se sobrepondo ao medo.

Por meio de uma proposta democrática e que trilha pela obediência estrita aos preceitos constitucionais, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária encaminhou ao ministro de Estado da Justiça a proposta do Decreto de Natal do ano de 2008.

O ministro de Estado da Justiça, por sua vez, por meio de sua sensibilidade política, convenceu o Presidente da República a editar, em 22 de dezembro de 2008, o Decreto-lei nº 6.706 [...]

Aplica-se assim, pela primeira vez em nosso ordenamento, um dispositivo que efetivamente limitou a execução da medida de segurança criminal no Brasil, sendo esse limite correspondente ao tempo da pena cominada ao ilícito-típico [...]. Ainda que se possa criticar a via do Decreto-lei, inegável constitui o fato de que a edição do tempo máximo da punição à medida de segurança criminal, ainda que por meio do Indulto Natalino, reacende nossas esperanças no sentido de não desistirmos de nossas

convicções e ideais, figurando um ponto de partida — e não de chegada — em nossa cruzada de respeito às garantias constitucionais, cabendo-nos uma forte pressão perante o Congresso Nacional, a fim de que o mesmo, inobstante seu dever, faça aquilo que menos acaba por fazer, qual seja, legislar.

Seguindo o mesmo entendimento há as seguintes jurisprudências:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. INDULTO. MEDIDA DE SEGURANÇA. DECRETO PRESIDENCIAL 6.706/2008. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO VIII DO ARTIGO 1º DO DECRETO. AFASTAMENTO. Consoante o bem lançado parecer da Douta Procuradoria de Justiça "[...] as medidas de segurança inserem-se entre as espécies de sanção penal, igualmente sujeitas ao limite temporal de cumprimento do art. 75, do CP. Sendo a medida de segurança uma forma diferenciada de punição, também pode o Presidente da República extinguir a punibilidade pelo indulto." AGRAVO EM EXECUÇÃO DESPROVIDO. (Agravo Nº 70031752611, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Osnila Pisa, Julgado em 26/02/2013)

AGRAVO EM EXECUÇÃO. CONCESSÃO DE INDULTO EM MEDIDA DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO DE OUTROS

REQUISITOS ALÉM DOS PREVISTOS EM LEI. DESINTERNAÇÃO IMEDIATA. Tendo o agravante implementado o requisito previsto no inc. XI do art. 1º do Decreto nº 7.873/12, a concessão do indulto, com a conseqüente extinção da punibilidade, de acordo com o art. 107, inc. II, do CP, é medida imperativa. É vedado ao juiz da execução, ao decretar a extinção da medida de segurança, impor outros requisitos, não previstos no Decreto Presidencial, para a desinternação do agravante. Inteligência do art. 9º do Decreto nº 7.873/12 e art. 96, parágrafo único, do CP. AGRADO PROVIDO. (Agravo Nº 70054246392, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz John dos Santos, Julgado em 23/05/2013)

O fundamento do MP/RS de que a “existência de patologia que torna o agente perigoso ao convívio social” impede a concessão do indulto não guarda lógica alguma. Não há dados comprovados de que a reincidência no cometimento de delitos dos inimputáveis é maior do que a dos imputáveis. Além do mais, é dever do Estado^[10] estar preparado para receber o doente mental indultado que ainda necessitar de tratamento adequado, com profissionais qualificados, a fim de que seja disponibilizado tratamento eficaz àquele que ainda não estiver curado. Outrossim, mesmo a cessação completa da periculosidade não pressupõe a cura absoluta, pois é muito comum esta não acontecer quando da

desinternação. Outra questão a se refletir é que desde 2008 estão sendo indultadas pessoas submetidas à medida de segurança, provavelmente sem acompanhamento adequado, e não se tem notícia do cometimento de ações lesivas de maneira expressiva, de tal sorte que o argumento do MP/RS não possui nenhum fundamento legal ou prático. Se o internado que for indultado ainda precisar de tratamento, ou até mesmo de internação, esta deverá ocorrer civilmente e não mais através da execução penal, podendo ocorrer em clínicas particulares se for da vontade/possibilidade da família do internado, ou então pelo SUS.

O decreto concessivo do indulto às medidas de segurança é irretocável, e compreende muito bem a polêmica em torno dessa espécie de sanção penal^[11]. Prova disso é que, a partir de 2009, através do Decreto nº 7.046, foi inserida a expressão “independentemente da cessação da periculosidade”, deixando evidente que os critérios para a concessão do indulto na medida de segurança não guardam qualquer relação com a comprovação da cessação da periculosidade. O decreto parece rebater antecipadamente as críticas no sentido de que a medida de segurança deve se perpetuar enquanto houver presença de periculosidade. Esse é o entendimento, para nós equivocado, seguido pelo MP/RS. Por sua vez, o TJ/RS agiu muito bem, ao reconhecer a constitucionalidade da concessão de indulto na medida de segurança. Espera-se que o STF confirme o entendimento do TJ/RS, não acolhendo o pedido do MP/RS.

Entendemos que o indulto presidencial na medida de segurança foi a melhor forma através da qual o Poder Executivo passou a aplicar o

posicionamento do Poder Judiciário (especificamente o STJ), sendo este o mesmo posicionamento que pretende ser estabelecido pelo Poder Legislativo através do anteprojeto do novo Código Penal. Conforme já foi abordado por Ferrari (2001, p. 77) a medida de segurança possui um domínio sancionatório diverso do da pena, não podendo, no entanto, deixar de ser qualificada como uma sanção. Não depende apenas de um estado de perigo social, mas sim de um perigo criminal, consistente na prática de atos típicos e ilícitos, e para sua execução depende do exercício harmônico dos três poderes estatais. Portanto, podemos analisar que a aplicação do indulto presidencial na medida de segurança surgiu para solucionar temporariamente a ausência de harmonia que estava ocorrendo entre os poderes, já que o fato de haver ausência de limites máximos na medida de segurança estava ferindo diversos princípios constitucionais e gerando diversos posicionamentos divergentes sobre o tema, inclusive como ocorreu entre o STF e STJ.

Note-se a confusão e a divergência entre os poderes, que deveriam ser harmônicos, sendo certo que essa desarmonia gera expressivas e inaceitáveis violações dos direitos humanos dos internados. Essa grave situação evidencia a necessidade de que o legislador penal estabeleça a duração máxima das medidas de segurança, seguindo a proposta do anteprojeto. Outra saída é o reconhecimento pelo STF da possibilidade de concessão do indulto na medida de segurança, o que significará a resolução de uma questão de âmbito legislativo pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário.

Considerações finais

A grande problemática do presente estudo gira em torno da ausência de limites máximos na medida de segurança e da aplicação do indulto presidencial como forma de sanar tal questão. Tanto a existência de limites mínimos (1 a 3 anos) na medida de segurança, a partir dos quais é possível a realização de perícia médica para averiguação da existência de periculosidade, quanto a ausência de limites máximos de duração na medida ferem diversos princípios constitucionais, tais como: princípio da individualização da pena, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade, princípio da legalidade, princípio da proporcionalidade e princípio da intervenção mínima.

Para a aplicação justa das medidas de segurança no Estado Democrático de Direito, e o respeito pleno aos direitos humanos dos indivíduos a ela submetidos, deve haver harmonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. No entanto, acerca da duração máxima das medidas de segurança, os três poderes possuem posicionamentos divergentes. O legislador foi omissivo quanto à existência de prazos máximos na medida de segurança. O Poder Judiciário, através do STF, entende que o prazo máximo das medidas de segurança deve ser de 30 anos, período previsto para as penas, conforme art. 75, do CP. Já o STJ entende que deve haver uma proporcionalidade maior e a duração deve ser a correspondente à pena máxima cominada ao ilícito-típico praticado pelo doente mental. O Poder Executivo também se posicionou sobre o tema através do indulto presidencial, emitido pelo Presidente da República no período natalino. A partir de 2008 o indulto passou a se

estender aos internados que estão submetidos à medida de segurança por período superior à pena abstrata cominada ao delito respectivo.

A concessão do indulto na medida de segurança, apesar de ser constitucional e estar sendo aplicado anualmente desde 2008 a diversos doentes mentais, teve a repercussão geral reconhecida pelo STF, a partir de um pedido formulado pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul que, a nosso ver, não possui qualquer embasamento legal. O MP/RS afirma que o fato de ser portador de uma patologia torna o submetido à medida de segurança um indivíduo perigoso para a sociedade. Porém, tal argumento não possui embasamento legal e fere princípios como intervenção mínima, legalidade e igualdade. Não há dados comprovados de que o inimputável tem mais probabilidade de repetir o injusto penal, quando comparado ao imputável. Além do mais, é extremamente injusto que o imputável fique muito menos tempo privado de sua liberdade do que o inimputável, que não agiu com discernimento e autocontrole. Ressalte-se ainda que tanto antes, quanto durante e depois da internação, é dever do Estado dar todo o respaldo para o doente mental. Afinal, se ele cometeu um fato descrito como crime, por conta de sua doença, é porque não recebeu anteriormente tratamento adequado da saúde pública. O Estado deve estar, ainda, preparado para receber o indivíduo indultado que continuar precisando de tratamento, devendo a internação, caso necessária, ocorrer de uma maneira civil e não mais penal.

Podemos verificar, ainda, através do presente trabalho, que apesar do anteprojeto ainda se basear na noção de periculosidade, pretende estabelecer prazos máximos na medida de segurança, seguindo a linha de

posicionamento já defendida pelo STJ e pela doutrina majoritária, sendo provável que tal entendimento tenha sido a motivação para a aplicação do indulto na medida de segurança. Através do indulto na medida de segurança, os internados que estão submetidos à internação por período superior à pena máxima cominada ao ilícito-típico praticado passam a receber o indulto e, conseqüentemente, a extinção da punibilidade.

Através do presente trabalho podemos concluir que, com relação às medidas de segurança, o indulto resolve divergências entre os poderes, tentando tornar pacificada a questão a respeito dos seus limites máximos de duração. É evidente a necessidade de que o legislador penal estabeleça a duração máxima das medidas de segurança, pois essa ausência de limites fere diversos preceitos constitucionais e gera insegurança jurídica. Por outro lado, o STF também deve reconhecer a constitucionalidade da concessão do indulto na medida de segurança, o que significará a resolução de uma questão de âmbito legislativo pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário.

A interpretação constitucional adequada para o julgamento do RE 628658 é o reconhecimento da legitimidade da aplicação do indulto presidencial aos submetidos à medida de segurança. É o que se espera do STF, sendo certo que, para isso, o tribunal terá de implicitamente rever seu posicionamento a respeito da limitação da duração das medidas de segurança em 30 anos, finalmente admitindo que a limitação deve guardar relação com a pena máxima abstratamente cominada. No fundo, aguarda-se ansiosamente a edição de lei que estabeleça expressamente essa

garantia, e as posições do Poder Judiciário e do Poder Executivo denotam tendência nesse sentido.

Referências

ANDRADE, Hamilton da Costa Mitre. A desinternação condicional na medida de segurança. *Revista do Conselho de Criminologia e Política Criminal*, Belo Horizonte, v. 10, p. 71-124, 2008.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *Prazos (mínimo e máximo) das medidas de segurança*. 2008. Disponível em: . Acesso em: 30 abr. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. V. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Anteprojeto do Código Penal*. Disponível em: . Acesso em: 12 maio 2014.

_____. *Código Civil*. Disponível em: . Acesso em: 12 mar. 2014.

_____. *Código Penal*. Disponível em: . Acesso em: 25 out. 2013.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: . Acesso em: 14 fev. 2014.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: . Acesso em: 16 fev. 2014.

_____. *Decreto n. 6706, de 22 de dezembro de 2008*. Disponível em: . Acesso em: 25 maio 2014.

_____. *Decreto n. 7046, de 22 de dezembro de 2009*. Disponível em: . Acesso em: 25 maio 2014.

_____. *Decreto n. 7.420, de 31 de dezembro de 2010*. Disponível em: . Acesso em: 25 maio 2014.

_____. *Decreto n. 7.648, de 21 de dezembro de 2011*. Disponível em:
. Acesso em: 25 maio 2014.

_____. *Decreto n. 7.873, de 26 de dezembro de 2012*. Disponível em:
. Acesso em: 25 maio 2014.

_____. *Decreto n. 8.172, de 24 de dezembro de 2013*. Disponível em:
. Acesso em: 25 maio 2014.

_____. *Decreto n. 8.380, de 24 de dezembro de 2014*. Disponível em:
. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. *Lei 8072, de 25 de julho de 1990*. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso
em: 17 fev. 2014.

_____. *Lei 7210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: . Acesso em:
18 jan. 2014.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal
e Penitenciária. *Sugestões para o indulto natalino de 2014 podem ser
enviadas até 1º de agosto*. Disponível em: . Acesso em: 31 out. 2014.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 513/13*.
Disponível em: . Acesso em 31 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 250717/SP*.
Disponível em: . Acesso em: 05 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 251296/SP*.
Disponível em . Acesso em: 17 maio 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 263655/SP*.
Disponível em . Acesso em: 17 maio 2014

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 119578/MS*. Disponível em: . Acesso em: 03 jun. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 84219/SP*. Disponível em: . Acesso em: 03 jun. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 98360/RS*. Disponível em: . Acesso em: 05 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 107432/RS*. Disponível em: . Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 628658/RS*. Disponível em: . Acesso em: 13 maio 2014.

CIA, Michele. *Medidas de segurança no ordenamento jurídico-penal brasileiro*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Franca, 2004.

_____. *Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal*. São Paulo: UNESP, 2011.

COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CORDEIRO, Quirino; MORANA, Hilda Clotilde Penteado; RIBEIRO, Bernardon. O indulto presidencial e a medida de segurança. *Psiquiatria Forense*, v. 17. n. 12, dez. 2012. Disponível em: < <http://www.polbr.med.br/ano12/for1212.php>>. Acesso em: 09 set. 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Direito penal português, parte geral II: as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Editorial de Notícias, 1993.

DINI, Alexandre Augusto da Cunha. *Inconstitucionalidade da prorrogação ilimitada das medidas de segurança detentivas*. 2012. Disponível em: . Acesso em: 18 maio 2014.

DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

EICHENBERG, Marina Hermes. *Panorama geral das medidas de segurança e o projeto de lei da castração química*. 2010. Disponível em: . Acesso em: 27 out. 2013.

FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Medidas de segurança e o decreto de indulto: a esperança venceu o medo. *Boletim IBCCrim*, v. 195, fev. 2009. Disponível em: . Acesso em: 12 out. 2014.

FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. *Nemesis: o papel da vingança no direito penal*. Tese de Doutorado em Direito das Relações Sociais apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Medidas de segurança e seus limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 64-72, abr./jun. 1993.

_____. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRACIA MARTÍN, L. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Valência: Tirant lo Blanch, 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. V. 1. 10. ed. Niterói: Impetus, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEVORIN, Marco Polo. *Princípio da legalidade na medida de segurança: determinação do limite máximo de duração da internação*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003.

MACARAJÁ, Luciano de Almeida. *Princípios constitucionais penais: uma (re)leitura do princípio da individualização da pena*. 2014. Disponível em: . Acesso em: 13 fev. 2014.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal: parte geral*. V. 1. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Manual de direito penal: parte geral*. V. 1. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Adiciones de derecho español al Tratado de Derecho Penal de Hans-Heinrich Jescheck*. Barcelona: Editora Bosch, 1982.

NUNES, Adeildo. *Execução da pena e da medida de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2012.

QUEIROZ, Paulo. *Inovações do projeto de reforma do Código Penal – parte geral*. 2014 Disponível em: . Acesso em: 22 maio 2014.

ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Universidade Direito e Ciência Jurídica, 1993.

SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Anistia, graça e indulto*. 2010. Disponível em: . Acesso em: 16 fev. 2014.

NOTAS:

[1] Graduada em Direito pela Libertas – Faculdades Integradas.

[2] Em outra oportunidade realizamos um estudo detalhado da aplicação desses princípios às medidas de segurança. Cf. CIA, 2011.

[3] Registre-se o PLS 513/13, que pretende alterar a Lei de Execução Penal, no sentido de abolição dos HCTP's. O projeto pretende revogar os artigos relativos aos HCTP's (art. 99, 100 e 101, LEP) e os artigos 172, 173 e 174, referentes à execução das medidas de segurança. Ao artigo 171 pretende conferir a seguinte redação: “Transitada em julgado a sentença que aplica medida de segurança será determinada expedição de guia de execução à autoridade de saúde competente, promovendo-se a inserção dos dados no Cadastro Nacional de Saúde”.

[4] Tal como ocorreu com as instituições destinadas à aplicação de medidas socioeducativas de internação para crianças e adolescentes: a nomenclatura atual é Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (CASA), antes denominada Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (FEBEM).

[5] O art. 5º, XLIII, da, CF considera crimes insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas

afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. O debate a respeito da aplicação deste dispositivo ao indulto, bem como sobre a constitucionalidade da proibição do indulto aos crimes hediondos e equiparados foge aos limites deste trabalho.

[6] Art. 26, CP - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

[7] A ementa contém erro de digitação, pois o Decreto 6706 é de 2008, e não de 1998. O acórdão respectivo repete o erro diversas vezes.

[8] O intenso debate doutrinário a respeito das finalidades da pena não é objeto do presente estudo. Ainda assim, deve-se ressaltar que a doutrina majoritária não reconhece finalidades retributivas à pena, que teria tão-somente finalidades preventivas. Por todos, é o pensamento de Roxin (1993). Por outro lado, a realidade da execução penal insinua que a verdadeira finalidade perseguida com a pena é a retribuição, ou antes, a vingança pura e simples, apesar de todo o discurso constitucional em sentido contrário. Nesse sentido, cf Duek Marques (2008) e Figueiredo (2014).

[9] Art. 2º, da CF - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

[10] Art. 196, da CF - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

[11] As regras para o indulto são elaboradas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), com a participação da sociedade, do Ministério Público e dos órgãos dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo. A proposta é submetida ao Ministro da Justiça e, em caso de aprovação, a mesma é encaminhada para a sanção da Presidência da República (BRASIL, 2014).

RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRANSPORTE DE PESSOAS

FERNANDA ALBERNAZ RABELO: Formada em direito pela Universidade Fumec em julho de 2004. Analista judiciário do Ministério Público de Minas Gerais.

RESUMO: O presente artigo irá versar sobre a responsabilidade civil no transporte de passageiros, tendo em vista que, atualmente, o transporte coletivo se tornou meio de locomoção imprescindível para a maioria da população e que, infelizmente, não tem sido alvo de investimento do poder público. Em breve considerações este artigo irá abordar temas de forma a esclarecer os principais aspectos atinentes a responsabilidade do transportador, dentre elas a cláusula de incolumidade, a presunção de responsabilidade e não simples culpa presumida, a responsabilidade do transportador face ao código do consumidor, a exclusão da responsabilidade do transportador, o fortuito interno e externo, o fato exclusivo do passageiro, os limites da responsabilidade do transportador e as questões referentes ao transporte aparentemente gratuito e puramente gratuito.

Palavras-chave: Responsabilidade do transportador. Dano causado por terceiro. Excludentes de responsabilidade.

Introdução

Os transportes coletivos urbanos tornou-se para as sociedades atuais instrumento fundamental para o cumprimento das funções sociais e econômicas do Estado Moderno, encontrando-se em progressiva relevância visto que, atualmente, há um grande número de pessoas

dependentes desse transporte para deslocamento entre locais distantes, bem como em razão da escassez de tempo.

Atualmente, percebe-se uma maior preocupação em melhorar a quantidade e a qualidade do transporte coletivo, sendo sua maior concentração nos grandes conglomerados urbanos.

Ocorre que, em razão da grande demanda, a sua quantidade disponível não atende de forma satisfatória a todos os usuários e, ainda, podem vir a causar-lhes prejuízos que poderão ser reparados ou não dependendo da situação. Senão vejamos.

Desenvolvimento

O contrato de transporte constitui uma obrigação de resultado, ou seja, o transportador assume perante o passageiro levá-lo ao seu destino com segurança. Por meio do contrato de transporte, surge para o transportador uma específica obrigação de resultado, qual seja, a de deslocar pessoas de um lugar a outro. Para o beneficiário do transporte (passageiro) surge a obrigação de retribuir pagando pelo serviço. Assim, o contrato de transporte é bilateral, sinalagmático, oneroso, comutativo e consensual, aperfeiçoando-se pelo simples consentimento das partes.

Esses contratos são regidos pela chamada cláusula de incolumidade, ou seja: isenção de perigo ou danos, segurança. Esta cláusula está implícita e determina a obrigação do transportador, repise-se, que é de resultado esperado ou de finalização, e não de meio, a garantir aos passageiros uma viagem boa e segura, não permitindo que ocorra um fato estranho que possa causar dano aos passageiros. Tem o transportador o dever de zelar pela incolumidade do passageiro na

extensão necessária a lhe evitar qualquer acontecimento funesto. Caso ocorra o contrário, a responsabilidade será do transportador.

Assim, verifica-se que a responsabilidade do transportador será objetiva, conforme preconiza o artigo 37, §6º da Constituição Federal. Sendo assim, na condição de fornecedor do serviço, ele deve indenizar o passageiro que sofre prejuízos durante a execução do contrato de transporte desde que demonstrada a relação de causa e efeito entre o defeito do serviço e o acidente de consumo.

Com efeito, o transportador deverá responder pelos danos causados ao consumidor transportado, através de simples demonstração do nexo causal entre estes danos e o exercício da atividade, independentemente de culpa.

Nesse sentido:

-EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - ACIDENTE DE TRANSITO - LEGITIMIDADE ATIVA - RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR - ESPÉCIE OBJETIVA - ÔNIBUS DE PASSAGEIRO - COLISÃO - DEVER DE INCOLUMIDADE - LESÕES FÍSICAS - DANO MORAL - CONFIGURAÇÃO - EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE - INEXISTENCIA - INDENIZAÇÃO - VALOR. A legitimidade para a causa deve ser analisada com base nos elementos da lide, à luz da situação afirmada da demanda, relacionando-se com o próprio direito de ação, autônomo e abstrato.

A responsabilidade do transportador é objetiva, tendo, ainda, a obrigação de conduzir o passageiro são e salvo ao

seu destino.

A incolumidade física do passageiro é um direito da personalidade e a sua ofensa, mesmo por lesão leve, enseja indenização por danos

morais. Apenas o fortuito externo exonera o transportador do dever de indenizar.

Consoante entendimento uníssono da jurisprudência pátria, a indenização por danos morais não deve implicar em enriquecimento ilícito, tampouco pode ser irrisória, de forma a perder seu caráter de justa composição e prevenção. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.11.316649-0/001, Relator(a): Des.(a) Leite Praça , 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/05/2015, publicação da súmula em 02/06/2015)

Pode acontecer também do dano advir de terceiros e não da empresa transportadora. A responsabilidade nesse caso dependerá das circunstâncias.

De acordo com Súmula 187 do STF (“A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”) e com o artigo 735 do CC, a empresa de transporte responde pelo dano, ainda que a culpa seja atribuída à terceiro, contra o qual cabe ação regressiva. Sendo assim, o transportador responderá perante o passageiro e, posteriormente em ação regressiva poderá acionar o causador do dano. Isso está em total

consonância com os princípios do Código de Defesa do Consumidor facilitando a defesa dos direitos dos consumidores.

Por outro lado, se o dano não tiver relação alguma com o transporte, a empresa de transporte não se responsabilizará. Conforme jurisprudência do STJ: “O transportador só responde pelos danos resultantes de fatos conexos com o serviço que presta”. O dano há de ser, pois, conexo ao transporte, não havendo que se falar em responsabilidade do transportador caso ocorra um assalto no interior de um ônibus.

No que tange à responsabilidade relacionada ao transporte gratuito (ex. carona), a Súmula 145 do STJ dispõe: “No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”. De acordo com o teor da citada súmula infere-se que, nos casos de simples cortesia a culpa deve ser grave, equiparando-se ao dolo. Contudo, há entendimentos doutrinários diversos, no qual caberia à vítima provar culpa para obter a respectiva reparação.

Há casos em que a empresa transportadora se exime da responsabilidade. São as excludentes da responsabilidade. Passemos às hipóteses.

A primeira hipótese em que pode ocorrer a isenção da responsabilidade da empresa transportadora se dá quando a culpa for exclusiva da vítima. A culpa exclusiva do passageiro exonera o transportador de responsabilidade. Trata-se de fato exclusivo do viajante, ocasião em que é o próprio passageiro, e não o transportador que dá causa ao evento. Havendo qualquer participação do transportador, ainda

que concorrente com a participação do passageiro, não se admitirá a causa exonerativa. Ocorre que, para se eximir da responsabilidade é necessário que a empresa, a quem se imputa o dever de segurança, fazer a prova da culpa da vítima. Caso contrário, terá o dever de indenizar.

A empresa transportadora também não terá responsabilidades quando ocorrer caso fortuito ou força maior.

Há o chamado fortuito externo que é imprevisível, inevitável e estranho à organização do negócio. É fato que não guarda nenhuma ligação com a empresa. Duas, portanto, são as características do fortuito externo: autonomia em relação aos riscos da empresa e inevitabilidade, razão pela qual alguns autores o denominam força maior. Exemplo de fortuito externo: assaltos aos coletivos.

Atualmente, há um grande número de causas judiciais que envolvem o transporte coletivo, tendo como pleito a indenização em casos de assaltos. Nesse caso, a empresa não terá responsabilidade visto que se trata de condutas de terceiros. O STJ tem, inclusive, entendimento nesse sentido, pois se trata de fato de terceiro, alheios aos riscos do transporte, não devendo, pois, ser atribuído ao transportador.

Nesse sentido, também é o entendimento egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS. ÔNIBUS COLETIVO. ASSALTO À MÃO ARMADA. FORTUITO EXTERNO. ROMPIMENTO DO NEXO CAUSAL. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR. A Segunda Seção

do Superior Tribunal de Justiça posiciona-se no sentido de que roubo praticado no interior de ônibus coletivo constitui fortuito externo, suficiente a romper o nexu causal, não sendo possível, pois, responsabilizar a transportadora de passageiros pelo evento para fins de obtenção de indenização por danos materiais ou morais. V.V EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - FURTO DE BAGAGEM - EQUIPAMENTO ELETRÔNICO - EMPRESA DE TRANSPORTE TERRESTRE - ÔNIBUS - DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS - DANO MORAL DEVIDO - FIXAÇÃO DO QUANTUM. A responsabilidade da empresa de ônibus, tanto com relação ao deslocamento seguro dos passageiros, quanto à segurança da bagagem e objetos pessoais transportados, enquanto fornecedora de serviços e concessionária de serviço público, é objetiva, nos termos do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor e art. 37, § 6º, da Constituição Federal. O furto de bagagem no transporte de passageiros é situação que configura danos morais, em decorrência da situação a qual é submetida o consumidor. O critério que deve nortear a fixação da indenização por dano moral é a moderação. A quantia não deve ser ínfima a ponto de não representar uma punição ao agente, nem mesmo exagerada de modo a possibilitar o enriquecimento da vítima. Não havendo comprovação do alegado dano material, improcede o pedido inicial para reparação

dele. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.10.070593-8/001, Relator(a): Des.(a) Newton Teixeira Carvalho , 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/06/2014, publicação da súmula em 11/06/2014)

Por outro lado, quando o fortuito for interno, ou seja, quando o acontecimento fizer parte dos riscos da atividade, a empresa transportadora terá responsabilidade. Por exemplo: se o ônibus apresentar defeitos nos freios e daí advir um acidente causando lesões aos passageiros, haverá responsabilidade da empresa, pois mesmo provando que o veículo estava regular, o dano foi inerente aos riscos do transporte, cabendo, assim, indenização. Da mesma forma ocorre, em casos em que o motorista passa mal e provoca acidente.

Se, no entanto, o passageiro contribuir para o dano, a indenização será proporcionalmente reduzida. Quando o passageiro viaja sem usar o cinto de segurança mesmo com recomendação da empresa para que o fizesse, nesse caso, a culpa será concorrente.

A responsabilidade das empresas de transporte é uma questão tão relevante e a qual deve se dar a devida importância que são nulas as cláusulas excludentes de responsabilidade. O Código Civil (artigo 734) e o Código de Defesa do Consumidor (artigo 51, inciso I) regulamentam essa questão, tendo a norma o escopo de impedir que, antecipadamente à ocorrência do dano, de antemão o transportador tenha a seu favor uma disposição contratual que impeça a imputação da responsabilidade a si. Inclusive a Súmula 161 do STF dispõe que: “Em contratos de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar”. Sendo assim, quaisquer cláusulas

restritivas da responsabilidade da empresa transportadora são despidas de efeito vinculante.

Mencionada nulidade não decorre apenas de o contrato de transporte ser celebrado mediante adesão, mas do princípio da boa-fé objetiva, que se presume a favor do passageiro. De acordo com ele, o contrato de transporte deve ser interpretado de acordo com a lealdade entre as partes contratantes e, portanto, de modo a possibilitar que se compreenda a sua atuação de acordo com os ditames de probidade. Espera-se que aquele que ingressa no veículo de transporte tenha o tratamento condizente com sua saúde e integridade, devendo ser transportado incólume ao local de destino. De parte do transportador se espera que responda pelos danos que causar ou que forem propiciados a eventuais vítimas no decorrer do transporte, pois é ele quem assume o risco da atividade, tendo ela sob seu comando. Daí a relevância da interpretação conforme com a boa-fé.

Já a responsabilidade no que se refere aos danos causados a terceiros que não são passageiros, de acordo com o CDC e atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, é objetiva, ou seja, ela será responsabilizada.

Segue julgado do e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO. **TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NÃO-USUÁRIO.** ABRANGÊNCIA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA CARACTERIZADA. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. DANOS MORAIS. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. I - É objetiva a responsabilidade da concessionária de serviço

público de transporte pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, respondendo a empresa pelos prejuízos causados, salvo se comprovar causa excludente de sua responsabilidade.

II - É objetiva a responsabilidade das empresas que prestam serviço público também em relação a terceiros, ou seja, aos não-usuários, conforme entendimento esposado pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 591.874/MS.

III - Inexiste dever de indenizar quando houver comprovação de que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima.

IV - Recurso não provido. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.11.111837-8/002, Relator(a): Des.(a) Vicente de Oliveira Silva , 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/03/2015, publicação da súmula em 17/04/2015)

Conclusão

Sendo assim, observa-se que o contrato de transporte por ser consensual se consuma pelo simples acordo de vontades. A partir do momento em que o passageiro dá a sua adesão às condições preestabelecidas pelo transportador, está celebrado o contrato.

Com efeito, a execução do contrato de transporte, no que respeita à obrigação do transportador, tem lugar quando se inicia a viagem e a partir daí, torna-se operante a cláusula de incolumidade, que persiste até o final da viagem, pois cabe ao transportador a responsabilidade de conduzir os passageiros sãos e salvos ao seu destino.

Desta feita, o passageiro estará assegurado, visto que a responsabilidade civil do transportador, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor é objetiva, tendo em vista tratar-se de atividade desempenhada com habitualidade e de forma remunerada, e sendo o transportador considerado fornecedor de serviços deve realizar sua prestação de forma a preservar sempre a incolumidade do transportado, sob pena de arcar com a indenização cabível.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; Bessa, Leonardo; Marques, Claudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. 6ª ed., Revista dos Tribunais, 2014.

GARCIA, Leonardo. Direito do Consumidor – Código Comentado e Jurisprudência. 11ª ed., 2015.

NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor, 10ª ed., Saraiva, 2015.

www.tjmg.jus.br

www.stj.jus.br

www.stf.jus.br

O SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA DOS PRECEDENTES

ANDREA BULKA SAHAIKO: Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG/PR). Advogada concursada pela Prefeitura Municipal de Fernandes Pinheiro-PR.

Resumo: O presente estudo propõe-se a analisar de maneira crítica o sistema recursal pátrio, bem como os dispositivos do novo código de processo civil, traçando paralelos com o sistema do *common law* e a teoria dos precedentes judiciais. Sem esgotar o tema, utilizando os métodos dedutivo e dialético, a pesquisa tomou algumas premissas da prática jurídica, aliadas ao ensinamento doutrinário, trazendo a lume alguns dispositivos da nova lei adjetiva civil, que inovam na ordem jurídica brasileira, necessitando de compreensão e a correta distinção dos institutos: jurisprudência, enunciados de súmula e precedentes.

Palavras-chave Precedentes. Jurisprudência. Código.

Abstract: This study aims to examine critically the appeal system parental rights and the provisions of the new Code of Civil Procedure, drawing parallels with the common law system and the theory of judicial precedents. Without exhausting the subject, using the deductive and dialectical methods, the research took some assumptions of legal practice, combined with the doctrinal teaching, bringing to light some provisions of the new civil adjective law, that innovate in the Brazilian legal system, requiring understanding and the correct distinction of institutions: law, statements of precedent and precedent.

Keywords: Precedents. Jurisprudence. Code.

Sumário: Introdução. 1. Duplo grau de jurisdição. 2. Teoria dos precedentes. 3. Precedentes no novo CPC. Conclusão. Referências.

Introdução

Questão polêmica envolve a tutela recursal e o afogamento do Poder Judiciário face aos inúmeros recursos diariamente interpostos. Algumas propostas parecem inteligentes saídas a tal controvérsia, mas é preciso elucidar, preliminarmente, o cerne da discussão.

Além dos inúmeros recursos, a multiplicidade de decisões díspares causou certo “desconforto” jurídico, para não dizer, insegurança e desigualdade. A interpretação judicial, influenciada pelas nuances constitucionalistas trouxeram inúmeras interpretações, principalmente nos casos envolvendo direitos fundamentais.

Neste ponto, vale dizer que o direito de recorrer precisou ser gradualmente moldado ao longo dos anos, necessitando ser racionalizado, a fim de se obter uma resposta mais eficaz e célere da tutela jurisdicional.

O presente estudo propõe-se a elucidar os institutos em vigor no atual código de processo civil, bem como traçar paralelo com outros que virão através da entrada em vigor do novo código em 2016 (Lei 31.105/2015), dentre eles, a uniformização da jurisprudência e a obrigatoriedade de se seguir os enunciados de súmulas e precedentes dos Tribunais Superiores.

1 Duplo grau de jurisdição

O direito de recorrer está intimamente ligado ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Para Tereza Arruda Alvim e José Miguel Medina o princípio do duplo grau de jurisdição nada mais é que um reconhecimento da falha humana, tornando possível a correção de erros que juízes de primeiro grau possam cometer. Neste ponto, existe a presunção geral de que os juízes de segundo grau estão mais habilitados e capazes de realizar “a boa justiça”. (MEDINA e WAMBIER, 2011).

Opiniões contrárias fundamentam que não é razoável a presunção de que os membros dos tribunais de segunda instância possuem maior capacidade de proferir decisões. Dentre os autores que rechaçam tal idéia cita-se Marinoni e Ada Pellegrini. Assim, o que se destaca de suas teses é a existência de um duplo grau de jurisdição não obrigatório, serviente antes ao Estado que as partes que compõe a relação jurídica processual.

A discussão sobre a obrigatoriedade ou não do duplo grau de jurisdição e a sua condição de garantia constitucional ou simples e tão somente de princípio norteador do sistema recursal é salutar para a compreensão da extensão do direito de recorrer. Deste modo, amparado por extensa construção doutrinária e jurisprudencial, bem como pela organização do próprio Poder Judiciário, o direito de recorrer torna-se matéria complexa e, portanto, suscetível a inúmeros questionamentos.

Seguindo a doutrina de Terreza Wambier e José Miguel Medina (2011), existem três fundamentos que justificam a existência dos recursos no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: o inconformismo das partes quanto à decisão proferida contrariamente ao seu interesse; o interesse do próprio Estado em que a decisão seja proferida

corretamente; a necessidade de uniformização da inteligência do direito federal.

Assim, conforme se dá ênfase a um ou outro fundamento, a compreensão sobre o duplo grau de jurisdição toma rumos diferentes. Se olharmos o recurso sob o ponto de vista do interesse estatal em ter uma decisão proferida “corretamente” e da necessidade de uniformização da legislação federal, teremos por conclusão que o princípio do duplo grau de jurisdição sofre mitigações necessárias, pois serve a um ideal maior, além daquele desejado pelas partes que compõem o litígio.

Neste ponto, parece o legislador infraconstitucional estar em consonância com tal entendimento, pois estabeleceu verdadeiras exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição em dispositivos do Código de Processo Civil. Alterações substanciais no que tange aos recursos Extraordinário e Especial foram impressas pela Emenda Constitucional 45/2004 e pela Lei 11.672/2006, respectivamente. Na verdade, as alterações acrescentaram nova forma ao cabimento de tais espécies recursais, parecendo dar maior prestígio à razoável duração do processo em detrimento do duplo grau de jurisdição. Além disso, a Emenda Constitucional nº 45 trouxe ao ordenamento jurídico a Súmula Vinculante, com o intuito de privilegiar os precedentes oriundos das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal.

No que tange à lei 11.672/2006, importante mudança ocorreu no sistema recursal, com o acréscimo do parágrafo primeiro ao art. 518 do Código de Processo Civil, com a seguinte redação: *“O juiz não receberá o*

recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

Conforme explica Costa Machado, muitas críticas foram dirigidas a tal dispositivo, que, indubitavelmente, torna as súmulas do STF e STJ verdadeiros impedimentos ao conhecimento dos recursos. (MACHADO, 2013). Para o autor, o exercício do direito de recorrer pela parte vencida na demanda pode sofrer óbice intransponível. No entanto, a leitura do dispositivo deve ser feita de acordo com o fim social a que toda lei deve perseguir, com vistas à interpretação sistemática.

Assim, aos que consideram o princípio do duplo grau de jurisdição verdadeira garantia fundamental, poder-se-ia dizer que o volume dos recursos atualmente interpostos causa verdadeiro conflito com outra garantia fundamental: a razoável duração do processo.

No entanto, aos que não consideram o princípio do duplo grau de jurisdição garantia fundamental, tendo-o como não obrigatório, a razoável duração do processo é preponderante. Neste sentido, a teoria dos precedentes judiciais serve bem ao propósito de um sistema recursal mais célere, sem, contudo, excluir as figuras recursais já positivadas ou dificultar a interposição de recursos, sob pena de ferir o acesso à Justiça.

É o que se propõe o novo código de processo civil, através de inúmeros dispositivos que tratam da obrigatoriedade de seguir as decisões dos tribunais superiores, seus enunciados de súmula, bem como acórdãos e decisões do próprio tribunal, impondo a unificação interna dos entendimentos. É o que se verá em tópico a seguir.

2 Teoria dos precedentes judiciais

Em inúmeras passagens a lei 31.105/2015 (novo código de processo civil) faz menção a precedentes, jurisprudências, casos repetitivos, dentre outras figuras.

É inegável que há, nos últimos anos, valorização do que se conveio chamar de “jurisprudência” como fonte do direito. Alguns doutrinadores ousam dizer que este movimento é verdadeira aproximação ao sistema Common Law. (RAMOS, 2013). No entanto, autores como JURACI LOPES FILHOS (2014) explicam que é errôneo afirmar a haver aproximação ao sistema norte-americano do Common Law.

A explicação está no entendimento e extensão do “*stare decisis*”, que naquele sistema impõe-se como vinculante o precedente judicial, sem previsão normativa expressa. É da cultura jurídica daquele país, algo inato, arraigado ao exercício da jurisdição. Arremata dizendo que não é algo imposto pelo Legislativo, mas o respeito aos precedentes pretéritos por prudência.

Dito isto, importante esclarecer o significado e alcance da expressão *stare decisis*. Sendo uma das facetas do *Common Law*, o *stare decisis* consiste na vinculação da decisão de um órgão judicial a outras decisões proferidas no futuro. Em outras palavras, o precedente torna-se obrigatório. Esta vinculação pode ser horizontal (dentro da própria Corte) ou vertical.

Esclarecido este elemento essencial do Common Law, concluímos que seja talvez exagero dizer que no Brasil existe a aproximação com aquele sistema, visto que inexistente o *stare decisis*, ou, ele é diferente no Brasil.

E bem verdade que aqui existem as súmulas vinculantes, que são preceitos normativos extraídos de ementas de acórdãos do Supremo Tribunal Federal, que, até certo ponto, vinculam as instâncias inferiores e a próprio Corte Suprema. Juraci Lopes Filho (2014, p.125) de forma didática, faz a correta distinção entre precedente, jurisprudência e Súmula, explicando que seu alcance é totalmente distinto, sendo institutos peculiares:

“Precedente não equivale a súmula ou a jurisprudência, e os três não devem ser utilizados/aplicados da mesma forma. Pode-se adiantar que precedente é um julgamento que passa a ser referência em julgamentos posteriores. Jurisprudência é um conjunto de decisões sobre o mesmo assunto. E súmula constitui um ato administrativo de tribunal pelo qual exprime o resumo do entendimento contido em uma jurisprudência dominante. Eis a primeira distinção importante: precedente e jurisprudência são fruto de atividade jurisdicional, enquanto súmula decorre de uma atividade administrativa”.

Do exposto, as súmulas representam um entendimento arraigado de jurisprudência dominante. Em contrapartida, a jurisprudência, muitas vezes, por não ser pacífica e estável, só ganha relevância quando estável, sendo passível a interposição de incidente de uniformização.

“A jurisprudência não é algo que se ingresse de rompante da ordem jurídica. Mais se assemelha, como bem indica Kelsen, a um costume, a uma sedimentação de pronunciamento no mesmo sentido, a algo que demanda necessariamente tempo de maturação. Súmulas são diferentes - possuem uma data de ingresso no sistema jurídico (LOPES FILHO, 2014. p. 126)”.

Esclarecimento importante, no entanto, fazem os doutrinadores pátrios, no que tange ao silogismo com que os operadores do direito aplicam os pronunciamentos judiciais. Assim, as ementas das súmulas são aplicadas indistintamente, bem como a jurisprudência, sem haver a exata correlação entre os casos paradigmas e paragoados.

Quanto aos precedentes, que exigem maior acuidade na percepção hermenêutica do caso padrão e do caso futuro, existe teoria mais complexa, universal, sendo aplicada da mesma forma seja qual sistema jurídico adote o país. (DERZI e BUSTAMANTE, 2014).

Dentro da teoria dos precedentes judiciais, destacamos um instituto que merece análise minuciosa: a *ratio decidendi*.

De antemão, Luis Guilherme Marinoni explica que “a *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e o dispositivo”. A *ratio decidendi* é a razão de decidir, os motivos que levaram aquele magistrado a decidir daquela forma, razões exteriorizadas através da motivação constante do relatório. Neste aspecto, é a razão de decidir que vincula a decisão

posterior ao precedente, devendo o caso posterior guardar identidade com o anterior, a ponto de a razão de decidir ser a mesma. Ainda, frise-se que a *ratio decidendi* não está ligada às decisões favoráveis à parte vencida. (MARINONI, 2014).

Quanto à aplicação deste instituto, discorre Luis Guilherme Marinoni (2014, p. 251)

Ao se olhar para as razões da decisão é preciso identificar a cultura e o modo de viver da época e do lugar do caso que deu origem ao precedente, Isso porque, como é sabido, a linguagem, os conceitos jurídicos, a cultura e os valores podem variar conforme as épocas e os lugares. Contudo, como este enquadramento, ainda que dependente das razões do precedente, requer racionalidade jurídica, aquele sempre dependerá, em maior ou menor medida, da justificativa apresentada na decisão que aplicou o precedente. Na decisão do novo caso há que se justificar os critérios que levaram à assimilação dos fatos ou ao enquadramento destes em uma mesma categoria. Em outras palavras, deve haver razão para assimilar fatos, procedendo-se ao seu enquadramento em uma mesma categoria.

Segundo TUCCI (2010), é a tese ou princípio jurídico que motiva o provimento decisório, em outras palavras, é a razão de decidir. O que se vincula é a gênese interpretativa dos princípios que norteiam o sistema,

hoje fortemente influenciada pelo neoconstitucionalismo.^[1] É uma questão de opção hermenêutica, nas palavras de FREDIE DIDDIER JÚNIOR (2013).

Assim, a *ratio decidendi*, juntamente com a análise das circunstâncias fáticas (*obiter dictum*) compõe o *distinguishing* (análise da similitude dos casos/ método de confronto entre o caso supostamente análogo e o paradigma), tendo papel fundamental na teoria do *stare decisis*.

Mas há de haver também a identidade de objeto das demandas para perfeito encaixe, qual precedente utilizar, para estabelecer-se o vínculo, como *garantia de isonomia de tratamento jurisdicional*. (PORTO, 2010, p.10).

Necessário ressaltar que esta teorização, ainda que universal, serve mais aos preceitos do Common Law, visto que, no Brasil, a tradição de precedentes judiciais tem natureza interpretativa e não vinculante, ou seja, os pronunciamentos servem de guisa balizadora dos julgados posteriores, principalmente nas questões de direito discutidas em grau recursal.

Conforme explica Costa Machado, muitas críticas foram dirigidas a tal dispositivo, que, indubitavelmente, torna as súmulas do STF e STJ verdadeiros impedimentos ao conhecimento dos recursos. (MACHADO, 2012). Para o autor, o exercício do direito de recorrer pela parte vencida na demanda pode sofrer óbice intransponível. No entanto, a leitura do dispositivo deve ser feita de acordo com o fim social a que toda lei deve perseguir, com vistas à interpretação sistemática.

Embora a lei seja fonte primária do Direito, é inegável que o Poder Judiciário é o órgão responsável pela produção da norma jurídica, ou seja, a produção intelectual do conteúdo da lei, a delimitação de seu alcance e forma de aplicação. Neste sentido, é do Poder Judiciário que emana a norma aplicável ao caso concreto, norteadada pelo texto de lei, mas única e específica a cada caso posto diante dos magistrados. Para o autor, em ensaio sobre as funções do Recurso especial interposto perante o STJ, é este o órgão responsável pela interpretação das leis federais, cujas decisões deveriam vincular as demais instâncias. Assim, as Cortes Superiores não têm a função de revisar as decisões dos juízos inferiores, mas de pacificar e unificar a jurisprudência, emanando verdadeiras normas norteadoras das demais decisões. Marinoni elucida que, além de unificar as decisões, a força vinculante dos precedentes é suscetível de dar segurança jurídica e estabilidade ao Direito. Tal tese é uma aproximação ao sistema do *Common Law*.

Sobre o *Common Law* e suas inúmeras facetas, explica Flávia Bezerra (2009):

No stare decisis, só a ratio decidendi é vinculante. E, a partir daí, a todos os casos que se enquadrem em situações semelhantes, deve ser utilizada a mesma ratio decidendi, que funciona como uma norma geral para os casos concretos, dotada de binding effect ou efeito vinculante.

Deste modo, no sistema do Common Law, o que é vinculante não é propriamente a decisão, mas a razão de decidir, que cria verdadeira norma geral a ser seguida a cada caso concreto.

Sobre o precedente judicial, explica Didier Júnior que *“é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Assim, cabe ao juiz extrair a norma aplicável ao caso concreto, vinculando os demais juízos, horizontal e verticalmente.*

Mesmo assim, a despeito do que pretendem autores como Marinoni, o sistema recursal brasileiro, embora contenha elementos do Common Law, está muito longe de sê-lo, inclusive as Cortes Superiores estão longe de serem Cortes de precedentes. Ainda no Brasil vige a cultura de “recorrer até as últimas instâncias”, que, na prática, significa postergar o processo ao máximo.

Conforme explica Letícia Paschoal da Costa (2013).

são vários os doutrinadores que ressaltam ser o excessivo número de recursos dispostos em nosso ordenamento, bem como a mentalidade dos operadores do direito pelo “sempre recorrer”, a causa precípua do atolamento do Poder Judiciário e da não efetividade do corolário da razoável duração do processo.

Assim, aos que consideram o princípio do duplo grau de jurisdição verdadeira garantia fundamental, poder-se-ia dizer que o volume dos

recursos atualmente interpostos causa verdadeiro conflito com outra garantia fundamental: a razoável duração do processo.

No entanto, aos que não consideram o princípio do duplo grau de jurisdição garantia fundamental, tendo-o como não obrigatório, a razoável duração do processo é preponderante. Neste sentido, a teoria dos precedentes judiciais serve bem ao propósito de um sistema recursal mais célere, sem, contudo, excluir as figuras recursais já positivadas ou dificultar a interposição de recursos, sob pena de ferir o acesso à Justiça.

O que propõe a teoria dos precedentes judiciais é a elaboração de normas jurídicas exaradas pelo Poder Judiciário, que, na sua repetição, vinculariam magistrados no que tange à razão de decidir em determinados casos análogos. Para autores como Vinicius Stefaneli Ramos (2013), é a única forma de desafogar o sistema jurídico brasileiro. Assim discorre o autor:

Observa-se, atualmente no sistema judiciário brasileiro, uma crise instalada em função do excessivo número de demandas e recursos para os tribunais superiores. Não obstante a isso e ainda pior, observa-se também que, no plano jurisprudencial, estamos diante de uma loteria, ou seja, a sorte dos jurisdicionados está relacionada com o juiz ou tribunal que irá julgar o caso, pois diante de uma mesma regra jurídica ou princípio existem diversas interpretações diferentes. [...]

Tendo os precedentes efeitos normativos (como ocorre no common law), há a obrigação de aplicá-los aos casos semelhantes em julgamento, garantindo assim, a previsibilidade do direito, sua estabilidade e principalmente o tratamento isonômico aos jurisdicionados conforme mandamento constitucional.

Feitas tais distinções, o Novo Código de Processo Civil (Lei 31.105/2015), ao longo de suas disposições, traz diversos elementos da ‘cultura’ de precedentes. Importante especificar com maior acuidade os dispositivos, principalmente no que tange à fundamentação.

3 Precedentes no novo CPC

É notável a preocupação com a fundamentação das decisões baseadas em precedentes, principalmente para que os julgados não sejam feitos de acordo com as ementas dos acórdãos, mas com a demonstração de que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

O art. 489, parágrafo 1º, inciso V preleciona que o magistrado deve fundamentar a decisão identificando seus elementos determinantes, não apenas se limitando a invocar precedente ou enunciado de súmula: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença

ou acórdão, que: [...] V- se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Diante deste dispositivo, e outros que invocam a “tese jurídica” em si, a exemplo do art. 927, parágrafo 2º, o Novo Código de Processo Civil[2] parece, ainda que de forma tímida, importar o instituto da *ratio decidendi*.

O novo código, ainda, inova em alguns dispositivos ao adotar o instituto da ponderação, elemento essencial da doutrina de Robert Alexy para solução dos conflitos oriundos da colisão entre princípios (art. 489, parágrafo 2º).

Sobre a obrigatoriedade dos precedentes, discorre o *caput* art. 927: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

Ainda, no novo *codex*, há institutos como o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976), sendo que, em diversas passagens, faz-se menção a precedentes julgados em “casos repetitivos”.

De forma bastante sucinta, é possível descrever que o novo código parece importar alguns elementos do *common law*, não sendo possível, contudo afirmar a existência de verdadeira aproximação. Demonstra indiscutível preocupação com a unificação da jurisprudência, e a obrigatoriedade de se seguir as decisões e enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional. (artigos 926 e 927).

Conclusão

Embora exista inegável valorização do Poder Judiciário e da produção de normas jurídicas no caso concreto, a aplicação do sistema de precedentes de acordo como pretende o Novo Código de Processo Civil terá longo caminho a percorrer, principalmente quanto à sua eficácia vinculante.

A tradição do *civil law*, tão arraigada em nosso sistema jurídico recebe influências do *common law*, mas a nossa maneira de enxergar as decisões judiciais não nos aproximam daquele sistema, visto que o respeito aos pronunciamentos das Cortes Superiores precisou ser positivado na nova lei adjetiva civil, já que não é inato à nossa cultura jurídica.

O presente trabalho não visa esgotar a matéria, pelo contrário, apenas deixar como contribuição o estudo sobre um tema atualíssimo, que é a segurança jurídica, igualdade e estabilidade das decisões judiciais. Conforme estruturado o sistema recursal brasileiro, é possível crer em um duplo grau de jurisdição que atenda aos anseios sociais: a busca pela verdadeira justiça no caso concreto, através da unificação de entendimentos.

Como se viu, o novo código tenta, antes de estabelecer os institutos da teoria dos precedentes, prever uma ordem de motivação racional das

decisões, debatendo pontos relevante no interior dos acórdãos, evitando a aplicação equivocada de enunciados de súmulas.

Muito embora não se possa ter uma resposta de como os dispositivos expostos irão ser aplicados na prática, já que a nova lei ainda não entrou em vigor, o tema deve ser debatido, em busca da verdadeira eficácia na observância dos precedentes.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, ainda em período de *vacatio legis*, entrando em vigor após um ano de sua publicação oficial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 1 jul. 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, em vigor desde 1º de janeiro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 1 jul. 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Súmulas e Precedentes vinculantes no anteprojeto do novo CPC: Considerações a partir do Relatório Paulo Teixeira**. In *Novas tendências do Processo Civil*. Salvador: Editora *jus* Podivm, 2014. p.433-454.

BEZERRA, Flávia Regina Cardoso Mendes. **Súmula Impeditiva de recursos e a força dos precedentes judiciais**. Monografia. 2009. Disponível em

em

<<http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/246/1/Monografia%20F1%C3%A1via%20Regina%20Cardoso%20Mendes%20Bezerra.pdf> >
acesso em: 24/06/2013.

COSTA, Letícia Zuccolo Paschoal da. A contraposição entre a razoável duração do processo e a satisfação do direito: justiça ou celeridade? A temática da segurança jurídica. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 18](#), [n. 3574](#), [14 abr. 2013](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/24168>>. Acesso em: 26 jun. 3913.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Volume 2**. 4ª ed. São Paulo: *jus* Podivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido. **A instrumentalidade do processo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

LOPES FILHO, Juraci. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. Salvador: Editora *jus* Podivm, 2014.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**. 12ª edição. São Paulo: Manoele, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 32.

RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 18](#), [n. 3621](#), [31 maio 2013](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/24569>>. Acesso em: 26 jun. 2013.

NOTAS:

[1] Para Luiz Guilherme Marinoni “a noção de norma geral, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento, típica do direito da Revolução Francesa, não sobreviveu aos acontecimentos históricos. [...] A Constituição é dotada de plena eficácia normativa e, assim, a lei perde seu posto de supremacia, passando a se subordinar a ela. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.65).

[2] “Art.927 [...] 2º A alteração da tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e de participação de pessoas, órgãos, ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”. Neste ponto, cabe ressaltar que o código parece adotar a técnica do *overruling*, que consiste na superação e revogação do precedente, a exemplo do que acontece no sistema *common law*.

COMENTÁRIOS AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À INTERNET COMO DIREITOS HUMANOS: PRIMEIROS APONTAMENTOS

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os direitos

de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Palavras-chaves: Direitos Humanos. Acesso à Internet. Privacidade.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 6 Comentários ao reconhecimento do Direito à Internet como Direitos Humanos: Primeiros Apontamentos.

1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de

arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*^[1]. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras

consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”*^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de

Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”* [3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”* [4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais

permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. *“O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”*, como bem afiança Alexandre de Moraes^[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça,

habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, *“pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”* [7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. *“É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida”* [9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e

pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos”^[10], tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato^[11]. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito^[12], devido processo legal^[13], acesso à Justiça^[14], liberdade de locomoção^[15] e livre entrada e saída do país^[16].

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções

arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que florescia.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário,

foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes” [25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto,

acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[26].

3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[27]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[28] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[29], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[30], da reserva legal[31] e anterioridade em matéria penal,

da presunção de inocência[32], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[33].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. *“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”* [34], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias

extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria[35]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. *“Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados”*[36]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana[37], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primacialmente *“ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais”* [38], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado [39], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão

de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais[40].

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão *“são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal”* [41]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados

ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. *“Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais”* [42], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade

Conforme fora visto no tópico anterior, os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio [43], os consideram direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. *“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo”* [44] ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis,

como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[45].

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que *“os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo”* [46]. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. *“Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”* [47]. A respeito do assunto, Motta e Barchet[48] ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como “soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos

fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

6 Comentários ao reconhecimento do Direito à Internet como Direitos Humanos: Primeiros Apontamentos

Em um primeiro momento, cuida reconhecer que a Organização das Nações Unidas, no ano de 2011, emitiu o relatório sobre promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e expressão. No documento ora mencionado, a instituição coloca em destaque que desconectar pessoas da internet materializa um crime e uma violação dos direitos humanos, porquanto obstar o acesso à informação, pela web, infringe o artigo 19, §3º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução n. 2.200 A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966^[49]. Consoante a instituição apontou, todo cidadão possui direito à liberdade de expressão e de acesso à informação por qualquer tipo de veículo, incluindo-se, obviamente, a internet.

O parágrafo 3 até considera a hipótese de aqueles que tiverem transgredido algum tipo de lei, envolvendo meios de comunicação, possam sofrer restrições específicas. No entanto, não totais e apenas se as transgressões colocarem em risco os direitos e reputações de outras pessoas ou a segurança nacional. A produção do relatório, feita pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU e o site Mashable, foi motivada por novas leis aprovadas na França e na

Inglaterra que excluem da Internet pessoas consideradas como infratoras de direitos autorais[50].

Ora, a expressão “acesso à internet” compreende dois aspectos tidos como indissociáveis, a saber: o acesso ao conteúdo que nela é inserido e a existência e disponibilidade da infraestrutura e das tecnologias de informação e comunicação indispensáveis, tais como cabos, modems, computadores e programas com o escopo de assegurar o pleno acesso à internet. “Hodiernamente, devido à importância atribuída à internet, seu acesso e utilização passaram a gerar discussões em outro patamar, inserindo-se na gama de direitos de opinião e expressão, internacionalmente reconhecidos por vários Estados soberanos”[51]. É oportuno explicitar que o documento explica que alguns países já bloqueiam conteúdos específicos na rede para seus cidadãos. Em algumas situações, os denominados infratores foram excluídos totalmente do acesso à internet. Contudo, segundo a ONU, não importa qual a conduta delituosa cometida, quer seja violação a direitos autorais, quer seja ofensa a direitos intelectuais, todo ser humano, ainda, deve ter o direito de continuar com acesso à informação e à internet. Ao lado disso, cuida explicitar que “por meio do relatório, a ONU pede aos países que revejam suas leis contra pessoas que tiverem cometidos violações de direitos autorais ou intelectuais e as punições adotadas, para que elas não contrariem as diretrizes divulgadas no documento da organização”[52].

O texto do acordo não foi fácil de finalizar, dado que China e Cuba — dois países onde a liberdade na

Internet é limitada pelos respectivos regimes — se mostraram reticentes a aceitar esta deliberação, apesar de se terem finalmente aceitado uma resolução que reconhece o “carácter global e aberto da Internet como motor para acelerar o progresso rumo ao desenvolvimento”[53].

O relatório da ONU destaca que nenhum Estado pode interromper o acesso à Internet, nem mesmo em situações de crises políticas, sejam internas ou externas. A web tem sido utilizada para a livre expressão da sociedade a favor ou contra determinados assuntos. Um fato de grande manifestação popular via web que ganhou repercussão mundial ocorreu em 2009, durante as eleições no Irã, quando o presidente Mahmud Ahmadinejad foi considerado reeleito. No período, os meios de notícias foram proibidos de trabalhar no país. Então, as denúncias de repressão aos eleitores favoráveis ao opositor Mir Hussein Mousavi e de fraude nas eleições passaram a surgir na Internet[54]. Verifica-se, portanto, que o reconhecimento do acesso à internet, por parte do cidadão, e sua vinculação como mecanismo apto à promoção da informação e liberdade de expressão materializa importante documento que confere àquele os contornos de contemporâneo direito humano, advindo da evolução das tecnologias e a globalização da difusão das informações.

Denota-se, assim, que a “internet acabou por se tornar instrumento fundamental por meio dos qual indivíduos podem exercer seus direitos de liberdade de expressão e opinião”[55], conforme previsto no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Os aludidos documentos

internacionais, ao lado de outros, dispõem que todas as pessoas têm direito a expor suas opiniões sem interferência, bem como direito à liberdade de expressão, o qual abarca a prerrogativa de procurar, receber e disseminar informações e ideias de toda sorte, salvo proibições previamente previstas pelos órgãos competentes e legítimos[56]. Assim, o arcabouço de direitos humanos, previstos em normas internacionais, mostra-se aplicável a novas tecnologias de comunicação e informação (TIC's), como a internet.

Referências:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 02 jul. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 02 jul. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 02 jul. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MARCON, João Paulo Falavinha. O acesso à internet como um direito humano fundamental, perante as legislações internacional e brasileira. Disponível em: <<http://mundorama.net/2013/03/07/o-acesso-a-internet-como-um-direito-humano-fundamental-perante-as-legislacoes-internacional-e-brasileira-por-joao-paulo-falavinha-marcon/>>. Acesso em 02 jul. 2015.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 02 jul. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência.** 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

NAÇÕES Unidas reconhecem a liberdade de expressão na internet como um direito. **P3: Portal eletrônico.** Disponível em: <<http://p3.publico.pt/actualidade/media/3689/nacoes-unidas-reconhecem-liberdade-de-expressao-na-internet-como-um-direito#>>. Acesso em 02 jul. 2015.

ONU declara acesso à internet como direito humano. **Portal UOL**, 08 jun. 2011. Disponível em: <<http://portal.aprendiz.uol.com.br/content/nefrojoswo.mmp>>. Acesso em 02 jul. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Adotado pela Resolução n. 2.200 A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em 02 jul. 2015.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 jul. 2015.

_____. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 jul. 2015.

_____. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 jul. 2015.

_____. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 jul. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 02 jul. 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 02 jul. 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível

em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 02 jul. 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 02 jul. 2015

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 02 jul. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal

Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 02 jul. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 02 jul. 2015.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 02 jul. 2015, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009, s.p.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 02 jul. 2015.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 jul. 2015: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas,

conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 jul. 2015: “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 jul. 2015: “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 jul. 2015: “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 jul. 2015: “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 jul. 2015: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 jul. 2015: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 jul. 2015: “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 jul. 2015: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] MORAES, 2003, p. 28.

[27] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[28] SILVA, 2004, p. 157.

[29] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 jul. 2015: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 jul. 2015: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 jul. 2015: “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[32] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 jul. 2015: “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[33] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 jul. 2015: “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[34] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[35] COTRIM, 2010, p. 160.

[36] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 02 jul. 2015.

[37] MORAES, 2011, p. 11.

[38] SANTOS, 2003, s.p.

[39] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[40] SANTOS, 2003, s.p.

[41] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[42] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[43] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 03.

[44] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[45] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 02 jul. 2015.

[46] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[47] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[48] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “[...] Duas são as origens básicas desses direitos: a degradação das liberdades ou a deterioração dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econômica existente entre as diferentes

nações. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que também tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -, partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de soluções também globais. Tais “soluções” são os direitos de terceira geração.[...]”

[49] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Adotado pela Resolução n. 2.200 A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em 02 jul. 2015. Artigo 19 [omissis] §3. O exercício de direito previsto no § 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: 1. assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; 2. proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

[50] ONU declara acesso à internet como direito humano. **Portal UOL**, 08 jun. 2011. Disponível em: <<http://portal.aprendiz.uol.com.br/content/nfrojoswo.mmp>>. Acesso em 02 jul. 2015, s.p.

[51] MARCON, João Paulo Falavinha. O acesso à internet como um direito humano fundamental, perante as legislações internacional e brasileira. Disponível em:

<<http://mundorama.net/2013/03/07/o-acesso-a-internet-como-um-direito-humano-fundamental-perante-as-legislacoes-internacional-e-brasileira-por-joao-paulo-falavinha-marcon/>>.

Acesso em 02 jul. 2015, s.p.

[52] ONU declara acesso à internet como direito humano. Portal UOL, 08 jun. 2011. Disponível em:

<<http://portal.aprendiz.uol.com.br/content/nefrojoswo.mmp>>. Acesso em 02 jul. 2015, s.p.

[53] NAÇÕES Unidas reconhecem a liberdade de expressão na internet como um direito. P3: Portal eletrônico. Disponível em: **<<http://p3.publico.pt/actualidade/media/3689/nacoes-unidas-reconhecem-liberdade-de-expressao-na-internet-como-um-direito#>>.** Acesso em 02 jul. 2015, s.p.

[54] ONU declara acesso à internet como direito humano. Portal UOL, 08 jun. 2011. Disponível em:

<<http://portal.aprendiz.uol.com.br/content/nefrojoswo.mmp>>. Acesso em 02 jul. 2015, s.p.

[55] MARCON, João Paulo Falavinha. O acesso à internet como um direito humano fundamental, perante as legislações internacional e brasileira. **Disponível em:**

<<http://mundorama.net/2013/03/07/o-acesso-a-internet-como-um-direito-humano-fundamental-perante-as-legislacoes-internacional-e-brasileira-por-joao-paulo-falavinha-marcon/>>.

Acesso em 02 jul. 2015, s.p.

[56] Ibid.