
Marcos da Silva: Decisões de STF e STJ mitigam direitos fundamentais

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 104.410, Rio Grande do Sul, 06/03/2012, legitimou a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros.

Atribuiu uma nova dimensão aos direitos fundamentais e estabeleceu os princípios da proibição do excesso, para evitar que o Estado usurpe os direitos fundamentais do cidadão, e o princípio da proibição da proteção deficiente, que exige uma atuação rígida do Estado para evitar riscos aos seus cidadãos em geral e protegê-los de outros indivíduos de comportamento desviante[1].

Muito antes, o STF já preconizou que nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, concluindo que os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto no sistema constitucional brasileiro, em virtude de relevante interesse público/social e exigências de convivência das liberdades[2].

No que tange à prisão preventiva, analisando de forma básica a jurisprudência da Suprema Corte brasileira, as decisões reiteradamente fazem alusão que a prisão preventiva é medida de exceção ao princípio da inocência – direito fundamental. Por outro lado, verifica-se que existe um padrão em que a prisão preventiva é decretada ou mantida, por exemplo:

- a) Comportamentos desviantes concretamente graves;
- b) Pessoas de periculosidade evidente;
- c) Delinquentes secundários (carreira criminosa);
- d) Quando a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos[3].

O STF reconhece a legalidade da mitigação de direitos fundamentais do acusado ou investigado em prol de direitos fundamentais mais importantes dos cidadãos de bem e da sociedade.

No contexto das decisões do STF, há evidentes elementos do funcionalismo de Luhmann, Roxin e, principalmente, de Günther Jakobs.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a legalidade e constitucionalidade da supressão de direitos fundamentais de indivíduos perigosos. Apesar de não se tratar de prisão preventiva, importante mencionar as decisões do STJ, eis que envolve a figura do comportamento desviante e a supressão de direitos fundamentais mediante internação em manicômio judicial, por tempo indeterminado, sem sequer ter ocorrido a prática de crime, simplesmente pelo fato de pessoas serem riscos para a sociedade.

Situações em que não se avaliou um ato delituoso, eis que sequer existiu, e sim perfil de risco da pessoa

desviante. Essas decisões aproximam-se da chamada “teoria da incapacitação seletiva”[4].

São casos emblemáticos a corroborar a aplicação de elementos do funcionalismo sistêmico no ordenamento jurídico brasileiro e reconhecido pela jurisprudência dos Tribunais Superiores. Observe:

L M da S G, à época com 16 anos de idade, na cidade de Cáceres/MT, matou sua família, sem motivo aparente, a golpes de faca. Nesse contexto, o Ministério Público estadual requereu, às vésperas da conclusão dos 3 (três) anos da medida socioeducativa aplicada, que o jovem adulto fosse interditado e internado compulsoriamente em manicômio com base na Lei Federal 10.216/2001, requerendo a privação de sua liberdade por ter praticado um fato quando adolescente, e já cumprida a medida socioeducativa.

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.306.687 – MT (2011/0244776-9, de 18/03/2014), impôs ao adolescente, atualmente adulto, uma internação por prazo indeterminado em manicômio, ainda que já cumprida integralmente a medida socioeducativa imposta. Internação sem crime, sem culpa e sem condenação. Apesar de a decisão fazer menção à proteção do delinquente, verifica-se que o motivo principal da segregação da liberdade é por ser L M da S G um indivíduo que causa risco à sociedade.

Outro exemplo com idêntica solução é o conhecido caso “Champinha”, de homicídio de casal de jovens em São Paulo, jovem adulto que, quando adolescente, participou de duplo latrocínio praticado com requintes de extrema crueldade, violência sexual, sequestro, ocultação de cadáveres e demonstração de frieza.

Ambos indivíduos jovens adultos, perigosos, tanto L M da S G quanto “Champinha” encontram-se internados em manicômio por tempo indeterminado, todos com a liberdade restrita, sem o cometimento de crime, já cumprida medida socioeducativa, apenas em razão da potencialidade de cometer crime e risco à sociedade[5]. Neutralização do desviante, sem a prática de qualquer crime.

Na mesma toada, estamos acompanhando, no momento histórico brasileiro, um aumento das prisões preventivas em crimes do colarinho branco, de pessoas de alta relevância, respeitabilidade e elevado estatuto social, tais como executivos de grandes corporações, empresários, políticos influentes, etc.[6]

Sustentamos, no presente texto, que a jurisprudência dos Tribunais Superiores está a se alimentar do funcionalismo sistêmico e da teoria do Direito Penal do inimigo, de Günther Jakobs.

A prisão de réus cujo processo ainda não transitou em julgado, conforme recente julgamento efetivado pelo Supremo Tribunal Federal no dia 17/02/2016, HC 126.292, São Paulo, com grave mitigação do princípio da inocência e do direito à liberdade é sintomática do funcionalismo sistêmico.

Evidencia-se que as decisões acima coadunam, ainda que parcialmente, com a tese de Jakobs, no sentido de que o certos indivíduos e comportamentos têm a potencialidade lesiva para os semelhantes e para a sociedade, afetando a expectativa social de que as pessoas possam viver em ordem, devendo o desviante ser preso preventivamente e retirado da convivência social após o crime e antes do julgamento definitivo – neutralização.

Apesar das objeções de grandes juristas pátrios, os princípios da inocência, liberdade e o excesso nas prisões preventivas não estão prevalecendo diante do princípio da proibição da proteção deficiente do Estado, com relação aos direitos fundamentais dos cidadãos em geral que estão em risco. As ideias de Luigi Ferrajoli estão sendo abandonadas em prol de maior “segurança” da população em geral.

Günther Jakobs deixa claro que o “Direito Penal do inimigo é indicativo de uma pacificação insuficiente”[7], ou seja, diante do Estado incompetente, os magistrados tendem a interpretar a lei para manter a ordem no caos.

O funcionalismo defende que na sociedade existem expectativas sobre o comportamento das pessoas. A frustração das expectativas pode levar a tensões sociais e reações contrárias aos desapontamentos das expectativas. O Direito é o mecanismo hábil a defender as expectativas e as prisões geram na sociedade um sentimento e um consenso de manutenção da coesão social. Assim a prisão nada mais é do que a satisfação dada à sociedade frente às suas decepções pelas infrações à norma, sem que isso efetivamente possa ter efeito prático algum em relação à diminuição da criminalidade, eis que não comprovados por qualquer teoria criminológica.

Claus Roxin trata o funcionalismo de forma mais branda, analisando mais o caso concreto, devendo as expectativas frustradas serem analisadas à luz de uma conduta que crie um risco proibido e que o resultado seja decorrente deste risco. Já Jackobs, teórico do funcionalismo sistêmico, diz que o delito ocorre quando se fere as expectativas sociais de convivência, ou seja, a maneira que as pessoas esperam que seja a conduta alheia. Assim, independente do caso concreto, o que importa é a validação da vigência da norma, não tendo grande relevância a ocorrência da lesão ou não ao bem jurídico protegido. O Direito serve para manter a confiança da sociedade no sistema.

É importante ressaltar que Jackobs admite que o desviante “inimigo” tem menos direitos que os demais e perde, ainda que parcialmente, sua qualidade de pessoa. A despersonalização do sujeito é parcial, apenas atinente à sua liberdade e presunção de inocência, mas há uma despersonalização[8].

Mesmo assim, os Tribunais Superiores não estão dispostos a deixar a sociedade refém. O entendimento de que os direitos fundamentais e a Constituição não podem ser usados como escudo para cometimento de delitos não é novidade em seus julgamentos, posto que, repita-se, para o STF e STJ não existem direitos fundamentais absolutos.

Do exposto, concluímos que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça têm certo conteúdo do funcionalismo sistêmico e Direito Penal do inimigo, ao neutralizar determinados desviantes e mitigar sobremaneira direitos fundamentais.

[1] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma – Habeas Corpus 104.410. Rio Grande do Sul, 06/03/2012. Relator: Min. Gilmar Mendes.

[2] BRASIL. RMS 23.452/RJ. Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12/05/2000, p. 20.

[3] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 101537. Primeira Turma, Marco Aurélio,

14/11/2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 92682/RJ. Relator(a): Min. Marco Aurélio
Julgamento: 26/10/2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 127457/BA. Rel. Dias Tóffoli, 09/06/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 25914/MG. Rel. Marco Aurélio, 02/06/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 127488/SP. Rel. Gilmar Mendes, 09/06/2015.

[4] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 297.

[5] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.306.687 – MT (2011/0244776-9, de 18/03/2014). 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, 18/03/2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 169.172-SP. 4ª Turma, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, 17/12/2013.

[6] Operações “Lava Jato”, “Ararath”, “Satiagraha”, entre outras.

[7] JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 22.

[8] MORENO, Sebastián Dozo. "El enemigo tiene menos derechos", dice Günther Jakobs. Disponível em: <<http://www.lanacion.com.ar/826258-el-enemigo-tiene-menos-derechos-dice-gunther-jakobs>>. Acesso em: 05/08/2015.

Date Created

06/03/2016