

INTRODUÇÃO

A presente tese de doutorado, apresentada como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, tem por objetivo analisar criticamente a construção pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo de um fenômeno sócio-jurídico denominado protagonismo judicial, de significados para uma determinada garantia processual penal de assento constitucional: o direito ao silêncio, ou melhor, a garantia de vedação de auto-incriminação.

Foram identificados todos os acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, desde a promulgação da Constituição de 1988 até o dia 31 de dezembro de 2007, acerca do tema. Posteriormente, a partir do exame crítico do inteiro teor dos julgados, foram analisados os argumentos utilizados na fundamentação das decisões que delimitam o conteúdo da referida garantia, procurando identificar se, e de que forma, o Supremo Tribunal Federal construiu um significado que fosse aquém ou além da simples interpretação gramatical da Constituição.

A escolha da garantia de vedação de auto-incriminação, prevista no art. 5º, inc. LXIII, da Constituição – “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” – deveu-se a dois fatores principais.

Em primeiro lugar, o enunciado normativo acima reproduzido tem como característica o fato de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao longo dos quase vinte anos de vigência da Constituição, modificou consideravelmente o alcance dessa norma. Um observador que ignorasse as decisões do STF e buscasse construir o significado dessa garantia apenas por meio das leis e da doutrina jurídica clássica jamais descobriria o verdadeiro conteúdo que ela possui hoje na dinâmica de aplicação do direito e na prática jurisdicional.

Como se constatou ao longo do trabalho, o Supremo Tribunal Federal deu ao inc. LXIII, do art. 5º, da Constituição uma interpretação sensivelmente diferente daquela que poderia ser extraída da simples leitura do dispositivo.

Em segundo lugar, a escolha é resultado do reconhecimento de que tal garantia desempenha um papel estruturante na construção de um sistema punitivo

compatível com um Estado democrático de direito. Embora haja outras garantias igualmente fundamentais – tais como o juiz natural, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a vedação de provas ilícitas, a presunção de inocência etc –, o regime jurídico sobre a auto-incriminação é crucial para a diferenciação entre dois modelos opostos de sistema punitivo: o modelo democrático e o modelo autoritário.

O exame dos julgados indica que esse conteúdo foi construído por meio de diferentes recursos, como o uso de precedentes jurisprudenciais de cortes internacionais e a interpretação a partir dos tratados internacionais de direitos humanos. Mas sobretudo, o Supremo Tribunal Federal lançou mão do uso de argumentos principiológicos como forma de aproximar o texto constitucional (e o infraconstitucional) dos valores que animam um Estado democrático de direito.

Assim é possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal adotou, em vários momentos, um comportamento que poderia ser classificado como pós-positivista¹, conquanto raramente tenha construído o significado dessa garantia processual penal mediante a incorporação de técnicas avançadas de solução de conflitos normativos² em suas decisões.

Acredita-se que a relevância desse projeto deriva, em primeiro lugar, da enorme carência de estudos em que o pesquisador se debruce sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal. Especialmente em matéria criminal, é de fundamental importância investigar analiticamente a fundamentação das decisões, confrontando os argumentos utilizados com modelos teóricos de legitimação da autoridade estatal e de conformação do sistema punitivo.

¹ Há uma substancial diferença nas concepções positivista e pós-positivista no que tange à utilização de argumentos de conteúdo moral ou político na construção do significado de uma norma jurídica ou na fundamentação de uma decisão jurídica. “Deste modo, situa-se claramente em um ponto de vista contrário à perspectiva positivista, que, por sua vez, assume uma posição não cognitivista – na qual juízos morais são compreendidos como expressões de preferências subjetivas ou de desejos arbitrários e assim colocando-se além do alcance de qualquer justificativa racional” (MAIA, Antonio Cavalcanti: *Direitos humanos e a teoria do discurso do direito e da democracia*. TORRES, Ricardo Lobo e MELLO, Celso Albuquerque: *Arquivos de Direitos Humanos 2*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 48 e 20, respectivamente).

² Dependendo do autor, a ponderação, a proporcionalidade e a razoabilidade podem ser classificadas como regras, máximas, princípios, postulados aplicativos normativos etc. Optou-se por utilizar o termo “técnicas de solução de conflito normativo” porque, apesar da divergência na conceituação, é ponto pacífico entre os autores que a utilização dessas técnicas tem por objetivo solucionar conflitos normativos, reduzindo a indeterminação do direito e resgatando a interconexão entre direito e justiça. Os conflitos em que o Supremo Tribunal Federal recorre às novas técnicas de solução de conflito normativo são especialmente ricos ao investigador que busque identificar os argumentos que orientam a construção das decisões dessa corte.

Trabalha-se considerando a perspectiva jurídica, segundo a qual as normas não são o texto legal nem seu conjunto, mas o sentido que se constrói da sua interpretação. Por conseguinte, a interpretação é o processo de reconstrução do sentido da norma a partir dos dispositivos ou dos termos que os compõem, sendo certo que, embora alguns termos tenham significados intersubjetivados, outros exigem fundamentação específica na medida em que seu significado é construído pelos próprios aplicadores.

Nesse passo, a própria noção de princípios e regras passa por um questionamento, já que a construção da norma é um processo que depende da colaboração do intérprete, fazendo com que determinado dispositivo legal que num contexto é traduzido por regra seja, noutra circunstância, interpretado como princípio.

Outro ponto relevante da pesquisa que se desenvolveu é a possibilidade de confrontar essa atividade de construção de significados para garantias processuais penais com a variação da composição do Supremo Tribunal Federal ao longo do tempo. Trata-se de um dado relevante a ser considerado, haja vista a renovação pela qual passou a Corte.

Essas alterações também influenciarão a gradual incorporação da doutrina pós-positivista pelos tribunais brasileiros, sobretudo durante a década de 1990, bem como a análise crítica da função jurisdicional na construção de significados para garantias processuais penais – consequência do fenômeno sócio-jurídico denominado ativismo judicial, sobretudo em face do papel que o Supremo Tribunal Federal desempenha na concretização dos direitos fundamentais.

A incorporação de uma “missão” de construção de uma sociedade mais justa pelo Poder Judiciário se reflete na adoção dos princípios jurídicos como base para uma aplicação do direito voltada à realização de justiça. Contudo, a ampliação dos poderes de interpretação do direito a partir da atribuição de significados a normas obriga a uma reflexão acerca do papel do Poder Judiciário no Estado democrático de direito e, especialmente, da competência do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional.

Nesse diapasão, as discussões encetadas pelo trabalho ora apresentado são especialmente importantes na atual conjuntura mundial e nacional. Vive-se uma época em que imperam os discursos de terrorismo estatal e super-criminalização que, se por um lado não se prestam a resolver as tensões sociais do

mundo contemporâneo, por outro, agravam ainda mais o sentimento de insegurança em que já se vive.

Tal influxo político-social associado aos discursos de aumento do poder estatal e diminuição de garantias individuais está associado a uma legislação de exceção e a uma interpretação constitucional sensível à adoção de medidas extraordinárias, voltadas para uma suposta necessidade de resposta a fenômenos emergenciais (propalado aumento descontrolado de criminalidade), mas cuja emergência acaba por se alongar no tempo com evidente prejuízo para a normalidade constitucional.

É também no campo do direito penal e processual penal que se percebe de modo mais evidente a divergência entre o arcabouço teórico desenhado na Constituição e a prática das instituições legislativas (na elaboração da legislação infraconstitucional), judiciais e administrativas (por ocasião da intervenção punitiva, tanto na atuação jurisdicional como na policiaesca).

Essas constatações ressaltam a importância do exame das decisões do Supremo Tribunal Federal para apreender, dos argumentos políticos e jurídicos das decisões que construíram significados para as garantias estruturantes do sistema processual penal brasileiro, como a corte constitucional se posiciona nesse debate e como articula suas decisões com conceitos como o de Estado de direito, democracia, direitos fundamentais e os modelos teóricos de legitimação da autoridade estatal e de conformação do sistema punitivo.

Objetivos gerais e específicos

Como objetivos gerais da tese apontam-se: 1) o estudo do ativismo judicial, examinando as causas e conseqüências desse fenômeno; e, 2) a afirmação de um paradigma de sistema punitivo adequado ao Estado democrático de direito no qual se destaca a garantia individual da vedação de auto-incriminação.

Como objetivos específicos da tese apontam-se: 1) exame do significado e conteúdo dessa garantia construídos pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos submetidos a julgamento; e, 2) a análise crítica dessa atribuição de significados.

Metodologia empregada e fontes

A metodologia do estudo é interdisciplinar, com análise de questões próprias do Direito Processual Penal a partir das perspectivas do Direito Constitucional, da Ciência Política e das teorias democráticas. O presente trabalho caracteriza-se pelo estudo de casos e pelo exame comparado entre os casos e a teoria jurídico-política.

Para desenvolver essa análise, considerou-se apropriada a divisão do trabalho em duas partes, tal como no *plan* francês, especialmente o modelo de *plan* lógico, versando a primeira parte sobre o plano teórico em que a pesquisa se desenvolve e a segunda sobre o plano prático, assim considerado o exame propriamente dito das decisões do Supremo Tribunal Federal.

No presente trabalho, a primeira parte dedica-se às condições em que determinado fenômeno se verifica, assim considerados o seu conceito, efeitos, domínio de aplicação, dimensão, critérios e conseqüências.

O primeiro capítulo será dedicado ao estudo das causas e efeitos do ativismo judicial, assim denominado o movimento de expansão do Poder Judiciário nas democracias constitucionais, e como ele produz uma “crise de identidade” dos poderes.

Essa análise se conecta diretamente à discussão sobre a incorporação das teorias pós-positivistas pelo Supremo Tribunal Federal posteriormente à promulgação da Constituição de 1988; sobre a expansão do Poder Judiciário nas democracias constitucionais; e, por fim, sobre o crescimento do ativismo judicial, mediante a utilização de argumentos políticos, econômicos e morais na fundamentação das decisões jurídicas.

Essa atuação hipertrofiada do Poder Judiciário será contextualizada a partir de dois eixos, ambos na raiz dos movimentos de recrudescimento da legislação penal brasileira e de pressão exercida sobre o Poder Judiciário para a desconsideração de garantias individuais consideradas excessivas:

(a) a propalada mudança no paradigma constitucional da modernidade, que propugna uma ruptura dos valores clássicos de liberdade, igualdade e fraternidade por segurança, diversidade e solidariedade, atacando, em especial, a temática da substituição da liberdade pela segurança em uma sociedade de risco; e,

(b) o chamamento do Poder Judiciário para enfrentar problemas na área de segurança e pautar sua atuação de modo a promover a diminuição dos níveis de

violência e criminalidade na sociedade, gerando por sua vez um grave risco institucional decorrente da incompatibilidade das funções de garante dos direitos individuais e de agência executiva das políticas do governo.

No capítulo seguinte, será desenvolvido um esforço teórico de articulação entre os conceitos de Estado de direito e democracia com um conjunto de garantias mínimas de cunho penal para a construção do conceito de “sistema punitivo democrático de direito”.

Os temas abordados nesse capítulo são:

(a) o exame das teses que sustentam a existência de limites materiais à deliberação democrática e defendem que os valores que animam o surgimento do Estado de direito atuam como limites ao poder autoritário de privar o indivíduo de sua vida e liberdade; e,

(b) a construção dos fundamentos sobre os quais se organiza o sistema punitivo em um Estado democrático de direito a fim de demonstrar o caráter estruturante da garantia processual da vedação de auto-incriminação em razão de sua importância na dogmática do Direito Processual Penal.

A segunda parte do trabalho também está dividida em dois capítulos, cabendo ao primeiro capítulo a apresentação do direito ao silêncio, por meio do estudo da doutrina e jurisprudência internacional e supranacional. Embora a presente tese não se dedique ao estudo comparado do conceito de direito ao silêncio no Brasil e no mundo – o que exigiria a contraposição das semelhanças e diferenças e a identificação dos elementos verdadeiramente constitutivos dessa garantia –, é importante fixar alguns paradigmas que permitam observar o processo de construção da garantia pelo Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em vários acórdãos do Supremo Tribunal Federal é possível constatar que os Ministros utilizam julgamentos realizados por cortes constitucionais de outros países como fontes para a interpretação da Constituição.

Ainda nesse primeiro capítulo, será recriado o cenário jurídico processual penal quando da promulgação da Constituição de 1988, apresentando-se as potenciais escolhas que caberia ao Supremo Tribunal Federal fazer, na tarefa de definir os limites, alcance, aplicabilidade e eficácia da garantia individual de permanecer calado.

O segundo capítulo será dedicado exclusivamente ao exame de todos os acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, desde a promulgação da

Constituição até o dia 31 de dezembro de 2007 que avançaram na definição dos contornos dessa garantia.

Embora possa parecer desnecessário frisar, ressalta-se que o exame dos julgados não significou a leitura das ementas, mas o registro e discussão das manifestações de cada julgador, inclusive os votos vencidos, produto da leitura minuciosa do inteiro teor dos julgados. Por fim, as referências a julgados brasileiros e internacionais foram identificadas e comentadas junto com a decisão.

Dessa forma, foi possível discorrer sobre o processo de evolução dessa garantia de vedação de auto-incriminação no cenário jurídico nacional, ou seja, como a garantia prevista no art. 5º, inc. LVIII, da Constituição – “LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” – foi paulatinamente construída pelo Supremo Tribunal Federal ao longo de sucessivos julgamentos.