PREFÁCIO

DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E DIREITO AO SILÊNCIO - 2011

Segunda-Feira, 23 de Novembro de 2020 14:05:10

Paulo Mário Canabarro Trois Neto

DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E DIREITO AO SILÊNCIO



livraria DO ADVOGADO editora

.

PREFÁCIO

AUTOR: Luís Afonso Heck

LIVRO – DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

AUTOR: Paulo Mário Canabarro Trois Neto

ORIENTADOR: Luís Afonso Heck

PUBLICADO EM:

Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 207 páginas, 2011

Revista CEJ, Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, ano XV, p. 105, out./dez. 2011

DISPONÍVEL EM:

https://www.livrariadoadvogado.com.br/direito-a-nao-autoincriminacao-e-direito-ao-silencio-p28502/

ANEXOS: Prefácio / Sumário / Bibliografia

Prefácio

Para a teoria dos direitos fundamentais a distinção teórico-estrutural mais importante é a entre regras e princípios. Sobre essa distinção diz Alexy: "... é o fundamento da teoria do fundamentar jurídico-fundamental e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver uma teoria de barreira adequada, nem uma doutrina das colisões que satisfaz, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico."[1] Mais além, afirma: "A distinção entre regras e princípios forma, além disso, o vigamento de uma teoria material-normativa dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida da resposta sobre a questão da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Com tudo isso, é a distinção entre regras e princípios um dos pilares de fundamento da construção da teoria dos direitos fundamentais."[2]

Nessa conexão é importante sublinhar três pontos: um diz respeito ao caráter prima facie[3] de regras e princípios; o outro, ao dever real e ideal e o último aos direitos fundamentais como direitos subjetivos.

---

[1] Alexy, Robert. Theorie der Grundrechte. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 71. Versão espanhola: Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 81.

[2] Alexy, R., (nota 1), S. 71; página 81 e seguinte.

[3] "Prima facie, (1) dentro da teoria da ciência: 'causa prima facie': com isso deve ser expressa a idéia que um acontecimento A possivelmente é uma causa de um acontecimento B. Com isso, sem dúvida, é afirmada uma relevância causal positiva para um outro acontecimento, todavia, com a cláusula cuidado 'prima facie', com a qual é expresso que, em uma análise mais rigorosa, A poderia resultar somente como causa aparente. (2) Na ética, indica a concepção, sustentada pelo filósofo da moral inglês Ross, que existe um conhecer intuitivo de uma obrigação moral ou de um dever ético. Um dever prima facie deve então ser cumprido, quando ele não está em contradição com um outro dever. A designação 'prima facie' expressa a reserva (a) que para situações de atuação concretas tais deveres contrários não devem ser excluídos, que, então, devem ser ponderados reciprocamente, (b) que o dever prima facie está em vigor até se produzir uma tal contradição. Lit.: W. D. Ross: Foundation of Ethics. Oxford 1939. – Ders.: The Right and the Good. Oxford 1939. – W. Stegmüller: Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie. Bd. I. Berlin/Heidelberg ^{2}1983, S. 602 ff." Prechtl, Peter, in: Metzler-Philosophie-Lexikon: Begriffe und Definitionen/Hrsg. von Peter Prechtl und Franz-Peter-Burkard. 2. Aufl., Stuttgart; Weimar: Metzler, 1999, S. 601 f. [Artikel Prima facie.]

1) Caráter prima facie de regras e princípios

Princípios têm, todos sem exceção, um mesmo caráter prima facie e regras, todas sem exceção, um mesmo definitivo caráter? Alexy responde essa pergunta negativamente.[4] A necessidade de um modelo diferenciado de Dworkin[5] resulta do fato de, do lado das regras, ser possível em regras, por motivo da decisão de um caso, inserir uma cláusula de exceção. Se isso ocorre, perde a regra, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A inserção de uma cláusula de exceção pode realizar-se em virtude de um princípio. Regras, para as quais não vale a proibição, feita por um sistema jurídico,[6] de limitar elas pela inserção de cláusulas de exceção, perdem seu caráter definitivo restrito. O caráter prima facie, que elas recebem em virtude da perda do seu caráter rigorosamente definitivo, é certamente de tipo fundamentalmente diferente que o dos princípios. Um princípio é driblado, quando ao princípio em sentido contrário, no caso a ser decidido, cabe um peso maior. Pelo contrário, uma regra não já então está driblada, quando o princípio em sentido contrário, no caso concreto, tem um peso maior que o princípio que apoia a regra.[7]

Que regras, pela atenuação de seu caráter definitivo não recebem o mesmo caráter prima facie como princípios, é somente um lado da coisa. O outro lado é que princípios, também pela intensificação de seu cará-

---

[4] Para o seguinte, ver Alexy, R., (nota 1), S. 88 ff.; página 99 e seguintes.

[5] Para uma discussão pormenorizada com Dworkin, ver Alexy, Robert. Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 177 ff.; versão brasileira: Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 137 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck.

[6] Um sistema jurídico que admite a chamada redução teleológica não contém essa proibição. Sobre a redução teleológica diz Larenz: "Porque, com isso, a regra contida na lei, segundo seu sentido da palavra, sob esse aspecto inequívoco, formulada muito amplamente, é reduzida ao âmbito de aplicação, que cabe a ela segundo a finalidade da regulação ou a conexão de sentido da lei, nós falamos de uma 'redução teleológica'". Usual é também a expressão "restrição" (Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 6. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, Hong Kong, Barcelona, Budapest: Springer Verlag, 1991, S. 391 (aspas no original)).

[7] Essa proposição deve ser posta em conexão com o que segue: "Em regras acontece, no caso normal, a conseqüência jurídica então, quando os pressupostos conhecidos estão dados. Quem, em virtude de um princípio, quer fazer uma exceção de uma regra, suporta, bem semelhante como no desvio de precedentes ou, no fundo, no desvio do existente, a carga da argumentação. Em princípios, que podem ser limitados por princípios, isso é diferente. Uma regra jurídica válida contém, perante princípios, uma determinação para a decisão de casos que, primeiro, deve ser driblada, se um princípio deve prevalecer; princípios não contêm tais determinações. Quando se diz que regras, porque com elas foi feita uma tal determinação, têm uma existência histórica, pode dizer-se que princípios, referente ao seu conteúdo de determinação relativamente a outros princípios, não têm existência histórica. Em seu conteúdo de determinação com referência a casos, são, sob esse aspecto, todos, fundamentalmente, iguais. Não existe, por conseguinte, nenhum fundamento para, de antemão, privilegiar um. Por isso, deve aquele que, com base em princípios, primeiro quer fazer uma determinação, quando surgem dúvidas, demonstrar que princípios em sentido contrário retrocedem" (Alexy, R., (nota 5), S. 201; página 153 e seguinte; sobre o teorema da colisão, de regras e de princípios, ver mesmo autor, mesma obra, S. 192 ff.; página 147 e seguintes). Comparar com Alexy, R., (nota 1), Fußnote 24, S. 76; nota de pé-de-página 24, página 86.

ter prima facie, não obtêm o mesmo caráter prima facie como regras. O caráter prima facie de princípios pode ser intensificado pelo fato de, em favor de determinados princípios ou determinados tipos de princípios, ser inserida uma carga de argumentação. Pela suposição de uma carga de argumentação em favor de determinados princípios, seu caráter prima facie não é adaptado ao das regras. Também uma regra da carga de argumentação não dispensa a necessidade de, no caso concreto, comprovar, cada vez, as condições de primazia.[8] Ela tem somente como consequência que, em fundamentos igualmente bons ou em dúvida, deve ser dada a um princípio a primazia diante do outro.

2) Dever real e ideal

Para evitar mal-entendidos, Alexy sugere o emprego dos conceitos dever real e ideal em sentido geral e fraco. Assim: "um dever ideal é todo dever que não pressupõe que aquilo que é devido é possível real e juridicamente em sua totalidade, mas para isso pede cumprimento tão amplo ou aproximativo quanto possível. Pelo contrário, o caráter mandamental de prescrições, que podem ser ou somente cumpridas ou não cumpridas, pode ser qualificado de «dever real». Esse conceito do dever ideal pode ser empregado para explicação do caráter prima facie particular de princípios, e, com isso, sua conduta de colisão, ou do caráter particular de suas cláusulas de reserva. Como ideais, são princípios, em sua realização, dependentes tanto das possibilidades fáticas como das possibilidades jurídicas, definidas por outros princípios. Uma declaração sobre o seu conteúdo mandamental real pressupõe, por conseguinte, sempre uma declaração sobre as possibilidades fáticas e jurídicas. O caráter-prima facie de uma declaração somente relacionada com um ideal é, por conseguinte, claramente mais fraco que aquele de uma declaração relacionada com uma regra, porque o último contém, como determinação das exigências de, certamente, sempre, vários ideais, já uma comprovação sobre possibilidades fáticas e jurídicas."[9]

3) Direitos fundamentais como direitos subjetivos

A base da teoria analítica dos direitos é uma tripartição das posições, a serem designadas como direitos, em direito a algo, liberdades e competências.

---

[8] Ver para isso, Alexy, R., (nota 1), S. 79 ff.; página 90 e seguintes. Em conexão com isso, ver a concepção da ponderação, mesmo autor, mesma obra, S. 143 ff.; página 157 e seguintes.

[9] Alexy, R., (nota 5), S. 204; página 155 e seguinte (pontuação no original). Regras, que prescrevem atuações, que podem ser executadas em graus distintos, podem ter a qualidade de poder ser somente ou cumprido ou não cumprido. Elas têm essa qualidade quando um determinado grau da atuação ou modo de conduta é ordenado (proibido, permitido). Um exemplo formam as prescrições que dizem respeito à conduta imprudente. Ver para isso, mesmo autor, mesma obra, S. 202, Fußnote 91; página 154, pé-de-página 91.

A forma mais geral de uma proposição sobre um direito a algo diz: *a* tem perante *b* um direito a *G*. Isso mostra que o direito a algo pode ser concebido como uma relação de três variáveis, cujo primeiro membro é o *titular* ou possuidor do direito (*a*), cujo segundo membro, o *destinatário* do direito (*b*) e cujo terceiro membro, o *objeto* do direito (*G*). Se se expressa essa relação de três variáveis por *R*, então a forma mais geral de uma proposição sobre um direito a algo pode ser reproduzida assim:

RabG

Desse esquema nasce coisa bem diferente, conforme o que se emprega para *a*, *b* e *G*. Se para *a*, o titular, emprega-se uma pessoa natural ou jurídica de direito público, ou para *b*, o destinatário, o estado ou privados, ou para *G*, o objeto, atuações positivas ou omissões, obtém-se relações entre as quais, sob pontos de vista dogmático-jurídico-fundamentais, existem diferenças muito importantes. Pergunta-se sobre a estrutura do objeto do direito a algo, então o objeto de um direito a algo é sempre uma atuação do destinatário. O relacionamento com a atuação do mesmo modo como a estrutura de três variáveis não são expressos imediatamente pela determinação do direito fundamental particular.[10]

Cada liberdade jurídico-fundamental é uma liberdade que, pelo menos, existe em relação ao estado. Cada liberdade jurídico-fundamental, que existe em relação para com o estado, é armada, imediata e subjetivamente, pelo menos, por um direito igual quanto ao conteúdo, a isto, que o estado não impede o titular do direito de liberdade nisto, de fazer aquilo que ele jurídico-fundamentalmente é livre para fazer. Reúne-se a liberdade e o armamento no conceito da liberdade armada, então compõe-se esse tipo da liberdade armada da união de uma liberdade não armada e de um direito ao não impedimento de atuações. O direito ao não impedimento é um direito a uma atuação negativa. Direitos a atuações negativas estão em correlação com proibições dessas atuações. Quando se fala de diretos fundamentais como »direitos de defesa«, então são consideradas, em geral, as liberdades jurídico-fundamentais a atuações negativas contra o estado. Esses direitos são unidos com a competência de fazer valer judicialmente a sua violação.[11] Quando essas três posições unem-se, uma *liberdade* jurídica, *um direito* contra o estado ao não impedimento e uma *competência* de fazer valer judicialmente esse direito violado, pode ser fa-

---

[10] Ver Alexy, R., (nota 1), S. 171 f.; página 186 e seguinte. Em itálico no original.

[11] Aqui se mostra o significado de uma via processual adequada para fazer valer judicialmente os direitos fundamentais violados. Esse significado foi considerado pelo dador de leis na Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, no artigo 2, inciso II e parágrafo 1. O inciso II, contudo, foi vetado. Ver para isso, Heck, Luís Afonso. Posfácio, in: Heck, L. A. (org.) Direito natural, direito positivo, direito discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 246, pé-de-página 59.

lado de um direito de liberdade negativo plenamente formado perante o estado.[12]

Em conexão com essas questões situa-se o trabalho de Paulo Mário Canabarro Trois Neto. Ele foi defendido como dissertação de mestrado na faculdade de direito da UFRGS e foi aprovado com a nota máxima. A banca examinadora estava composta por: Danilo Knijnik, Luciano Feldens, Luís Afonso Heck e Néviton de Oliveira Batista Guedes. Seu mérito está, por um lado, em ter chamado a atenção sobre o acusado como alguém com dignidade humana e, portanto, responsável; por outro, em ter situado a questão sobre a não autoincriminação no plano da justificação e não no da persuasão.

Porto Alegre, outono de 2010.

Luís Afonso Heck
Prof. da UFRGS

[12] Ver Alexy, R., (nota 1), S. 209 f.; página 225 e seguinte. Pontuação e itálico no original.

AUTORES VINCULADOS

Luís Afonso Heck |

MARCADORES

Direitos fundamentais | Prefácios |