

## A Evolução Constitucional na Interpretação do Direito ao Silêncio

*Alexandre de Moraes*<sup>1</sup>

Nesses 20 anos de vigência da Constituição do Brasil, questão fundamental a ser constantemente analisada, em face dos Direitos Fundamentais, diz respeito à amplitude do “direito ao silêncio”, sob a ótica da impossibilidade de alguém ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, seja em suas declarações, seja na compulsoriedade de entrega de provas com potencial lesivo.

O “direito ao silêncio”, enquanto espécie do gênero direitos humanos fundamentais, logicamente se relaciona diretamente com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual e na consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.<sup>2</sup>

A constitucionalização dos direitos fundamentais não significa mera enunciação formal de princípios, mas sim a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Professor-associado da USP e professor-titular da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor e Livre-docente em Direito Constitucional pela USP. Atualmente, exerce o cargo de Secretário dos Transportes de São Paulo e Presidente da CET e SPTTrans. Foi Promotor de Justiça (1991-2002); Secretário da Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo (2002-2005) e membro do Conselho Nacional de Justiça (2005-2007).

<sup>2</sup> Conforme analisamos em artigo publicado na *Revista dos Tribunais* nº 766, p. 509, ago. 1999: *Direito ao silêncio e comissões parlamentares de inquérito*.

<sup>3</sup> Nesse sentido importante relembremos a lição de AFONSO ARINOS: “não se pode separar o reconhecimento dos direitos individuais da verdadeira democracia” (*Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 188. v. I).

A proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral, pois o respeito aos direitos humanos fundamentais, principalmente pelas autoridades públicas, é pilastro mestra na construção de um verdadeiro Estado de Direito democrático.<sup>4</sup>

A previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo, de valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.<sup>5</sup>

O “direito ao silêncio”, que engloba o *privilege against self-incrimination*, do réu em procedimentos criminais é direcionado no intuito de preservar o caráter voluntário de seu julgamento, com um diálogo equitativo entre o indivíduo e o Estado, como bem salientado por T. R. S. Allan;<sup>6</sup> não existindo dúvidas sobre a importante ligação do princípio da dignidade humana com o direito ao silêncio, em sua triplíce dimensão biológica, espiritual e social,<sup>7</sup> pois esse mandamento constitucional impede, peremptoriamente, qualquer forma de tratamento degradante ou que vise degradar, física ou moralmente o indivíduo, no sentido de obtenção de provas por parte do Estado.

A Constituição de 1988 determinou que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.<sup>8</sup>

O preso, igualmente, tem o direito de saber os motivos de sua prisão, qual a identificação das autoridades ou agentes da autoridade policial que estão efetivando sua privação de liberdade, para que possam ser responsabilizadas por eventuais ilegalidade e abusos, além de poder contatar sua família e, eventualmente, seu advogado, indicando o local para onde está sendo levado.

<sup>4</sup> Conferir, nesse sentido, os estudos realizados por BARILE, Paolo. *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bologna: Il Molino, 1984; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 541; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Tratado de derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 5-7.

<sup>5</sup> Sobre a excepcionalidade das hipóteses de limitações aos direitos fundamentais, conferir: BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*: trabalhos diversos. Rio de Janeiro: Secretaria da Cultura, 1991, v. XL, 1913, t. VI, p. 225.

<sup>6</sup> ALLAN, T. R. S. *Constitutional Justice*. Oxford: University Press, 2006, p. 12.

<sup>7</sup> MODERNE, Frank. *La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les constitutions portugaise et française*. Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. Jorge Miranda (Coord.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 197 e 212.

<sup>8</sup> Cf. excelentes estudos sobre as declarações do acusado e o direito ao silêncio: GOMES Filho, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 110-114, e GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Ciência Penal*, v. 1, p. 15-31.

Além disso, deverá obrigatoriamente ser informado sobre seu direito constitucional de *permanecer em silêncio*, e que o exercício desse direito não lhe acarretará nenhum prejuízo.

Percebe-se, portanto, que a cláusula constitucional brasileira mostra-se mais generosa em relação ao *silêncio dos acusados* do que a tradicional previsão do direito norte-americano do *privilege against self-incriminatio*, descrita na 5ª Emenda à Constituição, de seguinte teor: “ninguém poderá ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo”; pois essa, apesar de permitir o silêncio do acusado, não lhe permite fazer declarações falsas e inverídicas, sob pena de responsabilização criminal.

A participação do réu em seu julgamento não é apenas um meio de assegurar que os fatos relevantes sejam propriamente trazidos à tona e os argumentos pertinentes considerados. Mais do que isso, o direito do acusado em ser ouvido é intrínseco à natureza do julgamento, cujo principal propósito é justificar o veredicto final para o próprio acusado como resultado legal, justamente obtido concedendo-lhe o respeito e a consideração que qualquer cidadão merece.

Dessa forma, toda vez que o acusado é forçado a testemunhar, ou, ainda, a produzir prova contra si mesmo, ele não pode ser considerado como participante em um diálogo processual genuíno, consagrado constitucionalmente, por caracterizar o *devido processo legal*, e um de seus principais corolários, o *direito ao contraditório*.<sup>9</sup>

O direito de permanecer em silêncio, constitucionalmente consagrado, seguiu orientação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que prevê em seu art. 8º, § 2º, g, o direito a toda pessoa acusada de delito não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada, apresenta-se como verdadeiro complemento aos princípios do *due process of law* e da ampla defesa, garantindo-se dessa forma ao acusado não só o direito ao silêncio puro, mas também o direito a prestar declarações falsas e inverídicas, sem que por elas possa ser responsabilizado, uma vez que não se conhece em nosso ordenamento jurídico o crime de perjúrio. Além disso, o silêncio do réu no interrogatório jamais poderá ser considerado como confissão ficta, pois o silêncio não pode ser interpretado em desfavor do acusado.<sup>10</sup>

Kent Greenawalt salienta que o suspeito está normalmente sujeito ao alcance dos poderes compulsórios necessários para assegurar a confiabilidade da evidência: pode ser necessário que se submeta à busca de sua pessoa ou propriedade, dar suas impressões digitais; e ele pode até mesmo ser preso para que compareça ao interrogatório. Cabe, entretanto, ao suspeito escolher até onde vai auxiliar a acusação oferecendo explicações ou admissões sob a luz das evidências contra ele: seu silêncio não deve ser punido, ou tratado como evidência adicional de culpa.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Nesse sentido: CORTE SUPREMA NORTE-AMERICANA – R. v. *Sang* (1980) AC 402.

<sup>10</sup> *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 354.

<sup>11</sup> GREENAWALT, R. Kent. *Silence as a Moral and Constitutional Right* (1981) 23 *William & Mary LR* 15, p. 35-36.

Não é constitucionalmente exigível que alguém traia a si mesmo – *nemo debet prodere se ipsum* –, como bem observado por Ken Greenawalt.<sup>12</sup>

O direito do réu ao silêncio, e, conseqüentemente, o direito de não produzir provas contra si mesmo, também demanda a exclusão de uma confissão impropriamente obtida por outros meios que destroem sua natureza voluntária; qualquer indução de natureza de promessa ou ameaça exteriorizada pela pessoa com autoridade para obter a confissão ou a entrega de documentos e provas desfavoráveis.<sup>13</sup>

A obrigação de responder perguntas ou de fornecer evidências destruiria claramente a natureza voluntária de qualquer confissão; induzindo, conseqüentemente, a suspeita de culpa sempre que o acusado não concordasse em produzir as provas solicitadas pela Polícia ou pelo Ministério Público.<sup>14</sup>

Não resta dúvida, portanto, que a garantia ao direito ao silêncio do acusado – consagrada, como recorda o citado constitucionalista, “no histórico julgamento norte-americano ‘Miranda v. Arizona’, em 1966” –, protege o acusado de ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, não podendo o mesmo ser obrigado, como ensina, a facilitar sua própria condenação, pela inquirição ou pela produção de provas contra si mesmo, sob pena do ferimento das mais básicas liberdades públicas.<sup>15</sup>

No julgamento do *Habeas corpus* 91414/BA (2ª Turma), relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal analisou a conflituosa relação da aplicação efetiva do direito ao silêncio e o combate à criminalidade organizada (“Operação Navalha”), afirmando que “na medida em que o silêncio corresponde a garantia fundamental intrínseca do direito constitucional de defesa, a mera recusa de manifestação por parte do paciente não pode ser interpretada em seu desfavor para fins de decretação de prisão preventiva”; concluindo que “não se justifica a prisão para a mera finalidade de obtenção de depoimento”.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a decretação de prisão para obtenção compulsória de depoimento agride frontalmente o Direito ao Silêncio, como pode ser analisado no extenso e detalhado voto do Ministro Gilmar Mendes.

<sup>12</sup> *Silence as a Moral and Constitutional Right*, 1981 – 23 William & Mary LR 15 p. 40-41.

<sup>13</sup> Conferir, na CORTE SUPREMA NORTE-AMERICANA: *R. v. Baldry* (1852) 2 Den 430, p. 445; *R. v. Priestley* (1965) 51 Cr App R1, *Ibrahim v. R.* (1914) AC 599; *McDermott v. R.* (1948) 76 CLR 501.

<sup>14</sup> Conferir, ainda, a SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA: *R. v. Payne* (1963) 1 WLR 637; *R. v. Mason* (1987) 3 All ER 481.

<sup>15</sup> GREENAWALT. Kent. *Silence as a Moral and Constitutional Right*, op. cit., p. 47. Conferir, no Brasil: STF – Pleno – HC nº 78.814-9/PR – Medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 fev. 1999, p. 3; RTJ 141/512, STF – Pleno – HC nº 79.812-8/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 16 fev. 2001, p. 91.

*Supremo Tribunal Federal*

Coordenadoria de Análise de Jurisprudência

DJE nº 074 Divulgação 24/04/2008 Publicação 25/04/2008

**848**

11/03/2008

Ementário nº 2316 - 4

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 91.414-4 BAHIA**

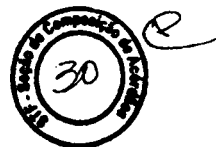
**RELATOR** : MIN. GILMAR MENDES  
**PACIENTE(S)** : ALEXANDRE MAIA LAGO  
**IMPETRANTE(S)** : INÁCIO BENTO DE LOYOLA ALENCASTRO  
**COATOR(A/S)(ES)** : RELATORA DO INQ Nº 544 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EMENTA:** *Habeas Corpus*. 1. “Operação Navalha”. Inquérito nº 544/BA, do Superior Tribunal de Justiça. 2. Alegações de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva e de ofensa ao direito constitucional do paciente permanecer em silêncio (CF, art. 5º, inciso LXIII e CPP, art. 186). 3. Decreto prisional fundamentado em supostas conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública e econômica. 4. Segundo a jurisprudência do STF, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP, mas é indispensável a indicação de elementos concretos que demonstrem a necessidade da segregação preventiva. Precedentes. 5. A prisão preventiva é medida excepcional que demanda a explicitação de fundamentos consistentes e individualizados com relação a cada um dos cidadãos investigados (CF, arts. 93, IX e 5º, XLVI). 6. A existência de indícios de autoria e materialidade, por si só, não justifica a decretação de prisão preventiva. 7. A boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual, principalmente a proteção judicial efetiva, permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial. 8. Na medida em que o silêncio corresponde a garantia fundamental intrínseca do direito constitucional de defesa, a mera recusa de manifestação por parte do paciente não pode ser interpretada em seu desfavor para fins de decretação de prisão preventiva. 9. Não se justifica a prisão para a mera finalidade de obtenção de depoimento. 10. Ausência de correlação entre os elementos apontados pela prisão preventiva no que concerne ao risco de continuidade da prática de delitos em razão da iminência de liberação de recursos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). 11. Motivação insuficiente. 12. Ordem deferida para revogar a prisão preventiva decretada em face do paciente.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 11 de março de 2008.

**MINISTRO GILMAR MENDES – RELATOR**

## HABEAS CORPUS 91.414-4 BAHIA

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** – (Relator): Nesta impetração, a defesa alega, em síntese, falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva (CF, art. 93, inciso IX e CPP, art. 312) e ofensa ao direito constitucional do paciente permanecer em silêncio (CF, art. 5º, inciso LXIII e CPP, art. 186).

O parecer do Ministério Público Federal (MPF) (fls. 151-160 – HC nº 91.478/BA), da lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, é pela denegação da ordem, nos seguintes termos:

“4. O Paciente e outras 45 (quarenta e cinco) pessoas tiveram as prisões preventivas decretadas nos autos do Inquérito nº 544/BA (fls. 122/123 destes autos), por integrarem robusta e articulada organização criminosa com finalidade precípua de desviar recursos públicos federais e estaduais destinados à execução de obras públicas, mediante fraudes em contratos licitatórios e prática de diversos crimes (peculato, corrupção de servidores públicos, tráfico de influência, lavagem de dinheiro, dentre inúmeros outros), visando garantir o direcionamento das verbas para obras de interesse da organização, ou então, obter êxito na liberação do pagamento de obras fraudulentas (superfaturadas ou ‘fantasmas’). [...]

6. Especificamente quanto à prisão cautelar do Paciente, estes os fundamentos que embasaram a decretação da medida constritiva, *in verbis*:

[...]

Como bem ressaltou o MPF, temos apenas o início das provas que foram colhidas com grande esforço, diante das técnicas de atuação próprias das organizações criminosas. Infiltradas no aparelho estatal e atuando na penumbra, facilmente apagam os vestígios da atuação delitiva, destruindo documentos, apagando arquivos eletrônicos, coagindo e comprando testemunhas.

O que aqui se apresenta são, portanto, resultados parciais das diligências que serão ampliadas pela autoridade policial, mas, no meu entender, já são suficientes para adoção de algumas providências judiciais, tornando ostensiva a colheita de prova que vinha sendo feita em sigilo.

Ademais, é preciso paralisar a atuação da organização criminosa que, sem freio e sem medo, continua em plena atividade, avança sobre o erário e, despudoradamente, corrói um dos pilares de sustentação do Estado: a credibilidade e moralidade das instituições estatais e a força econômica de implementação dos objetivos do Poder Público. A ambi-

**HC 91.414 / BA**

ção dos integrantes da cúpula da organização é desmedida e, segundo diálogos interceptados no mês de fevereiro, já estão se preparando para atacar as verbas que serão liberadas para atender ao PAC – Programa de Aceleração do Crescimento, novíssimo projeto lançado em fevereiro pelo Presidente da República.

Entendo que se faz necessária a custódia preventiva e cautelar de todos os membros da organização [...] diante da participação inequívoca de cada um deles, conforme posição descrita.

Considero presentes, diante do que foi apurado e aqui exposto, os requisitos legais da prisão cautelar de que trata o art. 312 do CPP, seja para garantia da ordem pública e econômica, a extremada modalidade de coerção visa quebrar a espinha dorsal da organização criminosa, dando um basta nos desmandos administrativos e delitos praticados pelo grupo, os quais atingem os valores morais e éticos das organizações estatais, ao tempo em que minam os recursos públicos; seja por conveniência da instrução, assegurando maior liberdade na apuração dos fatos, evitando que os investigados, infiltrados nos organismos estatais destruam ou camuflem as provas necessárias a uma perfeita investigação. Afinal, tratando-se de organização criminosa, espaiada em diversos Estados da Federação, com atuação continuada de diversos agentes públicos e até de agentes políticos, a continuidade delitiva é fato incontrolável.

Por todas essas razões, DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA, a ser cumprida pela Polícia Federal, das seguintes pessoas, todas identificadas e qualificadas nos autos do inquérito, onde estão indicados os artigos tipificadores de suas condutas:

[...]

22) ALEXANDRE DE MAIA LAGO; [...]'

7. Não há que se falar em generalidade ou falta de fundamentação da decisão que decretou a prisão cautelar do Paciente, tendo em vista que não remanescem dúvidas acerca do seu envolvimento com os graves fatos apurados nos autos do Inquérito nº 544/BA, do Superior Tribunal de Justiça.

8. Com efeito, em novembro de 2006, o Superior Tribunal de Justiça instaurou inquérito para apurar a ação de uma organização criminosa, integrada por empresários, empregados de empresas, lobistas e servidores públicos, que tinha como principal atividade a apropriação de recursos públicos federais e estaduais, destinados a obras adjudicadas à empresa

## HC 91.414 / BA

GAUTAMA, através de processos de licitação fraudados. Para a consecução desse objetivo, a organização praticava os mais variados crimes, tais como, corrupção ativa e passiva, tráfico de influência, lavagem de dinheiro, dentre outros delitos de idêntica gravidade.

9. A investigação teve início na 2ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia, desde março de 2006, tendo sido os autos remetidos ao Superior Tribunal de Justiça em razão do envolvimento de duas autoridades com prerrogativa de foro na citada Corte: o Governador do Estado do Maranhão, Jackson Lago, e o Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, Flávio Conceição de Oliveira Neto.

10. Atendendo a requerimento formulado nos autos do Inquérito, foi autorizada a interceptação das comunicações telefônicas dos envolvidos, medida que perdurou até maio de 2007, com a apresentação de relatório conclusivo pela autoridade policial.

11. Constatada a existência da organização criminosa e que ela continuava agindo intensamente, em vários Estados da federação, desviando recursos destinados a obras públicas, inclusive recursos do recente Programa de Aceleração do Crescimento ('PAC') lançado pelo Presidente da República, o Procurador-Geral da República requereu à Relatora do Inquérito que autorizasse medidas de busca e apreensão e a prisão preventiva dos principais envolvidos, de modo a cessar imediatamente a ação delituosa e garantir a colheita dos elementos probatórios necessários à deflagração da ação penal.

12. Relativamente à conduta apurada do Paciente, através da apuração de todos os fatos e com base na transcrição dos diálogos interceptados comprovou-se sua efetiva atuação em benefício da organização criminosa, de modo que aliado ao co-réu Francisco de Paula Lima Júnior ('Paulo Lago'), sendo ambos sobrinhos do Governador Jackson Lago, e atuando conjuntamente no interesse deste, intermediaram o recebimento de propinas decorrentes do pagamento de medições irregulares aprovadas pelo Governador, as quais beneficiaram a Construtora GAUTAMA com o pagamento de milhões de reais por obras fraudulentas. Oportuna a transcrição dos esclarecedores trechos extraídos da decisão proferida pela Ministra Relatora:

'[...]



HC 91.414 / BA

Com a posse do novo Governador em fevereiro de 2007, o grupo passa a aproximar-se de JACKSON LAGO e do Secretário de Planejamento ABDELAZIZ ABOUD SANTOS, através de GERALDO MAGELA, de tal forma que, em março de 2007, o grupo já havia garantido o pagamento das medições das obras das pontes, com liberação, em 09 de março do corrente ano, do valor de R\$ 2.900.000,00 (dois milhões e novecentos mil reais).

Em contrapartida o Governador JACKSON LAGO recebeu da organização criminosa R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), entregues em dinheiro aos seus sobrinhos ALEXANDRE MAIA LAGO e FRANCISCO DE PAULA LIMA JÚNIOR, conhecido como PAULO LAGO.

[...]

Verificou-se que, com a mudança de Governo, a organização criminosa não perdeu espaço no estado do Maranhão, graças ao trabalho de GERALDO MAGELA, que deixou a função de Assessor do Governador e foi imediatamente contratado pela organização, articulando-se com o Governador por intermédio de seus sobrinhos. [...]

[...]

Como combinado, no dia 21 de março, GIL CARVALHO SANTOS e FLORÊNCIO VIEIRA providenciaram na CEF e no Banco do Brasil o saque do valor determinado por ZULEIDO VERAS, no importe de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), sendo R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) trazidos por FLORÊNCIO VIEIRA e entregue a FÁTIMA PALMEIRA em Brasília, no escritório da GAUTAMA. Imediatamente FÁTIMA PALMEIRA levou o dinheiro até o Hotel Alvorada, onde encontrou-se com ALEXANDRE MAIA LAGO e PAULO LAGO, entregando-lhes os R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), entrega feita por decisão de JACKSON LAGO que, na última hora, alterou o plano inicial que era de fazer-se a entrega no escritório da GAUTAMA em Brasília, tudo comprovado por diálogos interceptados [...].’ (grifei)

13. E ainda:

## HC 91.414 / BA

‘A autoridade policial constatou que o Governador JACKSON LAGO, no dia 21 de março de 2007, estava em Brasília, hospedado no HOTEL Kubitschek, apto. 1001, muito embora o seu nome não constasse da lista de hóspedes. Mas a Polícia comprovou através das imagens das câmaras de segurança do hotel a presença do Governador, entrando no hotel, passando pela recepção, subindo o elevador e descendo no 10º andar.

No dia seguinte, FÁTIMA PALMEIRA relatou a JOÃO MANUEL a entrega do dinheiro feita aos sobrinhos do Governador JACKSON LAGO, esclarecendo que o pagamento se destinava a garantir o recebimento de outras medições e o saldo ainda existente das medições anteriores. Veja-se o diálogo: [...]’ (grifei)

14. A decisão que decretou a prisão preventiva do Paciente encontra-se suficientemente fundamentada, sendo evidentes os requisitos do art. 312 do CPP, razão pela qual tem-se como indispensável a manutenção da medida, sob pena de grave comprometimento da ordem pública e da instrução criminal.

15. Há necessidade de resguardo à conveniência da instrução criminal em todos os aspectos, sobretudo, no sentido de assegurar-se a lisura do procedimento quanto à continuidade na coleta de provas, a fim de serem afastadas ameaças concretas de obstrução e destruição de provas, de modo a não comprometer o desenrolar das investigações e o correto desfecho da questão.

16. Desta forma, a soltura é medida temerária, sob pena de periclitamento de provas julgadas indispensáveis à correta apuração dos graves fatos retratados nos autos, advindo, ainda, a reiteração de inúmeros crimes que se encontram provisoriamente estancados com a segregação cautelar de integrantes, como o Paciente, cuja atuação é efetiva e decisiva na operacionalização da organização criminosa investigada, a qual, vale lembrar, possui ramificação em vários Estados da Federação.

17. Todos esses elementos, convergentes para o efetivo envolvimento do Paciente com a organização criminosa investigada, foram considerados quando da decretação de sua prisão preventiva.

*Supremo Tribunal Federal***863****HC 91.414 / BA**

18. Cabe registrar que, ao contrário do que se tem propalado, as medidas cautelares determinadas nos autos do Inquérito 544 estão respaldadas em investigações que se desenvolveram por mais de 1 (um) ano, acompanhadas pelo Ministério Público Federal e pela Controladoria-Geral da União.

19. Para se ter uma ideia da gravidade dos fatos, todas as obras executadas pela construtora GAUTAMA contém graves irregularidades que estão sendo apuradas pelo Tribunal de Contas da União, em mais de 30 (trinta) processos. Foram desviados em favor do grupo criminoso mais de R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), através de fraudes que somente foi possível consumir-se porque cada integrante da organização criminosa teve sua ‘quota’ de participação decisiva nas negociações e conchavos com o proprietário da GAUTAMA, ZULEIDO VERAS, contribuindo para o sucesso de todo o bando, e, em contrapartida, dilapidando o patrimônio público de forma escancarada.

20. Ante todo o exposto, o Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem” – (Parecer do Ministério Público Federal – fls. 152-160 – HC nº 91.478/BA).

Como se vê, o parecer do Ministério Público Federal continua a equiparar os elementos de autoria e materialidade – fundamentais para análise jurídica da configuração, em tese, do delito – com os pressupostos legais da prisão cautelar.

Na ocasião do deferimento da medida liminar, asseverei:

“O Supremo Tribunal Federal tem entendido que, nos depoimentos prestados perante órgãos do Poder Judiciário, é assegurado o direito de o investigado não se incriminar (CF, art. 5º, LXIII – ‘o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [...]’).

Essa orientação, amplamente consolidada na jurisprudência da Corte (dentre outros: HC nº 83.357-DF, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 26-3-2004; HC nº 79.244-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 24-3-2000), tem sido objeto de críticas da sociedade e dos meios de comunicação, no sentido de se conferir um *bill of indemnity* ao depoente para que ele se exima de fornecer informações imprescindíveis à regular instrução.

## HC 91.414 / BA

Caso se pretenda atribuir aos direitos individuais eficácia superior à das normas meramente programáticas, então devem-se identificar precisamente os contornos e limites de cada direito. Em outras palavras, é necessário definir a exata conformação do seu âmbito de proteção. Tal colocação já seria suficiente para realçar o papel especial conferido ao legislador, tanto na concretização de determinados direitos quanto no estabelecimento de eventuais limitações ou restrições.

Evidentemente, não só o legislador, mas também os demais órgãos estatais dotados de poderes normativos, judiciais ou administrativos cumprem uma importante tarefa na realização dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e sete incisos e quatro parágrafos (CF, art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta, portanto, a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º). A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda, por conseguinte, que se evitem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais.

O direito ao silêncio, que assegura a não-produção de prova contra si mesmo, constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como se sabe, na sua acepção originária conferida por nossa prática institucional, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao

**HC 91.414 / BA**

dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.

A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, Günther Dürig afirma que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*) e fere o princípio da dignidade humana [*‘Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Verweigerung des rechtlichen Gehörs.’*] (MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar, Band I, München, Verlag C. H. Beck, 1990, 11 18*).

Em tese, a premissa acima seria suficiente para fazer incidir, automaticamente, a essência dos direitos arguidos na impetração. E, se há justo receio de que eles estejam sendo infringidos, deve-se deferir ao paciente a necessária proteção jurídica de modo a evitar possível constrangimento.

Na espécie, tomo por decisiva a circunstância de que, com relação a todos os demais investigados, a autoridade apontada como coatora, após a inquirição de cada uma das pessoas envolvidas, revogou a prisão preventiva decretada nos autos do INQ nº 544/BA.

Além dessa premissa de efetivação do princípio constitucional da isonomia, afigurar-se-ia inequívoco, pelo menos nesta sede de juízo cautelar, que a manutenção da custódia cautelar em razão do não reconhecimento do direito de o paciente isentar-se de responder às perguntas, cujas respostas possam vir a incriminá-lo, acarreta graves e irreversíveis prejuízos ao direito fundamental do paciente.

De outro lado, deve-se ter em mente que não é possível esvaziar o conteúdo constitucional da importante função institucional atribuída às investigações criminais na ordem constitucional pátria. Nesse ponto, entendendo que a Eminent Relatora do INQ nº 544/BA possui amplos poderes para convocar sempre que necessário o ora paciente.

Ante o exposto e ressalvado melhor juízo quando da apreciação de mérito deste *writ*, verifico a presença dos requisitos autorizadores da concessão da liminar pleiteada (*fumus boni juris e periculum in mora*).

**HC 91.414 / BA**

Nestes termos, defiro o pedido de medida liminar para que, até a decisão de mérito deste *writ*, sejam suspensos os efeitos do decreto de prisão preventiva exarado em face do ora paciente” – (fls. 133-136 – HC nº 91.478/BA).

No que concerne ao elemento da proteção constitucional do direito de defesa especificamente quanto à garantia de que o cidadão investigado possa exercer o direito ao silêncio, mantenho, pelas mesmas razões, os fundamentos expendidos para o deferimento da liminar.

É dizer, na medida em que o silêncio corresponde a uma garantia fundamental intrínseca do direito constitucional de defesa, não é possível que a mera atitude de não manifestação por parte do paciente seja interpretada em seu desfavor para fins de decretação de prisão preventiva.

Como preconiza pacífica jurisprudência do STF, a custódia cautelar é medida constritiva excepcional que, exatamente por essa razão, deve ser balizada pelos imperativos constitucionais da fundamentação das decisões judiciais e da presunção de não-culpabilidade (respectivamente, CF, art. 93, IX; e art. 5º, LVII).

No caso concreto, a prisão preventiva sustenta-se nos seguintes fundamentos para a decretação da prisão cautelar, nos termos do art. 312 do CPP: i) conveniência da instrução criminal; e ii) garantia da ordem pública e econômica.

Conforme expus em meu voto por ocasião do julgamento do primeiro pedido de *Habeas Corpus* relacionado à Operação Navalha, o HC 91.386/BA, *verbis*:

“Na linha da jurisprudência deste Tribunal, porém, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP.

De fato, a tarefa de interpretação constitucional para a análise de excepcional situação jurídica de constrição da liberdade dos cidadãos exige que a alusão a esses aspectos estejam lastreados em elementos concretos.

Da leitura dos argumentos expendidos pela Relatora perante o STJ, contudo, constato que não há, em qualquer momento, a indicação de fatos concretos que levantem suspeita ou ensejem considerável possibilidade de interferência da atuação do paciente para retardar, influenciar ou obstar a instrução criminal.

*Supremo Tribunal Federal***867****HC 91.414 / BA**

Tenho por insubsistente o requisito da decretação para a conveniência da instrução criminal.

Isso ocorre porque não ficou demonstrada, de plano, a correlação entre os elementos apontados pela prisão preventiva no que concerne ao risco de continuidade da prática de delitos em razão da iminência de liberação de recursos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

Com relação ao tema da garantia da ordem pública, faço menção à manifestação já conhecida desta Segunda Turma em meu voto proferido no HC nº 88.537/BA e recentemente sistematizado nos HC's 89.090/GO e 89.525/GO acerca da conformação jurisprudencial do requisito dessa garantia. Nesses julgados, pude asseverar que o referido requisito legal envolve, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, as seguintes circunstâncias principais:

i) a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros;

ii) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e

iii) associada aos dois elementos anteriores, para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal.

A jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de que a liberdade de um indivíduo suspeito da prática de crime somente pode sofrer restrições se houver decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em fatos concretos e não apenas em hipóteses ou conjecturas, ou na gravidade do crime. Nesse sentido arrola os seguintes julgados de ambas as Turmas:

**'HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E PRIVILEGIADO. CONDENAÇÃO. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL**

## HC 91.414 / BA

DO JÚRI EM SEDE DE APELAÇÃO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR FUNDADA NO CLAMOR SOCIAL E NA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES. EXCESSO DE PRAZO. 1. O clamor social e a credibilidade das instituições, por si sós, não autorizam a conclusão de que a garantia da ordem pública está ameaçada, a ponto de legitimar a manutenção da prisão cautelar do paciente enquanto aguarda novo julgamento pelo Tribunal do Júri. 2. A prisão processual, pela excepcionalidade que a caracteriza, pressupõe inequívoca demonstração da base empírica que justifique a sua necessidade, não bastando apenas aludir-se a qualquer das previsões do art. 312 do Código de Processo Penal. 3. Hipótese, ademais, em que se configura o constrangimento ilegal pelo excesso de prazo da instrução criminal, que não pode ser atribuído à defesa. Ordem concedida' – (HC nº 84.662/BA, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, unânime, DJ 22.10.2004).

'HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. NECESSIDADE. 1. Prisão preventiva para garantia da ordem pública. O Supremo Tribunal Federal vem decidindo no sentido de que esse fundamento é inidôneo quando vinculado à invocação da credibilidade da justiça e da gravidade do crime. Remanesce, sob tal fundamento, a necessidade da medida excepcional da constrição cautelar da liberdade face à demonstração da possibilidade de reiteração criminosa. 2. Prisão cautelar por conveniência da instrução criminal. A retirada de documentos do Juízo pelo paciente e a destruição deles na residência de sua ex-esposa, sem a oitiva do Ministério Público, autorizam a conclusão de que sua liberdade traduz ameaça ao andamento regular da ação penal. Merece relevo ainda a assertiva do Procurador-Geral da República de que 'dentre outros fundamentos, foi considerado o fato relevantíssimo de o Paciente ser um dos mentores da organização criminosa, dispor de vários colaboradores, com fácil trânsito nos mais diversos meios, o que poderia facilitar a corrupção de agentes, funcionários, testemunhas, tudo com o objetivo de prejudicar o regular andamento do processo criminal'. Ordem denegada' – (HC nº 86.175/SP, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, unânime, DJ 10.11.2006).

'1. PRISÃO PREVENTIVA. Medida cautelar. Natureza instrumental. Sacrifício da liberdade individual. Excepcionalidade. Necessidade de



HC 91.414 / BA

se ater às hipóteses legais. Sentido do art. 312 do CPP. Medida extrema que implica sacrifício à liberdade individual, a prisão preventiva deve ordenar-se com redobrada cautela, à vista, sobretudo, da sua função meramente instrumental, enquanto tende a garantir a eficácia de eventual provimento definitivo de caráter condenatório, bem como perante a garantia constitucional da proibição de juízo precário de culpabilidade, devendo fundar-se em razões objetivas e concretas, capazes de corresponder às hipóteses legais (*fattispecie* abstratas) que a autorizem.

2. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na gravidade do delito, a título de garantia da ordem pública. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Constrangimento ilegal caracterizado. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva que, a título de necessidade de garantir a ordem pública, se funda na gravidade do delito.

3. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime. Exigência do clamor público. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado no clamor público para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato.

4. AÇÃO PENAL. Homicídio doloso. Júri. Prisão preventiva. Decreto destituído de fundamento legal. Pronúncia. Silêncio a respeito. Contaminação pela nulidade. Precedentes. Quando a sentença de pronúncia se reporta aos fundamentos do decreto de prisão preventiva, fica contaminada por eventual nulidade desse e, *a fortiori*, quando silencie a respeito, de modo que, neste caso, é nula, se o decreto da preventiva é destituído de fundamento legal.

5. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Motivação ilegal e insuficiente. Suprimento da motivação pelas instâncias superiores em HC. Acréscimo de fundamentos. Inadmissibilidade. Precedentes. HC concedido. Não é lícito às instâncias superiores suprir, em *habeas corpus* ou recurso da defesa, com novas razões, a falta ou deficiência de fundamentação

## HC 91.414 / BA

da decisão penal impugnada' – (HC nº 87.041/PA, Rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, maioria, DJ 24.11.2006).

O tema da regularidade e do atendimento dos requisitos para a decretação da prisão preventiva é constitucionalmente relevante porque, caso se pretenda atribuir aos direitos individuais eficácia superior à das normas meramente programáticas, então devem-se identificar precisamente os contornos e limites de cada direito.

Em outras palavras, é necessário definir a exata conformação do seu âmbito de proteção. Tal colocação já seria suficiente para realçar o papel especial conferido ao legislador, tanto na concretização de determinados direitos quanto no estabelecimento de eventuais limitações ou restrições.

Evidentemente, não só o legislador, mas também os demais órgãos estatais dotados de poderes normativos, judiciais ou administrativos cumprem uma importante tarefa na realização dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e oito incisos e quatro parágrafos (CF, art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta, portanto, a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º). A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda, por conseguinte, que se evitem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais.

E no que se refere aos direitos de caráter penal, processual e processual-penal, talvez não haja qualquer exagero na constatação de que esses

HC 91.414 / BA

direitos cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado democrático de direito.

Como observa Martín Kriele, o Estado territorial moderno arrosta um dilema quase insolúvel: de um lado, há de ser mais poderoso que todas as demais forças sociais do país – por exemplo, empresas e sindicatos –, por outro, deve outorgar proteção segura ao mais fraco: à oposição, aos artistas, aos intelectuais, às minorias étnicas (Cf. KRIELE, Martín. *Introducción a la Teoría del Estado – Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático*. Trad. de Eugênio Bulygin. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 149-150).

O estado absolutista e os modelos construídos segundo esse sistema (ditaduras militares, estados fascistas, os sistemas do chamado ‘centralismo democrático’) não se mostram aptos a resolver essa questão.

Segundo ressalta Kriele:

[...] A Inglaterra garantiu os direitos humanos sem necessidade de uma constituição escrita. Por outro lado, um catálogo constitucional de direitos fundamentais é perfeitamente compatível com o absolutismo, com a ditadura e com o totalitarismo. Assim, por exemplo, o art. 127 da Constituição soviética de 1936 garante a ‘inviolabilidade da pessoa’. Isso não impediu que o terror stalinista tivesse alcançado em 1937 seu ponto culminante. A constituição não pode impedir o terror, quando está subordinada ao princípio de soberania, em vez de garantir as condições institucionais da *rule of law*. O mencionado artigo da Constituição da União Soviética diz, mais adiante, que ‘a detenção requer o consentimento do fiscal do Estado’. Esta fórmula não é uma cláusula de defesa, mas tão-somente uma autorização ao fiscal do Estado para proceder à detenção. Os fiscais foram nomeados conforme o critério político e realizaram ajustes ao princípio da oportunidade política, e, para maior legitimidade, estavam obrigados a respeitar as instruções. Todos os aspectos do princípio de *habeas corpus* ficaram de lado, tais como as condições legais estritas para a procedência da detenção, a competência decisória de juízes legais independentes, o direito ao interrogatório por parte do juiz dentro de prazo razoável etc. Nestas condições, a proclamação da ‘inviolabilidade da pessoa’ não

## HC 91.414 / BA

tinha nenhuma importância prática. Os direitos humanos aparentes não constituem uma defesa contra o Arquipélago Gulag; ao contrário, servem para uma legitimação velada do princípio da soberania: o Estado tem o total poder de disposição sobre os homens, mas isto em nome dos direitos humanos' (Kriele, Martín. *Introducción a la Teoría del Estado*, cit., p. 160-161).

A solução do dilema – diz Kriele – consiste no fato de que o Estado incorpora, em certo sentido, a defesa dos direitos humanos em seu próprio poder, ao definir-se o poder do Estado como o poder defensor dos direitos humanos. Todavia, adverte Kriele, 'sem divisão de poderes e em especial sem independência judicial isto não passará de uma declaração de intenções'. É que, explicita Kriele, 'os direitos humanos somente podem ser realizados quando limitam o poder do Estado, quando o poder estatal está baseado na entrada em uma ordem jurídica que inclui a defesa dos direitos humanos' (KRIELE, Martín. *Introducción a la Teoría del Estado*, cit. p. 150).

Nessa linha ainda expressiva a conclusão de Kriele:

'Os direitos humanos estabelecem condições e limites àqueles que têm competência de criar e modificar o direito e negam o poder de violar o direito. Certamente, todos os direitos não podem fazer nada contra um poder fático, a *potestas desnuda*, como tampouco nada pode fazer a moral face ao cinismo. Os direitos somente têm efeito frente a outros direitos, os direitos humanos somente em face a um poder jurídico, isto é, em face a competências cuja origem jurídica e cujo *status* jurídico seja respeitado pelo titular da competência.

Esta é a razão profunda por que os direitos humanos somente podem funcionar em um Estado constitucional. Para a eficácia dos direitos humanos a independência judicial é mais importante do que o catálogo de direitos fundamentais contidos na Constituição (g.n.)'. KRIELE, Martín. *Introducción a la Teoría del Estado*, cit. p. 159-160.

Tem-se, assim, em rápidas linhas, o significado que os direitos fundamentais e, especialmente os direitos fundamentais de caráter processual, assumem para a ordem constitucional como um todo.

HC 91.414 / BA

**Acentue-se que é a boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual – aqui merece destaque a proteção judicial efetiva – que permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial!**

Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais (Cf. MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz Kommentar*. Band I. München: Verlag C. H. Beck, 1990, II 18).

Na mesma linha, entende Norberto Bobbio que a proteção dos cidadãos no âmbito dos processos estatais é justamente o que diferencia um regime democrático daquele de índole totalitária:

‘A diferença fundamental entre as duas formas antitéticas de regime político, entre a democracia e a ditadura, está no fato de que somente num regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe um Estado despótico fundado sobre o direito do mais forte, são transformadas em relações de direito, ou seja, em relações reguladas por normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente. A consequência principal dessa transformação é que nas relações entre cidadãos e Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima ‘Tem razão quem vence’ é substituído pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela e sobre a máxima ‘Vence quem tem razão’; e o direito público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da ‘supremacia da lei’ (*rule of law*)’ (BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise*, p. 97-98).

**Em verdade, tal como ensina o notável mestre italiano, a aplicação escoreita ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir civilização de barbárie.**

HC 91.414 / BA

Nesse sentido, forte nas lições de Claus Roxin, também compreendo que a diferença entre um Estado totalitário e um Estado (Democrático) de Direito reside na forma de regulação da ordem jurídica interna e na ênfase dada à eficácia do instrumento processual penal da prisão preventiva. Registrem-se as palavras do professor Roxin:

‘Entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente. A ordem interna de um Estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito; os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário’ (ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto; 2000, p. 258).

Nessa linha, sustenta Roxin que o direito processual penal é o sí-mógrafo da Constituição, uma vez que nele reside a atualidade política da Carta Fundamental. (Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 10). É dizer o âmbito de proteção de direitos e garantias fundamentais recebe contornos de especial relevância em nosso sistema constitucional.

Na espécie, considerando essa dimensão indisponível de proteção de liberdades, tomo por decisiva a circunstância de que, com relação a todos os demais investigados, a autoridade apontada como coatora, após a inquirição de cada uma das pessoas envolvidas, revogou a prisão preventiva decretada nos autos do INQ nº 544/BA.

De outro lado, deve-se ter em mente que não é possível esvaziar o conteúdo constitucional da importante função institucional atribuída às investigações criminais na ordem constitucional pátria. Nesse ponto, en-

**HC 91.414 / BA**

tendo que a Eminente Relatora do INQ nº 544/BA possui amplos poderes para convocar sempre que necessário o ora paciente.

Por essa razão, não faz sentido a manutenção da prisão para a mera finalidade de obtenção de depoimento. A prisão preventiva é medida excepcional que, exatamente por isso, demanda a explicitação de fundamentos consistentes e individualizados com relação a cada um dos cidadãos investigados (CF, art. 93, IX e art. 5º, XLVI).

A ideia do Estado de Direito também imputa ao Poder Judiciário o papel de garante dos direitos fundamentais. Por consequência, é necessário ter muita cautela para que esse instrumento excepcional de constrição da liberdade não seja utilizado como pretexto para a massificação de prisões preventivas.

Na ordem constitucional pátria, os direitos fundamentais devem apresentar aplicabilidade imediata (CF, art. 5º, § 1º).

A realização dessas prerrogativas não pode nem deve sujeitar-se unilateralmente ao arbítrio daqueles que conduzem investigação de caráter criminal.

Em nosso Estado de Direito, a prisão é uma medida excepcional e, por essa razão, não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos.

Ao contrário do que parece sustentar o parecer da PGR, deve-se asseverar que a existência de indícios de autoria e materialidade, por mais que confirmam, em tese, base para eventual condenação penal definitiva, não pode ser invocada, por si só, para justificar a decretação de prisão preventiva” – (HC nº 91.386/BA, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, unânime, sessão de 19 de fevereiro de 2008).

Incide, inicialmente, a premissa de proteção ao direito constitucional ao silêncio com a prerrogativa fundamental de titularidade dos cidadãos.

É dizer, a simples ausência de manifestação do ora paciente não pode ser invocada em desfavor do investigado para fins de decretação de preventiva.

**HC 91.414 / BA**

Ademais, conforme firme jurisprudência do STF é necessário que o decreto cautelar indique, de modo concreto e fundamentado, a configuração dos requisitos do art. 312 do CPP, nos termos do art. 93, IX, da CF.

Ante o exposto, entendo que, além da consideração constitucional acerca do direito de defesa, as razões acima transcritas de meu voto no HC nº 91.386/BA são inteiramente aplicáveis à espécie. É dizer, a prisão preventiva não atendeu aos requisitos do art. 312 do CPP.

Vislumbro, assim, patente situação de constrangimento ilegal apta a ensejar o deferimento da ordem.

É como voto.