



# Recuos e avanços

## ► Erros palmares e acertos involuntários nos últimos capítulos da nossa história jurídica

**T**EMPOS JURÍDICOS bicudos. Nos Estados Democráticos de Direito, a prisão provisória, de natureza acautelatória, é orientada pelo salutar princípio da necessidade. Jamais pode ela representar antecipação de futura condenação e a gravidade do delito imputado, por si só, não representa justa causa à imposição da custódia provisória. Mas nem sempre foi assim e basta recordar os tempos da justiça feudal, ou a eclesiástica dos ordálios (juízos de Deus) e dos tribunais da Inquisição.

Como a liberdade tornou-se regra e a prisão exceção, códigos processuais penais de diferentes países, apoiados em regras humanitárias e na presunção de não culpabilidade, admitem a substituição da prisão provisória por outras e eficazes medidas cautelares, como, por exemplo, a prisão domiciliar, com ou sem emprego de tornozeleira eletrônica. No particular, o nosso Código de Processo Penal, em bom momento, foi emendado e modernizou o sistema de cautelas e contra-cautelas para além da fiança e a liberdade provisória vinculada ao comparecimento aos atos processuais.

No Brasil, e durante a ditadura civil-militar, providenciou-se uma legislação *ad personam*, ou melhor, cunhou-se, em 1973, uma medida legal que calçou sob medida ao interesse do delegado Sérgio Paranhos Fleury, chefe do denominado Esquadrão da Morte e símbolo da violenta repressão política. Fleury,

por consumados crimes de homicídio, em 1973, foi mandado a julgamento pelo júri popular. Caberia, pela lei processual em vigor, encarcerá-lo. Deu-se, contudo, que a ditadura criasse então uma lei *ad personam* para permitir que o pronunciado aguardasse o julgamento em liberdade. Resulta do lamentável expediente a chamada Lei Fleury, que representa um avanço jamais imaginado por quem forçou sua existência.

**Na presente quadra** de escândalos de corrupção sem fim, começaram a pipocar propostas de alterações constitucionais, criminais e processuais penais. Os integrantes do Ministério Público que atuam na Operação Lava Jato apresentaram proposta voltada a validar provas obtidas por meios ilícitos. A matéria não é nova e foi, sem êxito, amplamente debatida na Itália, em face dos fenômenos representados pelas máfias e pelo terrorismo: defendeu-se, sem sucesso, a admissão da prova ilícita e a responsabilização criminal do violador. No Brasil, por cláusula pétrea e, portanto, imutável por emenda, a Constituição, com todas as letras, declara “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI).

Ainda sobre mudanças, o juiz Sérgio Moro, em artigo no *Estadão*, propôs, como regra, a prisão fechada aos réus condenados em sentença de primeiro grau. Frise-se, sentença de um só juiz e em crimes graves como, por exemplo, o de corrupção. Essa proposta de Moro representa um retrocesso histórico. Ela consegue ser pior do que a apresentada pelo ministro Cezar Peluso e incorporada em projeto legislativo em tramitação no Congresso Nacional. Para Peluso, a prisão poderia ser imposta por tribunais, em sede de apelação. Na verdade uma execução penal provisória. Em vez de se cuidar da reforma

judiciária e processual, mantém-se o arcáismo, quebra-se o princípio da necessidade e atropela-se a fundamental regra da presunção de não culpabilidade.

Na proposta, o juiz Moro não atentou que, nos crimes por ele mencionados, a sentença penal é proferida por um único e falível juiz. Além disso, o momento político-social não é oportuno. Os ânimos estão exaltados e Moro lida com processos criminais a envolver, como se diz no popular, grossa roubalheira na Petrobras. Uma alteração necessária, à luz do verificado nas audiências de comissões parlamentares de inquérito, diz respeito à criminalização da mentira a investigados. E isso decorre da distinção entre manter-se em silêncio, sem que se possa extrair consequência, e partir-se para a mentira. Em países civilizados, adota-se a regra romana do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, ninguém pode ser obrigado a se autoincriminar.

**Nas CPIs, o convocado** também pode silenciar. E o Supremo Tribunal Federal (STF) é sempre acionado para conceder liminar, em habeas corpus preventivo, asseguradora do silêncio. De posse da liminar, muitos passam a mentir. Isso porque, na legislação brasileira, não existe um tipo criminal sancionatório ao investigado que mente. No direito anglo-saxônico aplica-se ao acusado que mentiu a mesma pena imposta ao crime de falso testemunho. Em resumo, o silêncio, o se manter calado diante de acusação, como frisam respeitados juristas europeus, é uma conquista civilizatória que preserva a dignidade e casa com a presunção de não culpabilidade. Por outro lado, cabe ao órgão acusador o ônus de comprovar, de maneira indubitosa, a imputação sustentada em juízo. O mentir cai no campo do abuso. • [cologistas@cartacapital.com.br](mailto:cologistas@cartacapital.com.br)