

O “pacote anticrime” de Sergio Moro e o Martelo dos Feiticeiros



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

Na última segunda-feira (4/2), o ministro da Justiça, Sergio Moro,

apresentou um [pacote](#) de sugestões legislativas intitulado *Projeto de Lei Anticrime*. Recebo o projeto com prudência, certa dose de ceticismo, e muitas perguntas, como deve ser. Razão simples: a segurança pública deve ser tratada com a seriedade e a responsabilidade política que exige e merece.

Minha prudência e meu ceticismo deixam-me em alerta já no título do Projeto. “Anticrime”. Pergunto: alguém, afinal, é *a favor* do crime? Que projeto legislativo *não é* “anticrime”? Mas, enfim, eis o nome da coisa.

Perplexidades à parte, o que quero dizer é o seguinte: não nos enganemos, não nos apaixonemos pelos próprios *slogans*. É fácil ser contra aquilo que todo mundo é contra. *Somos contra o crime! Somos contra a corrupção!* Quem não é? Abstrações exigem explicações, sob pena de não dizerem nada. Ou de dizerem tudo sem dizer diretamente o que dizem, o que é ainda pior.

Seja como for, sigamos. Antes o problema todo fosse só o nome da coisa. O que destaco, de início, é a questão da prisão já em segunda instância: o projeto, ao que me parece, *obriga* o cumprimento de pena de prisão imediatamente após condenação em segunda instância. Em sua entrevista coletiva, Moro fez, por diversas vezes, menção ao entendimento atual do STF com relação à presunção de inocência. Mas vejam a proposta de redação “anticrime”:

“Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos”.



Essa é a tese de *dois* ministros do Supremo: a tese da prisão automática, segundo a qual o acórdão em segundo grau já é a própria ordem escrita e fundamentada que determina a prisão do réu. Trata-se daquilo que consta na inconstitucional Súmula 122 do TRF-4: "*Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário*".

O Pacote Moro endossa a tese da prisão automática e obrigatória, que (i) me parece muito claramente inconstitucional, e (ii) não traduz “o entendimento atual”, mas, sim, a leitura de dois ministros. O ministro pode sustentar o que bem entender, mas isso deve ser dito, e deve ser dito às claras.

Dito isso, um passo atrás. Muito já foi dito e escrito sobre a execução provisória da pena. Só eu, apenas eu, falei sobre isso [aqui](#), [aqui](#), [aqui](#), e também [aqui](#). Não fui o único. Há ainda um livro já meio antigo, meio surrado, meio esquecido, que já definiu a questão já há três décadas. Chama-se, não sei se vocês lembram, *Constituição Federal*. O livrinho diz que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*". Como bem diz o ministro Marco Aurélio, ao [criticar a proposta de Moro](#), "*é preferível antes cem culpados soltos do que um inocente preso*". E mais não precisa dizer sobre isso.

Sou um democrata. É legítimo que se pense, que se discuta, que prender antes do trânsito em julgado é *moralmente* bom, *politicamente* adequado, o que for; mas quem se dispõe a participar do jogo de linguagem que é o Direito não pode perder de vista que parte das regras constitutivas do jogo é a Constituição. E não devemos esquecer que a presunção da inocência é uma questão constitucional e não uma “*questão de lei ordinária*”.

Falando em Constituição, e voltando ao Projeto “anticrime”, há também a questão de previsão de cumprimento inicial em regime fechado a depender do crime. Ora, o Supremo já decidiu pela inconstitucionalidade da fixação de regime inicial em abstrato. Se Moro diz pretender concordar com o entendimento atual do Supremo, e é o que ele diz com relação à execução antecipada — embora, como disse, seu Projeto pareça concordar apenas com dois ministros —, por que não concordar também nesse ponto? Inquietações que ficam.

Questionado sobre a (in)constitucionalidade, é verdade, Moro disse que sua proposta de redação inclui exceções. Certo. Mas o que as exceções têm a ver com a constitucionalidade ou não de fixação de regime inicial em abstrato? Haja uma, duas, vinte, mil exceções, a fixação de antemão será em abstrato de qualquer forma. A fixação *a priori* é sempre em abstrato, porque *também a fixação das exceções são em abstrato*. Esse é o ponto.

Não há respostas antes das perguntas. E, nesse sentido, as perguntas com relação ao Projeto são muitas.



De modo que, como vocês já bem sabem, questiono o *plea bargain*. Falei sobre isso [aqui](#) e [aqui](#). Resumo meu ponto em uma pergunta, que deixo ao ministro e ao leitor: qual é o tipo de negociação que se pode esperar entre as partes quando se aceita que uma delas não seja isenta? Afinal, parece ser esse o entendimento atual quanto à atuação do Ministério Público: órgão com garantias de magistratura e discricionariedade para atuar como parte. Garantias de quem deve agir por princípio, autorização para agir estrategicamente. Algo não me parece correto nessa equação.

“Ah, mas nos EUA é assim!”. Mais perguntas: (i) E daí? (ii) Ainda que isso signifique alguma coisa, como tem sido por lá? Será que não é algo questionado no próprio país? Felizmente, tenho uma resposta a essa pergunta: há questionamentos, e vários. É só ver, por exemplo, [aqui](#).

Uma considerável dose de populismo, violação à presunção de inocência, importação apressada de um instituto. Há mais problemas? Lamento, mas sim, há ainda mais problemas. Gravíssimos. Vejam as propostas de alteração a dois artigos do Código Penal:

“Art. 23-§ 2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção.

Art. 25 – parágrafo único: Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa:

I – o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e

II – o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.”

Moro frisou muito em entrevista o aspecto de tratar-se de “*situação de conflito armado*”, dizendo que a ideia é evitar que o policial tenha de esperar o criminoso atirar primeiro. O, bem, *curioso* é que essa é somente a situação da legítima defesa; e o resto? Para além da hipótese, que dizer da abertura interpretativa do dispositivo? Caberá o “mundo” nesses conceitos ônibus.

“*Iminente conflito armado*”? Até onde vamos antecipar a legítima defesa?

A violência policial é um problema grave no Brasil. Não sou só eu quem digo. Também o diz a ONU, a Anistia Internacional, a Human Rights Watch, e por aí vai. E digo mais: é o que pode atestar qualquer um que ouça a voz da consciência e saiba olhar para o lado. Pergunto: é realmente razoável dizer que a polícia no Brasil mata pouco ou que não é violenta? O que me leva à segunda pergunta: uma polícia que [mais mata no mundo](#) deve ter abrandada a forma de controle de seus atos em enfrentamentos ou ações?

Vocês conseguem imaginar um cenário no qual se pode *deixar de aplicar pena prevista* em caso de excesso de agente público? Outra coisa: procurei e não encontrei alguma coisa similar à colocação do *medo* como elemento que justifica reagir ou matar. Quer dizer que, se o policial disser “*atirei, ou dei uns tiros a mais, porque tive medo*”, justifica?

Em síntese, estaremos dando um passo atrás e violando vários incisos do artigo 5º da CF com as previsões legais do pacote-projeto que fragilizam-diminuem o controle sobre as ações policiais.

Por tudo isso o pacote é temerário. Bem examinado e perscrutando o imaginário punitivista que cresce dia a dia (inclusive no seio da comunidade jurídica que não estudou direito — na verdade, odeia o Direito), é possível ler nas estrelinhas a vazia tese da queixa de que “*direitos humanos só favorecem bandidos!*” (ainda anteontem ouvi um membro do MP dizer isso na televisão, em alto e bom som) ou “*direitos humanos só para humanos direitos!*”. Ora, qualquer análise minimamente responsável e racional da situação brasileira vai perceber que esse jargão é vazio de sentido. Insustentável na realidade.

H. L. Mencken já dizia que, para todo problema complexo, há uma solução simples. Simples, elegante, plausível... e errada.

Há um problema na segurança pública? Vamos matar os bandidos. Fosse assim, as Filipinas seriam o paraíso. Dráuzio Varela chama de “aprendizes de feiticeiros” aos que pensam que aumentar penas e encarcerar mais é um bom remédio ([ler aqui](#)). Sérgio Moro deveria falar com Dráuzio, que trabalhou no Carandiru.

Auberon Waugh dizia que matar as pessoas é uma solução que, infelizmente, não leva em conta um pequeno probleminha na origem: matar as pessoas é errado. Ah, Waugh era um conservador. Filho de Evelyn Waugh, o conservador. Cito um conservador para não precisar citar garantistas, que são mal vistos e tidos como bandidólatras.

Para além, e *ainda antes*, de todo seu problema moral, a proposta legislativa é um atentado direto a toda principiologia constitucional que sustenta nosso Direito. Você acha bom e desejável aumentar penas e reforçar modos de justificar ações policiais e, ao mesmo tempo, enfraquecer as garantias processuais? Repito, pense o que quiser. Mas não esqueça de Mencken: problemas complexos não se solucionam com respostas fáceis.

Ora, quem conhece o Tribunal do Júri sabe muito bem que quem julga por íntima convicção não pode mandar alguém diretamente para a prisão. Um “sim” ou um “não” sem fundamento termina com a matéria de fato? Problema complexo, resposta simples e... errada.

Mais: gravações ambientais que o pacote prevê disfarçam gravações de conversas entre advogados e clientes. Além de outros problemas. É o panóptico *benthamiano* denunciado por Foucault.

Mais ainda, incluir na definição de crime o nome de quadrilhas ou facções é outro problema grave. Inovamos: conferimos, de graça, estatuto jurídico às facções. De bandeja. Genial, não? Estado e crime, agora de igual para igual. Adversários. Num tipo jurídico vai constar, para a história de Pindorama, o nome do PCC, milícias etc. O que dirão os alunos de Direito daqui a 50 anos? Problema complexo, solução sem técnica nenhuma.



Outro ponto: O flagrante preparado, travestido de “*introdução de agente encoberto*” viola clara posição do STF.

A professora Eloisa Machado de Almeida lembra, bem, a propósito, que “o STF já afastou o controle judicial prévio de negociações das colaborações premiadas; impediu que tribunais e juízes de primeiro grau desmembrassem processos de réus com foro especial; negou a execução provisória de pena restritiva de direitos e delimitou temporalmente a interceptação telefônica ao estrito período de autorização judicial. Todos indicam, *a priori*, posições contrárias às defendida por Moro”. Eis aí um enfrentamento.

Repito, pense o que quiser. Mas não esqueça que o Direito chega antes. Há muito mais problemas do pacote Moro. Disso tratarei em outra coluna ou artigo avulso aqui na Casa.

Por fim, lembro que, no século XVIII, a Inglaterra transformou o crime de punção em delito de morte. Prenderam os quatro primeiros batedores de carteira e fizeram um enforcamento público, para dar exemplo à malta criminoso. Na hora do enforcamento, a cidade parou. Todos foram ver o espetáculo. *Pois não é que esse dia foi marcado como o dia em que mais se bateu carteiras na cidade?*

Em artigo que aqui escrevemos, Jorge Bheron Rocha e eu, [lembramos](#), a propósito da sanha punitivista, dos espíritos de Heinrich Kraemer e James Sprenger que podem estar rondando o Planalto e o Parlamento. Os monges alemães, autores do *Malleus Malleficarum (O Martelo das Feiticeiras)* podem, “doutrinariamente”, fundamentar esse Pacote, e instituir mais coisas ainda, como — estou sendo irônico — multar o advogado que alegar a inocência do réu com muita veemência, ou ingressar com mais de um *habeas corpus*. Ou estabelecer que juízes e membros do MP podem vetar alguns nomes de advogados que não sejam interessantes para o bom andamento da Justiça. Ou dobrar a pena do réu que, alegando-se inocente e tendo a chance de fazer *plea bargaining*, acaba condenado. A ousadia lhe custaria uma pena em dobro. Bata-se-lhe com o martelo, pois.

Se o Brasil pensa que vai combater a violência — que é estrutural — com mais violência, estará enterrando o Direito e assinando o atestado de fracasso.

Autores: Redaã§ã£o ConJur