

PCC, CV e milícias ganham status legislativo: Moro dá; bois aos nomes!



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

Na semana passada, levantei algumas [questões persistentes](#) sobre o pacote

“anticrime” do ministro Sergio Moro. Falei sobre presunção de inocência, sobre *plea bargain*, sobre fixação de regime inicial em abstrato, e, claro sobre o gravíssimo dispositivo que legitima (ainda mais) uma prática que faz de nossa polícia a que mais mata no mundo. Por incrível que pareça, há ainda mais a ser dito, razão pela qual prometi que voltaria ao assunto. Ao trabalho.

Ao [falar](#) sobre sua proposta, o ministro da Justiça, professor de Direito, disse buscar “efeitos práticos”, e não “*agradar professores de Direito*”. Bom, ele mesmo é professor de uma Universidade. Ele mesmo agora não é mais juiz. Quando sair do ministério, talvez vá ter que lecionar, ser professor e, quem sabe, advogar. É bom o hoje ministro não desdenhar da função de professor, cuja tarefa é fazer perguntas incômodas! A tarefa do professor é dizer que o rei está nu, apontar o elefante na sala. Principalmente quando o elefante se esconde atrás de um abajur.

1. A falta de prognose do pacote legislativo

Moro não quer agradar seus colegas professores. Quer “efeitos práticos”. Pois bem. Qualquer *efeito prático* pretendido deve ser defendido, e sua defesa é, necessariamente, teórica.

Quais serão os *efeitos práticos* do pacote “anticrime”, que trabalha com conceitos dentro dos quais cabe qualquer coisa e deixa a possibilidade de alegação de legítima defesa mais adiantada que goleiro desesperado em disputa de pênaltis?

Minha prognose, penso, ficou bem clara na última coluna. Qual é a prognose do pacote? Ah, o elefante na sala. *Prognose*. Essa é a primeira grande questão.

O ônus está sempre com aquele que propõe alguma coisa. A pergunta natural não é “*por que não?*”. É sempre “*por que sim?*”. Insisto, pois: qual é a prognose que sustenta o pacote “anticrime”? Qual é a *pro-gnose*

, ou seja, qual é o saber-que-vem-antes? Qual é o fundamento teórico-prático que serve de base aos “efeitos práticos” que busca o Ministro?

Porque, muito embora o [mundo](#) esteja olhando para nós como um país com os olhos voltados ao passado, com um anti-intelectualismo obscurantista que luta contra um comunismo (que nunca existiu) em favor de um passado idílico (que nunca existiu), a proposta de Moro é prospectiva. Olha para a frente. Propõe mudanças.

Que não se diga que, ao exigir prognose do ministro, estou inventando coisa. Na Alemanha, por exemplo — e o ministro gosta de exemplos europeus, vide suas constantes referências italianas —, fala-se em controle constitucional do processo legislativo que, para além da questão substantiva, analisa o procedimento, os *motivos* subjacentes ao processo de promulgação do texto legal *qua* texto legal. Resumindo, a *racionalidade* da proposta legislativa. Não se trata apenas de uma revisão de constitucionalidade (apenas) de primeira ordem, mas (também) de *segunda ordem*. Não se aborda (apenas) o resultado do processo legislativo, mas (também) *o procedimento que gerou o resultado*. Racionalidade procedimental. Justificabilidade legislativa. Nada mais, mas nada menos que isso.[1]

Digo isto porque o Direito não é produzido por ocasião. Por conveniência. Dworkin, em *Law's Empire*, chama as leis feitas “a bangu” de *checkerboard legislation*, legislação de tabuleiro. Porque é produzida como se fosse um jogo entre interesses opostos e nada mais que isso. E, por assim ser, carece de *coerência e integridade*. Não tem coerência com relação ao ordenamento que pretende ingressar, não tem integridade interna. Nessa linha, Dworkin diz que é responsabilidade do legislador prestar atenção à coerência do Direito como um todo.

O que diz Dworkin, e o que se discute na Alemanha sobre a racionalidade legislativa, esses dois pontos levam-me à seguinte questão: A um, é preciso apresentar as evidências que servem de base à proposta. A *ratio*. A dois, é preciso ter em mente que aquilo que se apresenta está sendo apresentado em um paradigma constitucional.

De modo que me parece nada mais que legítimo insistir: *Moro apresentou evidências para sustentar suas propostas?* Ou o projeto-pacote se sustenta no prestígio pessoal do ministro?

Porque, ao distinguir a esfera teórica dos “efeitos práticos”, Moro assume uma distinção entre *ser* e *dever ser*. Qual é a argumentação lógica que liga *fato* e *valor* no pacote “anticrime”?

Explico. Na *prática*. Além dos jargões que serviram de base a grande parte da campanha do governo atual, existe algum estudo, alguma pesquisa, alguma evidência *prática* que sustente que flexibilizar a legítima defesa — para ficar em apenas um aspecto do pacote — contribui, acrescenta à sociedade no combate à criminalidade?

“Ora, há muitos crimes no Brasil!”. Certo. Inegável. Mas e qual é a argumentação lógica que deriva disso que a solução é “matar os malfeitores”? Porque se é verdade que os índices de criminalidade no Brasil são altíssimos, e é, também é verdade que temos a polícia que mais mata no mundo. Há um problema aí na (falta de) prognose do Ministro, não?



Insanidade é insistir na mesma prática e esperar resultados diferentes. Temos (i) muitos crimes e (ii) a polícia que mais mata no mundo. A solução para o problema da criminalidade é uma polícia que mata mais? Veja-se o recente episódio do Rio (14 mortes em uma ação policial), criticado pela pena de Reinaldo de Azevedo com a contundência que eu não conseguiria ([aqui](#)). Também a Defensoria do RJ aponta para a brutalidade da ação policial ([aqui](#)). E houve uma chacina a cada 6 dias no Rio em 2017 ([aqui](#)).

Portanto, onde está a prognose? Quais são as evidências? Não vale algo tipo *Dirty Harry* ou *Charles Bronson*.

2. Questões que ainda persistem

Moro propõe o acréscimo de alguns incisos ao § 1º do artigo 1º da Lei 12.850/2013. Em um deles, sugere definir como organizações criminosas aquelas que

se valham da violência ou da força de intimidação do vínculo associativo para adquirir, de modo direto ou indireto, o controle sobre a atividade criminal ou sobre a atividade econômica, como o Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, Família do Norte, Terceiro Comando Puro, Amigo dos Amigos, Milícias, ou outras associações como localmente denominadas.

Na semana passada, falei sobre a inadequação de conferir estatuto jurídico às organizações criminosas que Moro menciona em sua proposta de artigo de lei. Só que o diabo está nos detalhes. Tenho outra pergunta: as organizações ali mencionadas já não estavam contempladas na redação original do artigo de lei? A proposta de novo inciso, antes de dar nome aos bois, dá uma boa margem interpretativa para classificar organizações como criminosas. Na verdade, o projeto quer dar “bois aos nomes”. Elio Gaspari, na *Folha* de domingo último, diz que o projeto dá CNPJ às quadrilhas. Não preocupa quando isso vem de um governo que já acenou por diversas vezes à ideia de criminalizar movimentos sociais legítimos?

Outra questão: Moro propõe subordinar a progressão de regime prevista na lei dos crimes hediondos “*ao mérito do condenado e à constatação de condições pessoais que façam presumir que ele não voltará a delinquir*”. Mérito do condenado? Condições pessoais? O discurso de trancafiar quem pratica crime hediondo pode soar bem aos ouvidos das pessoas, mas será que estamos dispostos a assumir, de vez, um direito penal do inimigo?

Porque o caminho parece ser mesmo esse. Moro propõe que o juiz esteja autorizado a negar liberdade provisória ao agente envolvido na “*prática habitual*” de delitos. E o que define essa “*prática habitual*”? De novo: trancar bandidos é o discurso fácil. Qual é a prognose? Veja-se: em 1989, tínhamos um décimo dos presos. Aumentamos dez vezes e a coisa piorou. Isso não quer dizer exatamente o contrário do que diz o super-ministro?

O que dizer da “*escuta ambiental*”, que permite “*a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos*”, que poderá, vejam bem, ser realizada “*no período noturno ou por meio de operação policial disfarçada*”? Vai na mesma linha da autorização que o projeto planeja conferir às autoridades de, em presídios federais, gravar as conversas entre advogado e cliente.

Gravar advogado. Agente do Estado disfarçado praticando “*escuta ambiental*”. Além de uma espécie de “licença para matar”, o projeto “anticrime” é atingido pelo Fator Big Brother. Isso porque, além do policial disfarçado que, à la Grande Irmão, tudo escuta, também se pretende que seja possível agora a prática do agente encoberto. De novo: o discurso é bonito. Na prática, a teoria é outra.

O projeto também é atingido pelo Fator Black Mirror. Afinal, o Pacote sugere que os condenados por *qualquer* crime doloso, *sem que se exija o trânsito em julgado*, sejam submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético.

Não se está a confiar um pouco demais no poder do Estado? Não se está a contradizer todo o duro caminho trilhado pelas conquistas da democracia liberal? Ou o totalitarismo pode quando se dá com o sinal invertido?

Esse é o ponto.

E tem mais. Moro é um ministro do Estado. Propõe-se a enfrentar o problema da segurança pública. Certo? Ora, o problema da segurança pública no Brasil, contra tudo que todos os organismos especializados têm dito já há anos, pode ser resolvido à base da bala?

Qual é a novidade? Já ouvi de mais de um taxista, de mais de um sujeito de meia idade na fila do mercado, que o negócio mesmo é a polícia matar bandido. Radialistas, então, só falam (d)isso... Agora a coisa vai, diz-se.

Falando sério, este, simplesmente, *não é* um projeto de segurança pública. Não resolve a questão da inteligência, da articulação e coordenação dos trabalhos das polícias, das atribuições dos estados e municípios, do papel da União, não apresenta um dado, não apresenta uma evidência.

Sobre segurança pública *mesmo*, sobre o que *realmente* uma discussão séria sobre o assunto exige, nada foi dito. Nem exposição de motivos tem.

Moro disse que não se trata de “licença para matar”. Tudo bem. Mas sobre a declaração do então candidato Bolsonaro (“*Se alguém disser que quero dar carta branca para policial militar matar, eu respondo: quero sim*”), nada foi dito.[\[2\]](#)

Sobre o endurecimento penal que leva a um óbvio aumento da população carcerária, de modo que, além de estatuto jurídico, o projeto entrega de bandeja novos integrantes às facções, nada foi dito. A *Folha de São Paulo* tem um interessante editorial no domingo último.

O que foi, sim, dito foi o que levantei na coluna passada e nesta de agora. Uma pedra sobre a presunção de inocência, polícia que mata mais do que já mata, acordos entre réu e MP que não precisa ser isento,



flexibilização do que é organização criminosa, escutas disfarçadas, gravações de advogados, discricionariedade ao juiz para decidir com base em “*condições pessoais*” do acusado (juiz legislador para cada caso!), autoridade quase irrestrita do Estado em contradição direta a garantias constitucionais adquiridas a duras penas. Sem prognose, sem integridade e racionalidade que sustente a proposta legislativa.

Moro não está preocupado em agradar os professores. OK. Ele tem esse direito. Mas eu estou bastante preocupado com os *efeitos práticos* por ele buscados.

Post scriptum. Ainda sobre o *plea bargain*. É simplesmente inegável que o devido processo legal é um dos pilares da democracia. Certo? Também é inegável que compõem o *due process* as ideias de jurisdição e de juiz natural. Certo de novo, não? É, então

[i]mpossível [...] que o acusado da prática de um crime o confesse e dispense a produção de provas, sem controle judicial e fora do crivo do contraditório, e seu direito de recurso, para o fim de cumprir pena privativa de liberdade. Um acordo jamais pode ser considerado uma ‘sentença condenatória’. Trata-se de um direito indisponível, irrenunciável até mesmo pela parte interessada.

Quem diz isso? Em [nota](#), quem diz é o [Transforma MP](#), conjunto de membros do... Ministério Público. Com base em quê? Com base no Supremo Tribunal Federal, em orientação emanada do julgado no HC 94.016.

Quem concorda com a força normativa de nossa Constituição concorda também com o devido processo legal. Quem concorda com o devido processo legal concorda também com o juiz natural, o contraditório e ampla defesa.

Quem concorda com isso tudo vai também concordar que a proposta de modificação do artigo 395-A é inconstitucional.

Post scriptum 2: As tretas das redes sociais e o requentamento de matérias

Recebi de 11 pessoas e/ou grupos de WhatsApp uma “bomba”: um voto do falecido ministro Humberto Gomes de Barros dizendo que não se importava com o que dizia a doutrina... Para terem uma ideia, escrevi sobre isso em 2006, há 12 anos (fui o primeiro a criticar o voto – [leiam aqui no Conjur](#)). E depois coloquei a crítica em 3 livros e vários artigos. Incrível como se “descobrem” coisas novas nas redes. Prova de que o excesso de informações por vezes prejudica. Informação demais é informação de menos. De todo modo, o link acima recupera a crítica. É pós-modernidade.



[1] Ver, por exemplo, bela obra que discute o assunto no contexto europeu. MEßERSCHMIDT, Klaus, OLIVER-LALANA, A. Daniel (Eds.) *Rational Law-making under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*. Ver também OSSENBÜHL, Fritz. *Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognosenentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht*. In: STARCK, Christian (org.). *Bundesverfassungsgericht Und Grundgesetz. Erster Band: Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, pp. 458, 513

[2] O bom ponto é de Bernardo Mello Franco, n' [O Globo](#).

Autores: Redação ConJur