

Questões de ordem pública no MPF e o fator Minority Report



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

Atuei durante 28 anos no Ministério Público do Rio Grande do Sul e

sempre acreditei que, a partir da Constituição de 1988, todos os membros do MP deveriam atuar como guardiães da Constituição. Sugiro que parem a leitura e leiam o *Post Scriptum 1*. Sigamos. Sempre agi assim, ainda que, para o grande público, a figura do promotor — por culpa do próprio MP — seja vista como a do grande acusador, do caçador de bandidos, do justiceiro e por aí vão tantos epítetos sugestivos...

Sempre mantive uma atuação pautada pela legalidade constitucional, leitor fiel de Elias Diaz. Por assim dizer, “sou constitucionalista, mas sou limpinho”...! Nunca me posicionei como reserva moral da sociedade, mas como um agente público que deveria zelar pela aplicação da lei. Este deve ser o papel de um membro do MP em uma democracia. Em ditaduras ocorrem o inverso. Sabemos como ocorria antes de 1988. Mas será que todos sabem que estamos em novo paradigma?

Bem, parece que, em tempos de “guerra contra a corrupção”, a noção constitucional do papel do MP tem perdido cada vez mais seu significado. Procuradores e promotores justiceiros querem combater a corrupção corrompendo a Constituição. E sempre em nome de uma “boa causa”.

É nessa perspectiva que alguns agentes do Ministério Público Federal estão apresentando uma solução facilitadora para o grave problema da corrupção. Ao proporem as 10 medidas anticorrupção ([ver aqui](#)) os autores *estão jogando a criança fora junto com a água suja*. Querem fragilizar direitos que foram conquistados a duras penas neste país tristemente marcado por ditaduras ao longo de sua história. Demoramos tanto tempo para conquistar uma Constituição democrática e agora estamos tomando um rumo perigoso, capaz de colocar em risco os avanços.

É sempre bom lembrar que ninguém é a favor da corrupção, salvo o corrupto. Pensando bem, nem o corrupto é a favor da corrupção — com exceção da praticada por ele, é claro. O inferno são os outros... Da mesma forma, ninguém é a favor da impunidade. Tanto a corrupção como a impunidade são verdadeiras pragas que agredem a sociedade. A grande questão é a seguinte: o que estamos dispostos a



sacrificar em nome do combate à corrupção? Vamos, por exemplo, relativizar as garantias constitucionais? Abrir mão do Habeas Corpus? Fazer valer prova ilícita?

Pois bem. Já apresentei críticas em relação a tais medidas. Fazendo uma *anamnese* das medidas propostas, chego à conclusão que o porteiro [1] do Supremo Tribunal Federal já as declarará inconstitucionais. Mas, sigo analisando algumas das principais “bandeiras” dessa cruzada:

Flagrante forjado: na pressa, o pacote do MPF ataca a presunção de inocência. Lá se vai a criança... Em vez de apresentar provas lícitas que possam comprovar a prática de conduta ilícita de seu agente público, o Estado estará autorizado a simular situações que permitam testar a conduta do agente. Uma proposta, além de inconstitucional, patética. Funcionaria muito bem em regimes totalitários. Quero testar a conduta de um agente público e, para isso, ofereço propina para ele... O agente, sem saber que se trata de uma simples pegadinha, aceita a propina e, logo em seguida, é preso em flagrante. Por que o Brasil demorou tanto a ter essa ideia? O projeto do MPF pretende o quê com isso?

Teste de integridade: aqui entra o fator *Minority Report*, filme futurista em que o Estado consegue acabar com os assassinatos usando uma divisão pré-crime. Essa divisão visualiza o crime antes de ocorrer através dos *precogs* (pré-cognição, por óbvio). Ali, o culpado é punido antes que o crime seja praticado. Pois o pacote do MPF propõe algo parecido. Trata-se de o que chamo de “eugenia cívica”. Pelo pacote, o agente público deve se submeter a testes que apontem se é propenso a cometer crimes. Como assim? Já existe tal ciência? Mais: e se o “teste” for positivo, será meio idôneo de prova, ainda que o acusado a tenha produzido contra si mesmo? E será aplicado nos concursos de juiz e procurador? E na indicação de ministros? Eles não são agentes públicos? Seria algo como o teste de fidelidade que se vê na televisão brasileira?

Chama a atenção a ressalva do MPF de que tal teste não pode ser feito de forma a representar “uma tentação desmedida, a qual poderia levar uma pessoa honesta a se corromper”. Ok. Quer dizer que quanto maior a propina melhor para o corrupto que sem dúvida vai alegar “tentação desmedida”? Ou existe uma “medida” da tentação “desmedida”? Então quer dizer que uma pessoa honesta é honesta só até certo ponto? Claro, todo mundo tem um preço! Será?

Inversão do ônus da prova: sugere o MPF o crime de “enriquecimento ilícito”, no qual o agente é culpado caso não consiga explicar o aumento de seu patrimônio. Nítida inversão do ônus da prova. Segundo o MPF, isso não seria inversão, mas “escolher a única explicação para a discrepância”, com “base na experiência”. Nessa mesma linha, é proposto o chamado “confisco alargado”, onde diante da condenação por determinados crimes a diferença entre o patrimônio existente e aquele cuja origem foi demonstrada é perdido. Trata-se, como o próprio MPF reconhece na justificativa, de uma “presunção razoável” da ilicitude (sic). Sim, vocês leram corretamente: Presunção Razoável da Ilicidade! Não sei o que é pior: condenar com base na inversão do ônus da prova ou partindo de uma presunção?

Aproveitamento de prova ilícita: O porteiro do STF terá muito trabalho. O pacote propõe o aproveitamento de provas ilícitas no artigo 157 do CPP quando estas servirem para refutar álibi, fizerem contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrarem falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, ou necessária para provar a inocência do réu. *Algo como “álibi não provado, réu culpado”*. O que chama a atenção é que a nulidade somente deve ser decretada quando servir para dissuadir os agentes do Estado, ou seja, quando servir para orientá-los a não mais violar direitos. E eu



que pensei que o processo deveria servir ao réu! Quer dizer que, nesses casos, mesmo sendo produzida ilicitamente o azar seria do réu?

Extensão da prisão preventiva: o MPF quer que seja possível decretar prisão preventiva para “permitir a identificação do produto e proveito do crime” ou “assegurar sua devolução” ou “evitar utilização para fuga ou defesa”. Será que entendi? O cidadão pode ser preso como forma de pressão para que devolva o dinheiro? A prisão como forma de coação? Claro, seguem a linha da prisão para celebrar “delação”. Adverte o MPF que “não se trata de prisão por dívida”! Claro que não. Afinal, se permitem a ironia, sequer uma dívida foi constituída ainda! Sequer um julgamento ocorreu! Chamando as coisas pelo nome: É uma prisão como constrangimento, coação, simplesmente para que o acusado entregue o dinheiro.

Informante confidencial: pretende legalizar o denunciamento próprio de regimes autoritários, onde as pessoas incriminam vizinhos, colegas de trabalho, familiares, desafetos, etc., sem ter que mostrar o rosto para o denunciado (lembrem de Lon Fuller – *O caso dos denunciadores invejosos?*). Nem é necessário gastar caracteres para criticar essa pretensão. Só o nome já se delata.

Transformação da corrupção em crime hediondo: é a ideia mágica de fazer com que a corrupção tenha uma pena mais grave do que o homicídio em casos de desvio igual ou superior a cem salários mínimos. Em vez de buscar soluções mágicas, apresentadas por seguidores do direito penal máximo que acreditam que uma simples mudança na lei — no sentido de torná-la mais rigorosa — pode mudar a realidade, não seria melhor lutar para ampliar a democratização do nosso sistema político?

O velho punitivismo nunca foi a melhor solução... Vejam a Inglaterra do século XVIII, que transformou o ato de bater carteiras em pena de morte por enforcamento. No dia dos primeiros enforcamentos — em praça pública — foi o dia em que mais carteiras furtaram. O exemplo fala por si.

Restrição de recursos e fragilização do Habeas Corpus: com um discurso preocupado com a eficiência (sic) da Justiça, o MPF propõe reduzir os recursos. Os argumentos são parecidos com os do tempo da ditadura. Em nome de uma boa causa se ataca o Estado (Democrático?) de Direito. Afinal, as alterações servirão para caçar somente os homens maus que habitam a república. E assim o MPF retoma o argumento dos militares a favor da restrição do habeas corpus: “estamos aperfeiçoando o sistema processual brasileiro”.

Ora, o Habeas Corpus já foi melhor há mais de mil anos. Sendo mais explícito: pela proposta do MPF, fica vedada a concessão do HC de ofício; em caráter liminar; quando houver supressão de instância; para se discutir nulidade, trancar investigação ou processo e, além disso, condiciona sua concessão à prévia requisição de informações ao promotor natural da instância de origem. Por que não proibir logo o Habeas Corpus?

Declaração do trânsito em julgado de ação: decretação do trânsito em julgado em casos de recursos manifestamente protelatórios. Num país marcado pela discricionariedade judicial, querem que o trânsito em julgado da ação possa ser declarado monocraticamente. Inacreditável. Não seria mais fácil propor uma PEC dizendo: o réu será amarrado com uma pedra no pescoço e jogado na água; se flutuar, estará absolvido; se afundar, culpado. Muito mais barato.



Ampliação dos prazos de prescrição: ao mesmo tempo, propõem eternizar o processo. De acordo com os procuradores, “[...] a busca da prescrição e consequente impunidade é uma estratégia de defesa paralela às teses jurídicas, implicando o abuso de expedientes protelatórios”. Assim, a polícia, o MP e o Judiciário poderão atuar sem qualquer preocupação com o tempo, *pois o Estado terá todo tempo do mundo para exercer a punição*. Algo “eficiente”, se não estivéssemos falando de uma democracia.

Antecipação do cumprimento de pena: bom, esse é o tema da moda. Como a proposta dos procuradores é anterior à decisão do Supremo Tribunal, parece que eles venceram essa, não? De todo modo, estamos lutando para uma virada na decisão do STF, conforme [escrevi no artigo](#) sobre a proposição de ADC.

Enriquecimento ilícito de agentes públicos: considera-se situação de enriquecimento ilícito quando houver amortização ou extinção de dívidas do servidor público por terceiro. O negócio é tão surreal que se o próprio pai paga dívida de filho servidor público endividado, pode ser processado porque é um terceiro enriquecendo ilicitamente o rebento.

Eis aí o pacote. Se a moral corrige o Direito, minha pergunta é: quem corrige a moral?

Post scriptum 1: em defesa (prévia) da coerência e integridade de meu discurso.

Antes que alguém venha de novo (nas redes sociais e nas redes internas do MP isso se tornou voz corrente) com o argumento de que Lenio Streck escreve isso porque hoje é advogado, sugiro que não se atirem de peito aberto nessa empreitada... para não quebrarem a cara. Não há diferença entre o Lenio MP e o Lenio pós-MP. Todos os meus livros seguem uma linha antidiscricionária, garantista e social. Mesmo em questões, digamos assim, mais conservadoras, sempre a Constituição esteve presente (por exemplo, na questão de a CF conter mandados de criminalização). Alguns pontos que mostram L=L: na revisão constitucional de 1993, defesa intransigente de uma revisão restrita (escrevi um livro sobre isso); propus durante anos a proibição do uso de antecedentes no plenário do júri (e assim agi), porque o direito penal é do fato e não do autor; rejeição do *in dubio pro societate*, por não ser um princípio; combate ao moralismo; fui um dos primeiros a introduzir Ferrajoli explicitamente no processo criminal; defendi sempre a secularização do Direito; mais: o garantismo explicitado no livro sobre *Interceptações Telefônicas* e no livro sobre o Júri; e em *Criminologia e Feminismo*, escrito com Alessandro Barata; e em *Hermenêutica em Crise* (com 15 edições e tiragens), etc. Fiz a primeira arguição de inconstitucionalidade difusa em outubro de 1988 para afastar o processo judicialiforme; primeiro a sustentar que a lei da sonegação fiscal devia ser usada a favor de quem comete crime de furto (isso em 1990), tese acatada no TJ-RS; pena abaixo do mínimo — uma das teses que ajudei a sustentar junto com a 5ª Câmara; sustentei a tese de que a majorante do roubo por concurso de pessoas (1/3) devia ser usada a favor dos réus em crime de furto qualificado; sustentei, pioneiramente, a inconstitucionalidade da reincidência (acórdão do desembargador Amilton); como procurador, em mais de 80% dos processos em que officiei, sustentei teses garantistas, a maioria vitoriosas a favor dos acusados (não que isso fosse bom ou ruim, mas porque era de lei); presente, em todos os pareceres, a filtragem hermenêutico-constitucional; as seis hipóteses de minha teoria da decisão foram criadas ainda como procurador; propus que o MP levasse ao PGR a feitura de uma ADC no caso da progressão de regime, para evitar que apenas alguns réus recebessem o benefício da progressão nos crimes hediondos; aliás, sempre defendi a progressão; quando nem a OAB se dera conta, sustentei, em comandita com a 5ª Câmara do TJ-RS, que todos as ações penais em que o interrogatório fora feito sem a presença de advogado eram...



nulos (na época, o STJ anulava as nossas anulações sob o argumento de que CPP não exigia isso — quer dizer, obedecia-se o CPP e não a CF!); fui pioneiro em criticar o pamprinciologismo... Posso fazer uma lista que levaria algumas páginas. Meus companheiros de 5ª Câmara criminal do TJ-RS (Amilton, Aramis, Genaceia e Gonzaga Moura podem falar sobre isso). Portanto, quem quiser entrar nessa seara de falácia *ad hominem*, chegará tarde. Para registro, minha defesa do poder investigatório do MP está em textos e livros... da década de 90 e, interessante, como advogado, continuei a defender essa tese. Sem esquecer as orientações de mestrado e doutorado sobre a defesa ortodoxa da CF, com dois prêmios Capes na algibeira.

Post scriptum 2: A relativização dos princípios e da Constituição

Fico muito preocupado com discursos nas redes sociais apoiando teses tipo “relativização dos princípios constitucionais” em nome da segurança pública e do combate à impunidade. Já se fala até do uso da tortura. Diz-se até que o único princípio intocável é o de não ser escravizado. Tudo para sustentarem que o STF acertou na decisão da presunção da inocência. Se os ministros do STF lerem e verem o que está nas redes sociais, mudarão seu voto, porque ficarão assustados com os “apoios”.

O que quero dizer é que estou muito preocupado com o rumo que o Direito está tendo no país. Estamos esticando demais a corda. O moralismo pode nos arrastar para o abismo, rompendo o pacto da modernidade.

Por isso, meu brado: Acorda, comunidade jurídica. Não “a corda” (para enforcar alguém), mas “acorda”!

1 Escrevi em um jornal que até o porteiro... e recebi críticas, porque estaria menosprezando o porteiro. Incrível como tem gente que, em nome da linguagem PC, acha “pelo em ovo”.

Date Created

03/03/2016