



Atuação de Moro é exemplar, projeto Moro/Bochenek é inconstitucional

06/04/2015

Os colegas Sergio Moro, juiz encarregado de processar e julgar os réus da operação "lava jato" e com atuação no processo do mensalão, e Cesar Bochenek, presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe), merecem a nossa solidariedade pelas duras críticas e alguns comentários irônicos de que estão sendo vítimas por parte da comunidade jurídica, organizações de direitos humanos e imprensa nacional, quando estes extrapolam o debate jurídico objetivo. Reação esta decorrente da posição externada por ambos no jornal *O Estado de S.Paulo* 29 de março[1], em nome da Ajufe, que praticamente acaba, via anteprojeto de lei a ser enviado ao Congresso Nacional, com o direito de apelar em liberdade dos acusados nos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro.

Não temos dúvidas que os magistrados são bem intencionados mas, em tempos de *mensalão* e *petrolão*, no entanto, no afã do pretense combate à corrupção e aos crimes de lavagem de dinheiro, estão propondo açodado e perigoso atropelo do texto constitucional. Este, aliás, é o único objetivo da presente crítica acadêmica e institucional.

Entendemos como ex-presidentes da Ajufe, outrossim, que os referidos magistrados não buscam o estrelato ou o exercício do papel de juizes acusadores ou de justiceiros de plantão, mas que cometem grave equívoco jurídico ao pretenderem encaminhar ao Congresso Nacional projeto de lei flagrantemente inconstitucional, sem um debate democrático, maduro, prévio e mais amplo com a magistratura federal brasileira. Os juizes federais brasileiros, inclusive os de perfil garantista, e mais experientes, precisam ser ouvidos para que possam contribuir no debate sobre o tema que envolve garantias constitucionais de todo o cidadão brasileiro acusados das práticas destes crimes.

Outrossim, o juiz federal não atua sozinho no processo, não é o seu dono, portanto o debate precisa também envolver os tribunais superiores, os tribunais regionais federais, o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho da Justiça Federal, o Ministério Público, a OAB, associações representativas da advocacia pública, organizações de direitos humanos, demais poderes da República e, em especial, a sociedade brasileira. A Ajufe, em mais de quatro décadas de atuação, sempre pautou-se pela defesa da democracia e do regime republicano, sendo seu dever institucional zelar pelos direitos fundamentais e garantias constitucionais do cidadão brasileiro.

A atuação dos juizes federais tem sido exemplar no combate aos crimes de lavagem de dinheiro e corrupção. Os magistrados federais [entre eles Moro], sem rasgar a Constituição Federal, tem aplicado a legislação de regência, com equilíbrio, sem sensacionalismos, outros interesses e, acima de tudo, com discricionariedade, como determina, aliás, a Lei Orgânica da Magistratura (Loman). Os casos do mensalão e da operação "lava jato" são apenas exemplos isolados do que centenas de juizes federais nas cinco regiões que compõe a justiça federal do país tem feito no seu cotidiano, com trabalho árduo e de qualidade. Grifamos, inclusive, que somos admiradores da

atuação do juiz federal Sergio Moro na operação "lava jato" e no mensalão, onde realiza um trabalho exemplar. A nossa irresignação é contra o anteprojeto de lei batizado de Moro/Bochenek pelo jurista Lenio Streck no artigo *O problema é o processo, Dr Moro? Até Reinaldo Azevedo sabe que não* .[2]

A crítica de Lenio Streck, bem calcada em manifestações dos ministros do Supremo Tribunal Federal, todas contrárias ao anteprojeto, coloca com leveza, completude de ideias, sensatez, argumentos irresponsáveis e fulmina o projeto Moro/Bochenek *ab ovo*. Somada a esta, a manifestação do jurista Luiz Flávio Gomes, em artigo intitulado *Juiz Sérgio Moro rasga a Constituição e queima a Convenção Americana*[3] é elucidativa no sentido da evidente inconstitucionalidade do anteprojeto que foi motivo de ácidas e ponderáveis críticas, também, do jornalista Reinaldo Azevedo, da *Revista Veja*, no artigo intitulado *Um péssimo artigo do juiz Sérgio Moro* [4].

Vamos ao ponto da inconstitucionalidade/inconvencionalidade do projeto Bochenek/Moro. Este prevê “atribuir à sentença condenatória de primeiro grau, para crimes graves em concreto (sic), como grandes desvios de dinheiro público (sic), uma eficácia imediata, independentemente do cabimento de recursos”. Neste ponto o projeto é flagrantemente inconvencional, porque viola tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 8º) como a jurisprudência consolidada da Corte Interamericana, que asseguram a presunção de inocência em dois graus de jurisdição, só permitindo a prisão imediata de forma excepcional. O Pacto de São José da Costa Rica, por tratar de direitos humanos, possui, no ordenamento jurídico brasileiro, o *status* de norma supralegal, conforme o parágrafo 3º do artigo 5º da CF/88. Em tratando-se de norma supralegal não pode ser alterada por norma legal, de modo que a proposta é formalmente inválida para ser aprovada.

No aspecto constitucional o projeto viola nada menos nada mais do que a proibição do retrocesso. Ou seja, o direito de apelar em liberdade foi uma conquista do povo brasileiro, após longo período de ditadura militar — aliás, tivemos duas no período republicano [1937-1945 e 1964-1985] — consagrado no texto constitucional de 1988 e que não pode retroceder. As garantias constitucionais e os direitos fundamentais estão em expansão e não retrocedem, como sabido e consabido pelos acadêmicos já nos primeiros anos de direito nas faculdades e até mesmo por jejunos jurídicos. Aliás, não retrocedem nem em épocas de clamor popular como o atual, com mega-protestos legítimos contra a corrupção no país. Não fosse assim, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, já firmou entendimento no sentido da garantia da presunção da inocência e do apelo em liberdade (STF, RE 466.343-SP).

De outra banda, a Constituição Federal é expressa ao afirmar com todas as letras no seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Aliás, esta é uma cláusula pétrea, como direito e garantia individual, que não pode ser abolida nem por emenda constitucional [artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV] e, muito menos, pelo anteprojeto infraconstitucional Moro/Bochenek. A cláusula do *due process of law* que prevê o contraditório e a ampla defesa é atingida irremediavelmente pelo anteprojeto no momento em que permite prisão do acusado, sem trânsito em julgado, e sem sequer prever o direito à indenização para aquele que foi preso indevidamente em virtude de erro judiciário. Nós juízes não somos deuses, somos falíveis, evidentemente, como todo e qualquer ser humano.

Daí outra justificativa que motiva o direito de apelar em liberdade, a falibilidade dos atos jurisdicionais.

Mesmo nos Estados Unidos da América, onde a pena de morte é permitida em vários Estados, existe movimento para o abrandamento de penas corporais seguindo a tendência do fortalecimento das garantias constitucionais. Aliás, fruto de uma evolução histórica do direito penal mundial que está direcionada no sentido da apropriação dos bens e do patrimônio dos criminosos como efeito das condenações. Neste sentido, o editorial do *New York Times* do último domingo (5/4) relata as recentes falas dos *Justices* Kennedy e Breyer na *House of Representatives* onde manifestaram preocupação com penas de encarceramento desumanas e de prisões em massa que não estão funcionando a contento no sistema criminal norte-americano.[5]

De outro lado, porque defendemos aqui uma maior abertura e transparência no debate sobre o anteprojeto Moro/Bochenek? Simples, decisões tomadas de modo isolado, ou quase que isoladamente, por indivíduos do mesmo segmento e que pensam do mesmo modo, sem serem submetidas a visões opostas, estão sujeitas ao inevitável fracasso, por falta de informação, de dissenso e por levarem a posições extremadas e radicais. É o que se observa em recentes obras de direito e economia comportamental nos Estados Unidos de autoria de Cass Sunstein, em *Why Societies Need Dissent?* [6], *Going to Extremes: How Like Minds Unite and Divide*[7]e, em livro lançado faz poucas semanas, em co-autoria com Reid Hastie, *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*[8]; e, Richard Posner, em *How Judges Think*[9] como também, em mais recente publicação, juntamente com Lee Epstein e William M. Landes, *The Behavior of Federal Judges: A theoretical & Empirical Study or Rational Choice*[10]. O último, aliás, cai precisamente a talho ao caso em tela. Em relação aos efeitos nefastos da falta de dissenso em decisões tomadas por colegiados com juízes que pensam do mesmo modo [ou todos conservadores ou todos liberais], apenas a título de exemplo, podemos observar na elucidativa obra do professor Mark Tushnet, *I dissent. Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*[11]. Extraí-se a explicação do equívoco na gênese do anteprojeto Moro/Bochenek, também, da leitura de Raymond Nickerson em *Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon. Many Guises, Review of General Psychology*[12] que explica os erros que levam a tomada de decisões enviesadas por pequenos grupos que pensam de igual modo. No Brasil, aliás, o tema já foi abordado pelo professor gaúcho Juarez Freitas em artigo *A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com automatismos mentais*[13] e na obra de Daniel Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*[14], já traduzida para o português como *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*[15].

No caso do anteprojeto Moro/Bochenek prevalece nítida decisão de um ou poucos juízes extremamente honestos e bem intencionados, que querem o bem do país, mas marcada pelos evidentes *biases* do viés punitivo e do otimismo excessivo provavelmente aflorados pelos inaceitáveis escândalos de corrupção que eclodiram, com pompa e circunstância, nos últimos tempos em nosso país, grifamos, de todo repugnantes legal e moralmente.

Os vieses estão arraigados no anteprojeto por falta de informação externa, debate e de participação de visões distintas sobre o tema que precisam ser consideradas. O projeto Moro/Bochenek possui a finalidade de fazer a coisa certa [punição da corrupção e da lavagem

de dinheiro] por meios processuais manifestamente equivocados [violação do direito de apelar em liberdade e de ser indenizado em caso de erro judicial]. A finalidade é nobre, mais os meios a serem utilizados não o são. Para isto é necessário — sabemos que estamos sendo repetitivos e redundantes — que o debate seja aberto e ampliado, com colheita de maiores informações, para evitar que o projeto Moro/Bochenek seja enviado ao Congresso Nacional contaminado por *biases*. Não podemos combater a corrupção acabando com garantias constitucionais do cidadão sob pena de fazermos como os selvagens da Lousiana que, para comer os frutos, destruíam as árvores, em uma "brilhante lógica". Nas palavras de Montesquieu, aliás, "*Quand les sauvages de la Loïsiane veulent avoir du fruit, ils coupent l, arbre au pied, et cuient le fruit* [De l' esprit des lois. 51. Ouvres complètes, Paris: Editions du Seuil, 1964, Livro V, 13]."

Em suma, entendemos que o projeto Moro/Bochenek é inconstitucional e incompatível com o regime democrático e republicano que deve ser defendido, por disposição estatutária, pela Associação dos Juízes Federais do Brasil em qualquer circunstância ou quadrante histórico. Enfim, nós, democrática e muito respeitosamente, como grande parte da comunidade jurídica nacional, dissentimos dos dois colegas pelos motivos aqui expostos e pedimos de público para que a posição externada pela nossa entidade nacional no jornal *O Estadão* seja revista em defesa da Supremacia da Constituição.

[1] MORO, Sérgio; BOCHENEK, Antônio Cesar. *O problema é o processo*. In: Jornal Estadão, Blog do Fausto Macedo, São Paulo, 29 Mar 2015. Disponível em: < <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>>. Acesso em: 31 Mar 2015.

[2] STRECK, Lenio Luiz. O problema é o processo, Dr. Moro? Até o Reynaldo Azevedo sabe que não.. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-02/senso-incomum-problema-processo-moro-reynaldo-azevedo-sabe-nao> Acesso em: 03/04/2015.

[3] GOMES, Flávio Luiz. Juiz Sérgio Moro rasga a Constituição. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-02/luiz-flavio-gomes-sergio-moro-rasga-publicamente-constituicao>.

[4] AZEVEDO, Reinaldo. Um péssimo artigo do juiz Sérgio Moro. Ou: O mal do Brasil não está no cumprimento da lei, mas no descumprimento. In: Revista Veja, Blog do Reinaldo Azevedo, São Paulo, 30 Mar 2015. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/um-pessimo-artigo-do-juiz-sergio-moro-ou-o-mal-do-brasil-nao-esta-no-cumprimento-da-lei-mas-no-descumprimento/>>. Acesso em: 31 Mar 2015.

[5] *The New York Times*. Sunday, April 5, 2015.p. 10.Sr.

[6] SUNSTEIN, Cass. *Why Societies Need Dissent*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

- [7] SUNSTEIN, Cass. *Going to Extremes. How Like Minds Unite and Divide*. New York: Oxford University Press, 2009.
- [8] SUNSTEIN, Cass. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Cambridge: Harvard Business Review Press, 2015.
- [9] POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.
- [10] POSNER, Richard. *The Behavior of Federal Judges. A Theoretical & Empirical Study of Rational Choice*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.
- [11] TUSHNET, Mark. *I dissent. Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008
- [12] NICKERSON, Raymond. Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon. *Many Guises, Review of General Psychology* (Educational Publishing Foundation), v. 2, n. 2, p. 175-220, 1998.
- [13] FREITAS, Juarez. *A Ciência do Cérebro como lidar com automatismos mentais*. Revista da AJURIS – v. 40 – n. 130 – Junho 2013.
- [14] KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. New York: Farrar, Strauss e Giroux, 2011.
- [15] KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. São Paulo: Editora Objetiva, 2011.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2015-abr-06/atuacao-moro-exemplar-projeto-morobochenek-inconstitucional/>