

Os juízes não podem julgar duas vezes o mesmo fato

(...) *"E, afinal, quanto esforço e que esforço ferrenho custa esse fingimento"* (Leon Tolstói, discorrendo sobre o tribunal de justiça criminal da Rússia em "Ressurreição", publicado em fascículos em 1889).

Em época de operação "lava jato", muito se tem falado sobre a tão importante garantia da imparcialidade do juízo, que parece ter sido relativizada pelo anseio desesperado de combate à corrupção. Há algum tempo, Aury Lopes Junior e Alexandre Moraes da Rosa [publicaram na ConJur](#) o artigo *Quem vai julgar o futuro processo da operação 'lava jato'?*^[1], no qual fazem pertinentes observações sobre o comportamento do juiz que, durante as investigações, atuou decididamente — e, a nosso ver, ilegalmente — como acusação.

É que, se o próprio juiz acusa, fica o jurisdicionado órfão da jurisdição. Se já existe sentença — mesmo que apenas na cabeça do julgador — dispensável o processo, relegado, nesse contexto, à condição de pura encenação, fingimento, para um desfecho já existente.

Parece absolutamente simples até para um leigo nas ciências jurídicas, que alguém que já emitiu juízo valorativo sobre determinado assunto não pode, com isenção —frise-se: com isenção — opinar novamente sobre aquele mesmo assunto sem que seu parecer esteja absolutamente contaminado pelo julgamento antecedente.

Embora a Constituição Federal não traga uma previsão expressa sobre a garantia a um juiz imparcial, é bastante claro, pela interpretação de suas demais previsões, que se trata de uma garantia constitucional implícita que decorre de princípios como a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, o juiz natural, a ampla defesa, entre outros. ^[2]

No mais, a falta de previsão expressa do direito a um juiz imparcial pela Constituição Federal restou suprida à medida que o Brasil se tornou signatário de tratados internacionais de direitos humanos que preveem expressamente essa garantia.

Ocorre que — e seria cômico, se não fosse trágico — o legislador infraconstitucional, ao elencar no Código de Processo Penal as causas de suspeição e impedimento dos magistrados, não arrolou a emissão de prévio juízo de valor sobre a causa^[3] como motivo ensejador da nulidade, o que relegou àqueles que se sentem prejudicados a árdua tarefa de tentar convencer os nossos tribunais da importância do respeito à garantia da imparcialidade da jurisdição.

A má notícia é que os nossos tribunais têm estado muito ocupados em se livrar, rapidamente, dos tantos processos que os assoberbam, esquivando-se do seu dever de direcionar a interpretação da norma para o objetivo constitucional. Tudo vira “manobra da defesa”, que — ironicamente — com seus múltiplos recursos chamados de vazios, pretende, na visão de alguns julgadores, apenas travar o andamento do judiciário.

Dissemos sobre a má notícia porque, numa “causa” de verdade, uma pessoa suportou duas acusações baseadas nas mesmas investigações e nos mesmos fatos, uma de natureza administrativa, outra de



natureza penal^[4]. Na de natureza administrativa, foi condenada, por unanimidade, pelo Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Nesse julgamento também foram rejeitadas todas as preliminares arguidas pela defesa como ocorridas na investigação que, como já se afirmou, deu origem também a uma ação penal.

Algum tempo depois, pasmem, tendo sido oferecida a denúncia criminal, a ré se viu “julgada” de novo, pelos mesmos juízes que já a tinham condenado por aqueles exatos mesmos fatos. E esses juízes, deixando clara a absoluta ausência de imparcialidade de seus ânimos, consignaram no recebimento da denúncia que “*a participação da (nome da parte) no caso narrado na denúncia já foi objeto de pronunciamento em sede administrativa por este Colegiado, que concluiu em decisão definitiva ter a referida Magistrada incorrido em infrações disciplinares*”, e ainda “*não se pode ignorar que a infração de dever funcional é parte do elemento objetivo da figura típica penal de corrupção passiva*”, sendo certo que, se o Colegiado “*quando se pronunciou conclusivamente naquela ocasião pela ocorrência de transgressão disciplinar, por violação de deveres funcionais, acabou por conferir inegável verossimilhança à imputação do crime de corrupção passiva contida na presente denúncia*”.

Ora, prejudgamento mais explícito não existe! No entanto, o Supremo Tribunal Federal — dissentindo tanto do sentido no qual caminham os tribunais internacionais^[5], bem como de precedentes anteriores que, com acerto, alargavam a interpretação do rol legal^[6] — deixou de reconhecer a impossibilidade do julgamento pelos juízes parciais, e assim o fez sob o argumento jurídico de que a atuação do magistrado em processo administrativo anterior, no mesmo grau de jurisdição, não está expressamente prevista em lei como hipótese que autoriza a declaração do seu impedimento.

A razão, em verdade, é outra.

O ministro Roberto Barroso, que admitiu ser “*indesejável a superposição de atuações*”, não reconheceu o impedimento alegado, arguindo como uma de suas razões o fato de que a universalização dessa solução, significaria um aporte muito grande de processos ao STF, o que, diante da chamada jurisprudência defensiva do Tribunal, é absolutamente indesejável.

O ministro Dias Toffoli, contrariando as características da natureza humana que, até mesmo aos juízes, é inafastável, afirmou que o juiz deve “*ausentar-se de si mesmo*” para julgar, pela segunda vez, caso sobre o qual já opinou.

Nesse ponto, vale mencionar — embora não seja nossa área de especialidade — que uma revisão de literatura sobre pesquisas em memória feita em 2013 constatou que a consolidação da memória acontece em alguns lugares do cérebro (hipocampo, córtex entorrinal, córtex parietal posterior e amígdala) e para que isso aconteça, ocorrem alterações na expressão do DNA dos neurônios, ou seja, os neurônios se modificam. Esse já é um sinal de que o “conhecimento de algum assunto”, que ficará na memória, gera uma marca neurológica *permanente*. O cérebro se modifica estruturalmente ao receber novas informações, daí a impossibilidade de retorno ao estado de neutralidade anterior^[7].

Não obstante as teorias sobre a parcialidade do magistrado com conhecimento prévio dos fatos se desenvolva, no cenário jurídico atual, principalmente no que diz respeito ao juiz que atua durante a investigação — na busca por uma previsão legal que consagre aquilo que se chama de “juiz de garantias” —, o fato é que elas se aplicam, integralmente, a hipóteses como a do caso narrado, em que os



magistrados não só já conhecem os fatos como, sobre eles, *já emitiram juízo valorativo!*

Se aquele que conduz as investigações está mais propenso a condenar, o que dizer daquele que, em outro procedimento decorrente dos mesmos fatos, já condenou?

Nós dizemos, insistentemente, que esse juiz não pode julgar, sob pena da inexistência do devido processo. Os tribunais, como se pode ver, dizem que é indesejável, mas em seguida fecham os olhos, na tentativa de, ausentando-se de si mesmos, tornarem menos pesado o fardo de assinalar, sem pudor, que ao jurisdicionado não será garantida sequer a chance de ser julgado por um juiz imparcial.

[1] Mais recente, na *Folha de S.Paulo* — Tendências e Debates —, o texto de Arnaldo Malheiros Filho “Meu Reino por um Juiz”.

[2] Badaró, Gustavo Ivahy. Direito a um julgamento por um juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. Disponível em <http://www.badaroadvogados.com.br/?p=331>, acessado em 21.08.2014.

[3] A menos que tenha funcionado como juiz *de outra instância*, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão (art. 252, III, CPP).

[4] Duas áreas distintas, porém, na mesma instância, o que, a rigor, impede a aplicação da regra contida no art. 252, III, CPP, mencionada acima.

[5] Desde o julgamento, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, do caso Piersack vs. Bélgica, a imparcialidade do juízo passou a ser analisada no seu aspecto subjetivo e objetivo. No seu aspecto subjetivo, relaciona-se com a opinião de determinado juiz sobre o caso concreto e, no seu aspecto objetivo, relaciona-se com o oferecimento, pelo magistrado, de garantias que excluam qualquer dúvida legítima a esse respeito. Na oportunidade, ficou assentado que: “*Qualquer juiz sobre o qual exista uma razão legítima que inspire o temor à ausência de imparcialidade, deve abster-se do julgamento. O que está em jogo é também a confiança que a Corte deve inspirar nos cidadãos de uma sociedade democrática*”. (TEDH, Piersack vs. Belgium. Strasbourg: 1982. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57557#{"itemid":\["001-57557"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57557#{), acessado em 21 de agosto de 2014, tradução livre).

[6] Veja-se o Habeas Corpus de nº 86.963-7, de relatoria do Exmo. Min. Joaquim Barbosa, bem como o Habeas Corpus nº 94.641-1, de Relatoria do Exmo. Ministro Cezar Peluso que consignou, brilhantemente, em seu voto: “*Caracteriza-se, portanto, hipótese exemplar de ruptura da situação de imparcialidade objetiva, cuja falta incapacita, de todo, o magistrado para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida, em relação à qual a incontornável predisposição psicológica nascida de profundo contato anterior com as revelações e a força retórica da prova dos fatos o torna concretamente incompatível com a exigência de exercício isento da função jurisdicional Tal qualidade, carente no caso, diz-se objetiva, porque não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes*



entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Como é óbvio, sua perda significa falta da isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional.”

[7] BENETTI, Fernando; FURINI, Cristiane R. G.; IZQUIERDO, Ivan; MYSKIW, Jociane C..
New Frontiers in the study of memory mechanisms. Revista Brasileira de Psiquiatria. 2013, 35: 173-177.

Date Created

12/05/2015