



UFC

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

CURSO DE MESTRADO

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUIÇÃO, SOCIEDADE E PENSAMENTO

JURÍDICO

GABRIELLEN CARNEIRO DE MELO

**O JUIZ DE GARANTIAS COMO VETOR DE MAXIMIZAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO PENAL IMPARCIAL: REFLEXÕES À LUZ DA
EPISTEMOLOGIA E DA PSICOLOGIA COGNITIVA**

FORTALEZA/CE

2023

GABRIELLEN CARNEIRO DE MELO

O JUIZ DE GARANTIAS COMO VETOR DE MAXIMIZAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO PENAL IMPARCIAL: REFLEXÕES À LUZ DA
EPISTEMOLOGIA E DA PSICOLOGIA COGNITIVA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientador: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

FORTALEZA/CE

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- M485j Melo, Gabriellen.
O JUIZ DE GARANTIAS COMO VETOR DE MAXIMIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO PENAL IMPARCIAL : REFLEXÕES À LUZ DA EPISTEMOLOGIA E DA PSICOLOGIA COGNITIVA / Gabriellen Melo. – 2023.
159 f. : il.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2023.
Orientação: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.
1. Processo Penal. 2. Imparcialidade. 3. Juiz de Garantias. 4. Epistemologia. 5. Psicologia Cognitiva. I. Título.

CDD 340

GABRIELLEN CARNEIRO DE MELO

O JUIZ DE GARANTIAS COMO VETOR DE MAXIMIZAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO PENAL IMPARCIAL: REFLEXÕES À LUZ DA
EPISTEMOLOGIA E DA PSICOLOGIA COGNITIVA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Aprovada em: __/__/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Sérgio Bruno Araújo Rebouças
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Teodoro Silva Santos
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Prof. Dr. Antônio de Holanda Cavalcante Segundo
Universidade Regional do Cariri (URCA)

Aos meus pais, vigas de sustentação da jornada da vida.

AGRADECIMENTOS

Aproveito-me deste espaço de agradecimento para homenagear algumas das pessoas que, das mais variadas formas, foram importantes ao longo desta jornada acadêmica, tendo contribuído para o meu engrandecimento pessoal.

Agradeço, primeiramente, a meus pais, Welliton e Alvina, que foram as pessoas que me acompanharam ao longo de toda a trajetória no Programa de Pós Graduação em Direito, sempre me incentivando a buscar meus sonhos.

Agradeço também a toda minha família, namorado, amigos e colegas de escritório, a quem agradeço especialmente em nome do Dr. Leandro Vasques, por entender os períodos de ausência, pelo carinho e pelo apoio no desenvolvimento da pesquisa.

Agradeço ao meu professor orientador, William Marques Paiva Júnior, o qual, a despeito da sua alta procura para orientação, aceitou e se disponibilizou a me acompanhar nesta tarefa árdua, mas recompensadora, que é elaborar uma dissertação de mestrado.

Agradeço, do mesmo modo, aos membros participantes da banca: Professor Doutor Sérgio Rebouças, grande acadêmico o qual tive a honra de ser aluna tanto na graduação quanto na pós graduação, tendo sempre sido solícito em auxiliar em todas as encruzilhadas da pesquisa que às vezes achava que não haveria solução; Professor Doutor Antônio de Holanda Cavalcante Segundo, advogado íntegro e dedicado ao ofício, que como chefe sempre me incentivou a calcar o caminho do sucesso profissional e acadêmico; Professor Doutor e Desembargador do TJCE Teodoro Silva Santos, que apesar dos inúmeros compromissos como julgador, aceitou fazer parte desta banca, com bastante atenção e gentileza, além de ter indicado uma vasta bibliografia para auxiliar minha pesquisa.

Por fim, agradeço a todas as pessoas que cruzaram o meu caminho ao longo desta trajetória e que contribuíram de alguma forma para o meu aprendizado.

“Saudade da justiça imparcial, exata, precisa.”
(Ruy Barbosa).

RESUMO

A pesquisa tem como objetivo central investigar, a partir de um estudo transdisciplinar com a epistemologia, com a psicologia cognitiva e a psicologia comportamental, a existência de condições para o exercício da imparcialidade no Direito Processual brasileiro e a (in)dispensabilidade da implementação da figura do juiz de garantias trazida pela Lei nº 13.964/2019 para atingir o referido objetivo. Para isso, busca-se examinar em qual tipo de sistema processual penal a imparcialidade é sacrificada (acusatório ou inquisitório), analisando, ainda, qual a sistemática proposta pela Constituição Federal e de que modo o Código de Processo Penal a contraria. Na sequência, pretende-se averiguar os problemas advindos do vazio epistemológico do discurso da verdade real, inerente ao sistema inquisitório, explorando os obstáculos provocados pelas limitações cognoscitivas do ser humano. Além disso, verifica-se como a “verdade” se insere no processo por meio das provas, com enfoque na gestão de provas nas mãos do julgador, perquirindo-se as consequências dos poderes instrutórios do juiz para um Processo Penal conforme à Constituição e os efeitos jurídicos e psíquicos para o resultado do processo. Pesquisa-se, também, os processos cognitivos involuntários que ocorrem no subconsciente humano no momento da tomada de decisão judicial criminal, que podem sujeitar o julgador a inúmeras heurísticas e vieses que têm o condão de influenciar o resultado da demanda. Além disso, se examina a dissonância cognitiva experimentada pelo julgador após a tomada de uma decisão ou de uma primeira impressão, perquirindo as repercussões disso na sua imparcialidade. Busca-se, por fim, apurar a nova sistemática trazida com a implementação do juiz de garantias, comparando-o com alguns modelos presentes em ordenamentos jurídicos externos, bem como enfrentando os fundamentos apresentados pelo Supremo Tribunal Federal, que suspendeu cautelarmente sua vigência desde o início de 2020, para, ao final, responder se existem fundamentos jurídicos e científicos a sustentar a implementação do juiz de garantias no Brasil. Conclui-se que a imparcialidade somente tem condições de ser exercida em um sistema do tipo acusatório, conforme consagrado pela Constituição Federal e pela Lei nº 13.964/2019, funcionando o juiz de garantias como um vetor de maximização do direito fundamental à jurisdição penal imparcial.

Palavras-chave: Processo Penal; Imparcialidade; Juiz de Garantias; Epistemologia; Psicologia Cognitiva.

ABSTRACT

The main objective of the research is to investigate, through a transdisciplinary study between epistemology, between cognitive psychology and behavioral psychology, the existence of conditions for the exercise of impartiality in Brazilian Procedural Law and the (in)dispensability of the implementation of the figure of the guarantees judge brought by Law nº 13.964/2019 to achieve the aforementioned objective, in order to achieve a Criminal Procedure in accordance with the Constitution. For this, we seek to examine in which type of criminal procedural system impartiality is sacrificed (accusatory or inquisitorial), also analyzing which system is proposed by the Federal Constitution and how the Code of Criminal Procedure contradicts it. Next, we intend to investigate the problems arising from the epistemological emptiness of the discourse of real truth, inherent to the inquisitorial system, exploring the obstacles caused by the cognitive limitations of the human being. In addition, it investigates how the "truth" is inserted in the process through the evidence, with a focus on the management of evidence by the judge, inquiring the consequences of the judge's instructional powers for a Criminal Procedure in accordance with the Constitution and the legal and psychic effects for the result of the process. It also researches the involuntary cognitive processes that occur in the human subconscious at the time of criminal judicial decision-making, which can subject the judge to numerous heuristics and biases that have the power to influence the outcome of the lawsuit. In addition, the cognitive dissonance experienced by the judge after making a decision or a first impression is examined, investigating the repercussions of this on his impartiality. Finally, we seek to determine the new system brought about with the implementation of the guarantee judge, comparing it with some models present in external legal systems, as well as facing the grounds presented by the Federal Supreme Court that cautiously suspended its validity since 2020, therefore, answer if there are legal and scientific foundations to support the implementation of the guarantees judge in Brazil. It is concluded that impartiality can only be exercised in an accusatory-type system, with the guarantees judge functioning as a vector for maximizing the fundamental right to impartial criminal jurisdiction.

Keywords: Criminal Procedure; Imparciality; Guarantees Judge; Epistemology; Cognitive Psychology.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1	Quadro comparativo entre as heurísticas da representatividade e da disponibilidade	89
Figura 2	Experimento do fumante habitual	103
Figura 3	Cálculo baseado na quantidade mínima de novos cargos para atender a nova sistemática.....	142
Figura 4	Cálculo estimativo do custo dos novos cargos para atender a nova sistemática	142

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AJUFE	Associação dos Magistrados dos Juizes Federais do Brasil
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONAMP	Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
CPP	Código de Processo Penal
PSL	Partido Social Liberal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
trad.	Tradutor

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	17
2.1	As raízes históricas dos sistemas processuais penais	20
2.2	Os sistemas acusatório e inquisitório e a sua delimitação a partir do núcleo fundante e do princípio informador	27
2.3	Os sistemas processuais penais na realidade brasileira	36
3	O BINÔMIO PROVA-VERDADE E O PROBLEMA DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ: DIALOGANDO COM A EPISTEMOLOGIA	44
3.1	A verdade como objetivo inalcançável em face das limitações ao conhecimento humano	45
3.2	A compreensão da verdade no processo judicial: o vazio epistemológico do discurso da verdade real	49
3.3	Os poderes instrutórios do juiz no contexto da busca pela verdade real e da nova lógica trazida pela Lei nº 13.964/2019	59
4	A TOMADA DE DECISÃO CRIMINAL À LUZ DA PSICOLOGIA	76
4.1	Apontamentos sobre a psicologia comportamental cognitiva, a resolução de problemas e a tomada de decisões	79
4.2	As heurísticas na tomada de decisão criminal	87
4.2.1	<i>Heurística da representatividade</i>	89
4.2.2	<i>Heurística da disponibilidade</i>	92
4.2.3	<i>Heurística da ancoragem</i>	93
4.2.4	<i>Heurística da perseverança da crença (Viés de Confirmação)</i>	95
4.2.5	<i>Heurística do excesso de confiança, heurística da correlação ilusória e a heurística do afeto</i>	100
4.3	A teoria da dissonância cognitiva	101
5	O JUIZ DE GARANTIAS	114
5.1	O instituto no direito estrangeiro	117
5.1.1	<i>O modelo italiano</i>	117
5.1.2	<i>O modelo francês</i>	119
5.1.3	<i>O modelo espanhol</i>	122

5.1.4	<i>O modelo chileno</i>	123
5.2	O instituto no direito brasileiro (Lei nº 13.964/2019): O juiz de garantias como vetor de maximização do direito fundamental à jurisdição penal imparcial	130
5.3	A suspensão cautelar pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 6.298	141
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	148
	REFERÊNCIAS	151

1. INTRODUÇÃO

Atribuir ao Poder Judiciário o dever de julgar as ações penais que poderão sentenciar os sujeitos a constrição de sua liberdade, um dos direitos mais caros à dignidade da pessoa humana, é justamente o que torna essencial o exercício de uma jurisdição penal imparcial ao longo de todo o processo. Ocorre que apenas um tipo de sistema processual é apto a fornecer condições para a existência dessa imparcialidade, sendo ele o sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988, que coloca cada parte no seu devido lugar processual, de modo equidistante (acusação, defesa e julgador), atribuindo a gestão da prova às mãos das partes, e prezando pelo devido processo legal, pelo contraditório e pela ampla defesa.

Não obstante, o Código de Processo Penal de 1941, que foi elaborado com claras características totalitárias, traz em seu corpo diversos dispositivos de caráter eminentemente inquisitório, que permitem a iniciativa probatória do juiz em ambas as fases do processo em nome da busca da verdade real, mesclando as funções do julgador com as funções do órgão de acusação, e permitindo, assim, a contaminação psicológica do magistrado em prejuízo ao resultado de mérito da causa, circunstâncias estas que vão em via de contramão à sistemática garantista estabelecida na Constituição.

Para tentar resolver este problema, alguns projetos legislativos vinham debatendo formas de adequar o processo penal à Constituição, e de garantir um melhor exercício da imparcialidade, o que o levou a se tornar uma verdadeira colcha de retalhos, ora trazendo características acusatórias, ora trazendo características inquisitórias, sendo além de contraditório com a Constituição, contraditório em si mesmo. Uma das reformas previstas foi objeto do Projeto de Lei nº 8.045/2010, que até hoje não foi aprovado, o qual visava uma reestruturação global do Código de Processo Penal, tendo sido a primeira proposta legislativa a trazer a previsão do juiz de garantias para ser implementado no ordenamento jurídico pátrio.

Todavia, antes mesmo de ser aprovado o referido projeto, a Lei nº 13.964/2019 saiu vitoriosa (ou nem tanto), tendo sido responsável pelas previsões normativas do art. 3º-A ao 3º-F, os quais expressamente atribuíram a estrutura acusatória para o processo penal brasileiro, a vedação à iniciativa probatória do juiz e à substituição da atuação probatória do órgão de acusação, além de implementar a figura do juiz de garantias, que tão somente passa a ser responsável pelos atos decisórios das investigações preliminares até o recebimento/rejeição da denúncia ou da queixa. Todos esses novos regramentos teriam o condão de maximizar o grau de imparcialidade observado nas relações processuais penais hodiernas, que na maioria das

vezes não passam de um mero simulacro para confirmar a versão da investigação preliminar, em arrepio das garantias constitucionais.

Contudo, a vigência dos dispositivos acima elencados foi suspensa por tempo indeterminado pelo Ministro Luiz Fux, em data de 20 de janeiro de 2020, em sede de julgamento da medida cautelar requerida na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 6.298 (a qual reuniu as demais ADIs com o mesmo enfoque), tendo elas sido impetradas pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB e Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE, ADI de nº 6.298, pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, ADI nº 6.305, pelos partidos PODEMOS e CIDADANIA, e PSL, ADIs de nº 6.299 e nº 6.300, respectivamente, matéria pendente de julgamento de mérito até a presente data.

Por conseguinte, o objetivo geral do trabalho é analisar, a partir de um estudo transdisciplinar com a epistemologia, com a psicologia cognitiva e com a psicologia comportamental, a existência de condições para o exercício da imparcialidade no Direito Processual brasileiro e a (in)dispensabilidade da implementação da figura do juiz de garantias trazida pela Lei nº 13.964/2019 para atingir o referido objetivo, com o fim de alcançar-se um Processo Penal conforme a Constituição.

Para tanto, no Capítulo 1 busca-se situar o problema, abordando-se desde as raízes históricas dos tipos de sistemas processuais penais existentes (acusatório e inquisitório) até as suas características e fundamentos nos ordenamentos jurídicos modernos (gestão da prova nas mãos das partes ou do juiz), além de analisar qual o sistema adotado pela Constituição e como ele é contrariado pela sistemática do Código de Processo Penal atual, como já brevemente adiantado.

Já no Capítulo 2, pretende-se averiguar o vazio epistemológico do discurso da verdade real, fundamento do processo do tipo inquisitório, explorando os obstáculos provocados pela apreensão imperfeita da realidade pela criatura humana, que dependem de limitações cognoscitivas e dos nossos sentidos limitados. Além disso, será aberto o debate para averiguar como a “verdade” faz-se introduzir no processo por meio da produção de provas, com enfoque na gestão de provas nas mãos do julgador, averiguando as consequências dos poderes instrutórios do juiz para um Processo Penal conforme à Constituição e os efeitos jurídicos e psíquicos disso para o resultado de mérito da causa.

No Capítulo 3, por sua vez, investigam-se os processos cognitivos involuntários que ocorrem no subconsciente humano no momento da tomada de decisão judicial criminal, que podem sujeitar o julgador a inúmeras heurísticas e vieses que têm o condão de influenciar o resultado da demanda. Além disso, se examina o sofrimento psicológico (dissonância cognitiva)

experimentado pelo julgador após a tomada de uma decisão ou de uma primeira impressão, assim como quando é confrontado com teses ou decisões contrárias à escolha eleita por si e de que modo isso influencia no resultado do processo, para extrair como tudo isso repercute na sua imparcialidade.

Por fim, no Capítulo 4, busca-se apurar a nova sistemática trazida pela Lei nº 13.964/2019, com a implementação do juiz de garantias, comparando-o com alguns modelos presentes em ordenamentos jurídicos externos, bem como enfrentando os fundamentos apresentados pelo Supremo Tribunal Federal, que suspendeu cautelarmente sua vigência, para, ao final, responder se existem fundamentos jurídicos e científicos para sustentar a implementação do supracitado instituto no Brasil.

A pesquisa apresentada, pois, enquadra-se na linha 1 de pesquisa “Direitos Fundamentais e Políticas Públicas”, deste Programa de Pós-Graduação em Direito, eis que objetiva analisar de forma crítica e transdisciplinar a existência de condições para o exercício da imparcialidade no Direito Processual brasileiro e a (in)dispensabilidade da implementação da figura do juiz de garantias, trazida pela Lei nº 13.964/2019, para atingir o referido objetivo.

A metodologia empregada no presente trabalho é bibliográfica e documental, com consulta à doutrina e legislação nacional e internacional. Quanto à natureza, a metodologia é qualitativa, uma vez que explora a compreensão do tema por uma perspectiva subjetiva, não quantificável. Quanto aos fins, a metodologia é descritiva e exploratória, pois interpreta fatos e normas relativos ao tema, visando ao aprimoramento das ideias e desafiando pesquisas vindouras. Busca apresentar um viés propositivo e pós-crítico ao tema que vem sendo objeto de discussão pelo STF.

2. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Inicialmente, é de relevância destacar qual a importância do estudo dos sistemas processuais penais para a devida compreensão acerca da garantia fundamental da jurisdição penal imparcial, tema que se relaciona diretamente com a vontade legislativa de incorporar a figura do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 13.964/2019. O estudo dos sistemas no processo penal auxilia na identificação das condições de existência de imparcialidade em determinado regime jurídico, a partir do entendimento acerca da posição do juiz no processo penal, distinguindo quais liberdades de gestão de prova são atribuídas a ele e de que modo a referida postura ativa do juiz impacta no resultado final do processo.

Assim, para depreender as razões que motivaram a escolha política dos legisladores a buscar a alternativa do juiz das garantias para aplicá-la no Brasil, não há como dissociar do seu estudo a análise do binômio *sistemas e imparcialidade*.

Os sistemas processuais penais são intrinsecamente ligados ao regime político dominante em determinada sociedade. Certamente, é no Direito Penal que se percebe a ideologia política mais evidentemente do que em outras áreas do sistema jurídico, ao passo que é no Direito Processual Penal que se percebem em destaque as manipulações do poder político em favor (ou desfavor) da sociedade, em uma luta cujos holofotes recaem sobre a balança entre o poder de punir e as liberdades dos cidadãos, sempre pendendo para um dos lados a depender do momento histórico em que se encontra inserida¹. Na história do direito, observa-se que se alternavam regimes de caráter opressor e regimes cujas concessões de liberdades eram as mais amplas possíveis, sendo os sistemas acusatório e inquisitório os reflexos do processo penal em resposta às exigências do Estado da época.

Não se objetiva aqui a digressão histórica aprofundada dos sistemas acusatório e inquisitório, os quais tiveram origem ainda na Antiguidade Grega e Romana, embora seu estudo seja reconhecidamente importante². Todavia, a proposta deste primeiro tópico é delinear noções mínimas de como os referidos sistemas surgiram ao longo do tempo, a fim de averiguar as condições de existência de imparcialidade deles em cada um dos ordenamentos jurídicos que tiveram vez. É certo que o sistema acusatório prevalece nos países que respeitam em maior grau a liberdade individual dos seus jurisdicionados e que possuem uma sólida base democrática,

¹ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução crítica. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 213.

² Para melhor compreensão do assunto indica-se a obra: MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

enquanto que, em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina em países de maior opressão, caracterizados pelo autoritarismo, cujo poder estatal é ultravalorizado³. Nesse sentido, Teodoro Silva Santos apregoa que “...a narrativa de cada época embasou a formação dos sistemas processuais, por contemplarem os acontecimentos vividos em determinada sociedade, sendo as intervenções estatais guiadas pelo reflexo dessa vivência”⁴.

O aperfeiçoamento das sociedades, as quais passaram a organizar-se com maiores especificidades, acrescida da necessidade de plataformas para as resoluções de conflitos, de forma a preservar o conjunto social, foram as principais causas de sistematização dos métodos de implementação do direito, em especial o direito penal e processual penal.⁵ Mas o que pode ser entendido como sistema jurídico?

Quando se pensa na palavra *sistema* imediatamente saltam aos olhos a lembrança de um conjunto organizado de elementos independentes, cada qual com as suas próprias características e funções, que, reunidos, formam um todo ordenado e colaborativo, a exemplo do sistema digestivo ou do sistema cardíaco estudados nas aulas de biologia. Contudo, analisando o termo pela ótica jurídica, ao fazer-se alusão a um *sistema processual*, quer com isso em geral remeter-se a um conjunto de princípios e regras que orientam a processualística em um determinado ordenamento jurídico estabelecido.

Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁶, na ciência jurídica pode-se definir sistema como um conjunto de elementos que se relacionam entre si por meio de um princípio unificador, formando um todo pretensamente orgânico, com o objetivo de alcançar determinada finalidade. Complementa Paulo Rangel⁷, ao referir-se especificamente ao sistema processual penal, que este se trata de um “...conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”. Em suma, pois, para se conceber o que de fato traria a noção de um *sistema processual penal*, basta considerar um conjunto de normas e instrumentos legais

³ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução crítica. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 214.

⁴ SANTOS, Teodoro da Silva. **O Juiz das Garantias sob a Ótica do Estado Democrático de Direito**: A adequação ao ordenamento jurídico brasileiro. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 40.

⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 83.

⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.16.

⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p 49.

reunidos sob a orientação de um princípio norteador, isto é, a ideia fundante que justificará as premissas dela decorrentes⁸.

Esclareça-se que a elaboração dos sistemas processuais penais ao longo do tempo partiu de certas idealizações de quem as conceituou. É dizer, diante desses tipos ideais poder-se-ia cair na armadilha de conceber a existência de sistemas puros, herméticos, impassíveis de sofrer qualquer influência de características de outro sistema. Contudo, tal concepção trata-se de uma falácia, vez que os referidos padrões invariavelmente serão descumpridos à medida que cada sociedade adota particularidades naturalmente desalinhadas com o ideal concebido na teoria, que historicamente serão marcadas por tensões políticas de cada época⁹. Por esse motivo, Teodoro Silva Santos, em consonância com os autores ora citados, aduz que “...quando se pretende distinguir esses sistemas, busca-se identificar o princípio informador daquela conjuntura procedimental então analisada, determinante para nortear a atuação dos sujeitos processuais”¹⁰.

Adiante-se, a propósito, que esta é a razão de não se considerar no presente trabalho o denominado *sistema misto*. Não se desconhece que há aqueles que defendem a existência deste suposto terceiro sistema, o qual teria surgido com o *Code d’Instruction Criminelle* francês, no século XIX, em 1808, com traços essenciais provenientes de ambos os sistemas supracitados. Ocorre que, adiantando-se o debate, não há como se conceber um sistema misto quando na realidade nunca existiu qualquer sistema puro desde o princípio¹¹. O que haveria de se identificar, na realidade, seria o princípio fundante de cada sistema, para então classificá-lo, ainda que este possuísse eventuais características pertencentes ao sistema oposto. Aury Lopes Júnior, a propósito, arremata: “...não existe um princípio fundante misto, o misto deve ser visto como algo que, ainda que mesclado, na essência é inquisitório ou acusatório, a partir do princípio que informa o núcleo”¹².

Nesta senda, o modo mais fácil de discernir um sistema processual penal é identificando o seu princípio informador, que pode ser o *inquisitivo*, que representa a gestão da prova concentrada na pessoa do juiz, ou o *dispositivo*, o qual destina a gestão da prova às partes

⁸ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/7262>>. Acesso em: 24 jun. 2020. p. 70.

⁹ SANTOS, Teodoro da Silva. **O Juiz das Garantias sob a Ótica do Estado Democrático de Direito**: A adequação ao ordenamento jurídico brasileiro. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 40.

¹⁰ SANTOS, Teodoro da Silva. **O Juiz das Garantias sob a Ótica do Estado Democrático de Direito**: A adequação ao ordenamento jurídico brasileiro. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 40.

¹¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 44.

¹² LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 215.

processuais. Segundo conclui Ruiz Ritter¹³, pode-se estabelecer como núcleo fundante do processo penal a gestão da prova, ao passo que os princípios norteadores seriam o dispositivo e o inquisitivo, como informadores de cada sistema. A partir desta concepção, consegue-se facilmente vislumbrar as condições de existência ou não de imparcialidade para o exercício da jurisdição, de acordo com a forma ativa ou omissa do juiz no azo da produção probatória ao longo da ação penal.

Realizada esta abordagem, inicia-se a análise dos sistemas processuais penais historicamente concebidos na evolução do direito, perquirindo as suas características desde os modelos clássicos até os modelos contemporâneos.

2.1 As raízes históricas dos sistemas processuais penais

Ao se conceber o Direito como produto da cultura, torna-se impossível compreendê-lo fora do seu contexto histórico. Em geral aponta-se que o sistema acusatório surgiu em sua maneira primitiva na Grécia antiga, notadamente no processo ateniense, considerando que o direito grego era dotado de uma pluralidade de sistemas jurídicos os quais divergiam de cidade para cidade¹⁴.

A justiça ateniense foi a pioneira em distinguir a concepção de delitos públicos (de interesse coletivo) e de delitos privados (de interesse individual)¹⁵, detendo a competência para iniciar a persecução penal, no caso dos primeiros, qualquer indivíduo que fosse considerado cidadão do povo, e no caso dos segundos, a parte que fora lesada ou quaisquer dos seus ascendentes e descendentes. Referidas atribuições eram um reflexo da organização política da sociedade ateniense, a qual compactuava com a soberania popular, precisamente o que deu margem para a participação direta do povo no exercício da acusação¹⁶.

Pode-se resumir as características do processo penal ateniense nos seguintes elementos: a) tribunal popular, conforme organização política de soberania do povo; b) acusação popular, faculdade conferida a qualquer cidadão para apresentar demandas de delitos

¹³ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

¹⁴ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I**: fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 269.

¹⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 86.

¹⁶ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 14.

públicos ou privados; c) igualdade entre acusador e acusado, os quais exerciam um debate sob o manto do contraditório; d) produção probatória a cargo das partes; e) publicidade e oralidade do juízo. Dentre elas, a separação das funções de acusar e julgar fundava um traço marcante no sistema acusatório, que viria a ser reproduzido de diferentes maneiras, seja em maior ou menor grau, nos demais modelos do referido sistema em outras sociedades e conjunturas políticas¹⁷.

Já em Roma, dado o vasto lapso temporal no qual se estendeu o seu antigo regime (mais de 1300 anos), tendo diferentes morfologias, tanto de aproximação quanto de afastamento do núcleo acusatório, pode-se vislumbrar mais nitidamente a relação entre o processo penal e a ideologia política dominante, haja vista que durante o referido período foram observadas as mudanças lentas e graduais de diversos tipos de organização políticas e, conseqüentemente, de sistemas jurídicos¹⁸. As fases da Monarquia, da República e do Império correspondem respectivamente aos sistemas procedimentais penais conhecidos por *cognitio*, *accusatio* e *cognitio extra ordinem*¹⁹.

O formato do procedimento denominado de *cognitio*, iniciado no período monárquico, permitia amplos poderes ao magistrado, a quem era facultado agir de ofício para perquirir, acusar e julgar a prática de delitos, esclarecendo os fatos da forma que bem entendesse e proferindo ao final a sentença²⁰. Não haviam regras processuais definidas para a instrução e o julgamento da causa, sendo amplos os poderes do magistrado, o que por si só revela um aspecto relevante da época, qual seja, a clara delegação do poder real do Monarca aos julgadores, o qual não admitia limitações, tampouco se preocupava com condições de existência de imparcialidade²¹. Empós, na vigência da República, a *accusatio* surgia como adaptação do antigo processo às novas exigências sociais, representando um sistema processual penal reestruturado, com significativa redução do poder outrora concedido aos magistrados, o que representou um profundo marco de inovação no Direito Processual Penal Romano²².

¹⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 86.

¹⁸ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 16.

¹⁹ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I**: fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 272.

²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. - 6 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 216.

²¹ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 17.

²² SANTOS, Teodoro da Silva. **O Juiz das Garantias sob a Ótica do Estado Democrático de Direito**: A adequação ao ordenamento jurídico brasileiro. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 40.

O magistrado já não possuía poderes ilimitados, tampouco acumulava as funções de julgar e acusar, consoante narra Aury Lopes Jr., “...tratando-se de *delicta publica*, a persecução e o exercício da ação penal eram encomendados a um órgão distinto do juiz, não pertencente ao Estado, senão a um representante voluntário da coletividade (*accusator*)”²³. Assim, o poder de acusar foi repassado ao povo, que por meio de um representante voluntário exercia a acusação, consagrando-se os postulados *ne procedat iudex ex officio*²⁴, isto é, não se admitindo denúncia anônima, tampouco a iniciação de um processo sem um acusador legítimo, e *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*, o qual exigia que ninguém poderia ser levado a juízo sem uma acusação formal e legítima²⁵.

Com o passar do tempo, todavia, este sistema não se mostrou mais suficiente para a reprimenda da prática de delitos na sociedade, além de possibilitar graves inconvenientes, tais quais persecuções iniciadas pelo simples ânimo de vingança, e, de outra parte, a garantia da impunidade de criminosos, ao inexistir quem se dispusesse a acusá-lo²⁶. A insatisfação com esse modelo de sistema acusatório, ao lado do momento político de deslocamento da fonte de soberania para o Imperador, no qual a noção de soberania popular já não encontrava mais espaço, consoante apregoa Aury Lopes Jr., “...foi a causa de que os juízes invadissem cada vez mais as atribuições dos acusadores privados, originando a reunião, em um mesmo órgão do Estado, das funções de acusar e julgar”²⁷.

Nesse contexto, logo surgiu um procedimento extraordinário para a persecução penal, denominado de *cognitio extra ordinem*, que substituiria o procedimento anterior sempre que não houvesse acusador popular. Neste, a investigação passou a ser conduzida por agentes estatais (*curiosi, nunciatores, stationarii*, etc.), os quais traziam a acusação a conhecimento dos juízes²⁸. Contudo, não demorou muito para que os juízes comesçassem a proceder de ofício, sem acusação formal, realizando eles mesmos a investigação, com a máxima disposição de descobrirem a verdade real, e, empós, procedendo à sentença, resultando na reunião das funções

²³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. - 6 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 216.

²⁴ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 278.

²⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 89-90.

²⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 91.

²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. - 6 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 217.

²⁸ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 20.

de acusar e julgar em um único órgão estatal. Como resultado dessa nova *cognitio*, Maier aponta “...*el triunfo de la inquisición pública, secreta y escrita que ganó considerable terreno frente al debate oral y, por ende, la pérdida de posiciones del acusado, ahora perseguido de oficio [...]*”²⁹.

É dizer, os traços elementares do sistema inquisitório voltaram a ter vez neste tipo de sistema processual, adequando-se ao novo regime político autoritário e centralizador dos Imperadores romanos, que mais tarde, séculos depois, culminaram na Inquisição da Igreja Católica, a partir do final do século XII³⁰. Com o fim do Império Romano no Ocidente, a sua tradição jurídica acabou quase sendo esquecida, se não fosse a conservação pelo Direito Canônico e pelas universidades³¹.

Ao encarar o sistema de organização da sociedade na Idade Média, Roberta Andrade expõe que se apresentava um contexto de microrrealidades distintas, nas quais o Clero, os soldados e os servos seguiam a regramentos específicos. Isto porque a crise da estrutura político administrativa romana abriu caminho para um sistema de poder descentralizado, com a soberania pulverizada em múltiplas esferas de governo, dispostos autonomamente em face dos reinos³².

Ao longo da Baixa Idade Média, o reduzido papel da justiça possibilitou a ascensão de uma jurisdição eclesiástica que se acomodou em um eficiente poder centralizado, distribuído ao longo dos territórios feudais³³. Consoante Mauro Andrade Fonseca, a adoção do catolicismo como religião oficial por vários feudos foi um marco para a reinserção e difusão do sistema inquisitório na sociedade, tendo em vista que após a queda do Império Romano e conseqüentemente do modelo de *cognitio extra ordinem*, houve a preservação e recuperação de suas características por meio do Direito Canônico³⁴. No mesmo sentido, Khaled Júnior afirma

²⁹ Tradução livre: o triunfo da inquisição pública, secreta e escrita que ganhou considerável terreno a frente do debate oral e, por fim, a perda de posição do acusado, agora perseguido de ofício. (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 287).

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. - 6 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.17.

³¹ KHALED Jr., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 34.

³² WOLKMER, Antônio Carlos. Síntese de uma História das Ideias Jurídicas da Antiguidade Clássica à Modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 37-38. *In*: ANDRADE, Roberta Lofrano. **Uma leitura constitucional do Direito Processual Penal frente à política criminal expansionista: a necessária implementação de um (verdadeiro) sistema acusatório**. 2013.267 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. Disponível: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3709>. Acesso em: 16/06/2022.

³³ SANTOS, Teodoro da Silva. **O Juiz das Garantias sob a Ótica do Estado Democrático de Direito: a adequação ao ordenamento jurídico brasileiro**. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 55.

³⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 37.

que foi obra do Direito Canônico do Medievo a transformação dos referidos elementos de instituições laicas para a jurisdição eclesiástica, com o auxílio dos estudantes das universidades, notadamente os juristas da Universidade de Bolonha e intelectuais da Escola de Paris³⁵.

A jurisdição eclesiástica, inicialmente responsável por julgar apenas os membros da Igreja Católica, no decorrer do tempo foi expandindo sua competência para julgamento de todos aqueles indivíduos que de algum modo contrariassem os preceitos da fé cristã, o que revelava a ânsia de universalização da Igreja Católica³⁶. As mudanças foram significativas, alcançando todas as classes de delitos daquela época, em uma verdadeira confusão entre crime e pecado, tendo em vista que se passou a tratar o crime como um problema de salvação da alma, encarando-se a punição como única forma de expiação da culpa, o que, conseqüentemente, ampliou a autoridade eclesiástica para uma enorme gama de infrações.

Ao mesmo tempo, para que fosse possível o nascimento do Estado, tornou-se imprescindível a centralização do poder decisório na pessoa do soberano, o que culminou no absolutismo na figura do rei, reunindo as funções de legislar, administrar e julgar e provocando conflitos entre o poder real e o poder feudal. Vencida a disputa pelo monarca, a centralização de poder fez com que o direito germânico tradicional (local e popular) fosse consumido por características do antigo regime romano imperial (*cognitio extra ordinem*), o qual, como visto, havia sido conservado pelas universidades e reincorporado pela Igreja Católica³⁷.

A partir de então, passou-se a observar um estreitamento na relação entre a Igreja e o Estado, que permitiu a ascensão do sistema inquisitório. Em 1184, a primeira bula papal foi proclamada, a qual denominou-se de *Ad Abolendam*, tendo sido a pioneira medida adotada contra os hereges na Europa. Referida bula concedia uma gama de poderes aos eclesiásticos, que, com o auxílio imperial, investigavam a prática de infrações aos mandamentos da fé cristã. Na seqüência do enredo histórico, o Papa Inocêncio III, no IV Concílio de Latrão em 1215, instituiu o procedimento inquisitório, autorizando a denúncia anônima como forma de iniciar uma investigação, evidenciando o caráter supérfluo da acusação formal.

Além disso, a bula instituiu a obrigatoriedade de confissão anual de todos os pecados, o que funcionava como uma forma de monitorar possíveis heresias por parte dos devotos da

³⁵ KHALED Jr., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 34.

³⁶ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 24.

³⁷ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 25.

comunidade³⁸. Em 1231, o Papa Gregório IX instituiu o Tribunal da Inquisição, o qual se consolidou por meio da Bula *Ex Excomuniamus*, descentralizando o combate aos hereges, de modo que cada eclesiástico pudesse *in loco* perseguir, investigar e condenar os responsáveis. Duas décadas depois, no ano de 1252, foi instituído ainda a Bula *Ad extirpanda*, de Inocêncio IV, constituindo tribunais organizados e sistematizados difundidos por toda a Europa para o combate às heresias.

Ademais, autorizou-se a tortura como meio idôneo de produção probatória, recomendando-se aos clérigos persecutórios que fossem coagidos os hereges e aprisionados, sem que, no entanto, houvesse a amputação de seus membros ou risco de morte para os torturados. As torturas obedeciam a um procedimento que permitisse sofrimento suficiente para que o acusado pudesse confessar sua culpa e, ainda assim, estivesse vivo no momento da punição³⁹. Inseriu-se, pois, a Inquisição em um contexto autoritário, de intolerância, no qual toda e qualquer diferença deveria ser eliminada. Em dura crítica ao período histórico, Jacinto Coutinho apregoa que o Tribunal da Inquisição foi o maior engenho jurídico que o mundo conheceu, de viés cruel, “...sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno), persistindo por mais de 700 anos”⁴⁰.

Essa busca pela verdade desenfreada (verdade como meta do processo)⁴¹, onde quaisquer meios justificavam os fins, fez com que antigos postulados romanos fossem abandonados paulatinamente, como o *ne procedat iudex ex officio*, admitindo-se na lógica da Inquisição processos iniciados de ofício pelos inquisidores, com base até mesmo em denúncias anônimas, e o *actus trium personarum*, concentrando as distintas funções de acusar e julgar em uma só pessoa, o inquisidor, como destaca Jacinto Coutinho, “...ao inquisidor cabe o mister de

³⁸ SANTOS, Teodoro da Silva. **O Juiz das Garantias sob a Ótica do Estado Democrático de Direito: a adequação ao ordenamento jurídico brasileiro**. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 57-8.

³⁹ SANTOS, Teodoro da Silva. **O Juiz das Garantias sob a Ótica do Estado Democrático de Direito: a adequação ao ordenamento jurídico brasileiro**. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 58.

⁴⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. 2015. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>. Acesso em 24/06/2022.

⁴¹ Khaled Jr. esclarece que “De fato, a busca obsessiva - e patológica - pela verdade é uma característica marcante do sistema inquisitório, o que é facilmente observável através da compreensão dos mecanismos utilizados para sua produção. No campo probatório, desapareceram os últimos resquícios do sistema germânico: a prova passou a ser - como em Roma - um meio de fixação de verdade. No entanto, antes de ser um mecanismo supostamente apto a revelar a verdade correspondente, o processo inquisitório foi - e permanece sendo - um instrumento através do qual o poder se faz presente em busca de seus próprios fins. Cultivada por uma cultura paranoica, essa máquina tendia a ser legalmente amorfa, pois as normas permaneciam no papel: o juiz era quase onipotente e o processo era matéria indefinidamente manipulável. Com a revolução inquisitória, o juiz deixou de ser um espectador impassível e tornou-se protagonista do sistema”. (KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade do processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 49).

acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido”⁴².

Para Aury Lopes Jr., o modelo inquisitório muda a fisionomia do processo de maneira radical, uma vez que “...o que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado”⁴³. É dizer, o juiz era o protagonista na lógica inquisitória⁴⁴, não admitindo-se qualquer nível de imparcialidade, já que esta era tida como cumplicidade com o demônio em um contexto no qual o acusado era visto como o inimigo que deveria ser combatido por afastar-se das verdades católicas.

Assim, sintetizando os elementos característicos do modelo inquisitório da Igreja Católica, Ruiz Ritter aponta: a) caráter universal das denúncias; b) sigilo da identidade do acusador e dos autos do processo; c) inexistência de separação das funções de acusar e julgar; d) sistema tarifado de prova, cuja confissão tratava-se da prova máxima; e) tortura como meio legítimo de obtenção de prova; f) inexistência de contraditório e de ampla defesa; g) inversão da presunção de inocência, posto que qualquer indício equivalia à semiprova, que por sua vez comportava juízo de semiculpa e, conseqüentemente, semicondenação⁴⁵.

O referido sistema só veio a encontrar resistência no século XVIII, momento no qual os ideais iluministas inspiraram a mudança do sistema de administração da justiça, cujo marco político fora inquestionavelmente a Revolução Francesa de 1789, a qual defendeu princípios tais como a valorização do homem como ser humano, efetivamente sujeito de direitos, buscando a mudança da mentalidade para não mais encará-lo como mero objeto processual, o que era uma forma de justificar a sua submissão a tortura e a penas cruéis à época da Inquisição.

O novo sistema idealizado por Napoleão (um ditador), consagrou-se por meio do Código de Instrução Criminal de 1808 (*Code d’Instruction Criminelle*) e separava o processo

⁴² LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. - 6 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 226.

⁴³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. - 6 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 222.

⁴⁴ Na visão de Alexandre Morais da Rosa, o modelo inquisitório se desenvolveu todo no sentido de centralização do poder repressivo, com a atuação *ex officio* por parte do órgão judicante, desprezando-se qualquer manifestação de defesa por parte do acusado. Leciona, ainda que “O magistrado passa de espectador para o papel de protagonista da atividade de resgatar subjetivamente a verdade do investigado (objeto), desprovido de contraditório, publicidade, com marcas indelévels (cartas marcadas) no resultado, previamente colonizado. Assume, para tanto, uma postura paranóica na gestão da prova, longe do *fair play*”. (ROSA, Alexandre de Morais. **A Teoria dos Jogos aplicada ao Processo Penal**. - 2 ed. - Santa Catarina: Empório do Direito, 2015. p. 57)

⁴⁵ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 33.

penal em duas fases, se instruindo para depois se levar a demanda a juízo. O Estado visava seguir mantendo o seu poder de punir sem relegá-lo em sua totalidade aos particulares, tampouco sem perder as rédeas da função da persecução penal. Assim, a saída encontrada fora separar as atividades de acusar e julgar a órgãos e pessoas distintas, mantendo a acusação sob o monopólio do Estado, todavia realizada por um terceiro distinto do órgão jurisdicional. Eis aqui a origem histórica do Ministério Público⁴⁶.

A primeira fase, pois, denominada de instrução, procedia-se com elementos característicos do sistema inquisitório, tendo em vista que competia ao juiz-instrutor conduzir uma investigação sigilosa, com o fim de apurar a existência de indícios de autoria e materialidade de práticas criminosas, de modo a preparar o caminho para a instauração da ação penal, sem a participação da defesa. Já na segunda fase, denominada de juízo, os atos eram praticados publicamente e de maneira oral perante um tribunal colegiado ou um júri, cujo princípio reinante tratava-se da dialeticidade, onde havia espaço para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Em relação ao referido modelo, convencionou-se chamar de *sistema misto*, em razão da suposta mescla das características dos sistemas inquisitório e acusatório. Contudo, trata-se de verdadeira impossibilidade epistemológica falar-se em “sistema misto”, tendo em vista que hoje não existem os sistemas puros, que são considerados modelos históricos. Em certa medida, na contemporaneidade, todo o ordenamento jurídico processual penal detém características híbridas dos modelos acusatórios e inquisitórios, devendo-se observar o núcleo fundante e o princípio informador e unificador do conjunto, que trata do eixo em torno do qual se constrói toda a compreensão sistêmica da estrutura a ser estudada. Assim, passa-se agora a analisar a delimitação das características dos sistemas atuais, a partir da identificação do seu núcleo fundante e do seu princípio informador.

2.2 Os sistemas acusatório e inquisitório e a sua delimitação a partir do núcleo fundante e do princípio informador

Ainda se considera de relevância o estudo dos sistemas processuais penais, muito embora há quem defenda o exaurimento da discussão, em razão da ausência de novas possíveis contribuições para a prática do direito processual hodiernamente, o qual deveria ser analisado

⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. - 6 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 229.

em cotejo com a Constituição Federal e com os Tratados de Direito Internacional⁴⁷. Contudo, como já adiantado em tópico anterior, o tipo de sistema processual adotado por determinado ordenamento se relaciona diretamente com a possibilidade de existência de uma jurisdição penal imparcial, elemento este que se revela essencial para um Estado que se diga Democrático de Direito. É dizer, a partir do entendimento da posição das partes no jogo processual, assim como da análise de suas atribuições de gestão da prova, ponto nevrálgico da processualística penal, pode-se identificar com maior destreza quais dos modelos se prestam ao Estado Democrático de Direito e à Constituição.

E não somente em razão disso, como também se considera válida a reflexão precipuamente para que os operadores do direito entendam a nova inquisitorialidade, que, longe de ter sido extinta, permanece infiltrando-se nos ordenamentos jurídicos atuais, muito embora divirja do modelo histórico da inquisição. O fato é que a inquisitorialidade não se resume ao modelo adotado no século XIII, e, para não se incorrer no risco de repetir práticas históricas desastrosas, revela-se de salutar importância a boa compreensão de seus elementos característicos, cujos sistemas de referência ajudam a denunciar⁴⁸. Ademais, o estudo da temática também amplia a visão reducionista de sistemas puros, trazendo à lume a necessidade de identificar-se o núcleo fundante e o princípio informador do sistema estudado, momento a partir do qual a análise de sua democraticidade fica facilitada.

Como visto, os sistemas, quando postos em prática, não permanecem puros, em razão de não serem fruto de teorias filosóficas, mas sim de fatores políticos, de escolhas legislativas, que optam por uma ou outra ideia fundante, a qual relaciona-se a um princípio informador e

⁴⁷ “Se é impossível um sistema misto, qual o sentido em se continuar insistindo no dilema acusatório versus inquisitório? Nenhum. Trata-se de dilema a ser superado pela ausência de efeitos. (...) não há sentido em se invocar conceitos do passado para dar sentido ao presente, no contexto dos sistemas processuais penais, justamente porque a estrutura de pensar se modificou em face do monopólio jurisdicional e constitucional. Isso implica, assim na necessidade de realinhar a noção a partir da leitura dos documentos de Direitos Humanos (Declarações e Pactos Internacionais) e a Constituição da República. Manter-se a noção histórica somente ajuda a obscurecer, confundir e impedir a leitura constitucionalmente adequada dos lugares e funções do e no processo penal, (...)”. (ROSA, Alexandre de Moraes. **A Teoria dos Jogos aplicada ao Processo Penal**. - 2 ed. - Santa Catarina: Empório do Direito, 2015. p. 59) No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. apregoa: “... está na hora de partir para uma terceira fase, inclusive com o abandono dos termos ‘acusatórios’ e ‘inquisitório, pois excessivamente ‘rotulados’, arraigados em visões tradicionais e lutas conceituais infundáveis. (...) Não se pode mais ficar debatendo de forma estéril (e às vezes histórica) conceitos e concepções do século XVIII, ou ainda mais remotas, deixando de lado as novas exigências sociais, processuais e, principalmente, democráticas e constitucionais. (LOPES JR., Aury. (Re)pensando os sistemas processuais penais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. **Boletim Informativo IBRASPP**, São Paulo, ano 03, n. 05, p. 32-36, 2013, p. 33).

⁴⁸ Gloeckner aponta que: “Seria leviano, para não dizer manifestamente irresponsável acreditar e atribuir ao sistema inquisitório um papel de instituto do passado As práticas dos tribunais, atualmente, sufragam a sua sobrevivência, principalmente em países – mormente os da América Latina – que não se despiram de seus códigos autoritários.” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 162).

unificador de um conjunto de elementos colocados em relação entre si, podendo alguns elementos acessórios tanto afastar-se quanto aproximar-se do núcleo.

Esta é a própria noção de sistema trazida por Kant na sua obra *Crítica da Razão Pura*⁴⁹, significando para ele o conjunto de elementos colocados em relação sob uma única ideia. Jacinto Coutinho explica a teoria de Kant aduzindo que a referida ideia única “...seria determinada pela finalidade do conjunto e estaria colocada como princípio de ligação entre os elementos integrantes, logo funcionaria como um princípio unificador, reitor da conexão e, como tal, dado *a priori*”⁵⁰. Destarte, para que se pudesse identificar uma estrutura como sistema na concepção de Kant, seria necessário a determinação do núcleo gestor do conjunto, que se relaciona diretamente com o princípio regente e unificador, que por sua vez visa atingir determinada finalidade.

E é justamente neste ponto que entra o problema epistemológico do “sistema misto”, haja vista que não há como se conceber um sistema regido por uma ideia fundante mista. É dizer, os sistemas são tangenciados por uma única ideia que não comporta divisão, ou seja, inexistem princípios mistos⁵¹. O misto deve ser encarado como uma farsa, na medida em que, ainda que se agregue a determinado sistema elementos acessórios de outro, na essência o princípio que informa o núcleo do referido sistema sempre trará consigo uma única ideia regente, e é ele quem revelará a sua natureza.

Assim, faz-se perfeitamente possível que se tenha um processo de núcleo inquisitório com características do sistema acusatório e vice-versa⁵². Não se olvide que a diferença entre os sistemas não se dá com base em teorias filosóficas, mas sim por opções políticas, com base em juízos de valor que aproximam o sistema acusatório do modelo garantista e o sistema inquisitório do modelo autoritário/repressivo, o que implica na lógica que todos os sistemas são em certa medida mistos.

Mas afinal, quais seriam os possíveis núcleos e princípios informadores dos sistemas processuais penais?

⁴⁹ KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática pura**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Ed. Bilingue. p. IX-LIX.

⁵⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 108.

⁵¹ “... a compreensão de sistema decorre da existência de um princípio unificador, capaz de derivar a cadeia de significantes dele decorrente, não se podendo admitir a coexistência de princípios (no plural) na origem do sistema kantiano. Assim é que no Sistema Inquisitório o Princípio Inquisitivo marca a cadeia de significantes, enquanto no Acusatório é o Princípio Dispositivo que lhe informa”. (ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Florianópolis: EMais, 2015. p. 56-7).

⁵² RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 38.

Para se estabelecer os elementos chave que constituem cada sistema, deve-se raciocinar que a principal finalidade do processo é a reconstrução de um fato histórico (o delito), e como tal, *a prova* é o principal meio de trazer à atividade jurisdicional o conhecimento do fato, de pessoas e de coisas. Assim sendo, Aury Lopes Jr. aponta que a posição do juiz é fundante do processo penal, de crucial importância para o equilíbrio ou desequilíbrio de toda a administração da justiça de um determinado ordenamento jurídico⁵³. Isto porque, a depender da gestão da prova, que pode ser concentrada nas mãos da parte ou nas mãos do juiz, o qual poderá deter iniciativa de ofício para colher elementos, cria-se condições de existência de imparcialidade ou não. Desse modo, é possível identificar como núcleo fundante do sistema processual penal a *gestão da prova*, e, em decorrência, os princípios informadores de cada sistema, o *dispositivo* e o *inquisitivo*⁵⁴.

Neste contexto, na busca pela reconstituição de um fato, dois cenários podem se fazer presentes. De um lado haverá limites na produção probatória, visto que caberá tão somente às partes a iniciativa na colheita de provas (princípio dispositivo), devendo o juiz manter-se em posição de inércia, como mero espectador, o que pode acarretar, inclusive, que este venha a ter que decidir com base em um material defeituoso em razão de uma atividade incompleta das partes (sendo esta a principal crítica ao sistema acusatório).

De outro lado, não existem limites à iniciativa probatória do juiz, que se torna verdadeiro ator na instrução do processo (princípio inquisitivo), o que pode vir a acarretar a busca desenfreada pela “verdade real” e, com base nisso, fundamentar sua decisão em um verdadeiro estado mental paranoico⁵⁵. Nesta ótica, não basta a simples separação das funções de acusar, julgar e defender para que se identifique determinado sistema, posto que referida

⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. - 6 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 212.

⁵⁴ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 38.

⁵⁵ Aury Lopes Júnior aponta que “...se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada). O juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranoicos” (LOPES Jr., Aury. O problema da “verdade” no processo penal. *In*: PEREIRA, Flávio Cardoso (org). Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 64-65) Na ótica de Antônio Wellington Brito Júnior, quando o legislador confere a autoridades diferentes as funções de julgar e acusar, é porque atenta-se para um traço da personalidade humana que é universal: a tendência de apaixonar-se pela obra que produz. Isto quer dizer que o juiz que incursiona em questões atinentes à investigação e à produção de provas faticamente envolve-se pelo quanto produzido, “a ponto de dificilmente modificar suas visões anteriores e superar as primeiras impressões dos conflitos sobre os quais se debruçou”. (BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de Garantias e Discricionariedade Judicial**. - Londrina, PR: Thoth 2021. p. 25) É dizer, o juiz acaba incorrendo nos denominados quadros mentais paranoicos ao assumir a gestão da prova, vez que o resultado do processo se torna um jogo de cartas marcadas previamente colonizado. (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Florianópolis: EMais, 2015. p. 57).

característica não passa de um elemento acessório que pode vir a estar presente em ambos os sistemas⁵⁶.

Na realidade, em que pese os livros de Direito Processual Penal ainda sustentarem em sua maioria uma visão tradicionalista na qual se indique que a separação de funções seriam o traço distintivo entre os sistemas⁵⁷, este elemento revela-se insatisfatório para diferenciá-los, tendo em vista que nada adianta separar as atividades dos atores processuais se ao juiz se permite a iniciativa probatória. E, o grande problema da gestão da prova nas mãos do juiz recai notadamente na impossibilidade de concretizar-se uma jurisdição penal imparcial com um juiz protagonista na instrução do processo.

O binômio *sistemas processuais/imparcialidade* funciona na medida em que a imparcialidade é preservada no modelo acusatório e sacrificada no modelo inquisitório⁵⁸. Daí porque considera-se reducionista a doutrina que foca unicamente no aspecto histórico da separação de funções, posto que é evidente a insuficiência de uma separação inicial de atividades, se, em outros momentos processuais é permitido ao juiz larga iniciativa probatória, papel claramente inquisitorial.

A imparcialidade da jurisdição é o maior pilar estrutural para a concretização de um processo penal constitucional e democrático, como já dizia Goldschmidt⁵⁹, é o princípio supremo do processo (ou pelo menos deveria ser). É ela que dá lugar à observância das garantias

⁵⁶ Aury Lopes Jr. explica que ao lado do núcleo inquisitivo, o qual impõe ao juiz a gestão da prova, podem orbitar características que geralmente circundam o núcleo dispositivo, citando o seguinte exemplo: "... o fato de um determinado processo consagrar a separação (inicial) de atividades, oralidade, publicidade, coisa julgada, livre convencimento motivado etc., não lhe isenta de ser inquisitório. É o caso do sistema brasileiro, de núcleo inquisitório, ainda que com alguns 'acessórios' que normalmente ajudam a vestir o sistema acusatório (mas que por si só não os transformam em acusatório)". (LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. - 6 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 239).

⁵⁷ Consoante leciona Luigi Ferrajoli, as características geralmente tidas como presentes no sistema acusatório seriam a separação rígida entre o juiz e a acusação; a paridade entre a acusação e a defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento. Neste tipo de procedimento, estar-se-ia diante da divisão muito bem delineada entre as funções de julgar, acusar e defender, cabendo a pessoas ou órgãos distintos exercer cada uma delas em igualdade de tratamento, o que garantiria condições para existência do contraditório e da ampla defesa a assegurar o réu um plexo de garantias a serem observadas, posto que não seria encarado como um mero objeto do processo, mas sim como um autêntico sujeito de direitos. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 518.). No mesmo esteio Aury Lopes Júnior aponta que as características geralmente presentes no modelo acusatório caracterizam-se pelos seguintes elementos: a) distinção clara entre as atividades de julgar e acusar, competindo elas a órgãos ou pessoas distintas; b) a iniciativa probatória nas mãos das partes processuais como decorrência lógica do primeiro elemento, mantendo-se o juiz como um terceiro imparcial ao longo de toda persecução penal; c) procedimento predominantemente oral e público; d) o processo é sujeito a contraditório e ampla oportunidade de defesa, sendo regra a igualdade de oportunidades às partes; e) a sentença baseia-se no livre convencimento motivado do órgão jurisdicional. (LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. - 6 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 218).

⁵⁸ LOPES Jr., Aury. O problema da "verdade" no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (org). **Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 66.

⁵⁹ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona, Bosch, 1935. p. 8.

do réu, como a ampla defesa e o contraditório, além de protegê-lo contra eventuais abusos pautados na subjetividade do julgador, já que o sistema acusatório impõe o distanciamento do juiz da iniciativa probatória, o que, caso permitido, derradeiramente acabaria por vincular psicologicamente o magistrado ao resultado final do processo.

Para Jacinto Coutinho, é evidente que o recolhimento da prova por parte do juiz antecipa a decisão, pois “...quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”⁶⁰. Na concepção de Aury Lopes Júnior, a idealização do juiz como o porta voz da verdade, mais grave, como comprometido com a busca da verdade, apesar de muito sedutora, traz um perigo gigantesco para o processo penal, que lida com o poder punitivo do Estado⁶¹. Na mesma senda, Alexandre Morais da Rosa apregoa que esse discurso gera uma impressão de “bondade” do julgador, quando na verdade não passa de manipulação retórica para possibilitar os mais diversos autoritarismos⁶².

A questão é que muitos tendem a encarar o problema da imparcialidade como se o principal questionamento fosse relativo à probidade/má-conduta do julgador na condução do processo, o que demonstra raciocínio, *a priori*, absolutamente equivocado. O cerne do problema é que os atuais estudos acerca da psicologia cognitiva e da psicologia comportamental, os quais colocam em evidência as heurísticas e vieses que podem alcançar o inconsciente do julgador e assim macular a tomada de decisão final do processo, revelam a quebra da imparcialidade pelo simples atuar de ofício em qualquer fase do processo, e não por desejo pleno e consciente de assim agir, mas por uma simples condição de funcionamento do cérebro humano, no plano do inconsciente.

O fato é que a postura de um juiz inquisidor, que vai em busca das provas, conduz a irremediáveis pré-julgamentos que geram imensos prejuízos cognitivos para o exercício da jurisdição. É o que Aury Lopes Júnior entende por “quadros mentais paranoicos”, como já brevemente adiantado acima, que significa “...um primado (prevalência) das hipóteses sobre os

⁶⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, Nota Dez Editora, n. 1, 2001, p. 37.

⁶¹ LOPES JR., Aury. O problema da “verdade” no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (org.) **Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 66.

⁶² ROSA, Alexandre Morais da. Retorno sedutor do completo de Nicholas Marshall no processo penal brasileiro. In: **Consultor Jurídico**. 02 ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-02/diario-classe-retorno-sedutor-completo-nicholas-marshall-processo-penal>. Acesso em: 31 jan. 2022.

fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada)”⁶³.

Referida circunstância também é chamada de viés de confirmação ou *confirmation bias*, que, segundo apregoa Moa Lidén, ocasiona alguns efeitos no inconsciente do indivíduo, tais quais: I) a indução pela procura de hipóteses a confirmar a tese já tida como verdadeira em uma primeira impressão obtida acerca de um objeto/pessoa/matéria (*exposure and selection*); II) a indução do indivíduo a renegar hipóteses de interpretação desfavoráveis à teses já pré-concebidas, concentrando o foco na interpretação que mais se amolda à hipótese tida como verdadeira (*interpretation*); e III) a indução do indivíduo de lembrar mais facilmente de informações consoantes às suas hipóteses em detrimento de informações contrárias a ela (*memory*)⁶⁴, o que será melhor debatido no Capítulo 4 desta pesquisa.

Deve-se ter em mente que o juiz, como ser no mundo constrói imagens mentais apriorísticas, inexistindo blindagens totalmente herméticas que permitam um julgador neutro, totalmente isento, posto que o julgador sempre trará consigo bagagens culturais, históricas, linguísticas e etc., além dos inúmeros efeitos que ocorrem no plano do inconsciente que podem tendenciar o julgamento para um ou outro lado. Nesta senda, preservar a originalidade cognitiva do magistrado que irá julgar a ação deve ser o fim último para os operadores do direito. Na visão de Francesco Carnelutti, a justiça humana não pode ser mais do que uma justiça parcial, tudo que se pode fazer é tentar diminuir essa parcialidade⁶⁵, razão pela qual deve-se buscar a máxima efetividade da garantia da jurisdição imparcial, o que somente é possível em um sistema cujo princípio informador seja o dispositivo e não o inquisitório.

Percebe-se, pois, que a características proeminentes, as quais diferenciam o sistema acusatório do inquisitório, tratam-se da posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova, em relação às quais a manutenção do juiz como um terceiro imparcial e equidistante é fundamental para o Estado Democrático de Direito, devendo este quedar-se impossibilitado de praticar qualquer ato de investigação e de determinar qualquer ato de ofício, seja qual for o

⁶³ LOPES JR., Aury. O problema da “verdade” no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (org.) **Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 63-4.

⁶⁴ LIDEN, Moa. **Confirmation Bias in Criminal Cases**. Cases. 284 pp. Uppsala: Department of Law, Uppsala University. p. 66.

⁶⁵ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2008. p. 39

momento processual, para que a máxima imparcialidade possa ser alcançada⁶⁶ e com isso as garantias fundamentais dos réus fielmente preservadas.

Compreendido isto, não há maior dificuldade para identificar as demais características que gravitam ao redor do núcleo fundante e do princípio informador de cada sistema e que até mesmo podem circundar em ambos os sistemas. Consoante já se pôde depreender certa noção da contextualização histórica acima delineada, o sistema acusatório na atualidade comumente apresenta os seguintes elementos informativos: a) separação das funções de acusar e julgar; b) produção probatória nas mãos das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) posição do juiz como terceiro imparcial, alheio à investigação e passivo quanto à iniciativa instrutória; d) tratamento igualitário das partes, com igualdade de oportunidades; e) procedimento é em regra oral ; f) o procedimento é em regra público; g) o procedimento guia-se pelo contraditório e pela ampla defesa (possibilidade de resistência do réu); h) juiz titular exclusivo do poder de decidir, com base no livre convencimento motivado⁶⁷.

Na mesma esteira, Gustavo Badaró aponta que o processo informado pelo princípio dispositivo é essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, apresentando a demanda para um juiz equidistante de ambas. Essa clara distinção de atividades é o que se depreende do brocardo latino *actum trium personarum*, que oferece campo fértil para o desenvolvimento do contraditório. Aqui o juiz é afastado de qualquer iniciativa probatória, apresentando-se como um sujeito passivo em relação à atividade das partes⁶⁸, o que sem dúvidas gera condições de preservação da tranquilidade psicológica daquele que irá sentenciar (máximo alcance da imparcialidade).

Em oposição tem-se o sistema inquisitório, geralmente classificado pelos seguintes elementos: a) reunião das atividades de julgar e acusar em uma só pessoa ou órgão (ou confusão de ambas no decorrer do processo); b) ilimitado poder de punir, que ficará ao critério exclusivamente do julgador; c) ampla iniciativa probatória pelo julgador, que detém de total liberdade para agir de ofício, isto é, sem provocação das partes; d) mitigação da ampla defesa e do contraditório; e) mitigação da pessoa/órgão acusador; f) procedimento é em regra secreto e

⁶⁶ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. Ed. Salvador: JusPodvim, 2017. p. 55.

⁶⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. - 6 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 218.

⁶⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 37.

escrito; g) acusadora encarado como mero objeto da investigação e não sujeito de direitos e garantias⁶⁹.

Nota-se, pois, que o “processo”⁷⁰ inquisitório não é regido por um sistema de garantias processuais, podendo-se facilmente vislumbrar a ausência de garantias como o contraditório e a ampla defesa, já que sequer existe a contraposição entre acusação e defesa. A concepção do *actus trium personarum* não toma qualquer parte no sistema em apreço, e, como destaca Jacinto Coutinho “...ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido”⁷¹.

Além disso, outra garantia que padece em um sistema do tipo inquisitório é a imparcialidade jurisdicional, vez que o juiz ao concentrar em seu poder funções extremamente distintas, bem como ao ser o gestor máximo da prova, inarredavelmente enseja a vinculação psicológica deste ao resultado final do processo. É dizer, o réu neste tipo de sistema fica ao alvedrio da vontade do julgador que é livre para agir e decidir com base nas provas (es)colhidas por si mesmo, posto que não está sujeito à observância de um sistema de garantias que preservem o investigado de eventuais abusos e autoritarismos.

Por fim, a despeito de todas as críticas já formuladas, quanto às anomalias do sistema misto, em resumo o que se teria como elementos característicos do citado “sistema” seria a cisão do processo em duas fases, sendo a primeira (pré-processual/investigativa) inquisitorial, onde os elementos de prova são colhidos de forma secreta e escrita, com a ausência de contraditório e ampla defesa, e a segunda (processual) acusatória, onde a acusação seria reservada a um órgão estatal e os debates seriam públicos e orais. Este monstro de duas cabeças foi o que inspirou a legislação brasileira, tendo em vista que o Processo Penal pátrio divide-se em dois momentos, sendo o primeiro capitaneado pela Autoridade Policial ou pelo Ministério Público, os quais são responsáveis por investigar e colher elementos na fase preliminar, para somente após, com base nos elementos colhidos, iniciar-se o processo judicial, no qual estarão presentes todas as garantias antes inexistentes, de modo a só então propiciar ao réu o pleno

⁶⁹ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 43.

⁷⁰ Na realidade, falar em “processo inquisitório”, a nosso sentir, implica em verdadeira contradição, uma vez que neste tipo de sistema não existe um processo propriamente dito se não há partes contrapostas situadas em pé de igualdade diante de um terceiro imparcial para solucionar um conflito. Seria, na realidade, um procedimento unilateral, comandado por um juiz com múltiplos poderes, com o fito de concretizar a punição de sujeitos.

⁷¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Crítica à Teoria Geral do Processo Penal**, 2015, p. 23.

exercício do direito de defesa, a paridade de armas e o julgamento por um magistrado imparcial⁷².

Para Aury Lopes Jr. este tipo de “sistema” não passa de uma mera fraude, haja vista que na sua essência trata-se de um modelo inquisitório com algumas características do modelo acusatório, tal qual a separação das funções de acusar e julgar. Isto porque a fraude reside especialmente no fato de que a prova produzida no inquérito policial é toda trazida para os autos do processo judicial, com maquiagens discursivas como “a prova do inquérito é corroborada com a prova judicializada” e “cotejando a prova policial com a judicializada” para justificar uma sentença condenatória, o que implica que a fase judicial não passa de uma repetição do inquérito, onde se colhe as provas de modo inquisitivo, secreto, escrito e alheio ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

E ainda nos raríssimos casos nos quais não se faça menção expressa às provas colhidas no inquérito, nada garante que o julgador, utilizando-se da sua íntima convicção, não tenha tomada a sua decisão final com base nele, afinal, nada está alheio ao disfarce de um bom discurso retórico. Isto é, a sistemática do processo penal brasileiro não passa de um simulacro de processo acusatório, uma encenação que serve como mera repetição da primeira fase⁷³.

Em vistas de tudo isso, resta claro que o único sistema que atende e conforma-se com o Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição Federal de 1988 é o sistema acusatório, muito embora a realidade brasileira esteja em campo diametralmente oposto à sistemática sugerida pela Constituição, o que se vem a aprofundar no tópico seguinte.

2.3. Os sistemas processuais penais na realidade brasileira

Ilusão é pensar que o sistema inquisitório foi extinto na fase histórica de ebulição dos pensamentos liberais e iluministas, ecoados pelas vozes à frente da Revolução Francesa de 1789. Como visto, os próprios ideais iluministas trouxeram o monstruoso sistema bifásico, que não passava de uma encenação para manter-se às escondidas a regência da lógica inquisitorial. Ao longo do tempo diversos foram os governos de viés autoritário e/ou ditatoriais espalhados

⁷² LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. - 6 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 232.

⁷³ Quanto ao sistema bifásico (misto), Aury Lopes Jr. apregoa: “Ora, ou alguém imagina que Napoleão aceitaria o tal sistema bifásico se não tivesse certeza de que era apenas um ‘mudar para continuar tudo igual’? Como ‘bom’ tirano, jamais concordaria com uma mudança dessa natureza se não tivesse certeza de que continuaria com o controle total, por meio da fase inquisitória, de todo o processo”. (LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. - 6 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 233).

por todos os continentes, os quais se utilizavam da sistemática inquisitória para justificar suas ações antigarantistas e violadoras dos direitos humanos, tal como hoje são conhecidos.

Na segunda metade do século XX, presenciou-se uma onda de regimes autocráticos, especialmente ditatoriais militares, na América Latina. A sua implantação relacionou-se diretamente com o cenário de disputas em torno da chamada Guerra Fria, na qual duas ideologias digladiavam-se na busca de “aliados” pelos continentes, tendo os Estados Unidos da América se devotado à ideologia capitalista, ao passo que a União Soviética calcava os princípios da ideologia socialista⁷⁴. A partir da Revolução Cubana de 1959, movimento encabeçado pelo guerrilheiro Fidel Castro, o qual contou com o amplo apoio da ex-União Soviética, os Estados Unidos passaram a acender holofotes sobre a América Latina, na busca de impedir que mais países sucumbissem à “ameaça comunista”, circunstância que levou os americanos a apoiarem inúmeros golpes de Estado os quais vieram a termo no Paraguai, no Uruguai, na Argentina, no Chile, no Peru, na Bolívia, na Guatemala e na República Dominicana⁷⁵.

O Brasil foi um dos primeiros países a sofrer a vitória do golpe civil-militar que derrubou João Goulart em abril de 1964. Consoante expõe Daniel Aarão Reis⁷⁶ “A ideia de que a civilização ocidental e cristã estava ameaçada no Brasil pelo espectro do comunismo ateu invadiu o processo político, assombrando as consciências”. Já no início dos anos 1970, o Chile encontrava-se sob o governo de Salvador Allende, o primeiro presidente marxista democraticamente eleito na América-Latina. Em 11 de setembro de 1973, um golpe militar pôs fim a um século de tradição democrática no Chile, iniciando um governo autoritário encabeçado pelo General Augusto Pinochet, o qual perdurou até 1990⁷⁷. Golpes similares seguiram, como já adiantado, em diversos outros países latino-americanos, e, rapidamente, metade do continente estava submetido a horrores advindos de um sistema legal frágil, obscuro e em relação à qual a tortura era uma ferramenta legítima para o alcance de objetivos de seus governantes.

E para servir a regimes autoritários deste jaez, nada melhor que o sistema processual penal inquisitório, o qual apresentava características como a acumulação das funções de acusar e julgar nas mãos do juiz, o chamado juiz inquisidor, os autos do processo escritos e eivados de sigilo. Neste, orientado pelo princípio inquisitivo, o magistrado era dotado de amplos poderes

⁷⁴ WILLIAMSON, Edwin. **História da América Latina**. Lisboa: Edições 70 Ltd., 2012, p. 63.

⁷⁵ REIS, Daniel Aarão. **Ditadura militar, esquerdas e sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, ed.1ª, 2000, p. 18/19.

⁷⁶ REIS, Daniel Aarão. **Ditadura militar, esquerdas e sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, ed.1ª, 2000, p. 27.

⁷⁷ GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**. 48ª edição. Editora Paz e Terra. Rio de Janeiro, 2008. p. 7.

instrutórios, os quais se estendiam tanto à fase investigativa quanto à fase processual, ordenando a colheita de provas *ex officio*, gerindo-a como bem lhe aprouver independentemente de provocação das partes. No Chile, encontrava-se ainda inusitada particularidade: a inexistência da instituição do Ministério Público. Assim, competia ao magistrado as funções de investigar os fatos apontados como típicos, instruir a ação penal e prolatar a sentença final do processo.

Com a reconstrução democrática observada nos países latino-americanos, um novo sistema processual penal passou a tomar evidência nas Constituições e nos códigos reformados, sendo este o sistema acusatório. Consoante apregoa William Marques “...com a transição para a democracia em diferentes países da América Latina que viveram experiências ditatoriais nos anos correspondentes à Guerra Fria, novos problemas e novas tónicas políticas têm ganhado proeminência”⁷⁸, a exemplo da reparação de crimes contra humanidade cometidos por aqueles regimes autoritários, o que justificou um sistema de garantias e proteção aos cidadãos mais acurado. Em parte, a aproximação das reformas democráticas observadas na América Latina com o sistema acusatório ocorreu após identificar-se a íntima relação entre os regimes autocráticos/ditatoriais com o sistema inquisitório.

O ponto fulcral que se observa é que, embora inúmeros países latino-americanos tenham passado por uma profunda redemocratização em meados do final do séc. XX, tendo, a exemplo, o Chile sido um dos países que “...deram um salto de duzentos, cento e cinquenta anos em cinco”⁷⁹, o Brasil, em que pese ter promulgado a democrática e garantista Constituição Federal de 1988, há mais de 30 (trinta) anos em vigência, ainda não empreendeu as reformas necessárias para adequar o seu sistema processual penal aos ditames constitucionais⁸⁰.

⁷⁸ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Notas em torno do Valor Democrático no Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano. *Revista da Faculdade de Direito da UFC*, v. 31, p. 205-252, 2014.

⁷⁹ BINDER, Alberto M. *et al.* **La justicia penal adversarial en America Latina: hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley.** Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley. 2018. Libro colaborativo de autores de América Latina sobre la Justicia Penal, publicado por CEJA y KONRAD ADENAUE. Disponível em: <https://www.academia.edu/37951708/La_Justicia_Penal_Adversarial_en_Am%C3%A9rica_Latina_Hac%C3%A1_Da_la_Gesti%C3%B3n_del_conflicto_y_la_fortaleza_de_la_ley>. Acesso em: 17 jul. 2021. p. 116.

⁸⁰ Consoante estudo elaborado pelo Centro de Estudos da América Latina, depreende-se que: “O Brasil não participou da chamada ‘onda de códigos acusatórios na América Latina’, como indicou Máximo Langer ao se referir à reformulação do sistema de justiça latino americano nos últimos trinta anos, aproximadamente. Ao todo, como reação à experiência autoritária na região, 14 países latino americanos reformaram integralmente o código de processo criminal, adotando premissas do princípio acusatório. Este processo, segundo Leonel González Postigo, esteve marcado pela decisão de abandonar a configuração inquisitiva na administração da justiça e instalar as bases de um novo sistema. Apesar da inegável orientação democrática e acusatória da Constituição promulgada em 1988, o Brasil não reformou o sistema de justiça criminal”. (BINDER, Alberto M. *et al.* **La justicia penal adversarial en America Latina: hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley.** Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley. 2018. Libro colaborativo de autores de América Latina sobre la Justicia Penal, publicado por CEJA y KONRAD ADENAUE).

A propósito, o nosso próprio Código de Processo Penal, instituído em 1941, na época do Estado Vargas, e inspirado na legislação processual penal italiana da década de 1930, onde imperava o regime fascista de Benito Mussolini, deixou uma herança evidentemente inquisitória, cujas consequências podem ser vislumbradas na prática jurídica hodierna. Eugênio Pacelli⁸¹, ao afirmar que “...há realmente algumas dificuldades na estruturação de um modelo efetivamente acusatório, diante do caráter evidentemente inquisitório do nosso Código de Processo Penal e seu texto originário”, filia-se ao entendimento que identifica a contraditoriedade entre o estabelecido na Constituição e o que ainda se observa no Código de Processo Penal.

São diversos os dispositivos contidos no CPP a revelar uma postura ativa do juiz na produção das provas, o que, como visto, é rechaçado pelo sistema acusatório. Dá-se como exemplo, em suma, a norma do art. 310 do Código de Processo Penal, a qual permite que o juiz converta, *de ofício*, prisão em flagrante em preventiva, ou ainda, decrete a prisão preventiva a qualquer momento ao longo do decorrer do processo, estando a seu critério, outrossim, determinar a busca e apreensão (art. 242, CPP), o sequestro (art. 127, CPP), a oitiva de testemunhas do juízo para além das arroladas pelas partes, (art. 209, CPP), determinar a produção de diligências, seja na fase investigatória ou na fase processual (art. 156, I e II, CPP), e dentre outras medidas claramente de caráter inquisitório⁸².

Além disso, o Código de Processo Penal ainda estabelece, em seu art. 83, que, concorrendo dois ou mais magistrados competentes para julgar uma causa, é critério de prevenção de competência, e não de exclusão, aquele que primeiro possuir contato com o processo, praticando algum ato ou medida a este relativa, como a decretação de prisão preventiva ou outras medidas cautelares diversas da prisão, o que ocorre geralmente ainda antes do oferecimento da denúncia. Isto implica no derradeiro envolvimento do juiz com a prova, antes mesmo de iniciar-se o processo em si, em uma fase na qual o que impera é a visão totalmente parcial da Autoridade Policial e/ou do Ministério Público, já que os elementos informativos não são submetidos ao contraditório.

Tudo isso conflita com as bases instituídas pela nova ordem constitucional, surgida em 1988, a qual trouxe consigo uma sistemática nitidamente democrática e garantidora de direitos

⁸¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 18.

⁸² Adiante-se que com o Pacote Anticrimes, o art. 3º-A, o qual consagrou o sistema acusatório, tendo rechaçado a atividade oficiosa do juiz na fase preliminar e vedado a substituição do órgão acusatório por parte do juiz na fase judicial, a melhor interpretação seria que todos estes dispositivos seriam revogados na nova sistemática. Todavia, o referido artigo continua suspenso por determinação do Supremo Tribunal Federal, o que significa dizer que os dispositivos referenciados encontram-se ainda em sua plena vigência.

fundamentais, definindo perfeitamente a separação de funções ao atribuir ao Ministério Público a incumbência de acusar (art. 129, I, CF), instituição esta que mais do que um órgão acusatório, também se revela defensora da ordem jurídica. Além disso, exigiu a igualdade material entre as partes litigantes (acusação-defesa) ao estabelecer a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), reconheceu a imprescindibilidade da defesa técnica para o processo penal justo, ante a consagração da ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, CF), assim como validou o reconhecimento da imparcialidade do magistrado decorrente da garantia do Juiz Natural (art. 5º, LIII, CF).

Em face da estrutura trazida pela Constituição Republicana de 1988, salvaguardando direitos e garantias fundamentais do cidadão, tende-se a concluir, pois, que o nosso sistema processual penal seria (ou pelo menos deveria ser), indubitavelmente, o acusatório. Ocorre que a questão está longe de ser tão simples quanto aparenta, uma vez que, como explanado acima, o Código de Processo Penal Brasileiro ainda guarda diversos instrumentos de caráter inquisitório. Diante disso, questiona-se: se o próprio Código de Processo Penal mantém, em contramão ao estabelecido na Constituição, diversos mecanismos que permitem liberdade de iniciativa probatória ao julgador, fulminando, por via de consequência, a garantia da jurisdição que é a imparcialidade, o ponto central de um Estado Democrático de Direito, como dizer que o nosso sistema é o acusatório, e, por via de consequência, democrático?

Na concepção de Aury Lopes Júnior, “...todas essas questões giram em torno do tripé sistema acusatório, contraditório e imparcialidade, porque a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório”⁸³. Desse modo, se permitida a iniciativa probatória por parte do juiz, já se verifica um desfalque no tripé retromencionado pelo autor, o que por sua vez fere de morte as condições para a existência de um sistema acusatório. Sem querer adentrar na divergência doutrinária a respeito da classificação do sistema processual penal brasileiro, entendemos que a Constituição Federal de 1988 claramente fixou o sistema acusatório como sistema a ser adotado pelo diploma processualista, razão pela qual se compreende este como sendo o modelo admitido no ordenamento jurídico pátrio. Todavia, como visto, inegável a existência de sérias incongruências contidas no Código de Processo Penal as quais obstaculizam a efetivação dos princípios que a Carta Magna definiu em seu corpo, razão pela qual mais do que necessária se faz a reestruturação daquele.

⁸³ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução crítica. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 53.

Durante mais de trinta anos desde a reforma democrática no País, não se oportunizaram as mudanças imprescindíveis para a devida adequação das normas processuais penais ao exposto no Texto Constitucional de 1988, até que, ao final do ano de 2019, fora elaborada pelo Legislativo, e sancionada pela Presidência da República, a Lei nº 13.964/2019, denominada “Pacote Anticrime”, a qual, embora não tenha logrado em extirpar todas as incompatibilidades existentes, chegou a minimizá-las bastante, a ser explorado com maior miudeza em tópicos seguintes. Especialmente no que tange à preservação da imparcialidade na jurisdição penal, a referida Lei, ao instituir o juiz das garantias em seu art. 3º-A ao 3º-F, possibilitou condições para que a imparcialidade deixe de ser apenas uma fábula no processo penal e passe a, de fato, permear a condução da processualística penal brasileira observando o disposto na Constituição.

Esclareça-se, ainda, que a busca pela imparcialidade estabelecida pelo sistema acusatório diverge de neutralidade. Isto porque a primeira é uma construção jurídica criada para garantir a equidistância do julgador das partes, evitando a confusão entre as funções de julgar e acusar, principalmente. Já a segunda é algo inalcançável por parte de qualquer pessoa, que, como é dotada de subjetividades inerentes à sua própria condição humana, sendo impossível a separação total de impressões prévias decorrentes do meio social em que habita, dentre outros fatores psíquicos complexos, para conduzir o processo.

Desse modo, o que se busca alcançar quando se fala em imparcialidade é o máximo distanciamento possível da subjetividade do magistrado “...para que nenhuma parte seja beneficiada em detrimento da outra, mesmo que involuntariamente”⁸⁴. Isto porque a postura de um juiz inquisidor conduz a irremediáveis pré-julgamentos que geram imensos prejuízos cognitivos para o exercício da jurisdição⁸⁵. Em consonância com o aludido autor, as clássicas palavras de Piero Calamandrei externam a mesma preocupação que ora se coloca em evidência, ao aludir que “A inércia é, para o juiz, garantia de equilíbrio, isto é: de imparcialidade. Agir significa tomar partido.”⁸⁶.

E, para isso, não há como continuar contradizendo o sistema acusatório, constitucionalmente instituído, ao permitir uma postura atuante do juiz na produção de provas,

⁸⁴ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 56. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf. Acesso em: 03 abr. 2020.

⁸⁵ LOPES JR, Aury. RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz de garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Duc In Altum Cadernos de Direito**, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 55-91, set-dez. 2016.

⁸⁶ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. 6ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora. 1982. p. 50.

notadamente na fase preliminar, com o fantasioso objetivo de alcançar “a verdade real”. O Código de Processo Penal de 1941, ainda vigente, é tão inquisitório (ou neoinquisitório, como atribui Aury Lopes Jr.) que, como visto, permite que o mesmo julgador atue tanto na fase investigatória, quanto na fase processual (regra do art. 83 do CPP), maculando o cognitivo do juiz que entra em contato com as provas produzidas unilateralmente durante o inquérito, na ausência de qualquer contraditório, o que acaba por direcionar toda a instrução probatória com base no que fora produzido na fase preliminar, ferindo de morte a imparcialidade da jurisdição.

Noutra via, consoante entendimento de Antônio Wellington Brito Júnior, é certo que a postura ativa na gestão da prova por parte do Juiz, notadamente na fase inquisitorial, onde há a formação da convicção prévia sobre a demanda, também poderia tanger o julgador ao desejo invencível de absolver o réu. Ocorre que, conforme o autor explicita, a tendência é a de que, na maioria das vezes, a fase preliminar tangencie para a responsabilização criminal do investigado. Isto porque, a referida etapa é constituída por uma visão basicamente unilateral, de viés punitivo, tanto trazido pela ótica da Autoridade Policial quanto pela ótica do Ministério Público, sendo absolutamente dispensável o contraditório, ou seja, as teses defensivas são relegadas a segundo plano. Eis a razão pela qual o juiz frequentemente antecipa, em seu íntimo, o juízo condenatório, e não ao revés⁸⁷.

Ademais, como a lei determina que o magistrado que primeiro tome conhecimento das investigações seja prevento para o julgamento da ação penal, a lógica é que a primeira fase conduza toda a abordagem do juiz no momento da instrução, o qual já sofreu impactos na sua originalidade cognitiva pelos tendenciosos elementos probatórios lá produzidos. Assim, não é que o agir de ofício do magistrado nunca possa favorecer a defesa de alguma forma, mas sim que a experiência demonstra que na maioria dos casos o que ocorre é o reverso.

Uma vez iniciada a instrução, o contraditório rouba a cena e a luta da dialética das antíteses esposadas pela acusação e pela defesa toma lugar. Todavia, no azo da prolação da sentença o magistrado já vivenciou os fatos a partir de uma lógica em que a “verdade real” é buscada de forma inteiramente inquisitorial e parcial, isto é, consoante aduz Antônio Wellington Brito Júnior, “...quanto mais cedo vivencia o conflito, mais cedo o juiz conclui”⁸⁸, e raríssimas são as vezes em que milita-se a favor da defesa, o que demonstra um desequilíbrio de forças

⁸⁷ BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 276.

⁸⁸ BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 277.

desde o início da persecução penal, tornando as garantias do réu meros enunciados sem aplicabilidade prática.

Como se observa, a concessão de amplos poderes instrutórios ao magistrado afeta a imparcialidade da jurisdição penal (muito embora há quem defenda o contrário, consoante adiante será explanado), e, via de consequência, desatende aos ditames garantistas da Constituição Federal, razão pela qual não há como coadunar-se com a manutenção do Código de Processo Penal nos moldes em que se encontra.

3. O BINÔMIO PROVA-VERDADE E O PROBLEMA DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ: DIALOGANDO COM A EPISTEMOLOGIA

Se viu historicamente que o sistema inquisitório justificava os poderes *ex officio* do juiz com base na “busca da verdade real”, do mundo fenomenológico, a fim de encontrar provas que apontassem o responsável pela prática do delito a todo custo. Logo, a iniciativa probatória sempre esteve diretamente relacionada com a crença na busca da verdade no processo penal, não havendo como dissociar esse estudo. Contudo, é comum que se deixe de questionar epistemologicamente qual o sentido de verdade que se discute, tanto no mundo fenomênico, quanto no âmbito do processo. O que é verdade? Qual a verdade buscada no processo? Realmente deveria ser buscada uma verdade, seja ela real ou processual?

Os obstáculos provocados pela apreensão imperfeita da realidade pela criatura humana é uma condição que não pode ser olvidada quando da análise do assunto. Bem assim, uma verdade real ou absoluta sobre o mundo dos fatos jamais poderá ser alcançada pelas nossas próprias limitações cognoscitivas, que dependem de sentidos limitados, então como almejar alcançá-la dentro de uma estrutura processual, a qual por sua vez contém limitações próprias, de respeito às regras do jogo muito bem delineadas?

Além disso, a “verdade” entra no processo por meio da produção de provas, e, conseqüentemente, aquele que está a cargo de produzi-las tenderá a beneficiar uma narrativa em prol da hipótese considerada como verdadeira, no visio de vencer a luta pela captura psíquica do juiz, isto é, pelo seu convencimento. Todavia, o cenário se agrava quando é o próprio juiz que toma uma postura ativa na produção probatória, indo “atrás da verdade”, tendo em vista que quem procura sabe ao certo o que deseja encontrar. Quer dizer, aquele que detém a gestão das provas primeiro formula uma hipótese para depois buscar, direcionadamente, elementos a corroborar com a hipótese previamente assumida como verdadeira. E isso acaba por interferir diretamente na imparcialidade do julgador (constitucionalmente garantida), posto que este deixa de preservar a sua originalidade cognitiva para decidir a causa.

Assim, no processo penal não há como se debater sobre o binômio “jurisdição e imparcialidade” sem considerar o binômio “prova e verdade”, sendo todos estes elementos imprescindíveis de harmonização para a efetiva validação de um Estado Democrático de Direito, com respeito às garantias fundamentais do réu.

3.1. A verdade como objetivo inalcançável em face das limitações ao conhecimento humano

Não há como se ter um debate mais aprofundado sobre *verdade* e a sua relação com a prova no processo judicial sem antes empreender um estudo interdisciplinar entre o Direito e a Epistemologia ou Teoria do Conhecimento, tendo em vista ser de fundamental importância entender a base do fenômeno cognoscitivo, isto é, compreender como a criatura humana apreende o conhecimento ao seu redor e para que necessita formular imagens mentais de representação da realidade.

Consoante há muito dizia Platão, conhecimento poderia ser definido como uma *crença verdadeira e justificada*, de modo que dentre uma gama de especulações informativas que poderiam ser tanto falsas como verdadeiras, apenas as crenças que fossem devidamente fundamentadas poderiam ser reconhecidas como verdadeiras. Contudo, referida concepção provoca alguns questionamentos, quais sejam, como a criatura humana poderia justificar algo como verdadeiro? Que tipo de verdade se objetivaria alcançar? Uma verdade como correspondência seria suficiente a justificar determinada crença?⁸⁹

Sem querer adentrar na complexidade do problema da justificação, ao debater-se sobre a possibilidade do alcance de uma “verdade absoluta”, surge a questão relativa à precariedade do acesso do animal humano à realidade, que se demonstra circunstância inegável, dada a imperfeição dos sentidos que o conectam à percepção do mundo externo. Não fomos capazes de conhecer de pronto a existência de bactérias, vírus e demais microrganismos até a invenção de aparelhos microscópicos que nos permitissem extrapolar as limitações da visão, do olfato, do paladar, do tato e da audição. Do mesmo modo, a descoberta dos átomos e partículas subatômicas só veio no Séc. XX, em 1911, com os experimentos produzidos para testar a teoria atômica de Rutherford. É dizer, o sujeito cognoscente, ao longo da sua história evolutiva, sempre teve acesso apenas à *parte* da realidade, que em sua totalidade é bem mais complexa do que a capacidade de compreensão humana pode alcançar⁹⁰.

Desse modo, o conhecimento humano acaba por caracterizar-se como *provisório*, posto que elementos tidos como verdadeiros por séculos podem facilmente ser derrubados com

⁸⁹ PLATÃO. Teeteto. In: **Diálogos I**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2013; RESCHER, Nicholas. Epistemology: an introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 3-7.

⁹⁰ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Epistemologia Falibilista e Teoria do Direito. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa**. Ano 3. 2014, n.1, p. 197-260. Disponível em: <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00197_00260.pdf> ultimo acesso em 23 jan. 2022. p. 200.

a invenção de instrumentos mais modernos e sofisticados, os quais permitam a ampliação sensorial de modo mais eficaz. Na mesma linha de raciocínio, teorias antes consideradas sólidas, como é o caso da Teoria Mecânica de Isaac Newton, a qual fora fundamental para o desenvolvimento de diversos avanços tecnológicos, podem ser rompidas por novos paradigmas revolucionários como a Teoria da Relatividade de Einstein, demonstrando que o conhecimento – no caso do exemplo, o científico – está em constante evolução⁹¹.

Assim, ainda que na concepção platônica se objetivou se justificar uma crença como verdadeira a fim de se alcançar o conhecimento, de modo simplista, nunca se poderia afirmar a *certeza absoluta* de sua veracidade, posto que a imagem da realidade é sempre imperfeita e provisória. Então, epistemologicamente, como podemos definir o conhecimento humano?

O princípio fundamental do conhecimento é a busca pela manutenção do equilíbrio homeostático, e, conseqüentemente, da vida⁹². Isto porque a preservação da espécie, durante a evolução, orientou todo o organismo vivo a se relacionar com o seu próprio corpo e com o ambiente no qual se insere visando a sua sobrevivência. Conhecer, portanto, era o caminho necessário a ser percorrido para manter-se vivo e em estado de equilíbrio homeostático. As interações corpo-corpo e corpo-ambiente eram responsáveis pela experiência do real, as quais auxiliavam detectar perigos, identificar temperaturas hostis, buscar fontes de alimento, e, conseqüentemente, as melhores informações para atingir o fim homeostático foram sendo selecionadas e gravadas ao longo de eras no código genético dos seres vivos (DNA), sendo, em nível mais elementar, a base do conhecimento⁹³.

Nesta senda, não só o ser humano, mas os demais organismos precisaram desenvolver uma relação com o ambiente, elaborando noções da realidade por meio dos seus sentidos imperfeitos⁹⁴. Contudo, a criatura humana foi capaz de superar-se na cadeia evolutiva ao longo

⁹¹ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

⁹² DAMASIO, Antonio. The neurobiological grounding of human values. In. CHANGEUX, J. P.; DAMASIO, A. R.; SINGER, W.; CHRISTEN, Y. (Eds.). (pp. 47-56). **Neurobiology of Human Values**. Heidelberg: Springer, 2015, p. 47-56.

⁹³ NEPOMUCENO, Raul Carneiro. **O controle da subjetividade nas decisões judiciais em casos de colisão entre direitos fundamentais**: hermenêutica, método e a tensão entre o racional e o irracional. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019. Disponível em: < <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/49195>>. Acesso em 28 jan 2022. p. 45 a 54.

⁹⁴ “No processo de seleção natural, a hostilidade do meio e a escassez de recursos faz com que somente sobrevivam aqueles dotados das estruturas mais aptas a tanto. Daí o aparecimento, e o aprimoramento, em virtude de muitos milhões de anos de seleção, de estruturas como sistemas neurológicos e órgãos dos sentidos, os quais não são perfeitos, mas apenas adequados o suficiente para sobrevivência do animal que os possui”. (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Epistemologia Falibilista e Teoria do Direito. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa**. Ano 3. 2014, n.1, p. 197-260. Disponível online em http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00197_00260.pdf, último acesso em 26 nov. 2021).

de milhares de anos, ao desenvolver um sistema nervoso e uma mente consciente, originalmente para aprimorar o enfrentamento de problemas surgidos no meio externo. Consoante apregoa Raul Nepomuceno⁹⁵, os sentimentos surgiram com o escopo de “...realizar essas tarefas de perceber e reagir de modo mais sofisticado, fornecendo respostas mais complexas e mais eficientes para problemas relacionados à manutenção do equilíbrio corporal e da vida”.

O mundo cultural, com suas realidades institucionais sofisticadas, tais como as regras jurídicas abordadas no estudo do Direito, fruto exclusivo da inventividade humana, surgiu justamente a partir da seleção natural de certas emoções que aumentavam as chances de sobrevivência da espécie. A cooperação mútua, sentimentos de altruísmo e solidariedade, permitiram que grupos de indivíduos chegassem mais longe na história evolutiva, razão pela qual grandes conglomerados foram tomando forma e se fixando cada vez mais em um único território, pondo fim à era nômade. Além disso, o desenvolvimento dos neurônios espelho forneceu a capacidade do ser humano de se identificar com outros da mesma espécie, daí surgindo a empatia e o ímpeto de proteção e cuidado com aqueles considerados pares⁹⁶.

Com o advento da linguagem e a ampliação da cognição humana de forma mais avançada, a espécie passou a não só a ampliar as formas de conhecimento, como também a ter *consciência* disso. Nesse cenário, com a ebulição das ideias e a troca de conhecimento por meio da *linguagem* entre os seres da mesma espécie, outro tipo de seletividade passou a ter vez, isto é, a seleção das ideias, resistindo aquelas que melhor resolvessem os problemas existentes, em uma constante aplicação do método de tentativa e erro. Daí, o papel essencial desenvolvido pela linguagem na história da evolução, posto que em razão dela que fomos capazes de reconstruir a realidade em nossas mentes, de sorte a interpretar no plano do pensamento as informações ambientais imperfeitamente trazidas pelos sentidos⁹⁷.

Assim, conforme explica Johannes Hessen⁹⁸, o conhecimento, que é produto de uma evolução biológica, pode ser definido como uma relação entre o sujeito, a imagem e o objeto, de modo que o sujeito cognoscente realiza uma representação mental (imagem) daquele por

⁹⁵ NEPOMUCENO, Raul Carneiro. **O controle da subjetividade nas decisões judiciais em casos de colisão entre direitos fundamentais**: hermenêutica, método e a tensão entre o racional e o irracional. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019. Disponível em: < <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/49195> >. Acesso em 28 jan 2022. p. 52.

⁹⁶ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Epistemologia Falibilista e Teoria do Direito. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa**. Ano 3. 2014, n.1, p. 197-260. Disponível em: <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00197_00260.pdf> ultimo acesso em 23 jan. 2022. p. 204-207.

⁹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. MACHADO, Raquel Ramos Cavalcanti. Prova e verdade em questões tributárias. In: Hugo de Brito (Coord.). **A prova em questões tributárias**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1249.

⁹⁸ HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 24.

meio de sentidos imperfeitos os quais fornecem ao ser humano informações apenas boas o suficiente para permitir a sua sobrevivência⁹⁹, incapazes de revelar a verdade ou a inverdade da coisa apreendida, mas apenas elaborar uma aparência desta. Nesse sentido é que Gaston Bachelard aduz que “...o conhecimento do real é luz que sempre projeta algumas sombras”¹⁰⁰.

Portanto, é fato que a cognição humana é falha, tendo em vista que somos incapazes de ter acesso direto à realidade, tal como ela é, sendo a verdade absoluta algo intangível para nós. E em detrimento disso, algumas teorias do conhecimento negam totalmente a possibilidade de apreensão da realidade, ao passo que outras teorias defendem que absolutamente tudo pode ser verdade. Há ainda uma terceira via extremista que constrói uma versão da realidade sem qualquer preocupação com a sua fundamentação, livre de questionamentos.

O ceticismo, à exemplo da primeira posição, nega toda e qualquer possibilidade de apreensão do objeto, aludindo que o conhecimento é algo impossível, tendo em vista que se os órgãos de conhecimento humanos são falhos, não há como existir a relação entre um sujeito e um objeto, motivo pelo qual passa-se a ignorá-lo. Já no caso do relativismo, como representante da segunda corrente, defende-se que não há qualquer validade geral, tudo é relativo, isto é, tudo pode ser verdade dependendo de fatores que residem no sujeito cognoscente, contudo, ao fim e ao cabo, afirma Johannes Hessen que o relativismo não passa de um outro tipo de ceticismo, já que “...também nega a verdade, não diretamente, mas indiretamente, na medida em que contesta sua validade universal”¹⁰¹. Por fim, o dogmatismo, que se aproveita do caráter falível da cognição para criar uma realidade longe da possibilidade de crítica e alheia a justificações filosóficas ou científicas; aceita-se porque sim.

Porém, um aspecto que sobressai é que as crenças são sempre passíveis de falsificação¹⁰². E é com base nesse entendimento que Karl Popper desenvolveu a sua teoria do *falibilismo*, que surge como uma tentativa de equilíbrio, nem negar e nem aceitar qualquer “tipo de verdade”. A teoria falibilista aborda a problemática do conhecimento de maneira a reconhecer que nunca somos detentores da verdade, mas sim que estamos em constante processo de *aproximação* dela. É dizer, toda teoria elaborada cientificamente pode ser considerada verdadeira provisoriamente, até que se demonstre ao contrário, no momento em

⁹⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência**: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 35.

¹⁰⁰ BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico. Contribuição para uma psicanálise do conhecimento**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 17.

¹⁰¹ HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 38.

¹⁰² MACHADO, Hugo de Brito. MACHADO, Raquel Ramos Cavalcanti. Prova e verdade em questões tributárias. In: Hugo de Brito (Coord.). **A prova em questões tributárias**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1249.

que uma nova teoria surgir e for capaz de falsear os elementos antes tidos como corretos. Assim, aquela teoria que for capaz de ir resistindo à medida do tempo pode ser considerada melhor do que as demais e mais próxima do real, mas nunca absolutamente verdadeira¹⁰³.

Consoante explica Hugo Segundo, o falibilismo “...parece ser a forma mais adequada de lidar com o *risco de estar errado*, equilibrando a busca pela verdade, de um lado, com a necessidade prática de se tomarem decisões imediatas, de outro”¹⁰⁴. Ainda que reconhecidamente hajam essas deficiências, o ser humano enfrenta problemas cotidianos que exigem tomadas de decisões eficientes, o que demanda considerarmos algumas crenças como verdadeiras¹⁰⁵, que podem ser testadas e aceitas mesmo que provisoriamente.

3.2. A compreensão da verdade no processo judicial: o vazio epistemológico do discurso da verdade real

Como visto, o falibilismo não nega a verdade, nem admite várias verdades ao mesmo tempo, mas sim considera o caráter de constante aproximação dela, isto é, a correspondência aos fatos pode estar equivocada, mas as teorias estarão sempre abertas ao debate para possivelmente aprimorá-las. O raciocínio de Karl Popper¹⁰⁶ é baseado na teoria semântica de Tarski, adotando-se a *verdade como correspondência*, no sentido de que “na busca do conhecimento procuramos teorias verdadeiras ou, pelo menos, teorias que estejam mais próximas da verdade do que as outras, que correspondam melhor aos fatos”, com o que é, com o que existe na realidade.

A propósito, Michele Taruffo é um dos principais autores que defendem a noção de verdade como correspondência, de modo que, ainda que se reconheça as limitações da cognição humana e o caráter provisório da verdade, tanto dentro quanto fora do processo, não se poderia negar que “...todo enunciado relativo a acontecimento do mundo real é verdadeiro ou falso em

¹⁰³ POPPER, Karl. **A vida é aprendizagem – Epistemologia evolutiva e sociedade aberta**. Tradução de Paula Taipas, São Paulo: Edições 70, 2001.

¹⁰⁴ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 41.

¹⁰⁵ Retornando ao problema de justificação da verdade, Hugo Segundo revela que Popper apresentou uma resposta satisfatória ao que denominou de Trilema de Fries, tendo em vista que “O falibilismo permite solução satisfatória para o problema sem incorrer em circularidade. Interrompe-se a série de fundamentações – não de forma dogmática, inviabilizando o debate; tampouco se segue eternamente fundamentando, ou se incorre em circularidade. Simplesmente se inverte o ônus argumentativo, perguntando a quem cobra por mais e mais fundamentos: por que não?”. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 43.

¹⁰⁶ POPPER, Karl. Verdade e Aproximação da Verdade. In. MILLER, David (org). **Textos Escolhidos Popper**. Rio de Janeiro: Editora PUC Rio, 2016, p. 183.

função da existência desses acontecimentos no mundo real”¹⁰⁷. Luigi Ferrajoli, em certa medida, concorda com o posicionamento do autor, posto que também sustenta a verdade como aproximativa, “...como uma verdade aproximada a respeito do ideal iluminista da perfeita correspondência”¹⁰⁸, muito embora permaneça somente como ideal em sua visão.

Nesse contexto, no dia a dia o ser humano se depara com inúmeras situações nas quais são exigidas tomadas de decisões para resolver problemas, o que requer que algumas imagens formuladas do mundo sejam consideradas como verdadeiras (correspondente aos fatos). Do mesmo modo ocorre no processo judicial, com a diferença de que o processo é tangido por inúmeras limitações tanto de tempo, como de marcos de referência os quais não podem ser ultrapassados, isto é, o jogo processual não permite um “vale tudo”, estabelecendo-se regras muito bem definidas para a atuação dos operadores do direito. Conforme apregoa William Marques e Yuri Sá, o processo judicial “...é o procedimento pelo qual são administrados os conflitos levados até o Poder Judiciário, de maneira que seja garantida a efetiva tutela dos direitos ameaçados ou violados ao seu fim”¹⁰⁹.

A exemplo, um cientista pode se deparar com um problema de difícil resolução que dedicará a vida elaborando teorias para resolvê-lo, sem que haja qualquer limitação temporal para tanto, podendo, além disso, utilizar-se de amplos marcos de referência a auxiliá-lo na sua árdua tarefa do conhecimento; ao contrário, no âmbito judicial há de se atender à limitação expressa por meio de lei do princípio da *duração razoável do processo* (e não somente a esta, como diversas outras), não podendo a parte quedar-se à mercê do tempo que for necessário para que o judiciário alcance a inalcançável verdade dos fatos, para só então oferecer uma prestação jurisdicional a resolver a demanda.

Partindo disso, o problema que inevitavelmente se apresenta é como lidar com a “verdade” no âmbito processual. E dessa problemática surgiu o que os juristas convencionaram chamar de *verdade formal ou processual* e de *verdade real ou material*. A primeira, seria típica do processo, existente dentro dele, como se a verdade dos autos fosse especial ou particular, ao passo que a segunda se referiria ao mundo dos fenômenos reais, teoricamente obtida a partir de

¹⁰⁷ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos, São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 100.

¹⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzer Hassan Choukr e Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.

¹⁰⁹ MARQUES JÚNIOR, William Paiva; SÁ, Yuri Kubrusly de Miranda. A falibilidade da prova judicial e a imparcialidade do magistrado na busca pela Verdade Real no Sistema Processual Brasileiro. In: Juraci Mourão Lopes Filho; Rogerio Luiz Nery Da Silva. (Org.). **Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico**. 01ed. Florianópolis: CONPEDI, 2020, v. 01, p. 56-75. Disponível em: <<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/nl6180k3/ue1kf6qt/3o6OwZesT6fyVpK3.pdf>> Acesso em: 13 jan 2022. p. 66.

meios distintos. Consoante Lara Teles “...justifica-se essa diferenciação na existência de previsões legais que limitam e regulam a admissão e a produção probatória, como as regras de preclusão e a inadmissibilidade da prova ilícita”¹¹⁰, isto é, os referidos marcos de referência já acima mencionados.

Em relação a isso, Michele Taruffo classificou três fundamentos principais utilizados por juristas que se prestam a aferir a verdade no bojo do processo judicial, sendo eles: a) possibilidade teórica; b) oportunidade ideológica; e c) possibilidade prática.

A primeira ramificação classificada pelo referido processualista italiano é defendida por variadas correntes, sendo a de maior envergadura a que se aproxima do realismo ingênuo, na medida que pressupõe uma viabilidade empírica de alcance à realidade, ao lado da completa crença na capacidade do intelecto humano de obter conhecimentos verdadeiros e precisos da realidade. Consequentemente, para aqueles que a defendem seria possível a obtenção da verdade empírica, do acesso ao fato passado, no âmbito do processo.

Já a possibilidade prática, apregoa ser infundada a diferenciação entre a verdade material e a verdade processual. Embora existam uma série de limitações impostas pelas regras da máquina judiciária, estas são incapazes de criar realidades distintas, apartada dos fenômenos reais. De modo algum a verdade judicial seria uma categoria autônoma, já que os instrumentos cognoscitivos para a determinação da verdade não são limitados somente no bojo do processo, como também fora dele. Portanto, qualquer verdade seria relativa, dependendo do contexto e dos marcos de referência aplicados.

Quanto à oportunidade ideológica, a determinação da verdade dos fatos coincidiria com a finalidade de produzir decisões justas. A despeito da indefinição do conceito de verdade, uma decisão jamais seria justa se pautada em premissas fáticas equivocadas. Assim surge a concepção de justiça como reconhecimento da verdade, sendo esta pressuposto daquela, sendo incompatível, portanto, com qualquer linha epistemológica que negue a existência da verdade no bojo do processo¹¹¹.

Luigi Ferrajoli entende que essa verdade processual não pretender ser *a verdade*, na medida em que é condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias de defesa, sendo “em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo do que qualquer hipotética verdade

¹¹⁰ FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. – 2. ed. – Florianópolis [SC]: Emais 2020. p. 42.

¹¹¹ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 3 ed. Traducion de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2009, 0. 57.

substancial”¹¹². Referido autor explica que essas condições limitativas se transmutam em quatro sentidos, sendo estes: I) a tese acusatória deve estar formulada conforme a norma; II) a acusação deve estar corroborada pela prova colhida por meio de técnicas normativamente preestabelecidas; III) deve ser sempre uma verdade passível de prova e oposição; IV) na dúvida, falta de acusação ou de provas ritualisticamente formadas, impõem-se a prevalência da presunção de inocência e atribuição de falsidade formal ou processual às hipóteses acusatórias. Assim, depreende-se que o formalismo estaria direcionado à proteção máxima da liberdade dos indivíduos.

Entretanto, como visto da classificação de Michele Taruffo da possibilidade prática, a qual parece se filiar, qualquer distinção de verdade seria inaceitável, haja vista que não há como individualizar uma verdade processual distinta e independente da verdade extraprocessual, como se fosse uma categoria apartada da facticidade do mundo fenomênico, é dizer, a verdade chamada de material (que por si só já é imperfeita dada as limitações da cognição humana) entra no processo, muito embora haja diferentes tipos de restrições impostas pelos códigos legislativos¹¹³. Nesse sentido, aponta Lara Teles que “...a verdade sobre os fatos no processo é alcançada – quando o é – pelos mesmos meios cognoscitivos e argumentativos do mundo dos fenômenos reais”¹¹⁴, não havendo sentido, pois, em qualquer diferenciação.

Já Francesco Carnelutti afirma que insistir em torno dessa discussão geraria frutos nada mais que estéreis. Para o autor, mesmo a denominada verdade processual seria inadequada aos fins que se propõe, tendo em vista que o problema é com a própria verdade, seja lá a classificação que a concedam, pois que “...a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”¹¹⁵. Nem extraprocessualmente, nem endoprocessualmente é possível alcançar uma verdade absoluta dos fatos, já que todo saber é datado e tem prazo de validade, consoante já afirmava Popper: uma teoria só vale até que outra venha para negá-la (falibilismo).

Não obstante, é certo que no processo penal a “verdade material” foi fruto de uma construção histórica de máxima confiabilidade na racionalidade humana, típica da idade moderna, momento que se acreditava que o sujeito cognoscente era realmente capaz de alcançar a verdade por meio da ciência, tida como a “melhor” dos conhecimentos. Ao lado disso, o

¹¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzer Hassan Choukr e Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 38.

¹¹³ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 3.ed. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2009. p. 24-5.

¹¹⁴ FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. – 2. ed. – Florianópolis [SC]: Emais 2020. p. 43.

¹¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio e Certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, v. XX (II serie), 1965, p. 49.

discurso da verdade real também está histórica e ideologicamente vinculado com a epistemologia eminentemente inquisitiva, que remonta à época da Santa Inquisição, de controle social, onde o *ius puniendi* do Estado não encontrava limitações para a sua incidência.

Consoante explica Aury Lopes Júnior, o mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório, isto é, “...com o ‘interesse público’ (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma ‘verdade a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos)’”¹¹⁶.

Ao transformar a verdade substancial em meta principal no processo penal, abre-se um leque gigantesco de arbitrariedades que são cometidas em busca da “nobreza” de se alcançar a inalcançável realidade dos fatos, com menos limites para a atividade de busca, o que gera a produção de uma verdade de menor qualidade, vazia epistemologicamente, e com o pior trato possível para o investigado¹¹⁷. Salah Khaled Jr., corrobora com referido entendimento, ao aduzir que “...a epistemologia inquisitória por excelência objetifica o acusado, ou quando não o faz, por excelência o trata como inimigo a ser perseguido para satisfação de inesgotável ambição da verdade”¹¹⁸. Quantas vezes no decorrer da história um acusado não fora obrigado a confessar por um crime que não cometera em razão de estar sendo submetido a intenso sofrimento físico e psicológico?

A busca pela verdade no processo penal, pois, sofre influências direta de cunho político e moral, além de implicar no notório desequilíbrio entre as partes. De um lado, o Estado, detentor do *ius puniendi*, e do outro o acusado, que é visto como um objeto do processo e não um sujeito de direitos. O referido *discurso da busca da verdade real* não serve para nada além de oferecer uma retórica vazia para legitimar regimes de poder de cunho autoritário.

Neste ponto, concorda Alexandre Morais da Rosa, tendo em vista que considera que a mencionada verdade processual possui estrutura de ficção, na medida em que é o espelho da realidade e da atividade recognitiva no processo, seguindo a máxima do fazer o possível, mesmo que o resultado não seja perfeito. Isto porque o julgador é obrigado a dar uma resposta, em um tempo razoável para as partes, dispondo de instrumentos limitados, que será vertida “...na e pela

¹¹⁶ LOPES JR., Aury. O problema da “verdade” no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (org.) **Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 68.

¹¹⁷ LOPES JR., Aury. O problema da “verdade” no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (org.) **Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 68.

¹¹⁸ KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade do processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 170.

linguagem, desprovida da verdade verdadeira”¹¹⁹. Desse modo, a resposta é concedida por meio de uma construção jurídica que possui diferentes compreensões, que o autor denomina de *significantes*. Logo, a decisão seria um encadeamento de significantes, que se contrapõem uns aos outros, para, ao final, o julgador colocar em evidência determinada pretensão de validade¹²⁰.

Todavia, o autor afirma que o jogo de significantes “...se dá pelo processo de ligação destes sem que o controle semântico possa conferir a segurança ilusoriamente prometida, mas somente uma trama com coerência discursiva”¹²¹. Significa dizer que as construções das decisões jurídicas demandam perceber as condições extra-discursivas que co-determinam o discurso jurídico, como as influências da política, da ideologia e dos preconceitos pessoais, conscientes ou inconscientes, que comportam a origem semântica de qualquer discurso, seja dentro do processo ou fora dele.

E, nessa medida, revela-se que a língua é uma das facetas do poder no meio social, servindo tanto a discursos revolucionários, quanto a discursos totalitários, “...deslocando-se ao gosto dos atores jurídicos sabedores de sua maleabilidade e limites”. Portanto, conclui o autor que a colocação da busca desse alvo impossível no processo penal (a verdade real), não passa do uso de uma importante ferramenta de poder (a linguagem) para naturalizar o discurso das classes dominantes¹²².

Ainda seguindo esta vertente, segundo Michel Foucault, o inquérito policial se originou de práticas políticas, administrativas e judiciárias, como forma de pesquisa da verdade, que nunca esteve pautada na evolução da racionalidade humana (epistemologicamente falando), mas sim como resultado de uma transformação política. Trata-se do que o autor define como um fenômeno político complexo, cujas relações de poder são responsáveis por determinar as

¹¹⁹ ROSA, Alexandre de Morais. **A Teoria dos Jogos aplicada ao Processo Penal**. - 2 ed. - Santa Catarina: Empório do Direito, 2015. p. 97.

¹²⁰ “O ‘coágulo de verdade’ deve levar em conta o velamento/desvelamento (Heidegger) do discurso jurídico, a recusa e a dissimulação da atividade decisória. Destruído o mundo das essências, uma nova maneira de ver as coisas se descortina, não mais fechada na lógica formal, mas somente deslizamentos fundados na linguagem (Marrafon)”. ROSA, Alexandre de Morais. **A Teoria dos Jogos aplicada ao Processo Penal**. - 2 ed. - Santa Catarina: Empório do Direito, 2015. p. 97.

¹²¹ ROSA, Alexandre de Morais. **A Teoria dos Jogos aplicada ao Processo Penal**. - 2 ed. - Santa Catarina: Empório do Direito, 2015. p. 97.

¹²² “A ilusão da **informação perfeita** no processo penal recebe o nome de **Verdade Real**. (...) Daí que a informação no campo do processo penal adentra por meio da **prova**, cujo regime possui quatro momentos (**requerimento, deferimento, produção e valoração**). Em todos esses momentos há possibilidade de perda (gaps). A testemunha pode não comparecer, morrer, a filmagem não funcionar, o laudo não ter sido feito, etc..., enfim, todas as possibilidades processuais atinentes à prova, por definição, impedem a informação perfeita. Além disso, o processo penal trabalha com a prova testemunhal a qual é extremamente falível e sugestionável. Contudo, para o fim ideológico de manutenção da crença na melhor qualidade na decisão penal, por herança do modelo inquisitório, ao julgador se atribui a função de gestor da prova em nome da Verdade Verdadeira”. ROSA, Alexandre de Morais. **A Teoria dos Jogos aplicada ao Processo Penal**. - 2 ed. - Santa Catarina: Empório do Direito, 2015. p. 94.

formas judiciais da busca da verdade¹²³. Paralelamente a isso, Michel Foucault em sua obra “A ordem do discurso” aduz que o poder está intimamente conectado ao discurso propagado pelas instituições, isto é, o discurso é um veículo de poder. Desse modo, o processo penal seria então regido por um discurso que é controlado, selecionado e organizado¹²⁴.

Na lógica do processo submetido ao Poder Judiciário (que por si só já faz referência a quem pertence o poder), pois, o julgador ressurte como o ator de evidência na tríade processual, a quem caberia “revelar” a verdade dos autos, restando às partes confiar na imparcialidade daquele que declarará o que é verdadeiro ou falso, justo ou injusto, sem que as partes possuam qualquer outra alternativa para resolver os seus conflitos. Logo, pode-se dizer que o discurso judiciário é imposto pela vontade de revelar a verdade, o que se demonstra deveras conveniente ao processo penal, na medida em que o judiciário passa a selecionar os sujeitos, privando-os no cárcere, com o fito de a todo o momento reafirmar o símbolo do poder punitivo contemporâneo, tangendo as condutas dos homens ao que as instituições fixam como salutar para o funcionamento do sistema.

Diante do referido contexto, acreditar que se possa alcançar uma verdade real, estática, pronta para ser descoberta, parece-nos ainda mais grave do que ser partidário da verdade processual, independentemente de ser plausível qualquer diferenciação ou não. Isto porque em face do contexto histórico no qual aquela concepção fora construída, abre-se perigosas margens para a fragilização de um processo penal que almeje ser democrático e garantista, cuja flexibilização do respeito às regras e aos princípios processuais acabam por serem admitidas em nome da “sagrada” revelação dos fatos no azo da sentença judicial. Isto, como visto, está atrelado ao realismo ingênuo, a submissão a certas ideologias por meio da poderosa ferramenta do discurso, que se distancia absolutamente de uma análise epistemológica dos fatos.

A propósito, é certo que o juiz ocupa lugar de destaque no processo judicial, pois que são por meio dele construídas, ou a ele direcionadas, as provas produzidas que são os instrumentos de “revelação da verdade” no processo, sendo ele quem irá ser convencido para que adote uma narrativa como fundamento de decisão. A esse respeito, Geraldo Prado considera um equívoco supor que realidade e verdade, do ponto de vista da epistemologia, são a mesma coisa, e de que o juiz teria condições de ter acesso à realidade como ela se apresenta no mundo da vida, na medida em que o magistrado nunca decidirá sobre algo que ele está experimentando,

¹²³ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002. p. 72-73.

¹²⁴ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: Aula Inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

mas sim sobre um *fato* passado, que pode ou não ter ocorrido, ou, ainda que tenha ocorrido, pode ter sido trazido de maneiras distintas pelas partes, não necessariamente como ocorreu no mundo fenomênico¹²⁵.

Mas, afinal, o que se pode entender por prova?

Prova é um conceito plurissignificativo que, em razão da variedade do léxico que pode suscitar, acaba por dificultar a sua compreensão. Para Marcelo Lima Guerra, o conjunto composto pelas noções associadas à expressão “prova”, comportam três significados principais e distintos, sendo eles: I) prova como *ação* de provar; II) prova como *resultado* probatório; e III) prova como *meio* de prova¹²⁶. Neste esteio, para Hugo Machado Segundo e Raquel Cavalcanti, usualmente se emprega a palavra prova para: I) designar elementos de fundamentação sobre uma afirmação fática; II) firmar a crença do julgador de que a controvertida afirmação sobre os fatos é verdadeira; e III) apontar o caminho pelo qual são trazidos os elementos de fundamentação ao processo, em relação ao que se está em dúvida sobre a veracidade dos fatos¹²⁷.

A prova, pois, ocupa decisiva função no desfecho dos conflitos apresentados ao Poder Judiciário, tendo os magistrados o dever constitucional de fundamentar, ou seja, *justificar a crença* adotada para decidir o litígio com base nas provas produzidas durante a instrução do processo (art. 93, IX, da Constituição Federal)¹²⁸. Nesse aspecto, chamam atenção Hugo Machado Segundo e Raquel Cavalcanti para o fato de que “...a relação entre prova e verdade é direta e evidente, pois a prova diz respeito, como se viu, à fundamentação de uma afirmação sobre fatos, ou, de forma mais precisa, à fundamentação de uma crença na veracidade de uma afirmação feita sobre fatos”¹²⁹, isto é, se alguém deseja demonstrar que um fato existiu no

¹²⁵ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 44.

¹²⁶ GUERRA, Marcelo Lima. Premissas para a construção de um léxico constitucional e epistemologicamente adequado em matéria probatória. *In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010*, p. 7742 e ss. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4060.pdf>>, acesso em 23/4/2013>. Acesso em: 28 jan 2022.

¹²⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. MACHADO, Raquel Ramos Cavalcanti. Prova e verdade em questões tributárias. *In: Hugo de Brito (Coord.). A prova em questões tributárias*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1247.

¹²⁸ MARQUES JÚNIOR, William Paiva; SÁ, Yuri Kubrusly de Miranda. A falibilidade da prova judicial e a imparcialidade do magistrado na busca pela Verdade Real no Sistema Processual Brasileiro. *In: Juraci Mourão Lopes Filho; Rogerio Luiz Nery Da Silva. (Org.). Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico*. 01 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2020, v. 01, p. 56-75. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/nl6180k3/ue1kf6qt/3o6OwZesT6fyVpK3.pdf>> Acesso em: 13 jan 2022. p. 64.

¹²⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. MACHADO, Raquel Ramos Cavalcanti. Prova e verdade em questões tributárias. *In: Hugo de Brito (Coord.). A prova em questões tributárias*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1247.

mundo fenomênico, dentro do processo, é necessário que se apresentem elementos probatórios, e que, por sua vez, o juiz convença-se da narrativa apresentada pela parte.

Assim, a orientação predominante na doutrina é tomar a noção de prova como *resultado*, o que põe em evidência a *convicção do juiz*, consoante expõe Aury Lopes Júnior, ao conceituar as provas como “os materiais que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz (função persuasiva)”¹³⁰.

É dizer, coloca-se em evidência um psicologismo exacerbado, de modo que se dá ênfase excessiva aos estados de consciência do magistrado, à sua *convicção*¹³¹, o que, conforme Michele Taruffo, transforma o processo em nada mais que um jogo retórico-persuasivo, onde tem razão o advogado que consegue persuadir o juiz para que adote a sua narrativa como fundamento da decisão, o que acaba por tratar com indiferença se aquilo que se pretende convencer é verdadeiro ou falso¹³². Desse modo, se o convencimento do juiz é o que importa, mesmo que José não tenha matado Maria no mundo fenomênico, e no processo assim se convencer, pouco importará a verdade ou a sua aproximação dela.

Para Vitor Ramos a verdade como correspondência é o próprio fim do procedimento probatório, tendo a prova com a verdade uma relação teleológica, ou seja, é um meio para obter o fim (verdade), muito embora a prova por si só não garanta a obtenção do referido fim, já que o que basta para o processo é o convencimento do juiz. Nas palavras do autor “quando um juiz decide que ‘está provado que *p*’, está considerando que ‘há elementos suficientes a favor de *p*’, podendo estar equivocada ou não – dependendo de, em realidade, haver ou não elementos suficientes a favor de *p*”¹³³, e, com isso, preserva-se a possibilidade de ainda que tenha se considerado algo como comprovado, esse algo, pode ainda assim ser falso, é dizer “...uma

¹³⁰ LOPES JR., Aury. O problema da “verdade” no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (org.) **Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 79.

¹³¹ MARQUES JÚNIOR, William Paiva; SÁ, Yuri Kubrusly de Miranda. A falibilidade da prova judicial e a imparcialidade do magistrado na busca pela Verdade Real no Sistema Processual Brasileiro. In: Juraci Mourão Lopes Filho; Rogerio Luiz Nery Da Silva. (Org.). **Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico**. 01 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2020, v. 01, p. 56-75./ p. 63. Disponível em: <<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/nl6180k3/ue1kf6qt/3o6OwZesT6fyVpK3.pdf>> Acesso em: 13 jan 2022

¹³² TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 3.ed. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2009. p. 50.

¹³³ RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal: Do subjetivismo ao Objetivismo, do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 42.

decisão que afirma que está provado que *p*, quando, na realidade, *p* não é verdadeiro, seguirá sendo equivocada do ponto de vista epistêmico”¹³⁴.

Na visão de Geraldo Prado, ao conferir-se autoridade para o estado mental do juiz, acaba-se por negligenciar as atividades de formação da prova, o que realmente deveria ser a questão de maior importância para o processo penal, e não a meta inalcançável da verdade, pois que o estabelecimento de parâmetros de confiabilidade epistêmico (standards de prova), é que deveriam ser condição *sine qua non* para a admissão do elemento probatório e para a sua posterior valoração¹³⁵. É dizer, para o autor, a verdade deve cumprir tão somente a função estratégica de “indicador epistêmico”, que significa a finalidade de dotar o processo de uma meta, a revelar “um tipo de processo baseado na pesquisa e demonstração dos fatos penalmente relevantes, sob a inspiração de limites éticos”, políticos e jurídicos, por meio de critérios de aferição adequados da prova¹³⁶.

Em conclusão, para o autor é possível trabalhar com a ideia da busca da verdade no processo, sem que para isso seja necessário atribuir um conceito inequívoco e incontroverso de verdade, desde que sejam traçados parâmetros muito bem delineados para a admissão e valoração da prova¹³⁷, o qual já se trata de outra profunda problemática em relação à qual opta-se por não adentrar em razão da delimitação desta pesquisa.

Assim, é possível vislumbrar os embaraços de se trabalhar com a verdade no processo penal, a qual pode sujeitar o cometimento de práticas antigarantistas e arbitrárias em desfavor dos réus, em razão de uma meta que se sabe inalcançável no ponto de vista da epistemologia. É necessário, pois, que o operador do direito sempre busque dotar-se de conhecimentos

¹³⁴ RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal: Do subjetivismo ao Objetivismo, do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 43.

¹³⁵ “A colonização do processo pela ideia obsessiva da verdade revela-se contraproducente no âmbito das práticas de determinação da responsabilidade penal por vários motivos, dois dos quais merecem destaque neste momento: porque prejudica o processo de produção de conhecimentos a respeito dos fatos ao supor uma meta inalcançável que é o, ainda que hipotético, *retorno ao fato em si*, na linha do objetivismo ingênuo antes referido; e porque, ao conferir autoridade *a priori* ao estado mental do juiz termina por negligenciar as atividades de formação da prova, cuja adequação a parâmetros de confiabilidade epistêmica configura condição prévia de admissão do elemento probatório para fim de posterior valoração”. PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 53.

¹³⁶ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 55.

¹³⁷ “A estratégia analítica à base da ideia de indicador epistêmico consiste, portanto, em partir do consenso alargado possível sobre a noção em questão - p. e. de que é razoável trabalhar com a ideia de *verdade* -, ainda que com desconfiança acerca do efetivo conteúdo e da delimitação mais apropriada que estaria apta a converter a noção (de verdade) em conceito (de verdade)”. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 56.

multidisciplinares (epistemologia, sociologia, psicologia social, etc.) para não cair no “conto do vigário” de que a verdade deve pautar a finalidade do processo penal.

3.3 Os poderes instrutórios do juiz no contexto da busca pela verdade real e da nova lógica trazida pela Lei nº 13.964/2019

O cenário se agrava, todavia, quando o magistrado faz mais do que apenas ser o receptor das provas para elaborar o seu convencimento, isto é, vai em busca dela, tomando uma postura ativa na sua produção. Isto porque o seu convencimento, que como visto é a pedra angular para a determinação do resultado do processo, pode deixar de ser imparcial, pois coloca em risco o seu julgamento desde o início do processo. A imparcialidade constitucionalmente garantida exige que o magistrado se mantenha equidistante e desinteressado no resultado final da demanda, porém é possível garantir a máxima efetividade à imparcialidade da jurisdição penal quando o juiz adota postura ativa, vencendo a inércia e colocando as vestes de juiz ator?

Ao nos deparamos com um cenário caótico, como visto, no qual a Constituição Federal impõe um tipo de sistema, o acusatório - no qual a gestão da prova deve recair essencialmente sobre a iniciativa das partes, devendo o juiz ser afastado da produção probatória - ao mesmo tempo em que o Código de Processo Penal vai diretamente de encontro com o que fora estabelecido, acolhendo em seu seio diversos dispositivos de caráter inquisitório - concedendo ao juiz livremente poderes instrutórios, onde o leque de opções para as práticas probatórias mais diversas está autorizado ante a “nobreza” de seus propósitos, em nome da busca da “verdade real” - cria-se um sentimento de incerteza quanto à eficácia das garantias constitucionais.

Especialmente no processo civil, o problema da verdade é encarado como um “falso problema”, consoante aduz Ada Pellegrini Grinover, “...não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes”¹³⁸, preso ao material que será produzido por elas, tendo em vista que quanto maior sua iniciativa probatória, maior a sua proximidade com a certeza, isto é, com a verdade¹³⁹. Ainda na concepção da civilista “...longe de afetar a sua imparcialidade, a iniciativa

¹³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. *In*: PEREIRA, Flávio Cardoso (org). **Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 4.

¹³⁹ Ada Pellegrini Grinover conclui sobre a dicotomia verdade real x verdade formal o seguinte: “Vê-se daí que não há qualquer razão para continuar sublinhando a distinção entre verdade real e verdade formal, entendendo a primeira própria do processo penal e a segunda típica do processo civil. O conceito de verdade, como já dito, não é ontológico ou absoluto. No processo penal ou no civil que seja, o juiz só pode buscar uma verdade processual, que nada mais é do que o estágio mais próximo possível da certeza. E para que chegue a esse estágio deverá ser dotado de iniciativa probatória”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema.

oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos”¹⁴⁰.

Na mesma senda, William Marques e Yuri Sá afirmam que o juiz não pode participar da fase instrutória como um mero espectador, ao contrário, deve manter postura ativa de modo a buscar o desfecho mais justo e equânime para as partes que se encontram em litígio. Advogam, ainda, que o princípio dispositivo não deve se resumir em atribuir às partes único e exclusivamente a iniciativa probatória, estando o direito de romper a inércia da jurisdição adequadamente resguardado em dispositivos como o art. 2º do Código de Processo Civil¹⁴¹ (permissivo legal para a mitigação do princípio dispositivo), possibilitando ao magistrado, nos casos em que considerar a insuficiência técnica das provas, requerer a realização de diligências, sem que esteja violando o seu dever de imparcialidade.

Além disso, os referidos autores também fundamentam a possibilidade de iniciativa probatória do magistrado no princípio da cooperação, o qual apregoa que as partes devem formar uma relação jurídica na qual atuem conjuntamente em prol de um objetivo comum, isto é, a busca pela concretização da justiça, posicionando todos os litigantes e o julgador em um patamar de igualdade¹⁴².

Não obstante, em contraposição ao posicionamento dos civilistas ora aludidos, Aury Lopes Jr., aponta que o problema dos poderes instrutórios do juiz, que é temática intimamente relacionada com o problema da verdade, deve ser encarado de forma totalmente diferenciada e desconectada da realidade do processo civil, em respeito às categorias jurídicas próprias do processo penal¹⁴³. Especialmente no campo probatório, segundo o autor, o juiz é fundante da

In: PEREIRA, Flávio Cardoso (org). **Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 9).

¹⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. *In*: PEREIRA, Flávio Cardoso (org). **Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 2.

¹⁴¹ Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

¹⁴² “Dessa maneira, levando em consideração a legislação brasileira vigente, os direitos e os princípios constitucionais apresentados, conclui-se que é possível o magistrado cooperar com os demais sujeitos do processo na busca da construção fática que melhor se aproxima dos fatos apresentados em juízo sem a necessidade de abrir mão do seu dever de imparcialidade, uma vez que o poder judiciário tem uma função social relevante, essencial para manter a credibilidade das normais legais e garantir uma segurança jurídica ao cidadão que tenha seus direitos ameaçados ou violados, conforme prevê o artigo 5, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988”. (MARQUES JÚNIOR, William Paiva; SÁ, Yuri Kubrusly de Miranda. A falibilidade da prova judicial e a imparcialidade do magistrado na busca pela Verdade Real no Sistema Processual Brasileiro. *In*: Juraci Mourão Lopes Filho; Rogério Luiz Nery Da Silva. (Org.). **Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico**. 01 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2020, v. 01, p. 56-75. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/nl6180k3/ue1kf6qt/3o6OwZesT6fyVpK3.pdf>> Acesso em: 13 jan 2022).

¹⁴³ “Situamos nossa leitura desde o outro exemplo, isto é, desde a recusa à teoria geral do processo, por estrito respeito àquilo que o genial JAMES GOLDSCHMIDT definiu de ‘respeito às categorias jurídicas próprias do

estrutura sistêmica do processo penal, quer dizer, o ativismo judicial surgido da gestão da prova recaindo nas mãos do magistrado é fator suficiente para acarretar a destruição completa do processo penal democrático, operando um primado de prevalência da hipótese sobre os fatos.

Em situações como essa, prossegue o autor, permite-se que o juiz primeiro decida para depois sair em busca do material probatório para confirmar a sua versão, fulminando, destarte, todo o complexo sistema de garantias entabulado pela Constituição Federal de 1988. Atribuir poderes instrutórios ao magistrado, nesta ótica, como o nosso Código de Processo Penal o faz, seria um grave erro porque o recolhimento da prova pelo juiz antecipa a formação do juízo. Para o autor, quem vai em busca da prova já passou pelo processo mental de escolha de uma hipótese (condenatória ou absolutória), até porque se assim não fosse a busca da imagética verdade se daria de forma cega e indeterminada, inexistindo investigador imparcial, seja ele promotor, delegado ou juiz¹⁴⁴.

Em razão disso, Aury Lopes Jr. defende que é ingênua a postura de querer aplicar-se a lógica do processo civil para o processo penal, na medida em que o discurso civilista pela busca da verdade, tornando o juiz comprometido em alcançar “a maior proximidade da certeza possível”, embora muito sedutora, não cabe na lógica processual penal que trata de poder punitivo do Estado em face do jurisdicionado. A ambição da verdade é um perigo que afeta o cognitivo do magistrado de forma irremediável, consoante comprovam a psicanálise e a epistemologia. É por isso que o autor abordado defende o deslocamento da discussão sobre a verdade para margem do processo, para que esta não seja encarada como função do processo penal, mas sim algo que eventualmente possa ser alcançado em seu curso.

processo penal'. Da correta compreensão do objeto do processo penal (a pretensão acusatória e não a pretensão punitiva como civilisticamente pensada pela teoria geral do processo), passando pela estruturação de uma 'teoria da acusação' (diante da imprestabilidade conceitual da teoria da ação do processo civil), passando pelo princípio da necessidade (que demarca uma insuperável separação), reformulação da concepção das condições de admissibilidade da acusação (impensável seguir-se repetindo que 'possibilidade jurídica do pedido' ou 'interesse' integre esse rol) até a própria reavaliação do papel da jurisdição (como garantia e não mera 'juris dictio'), enfim, toda a complexa fenomenologia do processo penal é radicalmente distinta daquela existente no processo civil". (LOPES JR., Aury. O problema da “verdade” no processo penal. *In*: PEREIRA, Flávio Cardoso (org.) **Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 64).

¹⁴⁴ Nesta linha, aponta Jacinto Coutinho que: “abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 163-198 Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>>. Acesso em 09 de ago. de 2022). Na mesma esteira, Aury Lopes Jr. aduz que: “O juiz, ao ter iniciativa probatória, está ciente (prognóstico mais ou menos seguro) de que consequências essa prova trará para a definição do fato discutido, pois ‘quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador’”. (LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. - 6 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 242).

À primeira ótica, pode parecer estranha essa lógica de encarar a verdade como contingencial e não estruturante do processo, contudo, partindo da premissa estudada de que a verdade sempre será aproximativa, pelas próprias limitações do conhecimento humano, a verdade real é impossível de ser obtida, tanto dentro do processo quanto fora dele. E, considerando que o crime é passado, isto é, um fato histórico que não é passível de experiência, confunde-se com a memória, fantasia e imaginação, e por isso jamais será real¹⁴⁵. Conclui, pois, Aury Lopes Jr. que o que se depreende quando do estudo da questão é “...um labirinto de subjetividade e contaminações que não permite atribuir ao processo a função de, através da sentença, revelar a ‘verdade’ (nem real, nem processual, pois o problema está na ‘verdade’)¹⁴⁶”.

A verdade do processo penal não poderia passar de um modelo formalista, no qual se deve atentar ao conjunto de regras e garantias específicas, onde a dúvida sempre será dirimida em favor do réu (*in dubio pro reo*), e não um fator permissivo para conceder poderes instrutórios ao juiz no intuito de preencher lacunas eventualmente existentes no processo, consoante a lógica do processo civil¹⁴⁷.

Como visto, a busca da “verdade real” é na maioria das vezes o motivo que impulsiona o ativismo judicial, quer seja no processo civil, quer seja no processo penal, reconhecendo-se que esta ambição é um perigo maior para o exercício da jurisdição penal imparcial, já que lida diretamente com a liberdade do indivíduo, na medida em que cria a ilusão que o juiz está autorizado a dispor de quaisquer meios investigatórios/instrutórios para atingir este objetivo inatingível, independentemente da provocação das partes.

Não obstante, Gustavo Badaró classifica a atividade oficiante do juiz em duas hipóteses distintas: a primeira quando atua como pesquisador de fontes de provas, isto é, introduz provas novas no processo independentemente da atividade das partes, o que seria uma função tipicamente investigativa. Já a segunda, quando atua como pesquisador de meios de

¹⁴⁵ “... toda reconstrução de um fato histórico está eivada de contaminação, decorrente da própria atividade seletiva desenvolvida. Em suma, a verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva, senão porque constitui um gravíssimo erro falar em ‘real’ quando estamos diante de um fato passado, histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que não possui é um dado de realidade”. (LOPES JR., Aury. O problema da “verdade” no processo penal. *In*: PEREIRA, Flávio Cardoso (org.) **Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 70).

¹⁴⁶ LOPES JR., Aury. O problema da “verdade” no processo penal. *In*: PEREIRA, Flávio Cardoso (org.) **Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 75.

¹⁴⁷ “[...] sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz, destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade. [...] é um imenso prejuízo gerado pelos diversos ‘pré-juízos’ que o julgador faz”. (LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 213).

provas, a partir de elementos que já tenha conhecimento fruto da atividade probatória das partes, como ocorre, a exemplo, ao chamar uma testemunha referida em juízo para ser ouvida na instrução.

Para o autor, os poderes instrutórios do juiz na primeira hipótese representam claro perigo à sua imparcialidade, na medida em que está buscando uma nova fonte de prova sem que as partes tenham provocado. Já na segunda hipótese, o juiz teria a sua imparcialidade garantida, mesmo agindo oficiosamente, tendo em vista que não estaria comprometido previamente com uma hipótese, já que não saberia o resultado da prova que teria determinado sua produção a partir de outros elementos já trazido ao seu conhecimento em sede de instrução¹⁴⁸, portanto não atinge a essência do sistema acusatório.

Referido ativismo judicial, na sistemática atual, é respaldado pelo art. 156, I e II, do Código de Processo Penal, tendo os incisos sido introduzidos pela Lei nº 11.690/2008, os quais representam a consagração do princípio da busca da verdade real na normativa brasileira, que, como visto, traz consigo diversos problemas do ponto de vista epistemológico. O dispositivo prevê que ao magistrado caberia intervir na produção probatória antes mesmo de instaurada a ação penal, podendo determinar de ofício diligências de provas que considerasse a seu critério “urgentes e relevantes”, observando, também a seu critério estritamente subjetivo, a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida¹⁴⁹ (inciso I), bem como autoriza o juiz a dirimir dúvida sobre ponto relevante no curso da instrução, isto é, quando já está instaurada a competente ação penal¹⁵⁰ (inciso II).

Sobre o assunto, para Teodoro Santos e Nestor Santiago, a possibilidade de persecução probatória pelo magistrado antes mesmo de iniciado o processo, isto é, inexistindo qualquer acusação formal, remontaria à figura do Juiz Inquisidor do Século XIII, denotando

¹⁴⁸ “De outro lado, os poderes instrutórios do juiz não representam um perigo à sua imparcialidade. É necessário, porém, esclarecer em que medida poderá exercer tais poderes. A categoria ‘poderes instrutórios do juiz’ é bastante heterogênea, incluindo poderes que vão desde a busca da fonte de provas (atividade propriamente investigativa) até a introdução em juízo de provas cuja existência já tenha conhecimento. Partindo da distinção entre fontes de provas e meios de prova, percebe-se, facilmente, que a imparcialidade corre perigo quando o juiz é um pesquisador, ou um ‘buscador’ de fontes de provas. Já o juiz que, diante da notícia de uma fonte de prova, por exemplo, a informação de que certa pessoa presenciou os fatos, determina a produção do meio de prova correspondente – o testemunho –, para incorporar ao processo os elementos de informações contidos na fonte de prova, não está comprometido com uma prévia, não colocando em risco a sua posição de imparcialidade. Ao contrário, o resultado da produção daquele meio de prova pode ser em sentido positivo ou negativo, quanto à ocorrência do fato”. (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2021. p. 108).

¹⁴⁹ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, **mesmo antes de iniciada a ação penal**, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (...).

¹⁵⁰ Art. 156. (...) II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

enfraquecimento das garantias da ordem constitucional, na medida em que exacerba o terreno da discricionariedade ao permitir que o juiz defina o caráter de relevância e urgência da prova, afetando a sua imparcialidade, equidade e retidão para o futuro julgamento da causa¹⁵¹.

Ademais, para os autores, a postura ativa do juiz na gestão da prova não se coaduna com a garantia da imparcialidade, tendo em vista que inevitavelmente o seu julgamento restaria contaminado, até mesmo de maneira inconsciente, considerando que os juízes se baseiam nos atos de investigação para apoiar suas decisões, notadamente a decisão do recebimento de denúncia que instaura a relação processual, para, somente a partir disso, atrair a garantia do contraditório¹⁵².

No mesmo sentido, Sérgio Rebouças conclui que a regra processual do inciso I, do art. 156 do CPP é incompatível com o sistema acusatório, não se podendo permitir qualquer forma de iniciativa investigativa do juiz antes de instaurado o processo, tendo em vista que as funções exercidas pelo juiz em fase de investigação devem se limitar àquelas de caráter eminentemente jurisdicional, é dizer “...apreciação sobre o cabimento, a justa causa, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade de meios invasivos de obtenção de prova requeridos pela autoridade policial ou pelo titular da ação penal, assim como contenção de excessos investigativos”¹⁵³. O autor discorre que a iniciativa do juiz para determinar diligências destinadas a provar a existência de um delito, conseqüentemente sua autoria e materialidade, tem potencialidade decisiva de vinculação prévia do intelecto do julgador com o resultado da prova¹⁵⁴.

Além disso, segundo Sérgio Rebouças, haveria outros fatores inconvenientes decorridos da atuação probatória do juiz antes de instaurado o processo judicial, tendo em vista que a fase da investigação não se destina a produzir elementos de convicção para o crivo do juiz, mas sim oferecer subsídios mínimos para o exercício da acusação pelo seu titular. Se o próprio juiz coleta os elementos de convicção, fornecendo-os para a formação de uma hipótese

¹⁵¹ SANTOS, Teodoro Silva. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Garantismo, sistema acusatório e a produção de prova *ex officio* pelo magistrado. **Revista Jurídica UNICURITIBA**. Curitiba, v. 02, n. 59, abril - junho de 2020, p. 210-223.

¹⁵² SANTOS, Teodoro Silva. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Garantismo, sistema acusatório e a produção de prova *ex officio* pelo magistrado. **Revista Jurídica UNICURITIBA**. Curitiba, v. 02, n. 59, abril - junho, 2020, p. 210-223.

¹⁵³ REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de direito processual penal, volume I**. 2 ed. rev. ampl. atual. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 673.

¹⁵⁴ REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de direito processual penal, volume I**. 2 ed. rev. ampl. atual. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 676.

acusatória que posteriormente será julgada por ele mesmo, está clara a quebra da imparcialidade¹⁵⁵.

Desse modo, a atuação do juiz na fase de inquérito deve se limitar a ações de controle e garantias dos direitos individuais do investigado, jamais devendo se imiscuir na atividade investigativa, funções estas que na nova sistemática trazida pela Lei nº 13.964/2019 são atribuídas ao Juiz de Garantias (Art. 3º-B do Código de Processo Penal), o qual, a propósito, fica impedido de atuar na fase processual¹⁵⁶.

Ademais, o art. 3º-A da Lei nº 13.964/2019 (ainda com a vigência suspensa) é claro em estabelecer que “...o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Do dispositivo, extrai-se a proibição expressa do agir de ofício do magistrado em fase de inquérito, o que logicamente permite a conclusão de que o disposto no art. 156, I, do CPP seria tacitamente revogado caso reconheça-se a constitucionalidade do dispositivo aludido pelo Supremo Tribunal Federal.

Embora não tenha havido a sua revogação expressa, seria incompatível a manutenção da sua vigência com a nova sistemática trazida pela Lei nº. 13.964/2019, notadamente com a instituição do juiz de garantias, o qual seria responsável tão somente pelo controle de legalidade na fase anterior ao processo, sem qualquer espaço para ativismo judicial. A nosso sentir, referida norma restou acertada pois que jamais poderia ser admitido em *fase pré-processual* o ativismo judicial na busca da prova, tendo em vista que sequer está estabelecida a delimitação formal da acusação, isto é, o magistrado estaria agindo como investigador a fim de buscar elementos de convicção para firmar uma das hipóteses: a) há crime e o réu é responsável; b) não há crime e o réu é inocente.

Inarredavelmente, isto antecipa a captura psíquica do juiz antes mesmo de instalado o contraditório entre as partes, na medida em que vincula o magistrado à hipótese que pretende comprovar. Desse modo, o art. 156, I, do Código de Processo Penal, desde a sua gênese, se revelava incompatível com a Constituição Federal de 1988, uma vez que permite ao juiz agir como parte e exercer uma atividade que não é sua, em confronto direto com o sistema

¹⁵⁵ “As potencialidades dessa vinculação apriorística do juiz com os fatos, em uma fase de apuração, são incontornáveis, representando prejuízo à imparcialidade própria da função jurisdicional. Até mesmo quando o juiz determina essas medidas provocado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público há tal potencialidade, embora em menor grau. O que se dirá quando ele próprio tomar a iniciativa...” (REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de direito processual penal, volume I**. 2 ed. rev. ampl. atual. - Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2022. p. 677).

¹⁵⁶ REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de direito processual penal, volume I**. 2 ed. rev. ampl. atual. - Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2022. p. 677.

acusatório, tendo o art. 3º-A apenas consagrado o que já deveria ter sido reconhecido pelos tribunais superiores há muito tempo.¹⁵⁷

Nesse ponto, curiosamente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 1570/DF, datada de 12/02/2004, pronunciou-se de modo procedente em parte ao pedido formulado pelo Procurador-Geral da República contra o art. 3º-A da Lei n 9.034/95, que conferia ao juiz competência para diligenciar pessoalmente nos procedimentos de investigação e obtenção de provas nas persecuções penais relativas a atos de organizações criminosas, nas hipóteses em que houvesse possibilidade de violação de sigilo, por entender que a coleta pessoal de provas desvirtua a função do juiz, de modo a comprometer a imparcialidade deste no exercício da prestação jurisdicional¹⁵⁸, ao passo que não aplicou o mesmo entendimento à previsão normativa do art. 156, I do Código de Processo Penal.

O questionamento que surge com a nova sistemática é que, em sendo confirmada a eficácia do art. 3º-A da Lei nº 13.964/2019, deverá ser reconhecida a inconstitucionalidade integral do art. 156? Quer dizer, compactua-se com o sistema acusatório a possibilidade de iniciativa instrutória por parte do magistrado na fase processual? Como visto, o inciso II do art. 156 do CPP traz a hipótese na qual já está instaurada a competente ação penal e, ao juiz, possibilita-se a determinação de diligências para dirimir dúvidas. Segundo Bruna Rocha, Letícia Neves e Paulo Souza¹⁵⁹, três hipóteses acerca da constitucionalidade do referido inciso se colocam para análise dos juristas.

¹⁵⁷ Sobre esse ponto, Aury Lopes Jr. apresenta a seguinte crítica: “Obviamente que não basta mudar a lei, é preciso mudar a cultura, e esse sempre será o maior desafio. Não tardarão em aparecer vozes no sentido de que o art. 156, I, deve permanecer, cabendo o agir de ofício do juiz quando a prova for urgente e relevante. Tal postura constitui uma burla à mudança, mantendo hígida a estrutura inquisitória antiga. Afinal, basta questionar: o que é uma prova urgente e relevante? Aquela que o juiz quiser que seja. E a necessidade, a adequação e a proporcionalidade, quem afere? O mesmo juiz que determina sua produção. Essa é a circularidade inquisitória clássica, que se quer abandonar. Fica a advertência para o movimento contrarreformista - ou o movimento da sabotagem inquisitória, como define Alexandre Moraes da Rosa -, por virá”. LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 247.

¹⁵⁸ Vencido o Min. Carlos Velloso, que julgava improcedente o pedido, por considerar que o caráter público do processo não proibiria, em hipóteses excepcionais, a participação ativa do juiz na busca da verdade material (Lei 9.034/95, art. 3º: "Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça." - "art. 2º - Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: ... III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais."). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1570. Relator: Ministro Mauricio Corrêa. **DJE**. Brasília, 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546>. Acesso em: 03 de abr de 2023).

¹⁵⁹ ROCHA, Bruna. NEVES, Letícia. SOUZA, Paulo. Da (in)constitucionalidade do artigo 156, II, do CPP: debate sobre a atividade judicial “ex officio” em matéria processual penal, quando para “dirimir dúvida sobre ponto relevante”. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 14, n. 1 (2021), 24ª Edição. 87-111. p. 94.

A *primeira possibilidade* no caso de, no curso da instrução, depois de ouvidas as testemunhas de acusação e da defesa, realizados os interrogatórios, sem solicitação de diligências complementares pelas partes (art. 402 do CPP), o juiz entende ser necessária oitiva de testemunha referida em determinado depoimento colhido, para que se convença ou não da imputação trazida na denúncia. A *segunda possibilidade* perfaz-se no caso de, após a prisão em flagrante, o juiz decretar a prisão preventiva de ofício do investigado, mesmo sem pedido do Ministério Público. Por fim, a *terceira possibilidade* no caso de o juiz realizar perguntas às testemunhas depois de esgotadas as perguntas das partes em audiência de instrução e julgamento.

Em relação à *primeira possibilidade*, os autores entendem que o juiz estaria agindo como pesquisador de provas¹⁶⁰ na medida em que “...o juiz se coloca como parte, a fim de esclarecer ponto que a acusação pública não se interessou, ferindo o princípio acusatório e retirando-se da zona técnica de árbitro imparcial, cuja função é julgar os fatos trazidos ao seu conhecimento...”¹⁶¹, sendo irrelevante que não soubesse o teor da prova que houvesse determinado, já que em caso de dúvida imperiosa a aplicação do *in dubio pro reo*. Logo, o inciso II, nesta ótica, seria incompatível com o sistema acusatório e conseqüentemente inconstitucional antes mesmo do advento do art. 3º-A da Lei nº 13.964/2019.

Acerca do art. 3º-A incluído do Código de Processo Penal pela referida lei, Aury Lopes Jr. aponta que a redação do artigo, além de expressamente adotar o sistema acusatório, previu duas situações: I) vedação à atuação do juiz na fase de investigação, proibindo a atuação de ofício para decretação de prisões cautelares, medidas cautelares reais, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário e etc; II) na fase processual, a substituição pelo juiz da atuação probatória do órgão acusador. Para o autor, nessa perspectiva, falhou o legislador ao não revogar expressamente a integralidade do art. 156 do CPP, haja vista que não cabe a atuação de ofício do juiz seja na investigação, seja na fase processual¹⁶².

Narra o autor que o maior problema está na segunda parte do artigo, “...e nas interpretações conservadoras e restritivas a que dará margem, afinal, o que significa

¹⁶⁰ Divergindo da perspectiva apresentada por Gustavo Badaró, acima citada, o qual conclui que não haveria afronta à imparcialidade do juiz caso determinar diligências para esclarecimentos a partir de provas já produzidas pelas partes, como seria o caso da testemunha referida.

¹⁶¹ ROCHA, Bruna. NEVES, Letícia. SOUZA, Paulo. Da (in)constitucionalidade do artigo 156, II, do CPP: debate sobre a atividade judicial “ex officio” em matéria processual penal, quando para “dirimir dúvida sobre ponto relevante”. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 14, n. 1 (2021), 24ª Edição. 87-111. p. 94.

¹⁶² LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução crítica. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 264-247.

‘substituição da atuação probatória do órgão de acusação?’¹⁶³. Para Aury Lopes Jr., toda e qualquer iniciativa probatória do juiz que determinar a produção de uma prova já está enquadrada como “substituição” da atuação probatória do acusador. A carga probatória sempre será atribuição inteiramente do acusador, não tendo a defesa qualquer carga probatória, posto que marcada pela presunção de inocência, muito menos o juiz qualquer atribuição nesse sentido. Portanto, qualquer invasão por parte do órgão jurisdicional na atividade probatória representaria a referida “substituição” da atuação probatória do órgão acusador¹⁶⁴.

Ademais, adverte o autor que é importante combater a fraude atinente ao juiz produzir provas de ofício a título de “ajudar a defesa”. Para Aury Lopes Jr. : “Em um processo acusatório existe um preço a ser pago: o juiz deve conformar-se com a atividade incompleta das partes”¹⁶⁵, não lhe autorizando por isso descer para a arena das partes e produzir provas de ofício nem para colaborar com a acusação nem para colaborar com a defesa. Deixa claro o autor que o juiz com dúvida deve absolver o réu nos termos do art. 386, VIII, do CPP, porque não é exigido dúvida qualificada para este intento, apenas dúvida razoável. E assim, conclui: “Temos visto magistrados, ‘em nome da defesa’, decretarem de ofício a quebra de sigilo telefônico, dados, de todos os acusados com *smartphones* apreendidos... É um sintoma da perversão acusatória”.¹⁶⁶⁻¹⁶⁷

Nesta jaez, Salah Khaled Jr. também se posiciona contrariamente à iniciativa probatória do juiz, ainda que de modo subsidiário ou complementar, tendo em vista que isso comprometeria a imparcialidade do julgador e seria um modo de reforçar o mito da verdade real, em contraposição à democraticidade necessária em um sistema acusatório. Uma vez na dúvida, caberia ao magistrado absolver o réu em razão do princípio do *in dubio pro reo* e não

¹⁶³ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução crítica. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 247.

¹⁶⁴ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução crítica. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 247-248.

¹⁶⁵ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução crítica. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 247-249.

¹⁶⁶ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução crítica. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 249.

¹⁶⁷ Neste ponto, interessante é o posicionamento do autor o qual se transcreve: “É preciso que cada um ocupe o seu ‘lugar constitucionalmente demarcado’ (clássica lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho), com o MP acusando e provando (a carga da prova é dele), a defesa trazendo seus argumentos (sem carga probatória) e o juiz, julgando. Simples? Nem tanto, basta ver que a estrutura inquisitória e a cultura inquisitória (fortíssima) fazem com que se resista a essa estrutura dialética por vários motivos históricos, entre eles o mito da ‘busca da verdade real’ e o anseio mítico pelo juiz justiceiro mesmo que o acusador não produza prova suficiente”. LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução crítica. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 246.

agir ativamente em busca de provas, seja para condená-lo (o que representaria sem dúvidas a maioria dos casos) seja para absolvê-lo, sendo este o ônus do sistema acusatório adotado¹⁶⁸.

Ao revés, Sérgio Rebouças, apesar de defender a constitucionalidade do inciso II, do art. 156, do CPP, considerando não ser incompatível com o sistema acusatório a iniciativa probatória do juiz de modo *restrito*¹⁶⁹, isto é, suplementar às partes, com o fito exclusivo de saneamento de situação duvidosa gerada pelos elementos apresentados pelas partes, reconhece que “...se o juiz irrestritamente pudesse se imiscuir na atividade probatória, poderia pender para a situação subjetiva que essa atividade concretamente favorecesse”¹⁷⁰, e exemplifica: se o juiz chama de ofício testemunha por visualizar que seus esclarecimentos são relevantes para demonstrar que o acusado praticou o fato tipificado como crime, está pendendo para o interesse acusatório, se, todavia, chama a depor testemunha não arrolada pela acusação, por ter presenciado situação que o favoreça, está pendendo para o lado defensivo. Em qualquer das hipóteses o autor conclui que se afeta a imparcialidade inerente ao órgão acusatório.

Em contramão aos posicionamentos acima aventados, Lara Teles defende nem a atribuição ampla de poderes instrutórios ao magistrado, nem a posição de total inércia na atividade instrutória, apregoando que no processo penal a atividade probatória deve mesmo estar prioritariamente a cargo das partes, possibilitando-se ao juiz agir apenas com o fito de “...esclarecer pontos incompreendidos sobre a prova já produzida, que poderiam conduzir a uma errônea valoração e decisão sobre os fatos e não com o escopo de preencher lacunas deixadas pela acusação no campo probatório, a quem incumbe o ônus da prova”¹⁷¹.

A autora não vê prejuízos à imparcialidade judicial no caso de se chamar ao juízo testemunha não arrolada pelas partes para esclarecer dúvida sobre ponto turvo da atividade probatória, inclusive, exemplifica, ao questionar se em uma instrução processual, em uma oitiva que estivesse sendo conduzida pelo Ministério Público, a testemunha afirmasse que no azo de

¹⁶⁸ KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade do processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 155.

¹⁶⁹ Sobre o assunto, Sérgio Rebouças aduz, em suas palavras que: “Trata-se, diversamente, de uma atividade suplementar do juiz, para o saneamento de situação duvidosa gerada pelo cotejo dos elementos de prova apresentados e produzidos pelas partes. Não se pode, sob o manto da inércia da jurisdição, impor ao juiz que julgue ante uma situação de dúvida passível de ser esclarecida por meio de uma diligência determinada independentemente de provocação das partes”. E ainda: “Mesmo no sistema acusatório, o juiz pode se movimentar de ofício para a prática de atos instrutórios, restrita, entretanto, a determinadas situações, que não impliquem menoscabo à imparcialidade própria da função jurisdicional”. REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de direito processual penal, volume I**. 2 ed. rev. ampl. atual. - Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2022. p. 675.

¹⁷⁰ REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de direito processual penal, volume I**. 2 ed. rev. ampl. atual. - Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2022. p. 674.

¹⁷¹ FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. – 2. ed. – Florianópolis [SC]: Emais 2020. p. 106.

seu depoimento perante a Autoridade Policial teria reconhecido visualmente o réu no momento do crime, o qual hipoteticamente teria sido acusado de roubo, e, caso a defesa se mantivesse inerte, não poderia o magistrado atuar para esclarecer como se deu o referido reconhecimento? Quais eram as condições de observação das testemunhas no momento do crime e etc.? Conclui, pois que o esclarecimento desta prova inicialmente produzida pela acusação poderia inclusive beneficiar o réu, caso as condições de observação não fossem favoráveis ou nítidas no momento do crime, dentre outras hipóteses¹⁷².

Adotando uma análise prática da *primeira possibilidade*, Lara Teles justifica o seu posicionamento acima colacionado aduzindo que poder-se-ia argumentar que nessa hipótese o melhor a se fazer seria absolver o réu, já que as partes não explicitaram as exatas condições do reconhecimento, todavia, não é isso que se extrai da praxis forense brasileira. Segundo a autora, “...fatalmente, tal decisão poderia vir a ser reformada por instâncias superiores, quando já estaria perdida a oportunidade de se esclarecer ponto que poderia, inclusive, beneficiar o réu”¹⁷³. Não obstante, deixa claro que não se pode preencher de ofício espaços vazios deixados pelo titular da ação penal, sob pena de substituição da atividade acusatória, restringindo a atuação do magistrado a casos como tais.

A esta corrente, também se filia Thiago Guimarães Pereira¹⁷⁴, o qual defende que não se deve vedar a iniciativa probatória por parte dos magistrados, conquanto a atuação do juiz seja voltada unicamente para dirimir dúvidas, jamais com o viés de se alcançar provas novas (função de pesquisador de provas), tendo em vista que o nosso sistema advindo do *civil law*, diverge totalmente de um sistema de modelagem adversarial como o norte-americano (*adversary system*), advindo do *common law*, no qual aí sim existe a figura do juiz totalmente passivo.

O direito probatório norte-americano (*common law*), no entender do autor, é uma estrutura muito bem organizada e ajustada para proteger o júri de provas duvidosas e as partes litigantes contra a arbitrariedade do juiz. Já o direito romano-germânico (*civil law*), traz a ideia da prova livre, da livre convicção do juiz, o que permite certa margem de atuação na busca de

¹⁷² FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. – 2. ed. – Florianópolis [SC]: Emais 2020. p. 106.

¹⁷³ FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. – 2. ed. – Florianópolis [SC]: Emais 2020. p. 106-107.

¹⁷⁴ PEREIRA, Thiago Guimarães. **Poderes instrutórios do juiz no processo penal brasileiro**: possibilidade e limites. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Brasília, 2020. p. 76. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/15087/1/61550041.pdf>. Acesso em: 05/12/2022.

provas¹⁷⁵. Em alguns países, como na França, os poderes instrutórios do *juge d'instruction* são amplíssimos, se assemelhando às funções do Delegado de Polícia no Brasil, todavia, há a separação de funções entre o juiz da fase preliminar e o juiz do processo, à semelhança do juiz de garantias que ora se intenta instalar no País por meio da Lei nº 13.964/2019.

Reforça que não existem sistemas processuais penais puros, sendo estes considerados modelos históricos. Em certa medida, na contemporaneidade, todo o ordenamento jurídico processual penal detém características híbridas dos modelos acusatórios e inquisitórios, devendo-se observar o núcleo fundante e o princípio informador e unificador do conjunto, que trata do eixo em torno do qual se constrói toda a compreensão sistêmica da estrutura a ser estudada.

Decerto, vê-se que existem inúmeros posicionamentos quanto à *primeira possibilidade* (determinação de diligências de ofício para esclarecimentos de dúvidas) extraída da interpretação do art. 156, II, do Código de Processo Penal, havendo conclusões justificadas tanto para a sua compatibilidade com o sistema acusatório, quanto para a sua incompatibilidade com o sistema acusatório. A vagueza do conceito de “substituição da atuação probatória do órgão de acusação” inserida no art. 3º-A da novel Lei nº13.964/2019 é responsável pela permanência de divergência e obscuridade em torno da temática.

Compreende-se acerca da *primeira possibilidade*, pois, não só em relação à chamada de testemunhas a serem ouvidas em juízo sem o arrolamento das partes, como também qualquer outra determinação de diligência de ofício, como incompatível com o sistema acusatório, logo, concluindo que a melhor interpretação para o ordenamento jurídico brasileiro é que a integralidade do art. 156 do Código de Processo Penal foi tacitamente revogada pela nova sistemática, assim como diversos outros dispositivos que autorizam a movimentação *ex officio* por parte do magistrado, a exemplo do art. 209 do CPP (que permite ao juiz ouvir testemunhas além das arroladas pelas partes).

Isto porque, qualquer risco de comprometimento da imparcialidade do julgador deve ser mais do que evitado, rechaçado pelo ordenamento, notadamente quando se consideram os riscos advindos do plano do inconsciente do magistrado, no azo de sua tomada de decisão ao determinar diligências, impossíveis de serem aferidos pelas partes. A vinculação psicológica do julgador a uma das hipóteses da dialética do processo, cuja tendência é a filiação à hipótese

¹⁷⁵ PEREIRA, Thiago Guimarães. **Poderes instrutórios do juiz no processo penal brasileiro**: possibilidade e limites. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Brasília, 2020. p. 76. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/15087/1/61550041.pdf>. Acesso em: 05/12/2022.

acusatória (consoante será mais bem explicitado no capítulo seguinte), é o agente silencioso capaz de provocar as consequências mais nefastas ao resultado do processo.

O controle sobre a atividade judicante deve sempre ser exercido pelas partes, para evitar-se os riscos de comprometimento do juiz com uma postura tendenciosa, devendo estar atentas e vigilantes para o magistrado que se arvora na condição de acusador para buscar a “verdade real”, ou seja, sanar de ofício espaços vazios na produção probatória, qualquer que seja ela, pois nada mais está que transformando o processo penal em um faz de conta que existe contraditório, já que em assim agindo arruína qualquer resquício de imparcialidade.

Quanto à *segunda possibilidade*, Bruna Rocha, Letícia Neves e Paulo Souza¹⁷⁶ colocam em discussão a hipótese de o juiz decretar a prisão preventiva do investigado, após a prisão em flagrante, sem pedido do órgão acusatório, o que seria um agir não provocado pelas partes de medida cautelar não probatória. Os autores expõem que, malgrado existirem decisões para todos os lados, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça “...a manifestação posterior do Ministério Público pela segregação cautelar do agravante supre o vício de não observância da formalidade do prévio requerimento, afastando-se a alegação de conversão da prisão de ofício e de violação do art. 311 do CPP”¹⁷⁷ (AgRg no RHC 152.473/BA, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 5ª Turma, j. em 19/10/2021, DJe 25/10/2021). Do voto do relator, extrai-se o que segue:

(...) Não se ignora que, com a edição da Lei n. 13.964/2019, que deu nova redação ao art. 311 do CPP, não mais se permite ao juiz decretar a prisão preventiva do investigado ou do réu sem provocação do Ministério Público ou da autoridade policial. Contudo, no caso em apreço, verifica-se que o Ministério Público, em manifestação posterior, manifestou-se pela segregação cautelar do agravante, o que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, supre o vício de não observância da formalidade do prévio requerimento, afastando-se a alegação de conversão da prisão de ofício.

Os autores concluem, pois, que o referido tribunal superior age a despeito da nova sistemática, ignorando sabidamente a nova redação do art. 311 do CPP¹⁷⁸, desde que o agir de

¹⁷⁶ ROCHA, Bruna. NEVES, Letícia. SOUZA, Paulo. Da (in)constitucionalidade do artigo 156, II, do CPP: debate sobre a atividade judicial “ex officio” em matéria processual penal, quando para “dirimir dúvida sobre ponto relevante”. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 14, n. 1 (2021), 24ª Edição. 87-111. p. 95.

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agrg no Rhc 152.473/Ba nº 20. Relator: Min. João Otávio de Noronha. **DJE**. Brasília, 25 out. 2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRRHC%27.clas.+e+@num=%27152473%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20RHC%27+adj+%27152473%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRRHC%27.clas.+e+@num=%27152473%27)+ou+(%27AgRg%20no%20RHC%27+adj+%27152473%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 07 abr. 2023.

¹⁷⁸ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

ofício do magistrado seja corroborado pelo Ministério Público posteriormente. Em suas palavras: “Não se pode concordar... se pode prender sem pedido, suprida essa necessidade em momento ‘posterior’, o que dirá o resto dentro do procedimento, como ir em busca da prova, decretar buscas e apreensões ou mesmo condenar sem o requerimento expresso do MP”¹⁷⁹, como autoriza o art. 385 do CPP, o qual é totalmente incompatível com o sistema acusatório.

Não é preciso muito esforço para concluir que esta hipótese é totalmente incompatível com o sistema acusatório, o que, apesar de reconhecido pelo STJ, ainda assim este aplicou manobra para conceder permissão ao magistrado para agir de ofício, com a condição do referendo do órgão acusatório a *posteriori*. Como bem explicita Aury Lopes Jr. em suas lições, a tradição inquisitória é tão forte e enraizada em nossa cultura jurídica que, mesmo com a redação clara do novo dispositivo, ainda se dobra a lei para permitir interpretações extensivas que vão de encontro ao sistema acusatório, mais grave ainda quando se consideram os dispositivos com vagueza e imprecisão em seu texto, como no caso acima debatido da substituição da atividade probatória da acusação.

Por fim, quanto à *terceira possibilidade* trazida ao debate pelos autores Bruna Rocha, Letícia Neves e Paulo Souza, infere-se o caso de o juiz realizar perguntas às testemunhas depois de esgotadas as perguntas das partes na audiência de instrução. Para os autores, poder-se-ia concluir que haveria o mero reconhecimento do meio de prova, não atuando o juiz como pesquisador de provas, em busca de fontes primárias. Contudo, ressaltam que há riscos de pender a balança para um dos lados se o magistrado realizar perguntas às testemunhas, podendo contaminar o seu convencimento íntimo, sem que as partes possam aferir a sua psique¹⁸⁰.

Todavia, Aury Lopes Jr. discorda do referido entendimento, ao aduzir que nada impede que o magistrado questione as testemunhas desde que se atenha à mesma linha de indagação aberta pelas partes, consoante o que preconiza o art. 212 do CPP, esperando que agora seja respeitado, “...não podendo inovar/ampliar com novas perguntas, nem, muito menos, indicar

¹⁷⁹ ROCHA, Bruna. NEVES, Letícia. SOUZA, Paulo. Da (in)constitucionalidade do artigo 156, II, do CPP: debate sobre a atividade judicial “ex officio” em matéria processual penal, quando para “dirimir dúvida sobre ponto relevante”. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 14, n. 1 (2021), 24ª Edição. 87-111. p. 95.

¹⁸⁰ “Na opinião dos autores, o risco de o juiz realizar esclarecimentos atinge dois níveis: primeiro, de ordem objetiva, aquele de o magistrado realizar uma prova desfavorável ao réu, atuando como um acusador, misturando as funções; e, segundo, de ordem subjetiva, aquele de o juiz utilizar-se dessa resposta no seu grau de convencimento íntimo sobre a causa, o que é impossível de ser auferido. Nesses sentidos todos, se existe o risco de o magistrado ser contaminado, realizando perguntas, não pode ser admitido no processo penal a iniciativa de qualquer ordem, de qualquer natureza”. ROCHA, Bruna. NEVES, Letícia. SOUZA, Paulo. Da (in)constitucionalidade do artigo 156, II, do CPP: debate sobre a atividade judicial “ex officio” em matéria processual penal, quando para “dirimir dúvida sobre ponto relevante”. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 14, n. 1 (2021), 24ª Edição. 87-111. p. 95.

provas de ofício”. Poderá, pois, na sua ótica, perguntar para esclarecer algo que não compreendeu, nada além disso.

Ademais, antecipando a discussão quanto aos efeitos da tomada de decisão no plano do inconsciente que será debatida no Capítulo 4, interessante mencionar que o pesquisador alemão, Bernd Schünemann, ao interligar os estudos da psicologia social com o processo penal, com o objetivo central de averiguar se o inquérito policial seria produto das primeiras impressões do inconsciente do juiz a fixar uma imagem unilateral e tendenciosa quanto aos fatos em apuração, o que comprometeria a sua imparcialidade para julgar o processo, empreendeu estudos empíricos para testar as seguintes hipóteses: a) (des)conhecimento dos autos do inquérito pelo julgador e sua relação com o resultado final do processo; e b) a ligação entre o (des)conhecimento do caderno inquisitorial e a formulação de perguntas em audiência¹⁸¹.

Eis que, em resumo dos testes empreendidos por Schünemann, o resultado obtido se deu no sentido de apontar que os juízes que já possuíam contato com os autos previamente seriam muito mais tendentes a prolatar uma decisão condenatória do que absolutória, ao passo que os juízes que desconheciam dos autos do inquérito se dividiam entre absolver e condenar, havendo mais probabilidade de absolvição neste caso. Do mesmo modo, a segunda hipótese também foi confirmada, ao apontar que os juízes que já tinham conhecimento acerca das provas coligidas, nos autos do caderno inquisitorial, tendiam a inquirir as testemunhas a fim de corroborar as suas impressões já fixadas pelo contato prévio com o inquérito.

O fato é que o autor concluiu que a figura do juiz que apresentou melhores resultados foi a que não é típica nem do modelo processual americano (juiz passivo), nem do modelo alemão (juiz ativo), qual seja, *o juiz sem conhecimento dos autos, mas dotado de direitos próprios de inquirição*. Isto porque o juiz passivo não eliminaria, mas apenas ocultaria das partes os efeitos perseverança da crença, “uma vez que a causa decisiva desses efeitos - o conhecimento dos autos - permaneceria intocada”¹⁸².

É dizer, a hipótese de o juiz manter-se inerte quanto à inquirição de testemunhas seria prejudicial ao resultado final do processo, uma vez que não eliminaria o risco de contaminação psicológica, mas apenas os ocultaria das partes que não poderiam exercer sua atividade de

¹⁸¹ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.

¹⁸² SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 217.

controle em relação à função jurisdicional, o que configuraria uma ameaça maior à imparcialidade.

Portanto, não há que se falar em interpretação conforme a Constituição Federal no que tange ao art. 156, II, do Código de Processo Penal para abranger a terceira possibilidade ora debatida, no que tange a esclarecimentos sobre pontos relevantes advindos das provas já produzidas pelas partes, pois que se tratam de situações distintas. De um lado o juiz age de ofício *determinando diligências* de cunho probatório sob o pretexto de dirimir dúvidas sobre pontos relevantes, de outro lado o juiz procede à inquirição de testemunhas para esclarecer algo na mesma linha de indagação já aberta pelas partes, nos termos do que já preconiza o art. 212 do Código de Processo Penal.

No segundo caso, o juiz não está agindo ativamente em menoscabo ao seu dever de imparcialidade, quando se limita a questionar as testemunhas ao final da inquirição das partes, porque não está agindo como pesquisador de fontes de provas novas, isto é, não está se imiscuindo da atividade acusatória. Como visto, é até mesmo salutar que o juiz exponha seus questionamentos às partes porque permite um maior controle sobre a atividade judicante, na medida em que é possível aferir eventuais efeitos psicológicos que estejam maculando o seu convencimento.

Portanto, na nova sistemática trazida pela Lei nº 13.964/2019, não cabem mais posições que defendam a postura ativa do juiz na atividade probatória, sob pena de manutenção e continuidade da tradição inquisitória.

Como se vê, a questão é bastante controvertida no que tange à possibilidade de atribuição de poderes instrutórios aos juízes, perpassando por multifatores multidisciplinares, desde a epistemologia da prova, como a questão da busca da verdade real, até questões atinentes à psicologia, como a preservação da imparcialidade, da originalidade cognitiva do julgadores, a evitação de vieses e heurísticas, objeto do Capítulo 4 que se passa a analisar.

4. A TOMADA DE DECISÃO CRIMINAL À LUZ DA PSICOLOGIA

Ao decidir-se sobre determinada questão inúmeros processos atuam em conjunto para alcançar-se a conclusão final sobre a matéria. São envolvidos desde fatores externos, como os valores, ideologias, ambiente, mídia, a fatores involuntários, isto é, inconscientes do cognitivo humano.

O juiz não está imune a quaisquer das referidas subjetividades no momento da tomada de decisão em um processo. No ato de julgar o magistrado carrega consigo uma série de concepções desenvolvidas ao longo de sua vida, as quais variam entre seu posicionamento político-ideológico até a preferência por uma marca de roupas ou um tipo de restaurante. Isto refere-se a um conhecimento intuitivo adquirido não em um momento certo e determinado da vida, mas desde a infância, fazendo com que a realidade se construa a partir de modelos e padrões já experimentados ao longo do crescimento individual.

A imparcialidade constitucionalmente garantida aos jurisdicionados, assunto de mais alta relevância para o direito, notadamente para o processo penal, por vezes gera reflexões no sentido de que nenhum ser humano poderia ser verdadeiramente imparcial, em face das concepções sobre os fatos da vida que qualquer indivíduo traz como bagagem, as quais inevitavelmente influenciariam os seus julgamentos. Ocorre que, quando se fala em imparcialidade deve se ter em mente que se está falando em uma *construção jurídica* que não se confunde com o conceito de *neutralidade*¹⁸³.

Falar em neutralidade pressupõe ignorar os estudos da psicologia comportamental cognitiva, tendo em vista que o ser humano como julgador jamais conseguirá se afastar de sua subjetividade para decidir sobre qualquer assunto do cotidiano, incluso a demanda judicial, sendo este um processo intrínseco do comportamento humano, tanto moldado por fatores ambientais quanto por processos mentais complexos e involuntários.

A imparcialidade jurídica, ao revés, foi projetada no intuito de garantir que um terceiro, que não detivesse interesse direto na causa, pudesse apresentar um olhar equidistante das partes, para que nenhuma delas seja beneficiada em detrimento de outra, isto é, buscou-se uma forma de julgar de modo mais paritário, a fim de não confundir as funções de julgar, de acusar e de

¹⁸³ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p.48.

defender, tendo-se como eixo do devido processo legal a referida tríade processual (*actum trium personarum*)¹⁸⁴, sendo esta a matriz do sistema acusatório.

Para Francesco Carnelutti¹⁸⁵, a própria dialética do processo penal exige esta configuração tríade, vez que, tendendo o acusado a negar a imputação que recai sobre si e sustentar sua inocência, sem a presença de um órgão acusatório, pesaria ao julgador o papel de contra-argumentar as teses de defesa, o que, por via de consequência, fulminaria a sua imparcialidade. Isto porque, consoante entendimento de Piero Calamandrei¹⁸⁶, “...a inércia é, para o juiz, garantia de equilíbrio, isto é: de imparcialidade. Agir significa tomar partido”, não sendo essa uma opção válida ao juiz em um Estado Democrático de Direito.

Não obstante, Luigi Ferrajoli¹⁸⁷ lembra que por mais objetividade que se busque alcançar na decisão do julgador, este “...sempre está condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, por seus sentimentos, por suas inclinações, suas emoções, seus valores éticos-políticos”. Assim, o julgamento ideal seria aquele que aproxima o que é racional e admitido pelo direito e o que é emocionalmente lógico, sem interferências subjetivas que impliquem em favoritismos, levando-se em consideração apenas os fatos apresentados durante o processo, mas também sem anular-se a carga valorativa carregada pelo magistrado.

Portanto, Ruiz Ritter¹⁸⁸ conclui que o princípio da imparcialidade deve ser entendido como o “limite aos prejuízos que a subjetividade individual pode trazer ao processo”, e não uma anulação total de valoração por parte do magistrado, o que não seria sequer recomendado, uma vez que uma decisão proveniente de um juiz apático e alheio a questões intrinsecamente humanas levaria à aplicação robótica da norma, podendo-se culminar desastres como os já observados à época do Holocausto.

Consoante entende Renata Schwartz¹⁸⁹, a imparcialidade busca prevenir o desvirtuamento processual, a perda da objetividade e a deturpação das garantias constitucionais

¹⁸⁴ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p.54.

¹⁸⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**: principios del proceso penal. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. p. 38.

¹⁸⁶ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juizes, vistos por nós, os advogados**. 6ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora. 1982. p. 50.

¹⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 56.

¹⁸⁸ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 56.

¹⁸⁹ SCHWARTZ, Renata Gomes Nascimento. Imparcialidade das decisões e mídia brasileira na contemporaneidade: um estudo sobre democracia e direito. **Ratio Juris. Revista Eletrônica da Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. v. 2. n.2. jul.-dez. 2019. p. 25.

por um critério exclusivamente subjetivo, qual seja, favoritismo pessoal, não significando, ao contrário do que se imagina, abster o magistrado de qualquer representação de suas emoções, até porque, referida circunstância só poderia ser característica de um Deus ou um indivíduo com poderes sobre-humanos¹⁹⁰.

A propósito, exemplo de comprometimento de imparcialidade reconhecido no território brasileiro, pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* de nº 164.493, Paraná, datado de 23 de junho de 2021, Relator Min. Gilmar Mendes, fora a declaração do ex-juiz Sergio Moro como suspeito para julgar o presidente Lula no caso do triplex do Guarujá em São Paulo. Em trecho do acórdão, o Supremo expõe a relevância da imparcialidade para o ordenamento jurídico brasileiro e as características do princípio entendido pela Corte como pilar do processo penal. Abaixo:

3. **Imparcialidade como pedra de toque do processo penal.** A imparcialidade judicial é consagrada como uma das bases da garantia do devido processo legal. Imparcial é aquele que não é parte, que não adere aos interesses de qualquer dos envolvidos no processo. Há íntima relação entre a imparcialidade e o contraditório. A imparcialidade é essencial para que a tese defensiva seja considerada, pois em uma situação de aderência anterior do julgador à acusação, não há qualquer possibilidade de defesa efetiva; é prevista em diversas fontes do direito internacional como garantia elementar da proteção aos direitos humanos (Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e Convenção Europeia de Direitos Humanos), além de ser tal garantia vastamente consagrada na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Duque Vs. Colômbia, 2016) e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Castillo Algar v. Espanha, 1998, e Morel v. França, 2000). (Grifos constantes do original)¹⁹¹

Na sequência, o Supremo Tribunal Federal reconheceu explicitamente a quebra da imparcialidade do ex-magistrado ao ser revelado interesse pessoal na demanda, adotando-se medidas que fugiriam à lisura dos meios que o ordenamento jurídico coloca à disposição legal do poder público, somando isso à análise dos diálogos os quais revelaram que o referido juiz

¹⁹⁰ “Transformar, ou até mesmo exigir que o magistrado desempenhe uma função de modo mecânico e unicamente servindo como tradutor das determinações legais, seria o mesmo que invocar o juiz Hércules, trazido por Ronald Dworkin. Somente um ser como Hércules, uma figura mítica, dotado de suficiente argúcia e paciência para reinterpretar todo o Ordenamento Jurídico, em busca da única solução correta para cada caso difícil, detentor de uma habilidade sobre-humana, seria capaz de desempenhar uma imparcialidade pura”. (SCHWARTZ, Renata Gomes Nascimento. Imparcialidade das decisões e mídia brasileira na contemporaneidade: um estudo sobre democracia e direito. SCHWARTZ, Renata Gomes Nascimento. Imparcialidade das decisões e mídia brasileira na contemporaneidade: um estudo sobre democracia e direito. **Ratio Juris. Revista Eletrônica da Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.** v. 2. n.2. jul.-dez. 2019. p. 21)

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa nº Habeas Corpus 164493. **Diário Oficial da União.** Brasília, 23 jun. 2021. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC164493.pdf>. Acesso em: 02 maio 2023.

definia os limites da acusação e atuava junto ao órgão de acusação, investindo-se na função persecutória e violando o sistema acusatório.

Reitera-se, pois, que a imparcialidade da jurisdição é o maior pilar estrutural para a concretização de um processo penal constitucional e democrático. É ela que dá lugar à observância das garantias do réu, como a ampla defesa e o contraditório, além de protegê-lo contra eventuais abusos pautados na subjetividade do julgador, como vislumbrado do exemplo acima mencionado, já que o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988 impõe o distanciamento do juiz das partes e da iniciativa probatória. Mas será que o sistema atual consegue fornecer condições para que essa construção jurídica chamada de imparcialidade possa efetivamente proteger os jurisdicionados?

A imparcialidade ainda sofre com outros elementos, pois que além da carga valorativa, ambiental e midiática carregada pelos magistrados (elementos externos), há também inúmeros processos cognitivos *involuntários* que os vinculam psicologicamente (elementos internos), afetando o resultado final do processo, sem que o juiz esteja sequer consciente do seu enviesamento. As heurísticas e vieses são descobertas dos estudos da psicologia cognitiva, tratando-se de atalhos mentais automáticos, os quais por vezes levam os julgadores a caminhos errôneos, na medida em que são fruto de decisões rápidas e automáticas, desprovidas de reflexão pormenorizada sobre a matéria que se está decidindo.

Desse modo, faz-se mister analisar os estudos da psicologia que auxiliam a compreender os processos mentais e de pensamento que permeiam a tomada de decisão pelo ser humano, notadamente como o juiz pensa para decidir, e quais são as armadilhas cognitivas que está sujeito a enfrentar no dia a dia de atuação decisória.

4.1. Apontamentos sobre a psicologia comportamental cognitiva, a resolução de problemas e a tomada de decisões

A psicologia é a ciência que estuda o comportamento e os processos mentais que se desenvolvem no âmbito do inconsciente, perquirindo porque pessoas agem como agem e porque fazem o que fazem¹⁹².

Já a psicologia comportamental é um ramo da psicologia no qual, ao invés de analisar processos internos da mente, de causas de comportamento a partir de estados de consciência e

¹⁹² MYERS, David G. **Psicologia Social**. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 5.

introspecção, atribui-se ênfase ao comportamento observável e aos estímulos ambientais. Consoante Eduardo José da Fonseca, os primeiros *behavioristas*, como Broadus Watson (1878-1958), desejavam um enfoque diferente para a psicologia o direcionando para os comportamentos externos, atribuindo maior relevância à aprendizagem e à experiência em detrimento da hereditariedade, por exemplo. Desejavam, ainda, que os dados psicológicos fossem medidos objetivamente como um fato físico, sujeitos à inspeção e verificação dos cientistas dos estímulos e respostas observáveis, no escopo de tornar a ciência da psicologia mais prática, longe dos subjetivismos inerentes à investigação da mente¹⁹³.

Noutro passo, a psicologia comportamental cognitiva é o ramo da psicologia experimental que estuda os processos mentais superiores, tais quais atenção, raciocínio, pensamento, aprendizagem, memória, percepção, linguagem e tomada de decisões. É comum nesta perspectiva que os psicólogos comparem o pensamento humano a operações de um computador gigante, “...o qual recebe informação e em relação a ela procede a transformações, armazenamentos, recuperações e utilizações; nesse sentido, pensar é processar informações”¹⁹⁴. Desse modo, a psicologia comportamental cognitiva diferencia-se da psicologia comportamental na medida em que a primeira foca em processos mentais internos e invisíveis, ao passo que a segunda estuda os comportamentos diretamente observáveis, e convergem na medida em que o processo cognitivo é estudado a partir de comportamentos externos objetivamente observáveis¹⁹⁵.

A psicologia cognitiva, pois, lida com maior atenção com a cognição, o pensamento, a intuição, a memória e o conhecimento. Consoante David Myers¹⁹⁶, a cognição refere-se a todos os processos empregados para adquirir e administrar informações, notadamente a resolução de problemas e a tomada de decisão. Já o pensamento trata-se de um fluxo de ideias, que nos permite refletir, recordar, imaginar, raciocinar, capaz, pois, de abarcar vários processos psicológicos distintos, podendo o pensamento se desenrolar de modo consciente ou inconsciente.¹⁹⁷

¹⁹³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 41-2.

¹⁹⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 42.

¹⁹⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 43.

¹⁹⁶ MYERS, David G. **Psicologia Social**. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016. p. 281.

¹⁹⁷ ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, ISSN-e 2525-510X, Vol. 5, N°. 1, 2019, págs. 507-540.

A intuição, consoante explica Luís Manuel Fonseca Pires, é um sentimento ou pensamento imediato que “...irrompe sem prévia racionalização, em qualquer maturação intelectual precedente, sem ser elaborada pela consciência como seu constructo (...) Percebê-la, considerá-la, ou rechaçá-la são átimos posteriores, aí sim adequados ao processo raciocinativo”¹⁹⁸. Ela, conforme será visto ao longo deste capítulo, é a protagonista quando se trata da tomada de decisões, em especial de decisões judiciais.

Quanto à definição de memória, que também se faz importante relatar para entender de que modo as decisões se formam a partir dela, esta poderia se explicar como uma aprendizagem que persiste no tempo, sendo informações armazenadas que podem ser recuperadas em dado momento¹⁹⁹. Segundo David Myers: “Nossas lembranças não são cópias exatas das experiências que permanecem armazenadas em um banco de memória. Em vez disso, construímos as lembranças no momento em que as acessamos”²⁰⁰. Este processo abre margem, ainda, para a construção de *falsas memórias*. Consoante expõem Sérgio Rebouças e Lara Teles, a memória está sujeita a descaminhos naturais ou provocados pela indução de terceiros, existindo uma tendência em qualquer pessoa de recuperar lembranças não do episódio em si, mas de uma inferência que se faz sobre o fato²⁰¹.

O conhecimento, a propósito, está intimamente ligado à memória, consistindo na representação mental que já se tem armazenada na memória, que é recuperada no momento da resolução de problemas e na tomada de decisões. É a partir dele que o indivíduo tende a fazer escolhas e julgamentos mais rápidos, o que pode promover diversos vieses, como o *viés da retrospectiva*. Imagine-se o risco de tomar decisões com base em falsas memórias, isto é, um

¹⁹⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Justiça Arquetípica – Instituto, Intuição e Sentimento de Justiça – A Consciência de Justiça*. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Um Diálogo sobre a Justiça. A Justiça Arquetípica e a Justiça Deontica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 139.

¹⁹⁹ Flávio Andrade assevera em relação à memória que “Ela diz respeito à forma como o cérebro codifica, armazena e recupera as informações. Como o pensamento abrange a atividade de se recordar, de recuperar informações que estão armazenadas na memória (de curto ou de longo prazo), ela influi diretamente na resolução de problemas e na tomada de decisões”. (ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, ISSN-e 2525-510X, Vol. 5, Nº. 1, 2019, págs. 514).

²⁰⁰ MYERS, David G. **Psicologia Social**. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016. p. 86.

²⁰¹ Sérgio Rebouças e Lara Teles exemplificam a hipótese da inferência: “Há quatro anos, X, ouvindo Y, seu vizinho, defender a liberação do porte de armas, inferiu, no mesmo instante, que ele votaria em determinado candidato. A opinião de Y ofereceu a X, de imediato, um modelo mental plausível do perfil político de seu vizinho, isso em um contexto de eleições que se aproximavam. Hoje, em uma conversa sobre as preferências políticas de seus vizinhos, X comentou que se lembrava de que Y havia apoiado determinado candidato nas últimas eleições. No caso, X não presenciara Y declarar sua intenção de voto; mas afirmou isso como memória. X resgatou a memória não só do episódio (conversa), mas da inferência derivada dali, no tempo. Dá-se, assim, a chamada falsa memória”. (REBOUÇAS, Sérgio. FERNANDES, Lara. As falhas de linguagem e as estratégias cognitivas voltadas à minimização das falsas memórias na prova testemunhal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 171/2020 | p. 313 - 350 | Set / 2020. p. 7).

conhecimento armazenado de maneira errônea, imprecisa ou mesmo inexistente. É o caso, por exemplo, de testemunhas que afirmam com toda a certeza que Beltrano é o culpado por determinado delito e acreditam genuinamente na verdade de seu testemunho, quando na realidade o processo de construção mental do episódio passado pode simplesmente ter sido modificado pela simples passagem do tempo, pela inferência, pela desinformação ou pelo sugestionamento de terceiros.

O relevante é que Duane P. Schultz e Sydney Ellen Schultz apontam que “...cada vez mais, os psicólogos cognitivos concordam que o inconsciente é capaz de realizar muitas funções que antes se acreditava precisarem de deliberação e intenção”²⁰². O estudo da temática, a propósito, se transformou no mundo quando os pesquisadores israelenses Daniel Kahneman e Amos Tversky publicaram na *Science*, em 1974, o artigo pioneiro sobre o assunto, "*Judgment under uncertainty: heuristics and biases*"²⁰³, o qual rendeu pela primeira vez o prêmio Nobel de Economia a um psicólogo, no ano de 2002.

No referido estudo, aponta-se que existe um sistema dual de pensamento, isto é, dois tipos de sistemas envolvidos no ato cognitivo de pensar, o *rápido* (Sistema 1) e o *devagar* (Sistema 2). O primeiro é “...intuitivo, impulsivo, rápido, automático, crédulo, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário, que inclui habilidades inatas que compartilhamos com outros animais”²⁰⁴, ao passo que o sistema 2 é “...deliberativo, cauteloso, lento, preguiçoso, incrédulo, oneroso, aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam...”²⁰⁵.

Exemplificando, no momento que o cérebro se depara com uma operação matemática de soma $2 + 2$, automaticamente o número 4 salta à mente, sem exigir qualquer esforço mental ou raciocínio para tanto²⁰⁶; o mesmo acontece quando se é capaz de perceber hostilidade em uma voz ou completar a expressão “pão com...”, tendo o sistema 1 sido ativado em todos os

²⁰² SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sydney Ellen. **História da Psicologia Moderna**. 10ª ed. Trad. de Cíntia Naomi Uemura. São Paulo: Cengage Learning, 2017. p. 361.

²⁰³ KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. **Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974. Disponível em: <http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974>. Acesso em 22 ago. 2021.

²⁰⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 60.

²⁰⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 60.

²⁰⁶ Robert A. Burton esclarece que “pensamentos conscientes passam a sensação de que estão sendo pensados; pensamentos inconscientes, não”, tendo em vista que não há intencionalidade na forma de pensar regulada pelo sistema 1. (BURTON, Robert A. **Sobre ter certeza. Como a neurociência explica a convicção**. Trad. de Marcelo Barbão. São Paulo: Blucher, 2017. p. 169).

exemplos²⁰⁷. Agora, quando nos deparamos com a operação matemática de multiplicação 17 x 24, por exemplo, uma solução precisa não vem à mente de imediato, sendo necessário gastar algum tempo a mais para resolver o problema, exigindo atividades mentais laboriosas, deliberadas e ordenadas; do mesmo modo quando somos obrigados a verificar a validade de um argumento lógico complexo ou contar quantas consoantes existem nesta página, momento em que o sistema 2 entra em ação.

Desse modo, o sistema 1 representa uma atividade cognitiva automática, intuitiva e involuntária, o *eu inconsciente*, enquanto o sistema 2 representa o *eu consciente*, raciocinador, exigindo reflexão, concentração e autocontrole²⁰⁸. Na história evolutiva do homem, o sistema 1 foi estritamente necessário para sobrevivência, ao ser capaz de tomar decisões rápidas e automáticas para reconhecer perigos e agir imediatamente para evitá-los, assim como para responder ao ambiente que se encontra inserido²⁰⁹. Todavia, ainda que se tenha evoluído para sociedades complexas e tecnologicamente desenvolvidas, a mente humana continua utilizando mecanismos de simplificação, em especial em momentos que evocam uma sensação de emergência.

David Myers afirma que o inconsciente sem dúvida controla grande parte do comportamento do ser humano, alertando que muito embora se pense que a vida diária das pessoas é determinada por decisões conscientes e refletidas, a realidade é que os processos mentais involuntários operam muito mais frequentemente, sendo a todo momento acionados pelas influências do ambiente²¹⁰. Quando se vê, por exemplo, o sinal ficar vermelho na rua, automaticamente reage-se para pisar no freio antes que se tenha consciência de fazer isso, do mesmo modo acontece com inúmeras outras atividades cotidianas²¹¹.

²⁰⁷ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas formas de pensar. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 30.

²⁰⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas formas de pensar. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 29.

²⁰⁹ “Há mesmo boas razões para sustentar que heurísticas e vieses cognitivos tenham sido favorecidos pela seleção natural, em detrimento da postura mental de raciocinar calma e lentamente diante de situações problemáticas, mesmo porque, nossos ancestrais mais primitivos (caçadores e coletores pré-históricos) viviam permanentemente sob o risco de morte. Aqueles nossos ancestrais eram frequentemente submetidos a situações urgentes diante das quais o raciocínio rápido e intuitivo, ainda que impreciso, mas suficientemente adequado, era mais efetivo para garantir a sobrevivência”. (NEPOMUCENO, Raul Carneiro. **O controle da subjetividade nas decisões judiciais em casos de colisão entre direitos fundamentais**: hermenêutica, método e a tensão entre o racional e o irracional. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019. Disponível em: < <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/49195>>. Acesso em 28 jan 2022. p. 82).

²¹⁰ MYERS, David G. **Psicologia Social**. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 88.

²¹¹ Sobre o assunto, Kahneman expõe: “As capacidades do Sistema 1 incluem habilidades inatas que compartilhamos com outros animais. Nascermos preparados para perceber o mundo em torno de nós, reconhecer objetos, orientar a atenção, evitar perdas e ter medo de aranhas. Outras atividades mentais se tornam rápidas e automáticas por meio da prática prolongada. O Sistema 1 aprendeu associações entre ideias (a capital da França?);

Ocorre que, conforme pioneiramente demonstrado pelo estudo de Kahneman e Tversky, o sistema 1 é fonte de muitas escolhas e julgamentos equivocados, uma vez que é exatamente onde residem as heurísticas e os vieses cognitivos, que permitem que se chegue a respostas simplistas para questões complexas.

As heurísticas consistem em atalhos mentais (*cognitive shortcuts*²¹²) que enfatizam os pensamentos intuitivos e subestimam os pensamentos conscientes, o raciocínio lógico mais refletido. Isto é, são estratégias simples de pensamento que permitem que o problema seja resolvido de forma rápida, ajudando, conforme explica Kahneman, a encontrar respostas adequadas, ainda que imperfeitas, para perguntas difíceis. Delas se utiliza a mente humana para processar informações complexas e possibilitar a tomada de decisão de forma mais eficiente²¹³. Embora elas geralmente contribuam para o cotidiano, as heurísticas resultam em desvios sistemáticos que levam a decisões imperfeitas, pautadas em erros cognitivos, os vieses. Viés é um erro sistemático que ocorre a partir das heurísticas.

Quer dizer, no azo de uma tomada de decisão capitaneada pelo sistema 1 o ser humano age de forma intuitiva e irreflexiva, não atentando para pontos outros que não os já pré-concebidos por ele, sem que se saiba explicar exatamente o porquê, pisando em um verdadeiro *campo minado cognitivo* sem sequer possuir a percepção de tal fato. Na realidade, pode-se dizer que o sistema 1 trata-se de uma “máquina de tirar conclusões precipitadas”²¹⁴, baseando-se em pouca ou nenhuma evidência. De fato, é muito mais fácil alcançar respostas sob absoluto estado de ignorância, onde não se dispõe de todas as peças do quebra cabeça, do que diante de dúvida, conflito ou incerteza, circunstâncias cuja complexidade processada pela mente aumenta em níveis consideráveis exigindo a ativação do sistema 2.

também aprendeu habilidades como ler e compreender nuances de situações sociais. Algumas habilidades, como encontrar movimentos decisivos de xadrez, são adquiridas apenas por peritos especializados. Outras são amplamente compartilhadas. (...) O conhecimento fica armazenado na memória e é acessado sem intenção e sem esforço”. (KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas formas de pensar. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 30).

²¹² “*Heuristics are cognitive shortcuts, or rules of thumb, by which people generate judgments and make decisions without having to consider all the relevant information, relying instead on a limited set of cues that aid their decisions making. Such heuristics arise due to the fact that we have limited cognitive and motivational resources and that we need to use them efficiently to reach everyday decisions. Although such heuristics are generally adaptive and contribute to our daily life, the reliance on a limited part of the relevant information sometimes results in systematic and predictable biases that lead to suboptimal decision*” (PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal, Heuristics and Biases in Judicial Decisions. **Court Review**, vol. 49, issue 2. p. 117. Disponível em: <<http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>>. Acesso em: 03 mai 2023.

²¹³ “Trata-se de juízos intuitivos, não fundamentados, baseados em conhecimento parcial, experiência ou suposições, que às vezes são corretos e às vezes são errados, sem haver uma segurança lógica absoluta”. (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 44).

²¹⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 60.

O mais interessante e complexo do estudo desenvolvido por Kahneman e Tversky é justamente a forma como o sistema 1 e o sistema 2 interagem. Segundo os autores, a divisão de trabalho entre os sistemas é altamente eficiente, de modo que se minimiza o esforço de pensar e se otimiza o desempenho responsivo. O sistema 1 gera a todo momento sugestões intuitivas ao sistema 2, as quais, se endossadas, se transformam em crenças e ações voluntárias por parte do indivíduo²¹⁵.

Se o sistema 1 se depara com uma pergunta de difícil resolução, cuja resposta não possa ser rapidamente encontrada, ele encontra uma pergunta mais fácil que seja à primeira relacionada, respondendo-a, ainda que de maneira insuficiente ou equivocada. A esse fenômeno, Kahneman denominou-o de *substituição*²¹⁶. A título ilustrativo, se alguém questiona “O quão feliz você está na sua vida atualmente?”, o sistema 1 pode substituir a pergunta por uma mais simples, como “Qual é o seu humor nesse exato momento?”. Essa substituição é uma forma de trazer conforto cognitivo e reduzir o esforço mental que demanda aplicação de bastante energia na resolução de um problema difícil²¹⁷.

E quando se diz que o pensamento reflexivo e deliberado demanda energia, está-se literalmente afirmando que ele demanda energia, consoante esclarece Kahneman ao aduzir que “Quando você está ativamente envolvido em um raciocínio cognitivo difícil ou ocupado num tarefa que exige autocontrole, seu nível de glicose no sangue cai”²¹⁸. Quer dizer, é dispendioso para o cérebro ativar o sistema 2. É por isso que muito embora o sistema 2 tenha a capacidade de mudar a conclusão do sistema 1, sendo esta uma de suas funções (controlar os impulsos e

²¹⁵ KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. **Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974. Disponível em: <http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974>. Acesso em 22 ago. 2021.

²¹⁶ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas formas de pensar. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 287.

²¹⁷ WOJCIECHOWSKI, Paola. ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2021. p. 27.

²¹⁸ É por isso que estudos demonstram que a propensão da negativa de um pedido por um juiz perto da hora do almoço ou já no final de tarde é muito maior do que quando o juiz acabou de fazer alguma refeição. Kahneman afirma que “juizes cansados ou com fome tendem a incorrer na mais fácil posição default de negar os pedidos de condicional”. (KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas formas de pensar. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 88).

erros provenientes do sistema 1)²¹⁹, o sistema 2 “...age mais como um defensor para as emoções do sistema 1 do que como um crítico dessas emoções - ele mais endossa que impõe”²²⁰⁻²²¹.

Em outras palavras, quanto mais parecer coerente as sugestões criadas pelo sistema 1, mais o sistema 2 vai tender a simplesmente confirmá-las, sem modificações. E por criar narrativas consistentes, o sistema 1 negligencia a ambiguidade, ignora dúvidas, inventa causalidade e chega a conclusões com base em evidências por vezes insuficientes para se tomar uma decisão segura²²². É muito mais reconfortante para o cérebro ignorar a evidência ausente e simplesmente apegar-se às poucas informações disponíveis, ainda que o que esteja ausente seja determinante para se tomar uma decisão, ao passo que é muito mais difícil para o cérebro lidar com informações antagônicas que geram extremo desconforto e tensão cognitiva, exigindo, assim, a atuação do sistema 2²²³.

Em arremate, Paola Wojciechowski e Alexandre Morais da Rosa afirmam que o sistema 1 está constantemente à procura de padrões, ainda que eles não existam, tendo em vista que “através de padrões, de generalizações e categorizações, reduzimos a complexidade do ambiente que nos cerca, a fim de garantir histórias coerentes”²²⁴, postulando os autores que “...a facilidade de se produzir histórias/narrativas coerentes é inversamente proporcional à

²¹⁹ Kahneman leciona o seguinte: “O Sistema 2 tem alguma capacidade de mudar o modo como o Sistema 1 funciona programando as funções normalmente automáticas de atenção e memória. Quando você espera por um parente numa agitada estação de trem, por exemplo, você pode se dispor o quanto quiser a procurar por uma mulher de cabelos brancos ou um homem de barba e desse modo aumentar a probabilidade de detectar seu parente de longe. (...) Em todos esses casos, exige-se de você que faça algo que não lhe vem naturalmente, e você vai descobrir que manter de forma consciente um ajuste exige o emprego contínuo de pelo menos algum esforço”. (KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas formas de pensar. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 32)

²²⁰ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas formas de pensar. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 134.

²²¹ Duane Schultz e Sydney Schult apontam que “...pesquisas sugerem que a maior parte de nosso pensamento e processamento de informações ocorre no inconsciente, que pode operar mais rápida e eficientemente do que a mente consciente”. (SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sydney Ellen. **História da Psicologia Moderna**. 10ª ed. Trad. de Cíntia Naomi Uemura. São Paulo: Cengage Learning, 2017. p. 361).

²²² WOJCIECHOWSKI, Paola. ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2021. p. 31.

²²³ Este fenômeno foi denominado por Kahneman como “*What you see is all there is*”, o que significa dizer que é uma tendência em nos concentrarmos na evidência ausente em detrimento da evidência existente, sendo aquela constantemente negligenciada. Kahneman expõe esse paradoxo da seguinte maneira: “Nossa reconfortante convicção de que o mundo faz sentido repousa em um alicerce seguro: nossa capacidade quase ilimitada de ignorar nossa própria ignorância”. (KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas formas de pensar. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 252).

²²⁴ WOJCIECHOWSKI, Paola. ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2021. p. 34.

quantidade de informação"²²⁵. Está claro, pois, que tudo isso ajuda o cérebro a reduzir a complexidade da decisão.

Isto significa que apesar de comumente se ter a crença que a racionalidade humana é o que permite solucionar problemas e tomar decisões ao longo da vida, referida crença é apenas parcialmente verificável. A psicologia cognitiva revela que a maneira como se aprende a pensar e a resolver um problema depende de um complexo sistema de variáveis em relação ao qual não se tem consciência em grande parte. Não somos tão racionais quanto achamos que somos²²⁶. Por isso, é muito mais prudente que, quando o indivíduo se coloque à frente de uma difícil decisão, que aguarde e a adie, mesmo que por apenas uma noite, para que o sistema 2 possa ser ativado de maneira mais controlada, alocando atenção e o foco para questão e assim evitando os padrões de causalidade inexistentes sugestionados pelo sistema 1²²⁷.

4.2. As heurísticas na tomada de decisão criminal

Qual o impacto que terá no julgamento a história de vida das partes envolvidas, independentemente dos crimes que eventualmente responde? São relevantes ou irrelevantes os livros que o julgador leu, os filmes que assistiu e as notícias de jornais que acompanhou que marcaram sua vida? Qual peso pode ter o fato de a pessoa que decide um caso ser mulher ou ser negro ou homem ou branco? Quanto peso pode ter o fato de o juiz ser católico, evangélico, ateu, marxista ou libertário? E quais são os impactos do cansaço, da fome, do sono ou da dor de cabeça no momento do julgamento de um juiz?

²²⁵ WOJCIECHOWSKI, Paola. ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2021. p. 35.

²²⁶ Consoante leciona o Professor Raul Carneiro Nepomuceno sobre o assunto, “No Direito, principalmente, parece que há uma necessidade de acreditar que as condutas humanas são sempre o resultado de uma deliberação racional e livre, e que o ato de julgar (ato que envolve a interpretação-aplicação do direito a um caso) é garantido por uma estrita racionalidade, técnica e imparcial, que produz decisões que muitas vezes ganham aura de sabedoria, pela linguagem utilizada. Mesmo porque, caso se suponha que o livre-arbítrio não existe e que somos apenas algo semelhante a autômatos emocionais, cujas condutas não passam de reação a estímulos produzidos por nexos causais afetivos, então a própria noção do direito como competição racional de liberdades perde inteiramente o sentido, além de que ninguém quer acreditar que seu caso será julgado por uma pessoa cuja mente é vulnerável a influências totalmente estranhas ao direito e à dogmática jurídica. É bem difícil aceitar que boa parte de nossas decisões e de nossos comportamentos tenham causas que ignoramos completamente”. (NEPOMUCENO, Raul Carneiro. **O controle da subjetividade nas decisões judiciais em casos de colisão entre direitos fundamentais**: hermenêutica, método e a tensão entre o racional e o irracional. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/49195>>. Acesso em 28 jan 2022. p. 77).

²²⁷ MYERS, David G. **Psicologia Social**. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 89.

Todas essas variáveis inteiramente estranhas ao direito podem influenciar diretamente na tomada de decisão criminal²²⁸.

A incapacidade do ser humano de diferenciar a origem dos pensamentos, se provenientes do sistema 1 ou do sistema 2, é justamente o que permite a frequente ocorrência de erros sistemáticos de raciocínio (heurísticas e vieses), sendo comum a impressão de que se está empregando o sistema 2 (raciocínio deliberativo e atencioso), quando na verdade se está empregando o sistema 1 para decidir sobre questões importantes²²⁹.

As heurísticas são uma das estratégias apontadas pela psicologia cognitiva para resolver um problema, existindo além delas: a) tentativa e erro; b) recuperação de informações; e c) algoritmos²³⁰. A primeira é pautada na eliminação de hipóteses incorretas, podendo ser o melhor método para descobrir qual é a chave certa para abrir uma porta dentre um molho de chaves. Já a segunda busca na memória uma solução utilizada para resolver um problema de um caso semelhante já enfrentado.

Os algoritmos, por sua vez, são procedimentos que obedecem a um padrão operacional passo a passo e que garantem uma solução, como nos casos de resolução de problemas matemáticos. Por fim, as heurísticas, que, como já adiantado, são estratégias simples de pensamento, empregadas para que o problema seja resolvido de forma rápida e intuitiva, sendo de todas a mais propensa ao erro, pois não garante uma solução correta²³¹. E os vieses se encontram intrinsecamente ligados às heurísticas, na medida em que “são tendências

²²⁸ “O que é importante ressaltar por enquanto é que a nossa racionalidade tem mais falhas do que geralmente somos capazes de perceber ou supor e que boa parte do processo de tomada de uma decisão se dá sob a influência de sentimentos que nos impõem certas tendências. Isso não significa que as pessoas sejam seres totalmente irracionais, ou que esses mecanismos mentais de simplificação e enviesamento sejam necessariamente ruins, mas significa apenas que a ideia de uma racionalidade neutra, desvinculada das emoções, dos instintos e das intuições simplesmente não se aplica aos seres humanos”. (NEPOMUCENO, Raul Carneiro. **O controle da subjetividade nas decisões judiciais em casos de colisão entre direitos fundamentais**: hermenêutica, método e a tensão entre o racional e o irracional. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019. Disponível em: < <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/49195>>. Acesso em 28 jan 2022. p. 80).

²²⁹ WOJCIECHOWSKI, Paola. ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2021. p. 42.

²³⁰ MAISTO, Albert A.; MORRIS, Charles G. **Introdução à Psicologia**. 6ª ed. Trad. de Ludmilla Teixeira Lima e Marina Sobreira Duarte Baptista. São Paulo: Prentice Hall, 2004. p. 227.

²³¹ “Com pouco tempo para processar tantas informações, nosso sistema cognitivo é rápido e econômico. Ele é especializado em atalhos mentais. Com notável facilidade, formamos impressões, fazemos juízos e inventamos explicações. Fazemos isso utilizando heurísticas – estratégias de raciocínio simples e eficientes. Heurísticas nos permitem viver e tomar decisões com mínimo esforço (Shah & Oppenheimer, 2008). Na maioria das situações, nossas generalizações instantâneas – “Isso é perigoso!” – são adaptativas. A rapidez dessas guias intuitivas promove nossa sobrevivência. O propósito biológico do pensamento é menos nos dar razão do que nos manter vivos. Em algumas situações, contudo, a pressa produz erro”. (MYERS, David G. **Psicologia Social**. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 93).

psicológicas que produzem representações distorcidas de dados e eventos, consequências da influência de sentimentos na percepção e no raciocínio”²³².

Neste diapasão, apesar de a literatura da psicologia cognitiva trazer uma grande relação de heurísticas e vieses (mais de cem catalogados até então), limitar-se-á à análise mais detalhada dos erros cognitivos que podem ser mais recorrentes no momento da tomada de decisão judicial criminal: heurística da representatividade, heurística da disponibilidade, heurística da ancoragem e a heurística da perseverança da crença (viés de confirmação), a heurística do excesso de confiança, a heurística da correlação ilusória e a heurística do afeto.

4.2.1 Heurística da representatividade

Abaixo colaciona-se quadro comparativo das próximas duas heurísticas que serão debatidas, que, apesar de semelhantes, não se confundem em seus efeitos:

Figura 1: Quadro comparativo entre as heurísticas da representatividade e da disponibilidade.

Heurística	Definição	Exemplo	Mas pode levar a
Representatividade	Julgamentos instantâneos de se alguém ou algo se encaixa em uma categoria	Concluir que Carlos é bibliotecário em vez de caminhoneiro porque ele representa melhor a imagem que temos dos bibliotecários.	Desconsiderar outras informações importantes.
Disponibilidade	Julgamentos rápidos sobre a probabilidade dos fatos (seu grau de disponibilidade na memória)	Estimar a violência de adolescentes após tiros na escola.	Dar demasiada importância a exemplos vívidos e, assim, por exemplo, temer as coisas erradas.

Fonte: MYERS, David G. **Psicologia Social**. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 94.

A heurística de representatividade é responsável por orientar a tomada de decisão a partir da categorização de que algo ou alguém pertence a um grupo ou a uma classe. Assim, ela conduz ao erro no momento em que permite tirar conclusões com base em *estereótipos*, ignorando dados estatísticos e de lógica na tomada de decisão, o que poderia ser alcançado pelo uso reflexivo e ponderado do sistema 2²³³. David Myers a define como “A tendência de presumir, às vezes a despeito de probabilidades contrárias, que alguém ou alguma coisa pertence a um determinado grupo caso pareça (represente) um membro típico”²³⁴.

²³² NEPOMUCENO, Raul Carneiro. **O controle da subjetividade nas decisões judiciais em casos de colisão entre direitos fundamentais**: hermenêutica, método e a tensão entre o racional e o irracional. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019. Disponível em: < <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/49195> >. Acesso em 28 jan 2022. p. 81.

²³³ ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, ISSN-e 2525-510X, Vol. 5, Nº. 1, 2019, págs. 507-540. p. 518.

²³⁴ MYERS, David G. **Psicologia Social**. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 94.

O autor cita o experimento elaborado na Universidade de Oregon, na qual estudantes foram informados que uma equipe de psicólogos entrevistou uma amostra de 30 engenheiros e 70 advogados e descreveram perfis com base nas impressões sobre os entrevistados. Um dos perfis resultou nas seguintes características, para ao final questionarem aos alunos:

Divorciado duas vezes, Frank passa a maior parte de seu tempo livre no *country club*. Suas conversas no bar do clube com frequência giram em torno de seu arrependimento por ter tentado seguir os passos de seu estimado pai. As muitas horas que dedicou à labuta acadêmica teriam sido melhor investidas no aprendizado de como ser menos brigão em suas relações com outras pessoas.

Pergunta: Qual é a probabilidade de Frank ser advogado em vez de engenheiro?²³⁵

Nessa situação, mais de 80% dos alunos responderam que Frank seria um advogado. Todavia, ao entrevistar um outro grupo de alunos, mudando a descrição ao informar que o perfil era resultante de uma amostra de 70 engenheiros e 30 advogados, o que ocorreu foi que os alunos não levaram em conta a taxa-base de engenheiros e advogados, tendo em vista que o perfil de Frank era mais *representativo* dos advogados²³⁶. Essa capacidade de se concentrar na descrição de estereótipos a despeito de dados lógicos e estatísticos é justamente o que representa a heurística da representatividade.

Kahneman²³⁷ afirma que em alguns casos a heurística da representatividade pode trazer alguma verdade nos julgamentos, no caso de um atleta que seja alto e magro ter mais probabilidade de jogar basquete do que futebol, por exemplo. Sem embargo, em outras

²³⁵ MYERS, David G. **Psicologia Social**. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 93.

²³⁶ MYERS, David G. **Psicologia Social**. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 93.

²³⁷ Em um experimento realizado por Kahneman, este descreveu a pessoa fictícia de Tom W com características como “grande inteligência”, “tem necessidade de ordem e clareza”, “exibe forte compulsão por competência”, “gosta de ficção científica”, “não gosta de interagir”, dentre outros, e pediu para que se classificasse a probabilidade de que Tom W estudasse em uma das áreas de conhecimento disponíveis, solicitando que houvesse a enumeração de 1 a 9, 1 para o mais provável e 9 para o menos provável. Quando o experimento foi conduzido pela primeira vez, no início dos anos 1970, a ordenação média foi: 1 para ciência da computação; 2 para engenharia; 3 para administração; 4 para ciências físicas e biológicas; 5 para biblioteconomia; 6 para direito; 7 para medicina; 8 para humanidades e educação; 9 para ciência social e assistência social. A conclusão do estudo revelou que as características impostas ao sujeito culminaram na representação de um indivíduo “nerd”, o que automaticamente era associado com o estereótipo de determinada área profissional. O que se observou, pois, foi que os participantes do experimento quase sempre classificavam as duas disciplinas com maior número de alunos como pouco prováveis, apenas para encaixar o perfil interpretado nas características fornecidas. Kahneman concluiu então que: “Os membros desse grupo de prognóstico sabiam dos fatos estatísticos relevantes: estavam familiarizados com as taxas-bases das diferentes áreas, e sabiam que a fonte da descrição de Tom W não era altamente confiável. Contudo, nossa expectativa era de que se concentrassem exclusivamente na similaridade da descrição dos estereótipos – chamamos isso de representatividade –, ignorando tanto as taxa-base como as dúvidas acerca da veracidade da descrição. Eles então classificariam a especialidade menos frequentada – ciência da computação – como altamente provável, porque esse resultado obtém maior pontuação de representatividade”. (KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas formas de pensar. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 186-189).

situações os estereótipos são falsos e induzem ao erro, como pode-se constatar na frase “Ele não irá longe como acadêmico; tem tatuagens demais”²³⁸. O cérebro automaticamente estabelece categorizações para o que lhe é apresentado, de acordo com as vivências havidas durante o crescimento do indivíduo. De fato, seria muito cansativo para o cognitivo se para cada novo elemento que fosse apresentado ao indivíduo este tivesse que aprender tudo sobre ele novamente, mas a rapidez do sistema 1 nem sempre é benéfica.

O próprio perfil de características do investigado ou do réu que responde a um procedimento criminal é capaz de incutir a heurística da representatividade na hora da sentença. Uma pessoa branca, com diploma universitário e boa oratória tem mais chances de ser sentenciada a uma pena menor que uma pessoa negra, sem escolaridade e com dificuldade de se expressar, muito embora tenham cometido o mesmo crime em circunstâncias semelhantes. Já houve casos, inclusive, que vieses dessa natureza chegaram a ser reproduzidos por inteligência artificial construída por algoritmos, como em um programa utilizado nos Estados Unidos denominado *COMPAS* (Perfil Corretivo do Gerenciamento de Infratores para Sanções Alternativas), o qual auxiliava os juízes a realizarem a dosimetria da pena.

Percebeu-se que os acusados negros possuíam 45% mais chances de receber uma classificação de periculosidade mais alta do que os acusados brancos, ainda que ambos houvessem cometido o delito nas mesmas condições e circunstâncias, como ocorreu nos emblemáticos casos de *Brisha Borden*, de 18 anos, e *Vernon Prater*, de 41 anos. A primeira, negra, fora acusada de roubar uma scooter no valor aproximado de U\$ 80,00 (oitenta dólares), tendo apenas um registro de ato infracional quando era menor; já o segundo, branco, foi acusado de roubar ferramentas de determinada loja, no valor de U\$ 86,35 (oitenta e seis dólares e trinta e cinco centavos), já tendo sido processado por roubo à mão armada, além de tentativa de roubo à mão armada, e cumprido cinco anos de prisão. Ocorre que ao serem classificados pelo *COMPAS*, *Borden* fora classificada como altamente perigosa, ao passo que *Prater* como de baixo risco²³⁹.

A heurística da representatividade pode ainda influenciar os juízes com base no comportamento dos réus ou das testemunhas durante as suas declarações em uma audiência de instrução, por exemplo. Eduardo José da Fonseca leciona que, quando os juízes são solicitados a fazer um julgamento, eles raciocinam inconscientemente a partir de um caso representativo,

²³⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas formas de pensar. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 191-193.

²³⁹ LARSON, Jeff; MATTU, Surya; KIRCHNER, Lauren; ANGWIN, Julia. Como analisamos o algoritmo de reincidência COMPAS. **Propublica**, New York. 2016. p. 1-2.

isto é, analisam “...juízos categóricos (p. ex., ponderar a probabilidade de que o acusado seja culpado), *concluem que a evidência concreta analisada* (p. ex., comportamento do réu durante a audiência) *representa a categoria* (p. ex. culpabilidade ou inocência do réu)”²⁴⁰. Nesta senda, se o réu se mostra nervoso na colheita de seu interrogatório, o magistrado tende a concluir, a partir da probabilidade da categoria da culpabilidade, ao passo que se o acusado se demonstrar compassivo, produz-se o fenômeno inverso.

Portanto, é preciso ter muita cautela com o viés da representatividade, notadamente no azo da tomada de decisão judicial criminal, com o fito de não se deixar sugestionar por estereótipos e representações que não decorrem logicamente dos índices de taxa-base realmente aferíveis a determinado caso.

4.2.2 Heurística da disponibilidade

Na heurística da disponibilidade, a tomada de decisão ocorre com base nas primeiras informações que saltam ao pensamento e estão logo disponíveis na mente do indivíduo. Quer dizer, quanto mais fácil é recordar de alguma informação, mais provável ela parece ser²⁴¹. David Myers a define como “Uma regra cognitiva que julga a probabilidade das coisas em termos de sua disponibilidade na memória. Se exemplos de alguma coisa não demoram para vir à cabeça, presumimos que eles são comuns”.

O autor ainda utiliza o seguinte exemplo ilustrativo: mais pessoas vivem no Iraque ou na Tanzânia?²⁴² Talvez a resposta que surja ao leitor seja automaticamente: “Iraque”, simplesmente porque pode nunca ter ouvido falar no país Tanzânia. A resposta é que a Tanzânia, situada na África Oriental, possui aproximadamente vinte milhões de pessoas a mais que o Iraque. A resposta que primeiro vem à cabeça são os exemplos mais facilmente disponíveis na memória, a partir do que se presume que são mais comuns do que realmente possam ser, como no caso verificado.

Do mesmo modo, caso ocorra um evento de grandes proporções, como um terremoto de magnitude 9,5 da escala Richter ou a queda de um avião, eventos estes que geralmente são amplamente divulgados nas mídias, a população passa a desenvolver uma forte impressão de

²⁴⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 102.

²⁴¹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas formas de pensar. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 165-185.

²⁴² MYERS, David G. **Psicologia Social**. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 94.

que os referidos desastres são mais comuns do que realmente são, ignorando as probabilidades estatísticas dos eventos, tendo em vista o destaque que ganham na memória dos indivíduos. No caso da queda de aviões, por exemplo, os sentimentos sobre a segurança de voar na população sofrem alterações toda vez que alguma - rara - notícia sobre o assunto é veiculada²⁴³.

O fato é que os medos resultantes das ingênuas intuições estatísticas que irrompem na maioria dos indivíduos não são guiados pela razão ou por cálculos matemáticos de probabilidade, mas por emoções suggestionadas pela heurística da disponibilidade, presente no sistema 1.

Aqueles que conhecem bem a heurística da disponibilidade podem até mesmo utilizá-las em seu favor, inclusive para direcionar a aprovação de determinada política pública criminal. Como lembra Paola Wojciechowski e Alexandre Morais da Rosa, a cada nova notícia divulgada na mídia acerca de graves delitos praticados por adolescentes, a questão reacende o debate no congresso nacional pela redução da maioridade penal, alinhando o sentimento populacional com a pauta referida, que nestas circunstâncias tende a ser mais favorável pela imputabilidade a partir dos 16 anos, tão somente pela disponibilidade que as informações saltam à memória e não porque são casos que ocorrem realmente com muita frequência. Nas palavras dos autores: “Esse é um exemplo clássico de exploração da heurística da disponibilidade, os congressistas claramente buscam escamotear a baixa frequência dos atos infracionais violentos praticados por adolescentes com a facilidade de trazer à memória os casos constantes na justificação”²⁴⁴.

Assim, embora estimar e calcular a frequência de eventos seja tarefa do sistema 2, o sistema 1 passa a frente e nos induz ao erro sem que, na maioria das vezes, percebamos.

4.2.3. Heurística da ancoragem

Kahneman e Tversky certa vez empreenderam um experimento no qual adulteraram uma roda da fortuna, de modo que só parasse nos números 10 e 65. Empós, recrutaram alguns

²⁴³ David Meyers exemplifica o desastre de avião ocorrido na queda do World Trade Center em 11 de setembro de 2001: “Uma vez que filmagens de desastres aéreos são uma memória prontamente disponível para a maioria das pessoas – sobretudo desde 11 de setembro de 2001 –, com frequência supomos que corremos mais risco viajando em aviões comerciais do que em automóveis. Na verdade, de 2003 a 2005, os viajantes nos Estados Unidos tinham 230% mais chances de morrer em um acidente de carro do que em um voo comercial percorrendo a mesma distância (National Safety Council, 2008). Em 2006, relata a Flight Safety Foundation, houve um acidente com avião de passageiros para cada 4,2 milhões de voos por jatos comerciais de fabricação ocidental (Wald, 2008). Para a maioria das pessoas que viaja de avião, a parte mais perigosa da viagem é o deslocamento até o aeroporto”. (MYERS, David G. **Psicologia Social**. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 94).

²⁴⁴ WOJCIECHOWSKI, Paola. ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2021. p. 46.

alunos da Universidade de Oregon e pediam para escrever o número no qual a roda da fortuna parasse, para logo após perguntar-lhes: “A porcentagem de nações africanas entre membros da ONU é maior ou menor do que o número que você acabou de escrever?” e “Qual é a sua melhor estimativa sobre a porcentagem de nações africanas na ONU?”²⁴⁵.

As estimativas médias dos alunos que viram 10 e 65 foram 25% e 45%, respectivamente. Os resultados do experimento revelaram que os alunos ficaram vinculados ao número sorteado na roda da fortuna, ainda que eles não fornecessem qualquer informação útil sobre o que quer que seja, no entanto provou-se a ocorrência do efeito da ancoragem. Isto quer dizer que o valor funcionou como um *padrão de referência* que os vinculou no julgamento numérico²⁴⁶.

Kahneman esclarece que: “Se lhe perguntassem se Gandhi tinha mais do que 114 anos quando morreu, você acabaria com uma estimativa muito mais elevada da idade da morte dele do que teria se a pergunta de ancoragem se referisse à morte com 35 anos”²⁴⁷. Mesmo tendo-se ciência de que a âncora não fornece qualquer dado útil para a estimativa de qualquer coisa, somos sugestionados por ela, inconscientemente, a ajustar a previsão a partir disso.

O estudo inicial das âncoras se deu somente relacionado com estimativas numéricas, contudo, Massimo Piattelli-Palmarini revelou que as âncoras também são detectadas em relação a *opiniões*. O autor ensina que quando uma pessoa é provocada a fazer julgamentos rápidos pode incorrer no fenômeno da auto-ancoragem (*self-anchoring*), que acarreta na conservação de uma opinião original²⁴⁸. Assim, no processo de tomada de decisão uma âncora pode ser adotada como ponto de referência, a partir do qual se ajustarão suas estimativas e percepções posteriores.

Desse modo, o efeito da ancoragem no processo penal pode manifestar-se tanto em razão de questões numéricas, como quando da estimativa da dosimetria com a análise da âncora da pena mínima/máxima ou pela âncora do número presente no requerimento do Ministério Público, quanto por questões de raciocínio jurídico. Neste ponto, Francisca Fariña, Ramón Arce e Mercedes Novo realizaram notável estudo voltado a analisar a ancoragem em 555 julgamentos penais, entre 1980-1995, proferidos pelas Cortes Superiores e Cortes Criminais da Galícia na

²⁴⁵ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas formas de pensar. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 153.

²⁴⁶ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas formas de pensar. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 153.

²⁴⁷ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas formas de pensar. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 153.

²⁴⁸ PIATELLI-PALMARINI, Massimo. **Inevitable Illusions**: How Mistakes of Reason Rule Our Minds. New York: John Wiley & Sons, 1994, p. 127.

Espanha. Ao final da pesquisa, os autores chegaram à conclusão que 63,3% (353) dos julgamentos tiveram como âncora dois fatores: a) *o requerimento do Ministério Público* e b) *a decisão judicial anterior*.²⁴⁹.

Perceba-se o quão sintomática é esta conclusão, na medida em que o viés que deveria prevalecer na tomada de decisão judicial criminal é a propensão à absolvição, em face da presunção de inocência, e não da ancoragem em relação aos requerimentos do órgão acusatório e das decisões judiciais anteriores. Isto acarreta um prejuízo cognitivo imenso em termos de imparcialidade no processo penal, tendo em vista que a defesa já entra no jogo perdendo no placar cognitivo de 1 a 0, já que antes mesmo de ser instaurada a relação processual já existe todo um inquérito policial elaborado com base em uma única versão que fica disponível para ser acessado pelo juiz que julgará o processo, e que inclusive, na sistemática atual, deve ser o mesmo juiz que atuou na fase inquisitorial, decidindo sobre medidas constritivas de direito de toda sorte.

4.2.4. Heurística da perseverança da crença (Viés de Confirmação)

A heurística da perseverança da crença ou viés de confirmação talvez seja o aspecto mais problemático do raciocínio humano, notadamente quando se manifesta no campo das decisões judiciais criminais, consistindo na tendência do indivíduo de se apegar às suas crenças, isto é, hipóteses já pré-concebidas, mesmo diante de evidências em sentido contrário²⁵⁰.

Paola Wojciechowski e Alexandre Morais da Rosa definem o viés de confirmação como a "...tendência natural das pessoas a procurar ou favorecer apenas informações que corroborem seus pontos de vista, hipóteses ou concepções, negligenciando evidências que apontem em sentido contrário"²⁵¹. Nesse sentido, também conceitualizam os autores Benjamin

²⁴⁹ FARÍÑA, Francisca; ARCE, Ramón; NOVO, Mercedes. Anchoring in Judicial Decision-making. **Psychology in Spain**, vol. 7. n. 1, 2003, p. 56-65.

²⁵⁰ Liden informa que: "...the human inclination to not only form hypotheses but also tenaciously hold on to them, even in the face of contradictory evidence, is a long-recognized phenomenon. The more specific and today most commonly accepted definition of confirmation bias was provided by Nickerson in 1998. In short, Nickerson defines confirmation bias as: "the seeking or interpreting of evidence in ways that are partial to existing beliefs, expectations, or a hypothesis in hand." At the same time, opposing information is either ignored or interpreted in ways that do not threaten the predetermined conclusion". (LIDEN, Moa. **Confirmation Bias in Criminal Cases**. Cases. 284 pp. Uppsala: Department of Law, Uppsala University. 2018. p. 47).

²⁵¹ WOJCIECHOWSKI, Paola. ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2021. p. 51.

Tabak, Júlio Aguiar e Ricardo Nardi, como “...a tendência de prestar atenção em informações que suportam o que a pessoa acredita ou quer acreditar”²⁵².

David Myers em sua obra “Psicologia Social”, cita o experimento elaborado por Lee Ross e Craig Anderson no qual os pesquisadores primeiro implantaram uma crença como verdadeira (p. ex., o leite de vaca faz mal para bebês), depois pediram aos participantes do estudo para explicarem porque aquilo era verdadeiro (p. ex, os bebês sentem cólica sempre quando tomam leite de vaca). Por fim, os pesquisadores desacreditaram totalmente a informação inicial, revelando a sua falsidade para os participantes. Não obstante, os estudos apontaram que 75% dos participantes permaneceram com a nova crença intacta, pois que ainda mantinham as explicações que inventaram intactas em seu inconsciente²⁵³.

Essa dificuldade de se desvencilhar de uma concepção primitiva é justamente o que se denomina de perseverança da crença, e ela aumenta o quão mais importante seja para o indivíduo. Mesmo que essa pressuposição se ampare em informações comprovadamente falsas, demanda-se muito esforço cognitivo para desacreditá-la, daí o perigo que se extrai de formar opiniões a partir de evidências frágeis que podem ser facilmente refutadas com base em outros elementos probatórios. Além do aspecto de persistir na crença, a tendência de *não* buscar informações que digam ao contrário dela é precisamente o outro lado do viés de confirmação. David Myers arremata: “Somos ávidos por confirmar nossas crenças, mas menos inclinados a buscar evidências que possam refutá-las...”²⁵⁴.

Por fim, o último aspecto do viés de confirmação diz respeito ao armazenamento das informações na memória, na medida em que as pessoas têm maior facilidade de lembrar informações que apoiem, confirmem ou reiterem as suas preconcepções, em detrimento de informações que minam ou desafiam as suas crenças, comprovando que as crenças afetam o próprio armazenamento de dados que ficarão disponíveis na memória²⁵⁵. Nota-se, pois, que o viés confirmatório apresenta três eixos: a seletividade na busca das informações, a seletividade na interpretação das informações e a seletividade na recuperação das informações na memória.

²⁵² TABAK, Benjamin. AGUIAR, Júlio. NARDI, Ricardo. O Viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para melhor explicação: o afastamento do decisionismo no processo penal. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, pp. 177 - 196, jan./jun. 2017. p. 180.

²⁵³ MYERS, David G. **Psicologia Social**. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 85.

²⁵⁴ MYERS, David G. **Psicologia Social**. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 92.

²⁵⁵ “*The meta-analysis confirmed previous findings, namely that people have better memory for information that supports, confirms or reinforces their evaluations of social, political and personal issues than for information that undermines or challenges these attitudes, suggesting that attitudes influence memory*” (LIDEN, Moa. **Confirmation Bias in Criminal Cases**. Cases. 284 pp. Uppsala: Department of Law, Uppsala University. 2018. p. 51).

Neste ponto, aliás, a heurística da disponibilidade se combina com o viés confirmatório, sendo determinante para as informações que serão puxadas da memória. A lógica é que se o ser humano tende a armazenar com muito maior facilidade as informações que são consonantes com as suas crenças, conseqüentemente os dados que estarão disponíveis na memória, em sua maioria, serão predominantemente eles²⁵⁶. Isso é um fator que dificulta sobremaneira o abandono de uma crença, se até mesmo a atenção, o enfoque e a memória do indivíduo são programados inconscientemente (sistema 1) para ignorar evidências contrárias à elas. É por isso que Kahneman afirma que “...podemos ficar cegos para o óbvio, e também somos cegos para nossa própria cegueira”.²⁵⁷

Noutro passo, no âmbito jurídico a teoria da decisão penal não constitui um ramo distinto da decisão humana, estando sujeita a todos os problemas que geram distorções cognitivas provenientes do sistema 1.

A questão ganha especial preocupação pelo próprio formato como o processo penal é desenhado. Primeiro elabora-se a investigação preliminar, podendo ser o inquérito policial presidido pela Autoridade Policial, ou ainda um procedimento investigatório criminal presidido pelo Ministério Público, para depois passar-se à fase judicial. Em quaisquer dos casos, o produzido na fase preliminar é claro gerador de crenças que serão submetidas ao crivo do julgador antes mesmo que se instaure a competente ação penal, e, como visto, as referidas crenças são difíceis de ser abandonadas mesmo em face de evidências contrárias, sendo a fase processual precisamente a arena na qual o contraditório é iniciado, momento em que a defesa passa a contrapor as “crenças” trazidas pela acusação.

Não é difícil perceber o caminho nefasto que se desenrola a partir disso.

Essa falha cognitiva presente desde as investigações criminais pode levar ainda a um fenômeno conhecido por visão tunelada (*tunnel vision*) ou cegueira por inatensão (*inattentional blindness*)²⁵⁸, que é a tendência de se rotular alguém como culpado e focar nas evidências que

²⁵⁶ WOJCIECHOWSKI, Paola. ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2021. p. 67.

²⁵⁷ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas formas de pensar. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 33.

²⁵⁸ Daniel Simons, na década de 1990, desenvolveu um interessante estudo sobre o assunto em conjunto com o pesquisador Christopher Chabris, que foi retratado no livro “O gorila invisível”. Demonstrou-se de maneira radical como as pessoas podem ficar cegas a elementos completamente visíveis, mas não esperados, quando precisam alocar muita atenção em uma dada tarefa. O experimento consistia em passar um curta-metragem mostrando pessoas jogando uma partida de basquete, havendo um time de roupas brancas e outro time de roupas pretas. Na sequência, foi pedido aos participantes do estudo que contassem quantos passes o time de branco teria realizado na partida. Então, no meio do vídeo, uma pessoa vestida de gorila atravessava a quadra de uma ponta a outra, parando no meio daquela e batendo no peito, permanecendo no vídeo por 9 segundos. Os participantes não foram informados desse evento. O surpreendente é que milhares de pessoas foram submetidas ao experimento, sendo que metade delas não foi capaz de notar o gorila na cena. Os pesquisadores notaram que quando os participantes

apontem para a autoria desse suspeito, ignorando todo e qualquer elemento no sentido de provar sua inocência ou mesmo ignorando outros caminhos de investigação que demonstrem a participação de um terceiro. Isso respinga durante toda a instrução processual, guiando o julgador a interpretar as evidências de acordo com as “crenças” trazidas no inquérito²⁵⁹.

O viés confirmatório e todos os seus efeitos decorrentes, se presente no subconsciente do juiz, é um obstáculo quase que intransponível pois o impede de valorar as provas com *imparcialidade*, já que tudo que contrariar as impressões iniciais deve ser evitado ou encarado como menor importância. E não apenas isso, abrange-se também a questão do juiz inquisidor, que tem participação ativa na busca pela produção de provas. É preocupante a situação de que o juiz atue na produção da prova, pois que necessariamente ele primeiro decide como certa uma tese para, então, procurar elementos que justifiquem a sua decisão²⁶⁰.

Além da vinculação com os elementos que são produzidos em sede de inquérito policial, o magistrado também pode se deixar influenciar pelas próprias decisões tomadas em sede preliminar. A exemplo, se o magistrado é chamado a decidir sobre um requerimento de prisão preventiva formulado pela Autoridade Policial ou pelo Ministério Público, será necessário que se debruce atenciosamente sobre os elementos produzidos no inquérito até então, e que confirme ou não estarem presentes fundamentos para a decretação da custódia cautelar. Caso se convença que há fundamentos autorizadores da medida excepcional, se já na fase processual é instado a rever o seu posicionamento inicial por meio de um pedido de revogação, é muito mais provável que o julgador não só *não* mude de entendimento - sendo irrelevante as novas evidências que possam ter sido produzidas desde o momento inicial - como também *condene* o réu ao final do processo²⁶¹.

A propósito, Ricardo Gloeckner desenvolveu um estudo de casos junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual foram extraídos 185 acórdãos prolatados entre as datas 03 de outubro de 2012 e 03 de dezembro de 2013 no referido Tribunal, cuja ferramenta de busca foi “prisão preventiva” e “recurso de apelação”. Tudo isso no escopo de confrontar os reflexos da decretação da prisão no mérito da causa. O estudo confirmou que “...de forma direta ou

focavam na difícil tarefa de contar os passes do time branco, tendiam a ficar cegos para outros elementos, ainda que fossem elementos absurdos como um gorila atravessando a quadra de basquete. O experimento está disponível no site: www.theinvisiblegorilla.com.

²⁵⁹ WOJCIECHOWSKI, Paola. ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2021. p. 64.

²⁶⁰ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 242.

²⁶¹ ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, ISSN-e 2525-510X, Vol. 5, Nº. 1, 2019, págs. 507-540. p. 526.

indireta a prisão processual (como regra geral a prisão em flagrante) foi utilizada como elemento formador de convicção judicial em todos os casos)”²⁶², e ainda complementa: “...em 100% dos casos analisados decretada prisão processual houve condenação e em também em 100% dos casos, a condenação se fundamentou, parcialmente, em elementos próprios da prisão”²⁶³.

Por isso, o autor defende que *o magistrado que decreta uma prisão processual não pode ser o mesmo que decide o mérito da causa*, tendo em vista que em todos os casos houve antecipação do mérito em prejuízo à imparcialidade e à presunção de inocência dos acusados²⁶⁴.

E não só a decisão pela prisão preventiva é capaz de enviesar o pensamento do juiz, como também qualquer outra decisão constritiva de direitos individuais do acusado, momento em que o magistrado necessariamente tem que se debruçar sobre os elementos produzidos no inquérito e decidir sobre a presença de elementos justificadores para as medidas cautelares. As decisões no momento inicial do inquérito, assim como a denúncia, funcionam como *âncoras* que se ajustam ao inconsciente do juiz para que busque seletivamente evidências apenas para confirmar a acusação. E é muito fácil se verificar isso no ordenamento jurídico brasileiro, já que pela regra do art. 83 do Código de Processo Penal o mesmo juiz que é chamado a decidir as questões atinentes à fase preliminar é *prevento* para julgar o mérito da causa.

Dessa forma, ao invés de predominar o pensamento exploratório e deliberativo (sistema 2), é nítido que o viés de confirmação é o protagonista no processo penal, pelo próprio modo como ele é desenhado estruturalmente, haja vista características tais como: a) a fase preliminar, cuja função é estritamente fornecer subsídios para a formação da acusação, funciona como um âncora geradora de primeiras impressões ao magistrado; b) o mesmo juiz que se debruça detidamente sobre as peças informativas do inquérito é o quem decide o mérito da causa em razão da prevenção; c) a busca seletiva de provas para confirmar a acusação é totalmente possível haja vista que permite-se o atuar de ofício do juiz (Capítulo 2).

²⁶² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 117, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 8.

²⁶³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 117, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 8.

²⁶⁴ “Ao que parece se encontram presentes os mecanismos da tendência confirmatória da decisão, geradores de uma equivalência de 100% entre as decisões de prisão processual e as condenações. O principal problema é a inexistência de qualquer panorama de reforma processual que tenha por objetivo evitar os quadros de disrupção cognitiva. Ou melhor, pode-se afirmar que no Brasil, diante do sistema normativo existente, muito para além de uma estrutura de violação do princípio da imparcialidade, o que se tem é a violação ao direito fundamental a uma devida cognição judicial”. (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 117, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 12).

Quer dizer, a teoria do processo penal não levou em conta questões como os vieses, as heurísticas e a preservação da originalidade cognitiva do julgador. A imparcialidade, que como visto é diferente da neutralidade, no sistema atual não passa de uma ficção fundada na dogmática processual, uma construção jurídica que fracassou no seu propósito. Até mesmo quando está provado que determinada hipótese acusatória é falsa, é difícil para o magistrado se desvencilhar das justificativas que buscou para fundamentá-la, sempre sendo sugestionado pelo sistema 1 que algo não está certo.

4.2.5 Heurística do excesso de confiança, heurística da correlação ilusória e a heurística do afeto

Um indivíduo guiado pela heurística do excesso de confiança (*overconfidence effect*)²⁶⁵ atribui alto grau de assertividade a decisões tomadas por si, pouco importando se essa decisão foi tomada com base em um conjunto de elementos insuficientes ou até mesmo falsos. Assim, referida falha cognitiva afasta a autorreflexão e suprime a ambiguidade e a dúvida, levando as pessoas a se convencerem simplesmente pela confiança que depositam nas suas próprias escolhas. Inclusive, tal heurística se relaciona de perto com o viés egocêntrico, o qual superestima as suas habilidades e ignora a sua falibilidade²⁶⁶.

Isso, em termos de processo penal, acarreta prejuízos incomensuráveis, pois impede que os operadores do direito, notadamente os julgadores, tenham a humildade de aceitar que são seres passíveis de erros, além de dificultar a revisão de suas próprias decisões. Em um país como o Brasil, em que juízes atuam de perto com o Ministério Público na deflagração de operações (relembre-se o caso da Operação Lava-Jato), sendo encarados como heróis pelos meios de comunicação, é quase impossível afastar-se da incidência da heurística do excesso de confiança e do viés egocêntrico²⁶⁷.

Outra heurística que pode ser encontrada com maior frequência no momento da tomada de decisão criminal trata-se da correlação ilusória (*illusory correlations* ou *magical*

²⁶⁵ Eduardo José da Fonseca Costa menciona em quadro descritivo que o *overconfidence effect*, ou efeito de excesso de confiança, trata-se de um erro cognitivo de confiança excessiva nas próprias decisões. Por exemplo, para certos tipos de perguntas, as respostas que as pessoas classificam como "99% certas" acabam sendo 40% das vezes erradas". (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 55).

²⁶⁶ WOJCIECHOWSKI, Paola. ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2021. p. 55-56.

²⁶⁷ WOJCIECHOWSKI, Paola. ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2021. p. 72-73.

thinking), que consiste na tendência de se considerar que dois eventos são relacionados, ainda que não haja qualquer relação de causalidade entre eles. Inclusive, esta heurística ampara por vezes as superstições, como pensar que existe correlação entre achar um trevo de quatro folhas e ganhar na loteria no mesmo dia²⁶⁸.

Ela ainda pode se combinar tanto com o viés de confirmação quanto o viés de disponibilidade, na medida em que somente alguns pares de eventos podem ficar disponíveis na memória e, a partir disso, buscar-se seletivamente informações que corroborem a fictícia relação de causalidade²⁶⁹. No processo penal, o evento mais recorrente é a atribuição de relações de causalidade sem que haja evidências para comprová-las, por exemplo, inferir que se o réu aparentava nervosismo no seu interrogatório é porque estava mentindo sobre os fatos, mesmo que os elementos probatórios apontam para sua inocência.

Por fim, a heurística do afeto evidencia a importância das emoções na tomada de decisões. Muitas vezes as pessoas podem acreditar que decidiam sobre uma questão importante avaliando todos os prós e contras de várias alternativas, quando na verdade decidiram simplesmente porque gostaram mais do que determinada alternativa desperta em si. As reações emotivas geralmente antecedem os julgamentos, influenciando-os²⁷⁰.

Kahneman relatou que certa vez questionou a um diretor de investimentos porque decidiu investir milhões de dólares em ações da Ford e recebeu como resposta que esse diretor ficou impressionado com os carros produzidos pela Ford. Quer dizer, a decisão foi tomada não com base em um raciocínio pormenorizado de prós e contras, mas pelo sentimento que o referido nutria pelos carros²⁷¹.

Agora imagine-se isso negativamente. Se o réu de um procedimento for uma pessoa sisuda, de poucas palavras, que aparenta ser agressivo, seu destino está quase fatalmente decidido pela condenação.

²⁶⁸ WOJCIECHOWSKI, Paola. ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2021. p. 50.

²⁶⁹ WOJCIECHOWSKI, Paola. ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2021. p. 51.

²⁷⁰ WOJCIECHOWSKI, Paola. ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2021. p. 49.

²⁷¹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas formas de pensar. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29.

4.3. A teoria da dissonância cognitiva²⁷²

Inicialmente esclareça-se que no contexto da dissonância cognitiva se faz muito presente o viés de confirmação, razão pela qual por vezes pode-se confundir as suas características. Todavia, a teoria da dissonância cognitiva foi desenvolvida no campo da psicologia social, área da psicologia que estuda “...como as pessoas pensam, influenciam e se relacionam umas com as outras”²⁷³, ao passo que o viés de confirmação foi descoberto a partir dos estudos da psicologia cognitiva, como já definido no tópico acima.

A teoria da dissonância cognitiva foi fruto de pesquisas empreendidas em 1957, por Leon Festinger, professor da Universidade de Stanford de psicologia social, sendo uma teoria que demonstra como justificamos nossas ações para nós mesmos e como nossas atitudes mudam para manter a consistência entre as nossas cognições (pensamento ou crenças). Inclusive, a teoria da dissonância cognitiva é um dos assuntos mais estudados na psicologia social atualmente, dela partindo mais de dois mil estudos derivados segundo David Myers²⁷⁴.

Festinger adotou como seu objeto de estudo a *tensão psicológica* (dissonância cognitiva) que surge quando um indivíduo toma consciência de pensamentos, opiniões, crenças ou atitudes contraditórias entre si, e os efeitos dela decorrentes. Buscou confirmar a tese de que, a partir desse estado de desconforto cognitivo, o indivíduo passaria a adotar processos involuntários, e, portanto, inevitáveis, a fim de retornar ao estado de coerência, qual seja, de cognições consonantes (compatíveis, correspondentes) entre si²⁷⁵.

Em outras palavras, a dissonância cognitiva surge quando o indivíduo toma consciência de inconsistências lógicas entre pensamentos e atitudes, o que finda por acarretar pressões no sentido de eliminar ou reduzir a desarmonia experimentada, mesmo que o indivíduo sequer perceba que está assim agindo, mediante mudanças de comportamento e de cognição, bem como processos de evitação de contato com situações que possam aumentá-la, ou ainda,

²⁷² Reproduz-se alguns trechos da obra extraídos de outra obra desta autora: CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda. MELO, Gabriellen Carneiro de. Juiz de garantias e o princípio da jurisdição imparcial à luz da teoria da dissonância cognitiva. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 6, n.1, Jun., p. 222-251.

²⁷³ MYERS, David G. **Psicologia Social**. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 28.

²⁷⁴ MYERS, David G. **Psicologia Social**. 10ª ed. Trad. de Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. Rio de Janeiro: AMGH Editora, 2014, p. 126.

²⁷⁵ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 12-18.

busca de novos elementos informativos a respaldar a cognição divergente que gerou dissonância²⁷⁶.

Para o autor da referida teoria, pois, o ponto central desta tratou de verificar duas hipóteses, que houve ao final do estudo por serem confirmadas. A primeira: “...existindo dissonância cognitiva haverá também uma pressão involuntária e automática para reduzi-la”²⁷⁷; e a segunda: “...quando há essa dissonância, além da busca pela sua redução, há também um processo de evitação ativa de contato com situações que possam aumentá-la”²⁷⁸.

A título de exemplo tem-se o experimento produzido por Festinger em relação ao fumante habitual²⁷⁹, o qual detém plena consciência de que o ato de fumar é nocivo à saúde, e, ainda assim, continua fumando sem o desejo de matar-se, gerando, pois, dissonância entre o conhecimento existente e a atitude tomada. A partir disso, observou-se que o indivíduo poderia adotar algumas atitudes para cessar esta dissonância, podendo optar tanto pelo caminho de parar de fumar, o que conciliaria suas atitudes com os elementos científicos que apontam a nocividade do tabaco, ou ainda, continuaria fumando, mas evitaria contato com os referidos elementos científicos, passando a buscar seletivamente elementos contrários que suportem o ato de fumar.

Ilustra-se:

Figura 2: Experimento do fumante habitual.

²⁷⁶ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 22-23.

²⁷⁷ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 87/88.

²⁷⁸ RITTER, **Imparcialidade no Processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 87/88.

²⁷⁹ “Esse conhecimento é certamente dissonante com a cognição de que continua a fumar. Se estiver certa a hipótese de que haverá pressões para reduzir essa dissonância, o que se esperaria que essa pessoa faça? 1. Ela poderá simplesmente mudar a sua cognição sobre o seu comportamento modificando as suas ações; isto é, poderá deixar de fumar. Se já não fuma mais, então a sua cognição do que faz é consonante com o seu conhecimento de que o fumo é nocivo à saúde. 2. Ela poderá mudar os seus ‘conhecimentos’ sobre os efeitos do fumo. Isso parece ser uma forma algo peculiar de expressá-lo, mas traduz perfeitamente o que deve acontecer. A pessoa talvez acabe por acreditar, simplesmente, que o fumo não tem quaisquer efeitos deletérios ou por adquirir tantos ‘conhecimentos’ sobre os bons efeitos do fumo que os aspectos nocivos tornar-se-ão desprezíveis. Se conseguir mudar o seu conhecimento de uma ou outra dessas maneiras, terá reduzido, ou mesmo eliminado, a dissonância entre o que faz e o que sabe”. (FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 70-80).



Fonte: MYERS, David G. **Psicologia Social**. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 130

O referido experimento fundamenta, pois, a teoria elaborada por Festinger em relação a qual o indivíduo busca tomar atitudes, na maioria das vezes involuntariamente, a fim de reduzir o estado de dissonância proporcionado por cognições antagônicas, seguindo a lógica de que, quanto mais importante os elementos dissonantes forem para o indivíduo, maior será a dissonância experimentada, e, por via de consequência, mais intensos serão os processos de evitação e redução acima referidos. O entendimento é reforçado por Flávio Andrade da Silva, o qual apregoa que “Quanto mais comprometido se está com uma ideia ou crença, mais difícil é abandoná-la, mesmo que surjam evidências fortes em sentido contrário”²⁸⁰.

Um segundo exemplo que pode ser abordado é trazido por David Myers, o qual debate a Guerra do Iraque de 2003. O principal motivo do conflito seria porque Saddam Hussein teria armas de destruição em massa que ameaçariam a segurança dos Estados Unidos. Todavia, quando a guerra começou e essas armas não foram encontradas, a maioria favorável à guerra experimentou intenso mal-estar (dissonância cognitiva), o qual foi intensificado pelos custos financeiros e humanos decorrentes da guerra. Para reduzir essa dissonância, o diretor do Programa de Atitude na Política Internacional dos Estados Unidos mudou a fundamentação da guerra, assumindo o novo pretexto de que seria necessário libertar um povo oprimido do governo tirânico e genocida de Saddam Hussein, além de estabelecer bases para um Oriente Médio mais pacífico e democrático²⁸¹.

²⁸⁰ ANDRADE, Flávio da S. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1658, set./dez. 2019. p. 227.

²⁸¹ MYERS, David G. **Psicologia Social**. 10ª ed. Trad. de Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. Rio de Janeiro: AMGH Editora, 2014, p. 126.

O fato é que a dissonância provoca ações *involuntárias* no indivíduo para reduzir esse sentimento de aversão provocado por ela, o que pode ser alcançado tanto com a mudança de comportamento do sujeito para que seus conhecimentos se aliem com as suas atitudes, ou com a ignorância dos conhecimentos ou com a busca de novos conhecimentos que sustentem as suas atitudes²⁸². Reconhecer a dissonância é reconhecer uma hipocrisia, uma falha de caráter, que causa intenso sofrimento psicológico, o que inclusive atrai o *viés do ponto cego*, que é uma tendência de justificarmos nossos próprios erros, mas sem dispor da mesma condescendência com os outros²⁸³.

Não interessa aqui, todavia, o esgotamento do estudo de todos os tipos de processos involuntários aos quais os indivíduos se submetem com o fito de alcançar um estado de harmonia interna, mas sim a análise de dois importantes fenômenos cognitivos, os quais se atrelam mais fortemente à questão da jurisdição imparcial no processo penal, ocorridos tanto no azo da tomada de decisões (*dissonância pós-decisória*), quanto nas situações oriundas do contato inicial com uma dada situação ou pessoa (*dissonância pós-primeira impressão*), o que também encontra respaldo no estudo relativo ao efeito primazia, realizado com base na teoria de Festinger.

No que tange à primeira colocação, também estudada por Festinger, a dissonância cognitiva seria um efeito inevitável sobre qualquer tomada de decisões por parte de todo indivíduo²⁸⁴. É dizer, o simples ato de decidir gera dissonância. A pesquisa de Danuta Elrich, Isaiah Guttman, Peter Schonbach e Judson Mills²⁸⁵, aliás, corroborou a conclusão alcançada

²⁸² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 117, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 15.

²⁸³ “Esse viés decorre do desconforto psicológico causado pelo que Leon Festinger chamou de ‘dissonância cognitiva’, que é o desacordo entre o que a pessoa faz ou pensa e a imagem que ela tem de si mesma. Esse desconforto leva a pessoa a alterar o juízo de realidade ou de valor em relação ao objeto ou evento que analisa para adequá-lo à percepção de si mesma, com o objetivo de forjar uma consistência entre as cognições (do objeto ou do evento e de si mesma) seja pela substituição da crença que causa a dissonância ou pela procura de informações que eliminem ou que, pelo menos, minimizem a dissonância. Isso porque reconhecer a dissonância é reconhecer uma hipocrisia, ou uma falha de caráter, em última instância chega a ser a negação de si mesmo enquanto pessoa autêntica”. (NEPOMUCENO, Raul Carneiro. **O controle da subjetividade nas decisões judiciais em casos de colisão entre direitos fundamentais: hermenêutica, método e a tensão entre o racional e o irracional**. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019. Disponível em: < <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/49195>>. Acesso em 28 jan 2022. p. 81)

²⁸⁴ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 40.

²⁸⁵ ERLICH, Danuta; GUTTMAN, Isaiah; SCHONBACH, Peter; MILLS, Judson. Post-decision exposure to relevant information. **The journal of abnormal and social psychology**. Boston, v. 54, p. 98-102, mar., 1957. p. 102.

por Festinger ao investigar a situação comportamental na qual dois sujeitos eram chamados a decidir quanto à aquisição de automóveis diferentes, se vendo obrigados a optar por um destes.

O citado estudo revelou que, após a tomada de decisão em relação ao veículo “A” ou “B”, os compradores passaram a se interessar mais por anúncios que exaltavam as características do veículo adquirido, reduzindo assim a dissonância produzida pelos elementos cognitivos favoráveis ao veículo rejeitado. Irremediavelmente demonstrou-se, assim, o surgimento da dissonância pós-decisória, já que sempre que houver a escolha por uma opção, existirão elementos consonantes à cognição do indivíduo que estarão sendo rechaçados, criando natural divergência, e, logo, tensão cognitiva²⁸⁶.

Isto significa dizer que “...após a decisão, todos os bons aspectos da alternativa preterida e todos os maus aspectos da alternativa adotada são dissonantes em relação ao que se decidiu”.²⁸⁷ Ao que tudo indica, depois de se fazer uma escolha a grama do vizinho *não* fica mais verde. A propósito, tal efeito se relaciona com a heurística do excesso de confiança, “o que eu decidi deve estar certo”. Por exemplo, Robert Knox e James Inkster constataram que apostadores em hipódromos que tinham acabado de apostar seu dinheiro em determinados corredores se sentiam muito mais otimistas sobre suas apostas do que aqueles que estavam na fila prestes a fazê-las²⁸⁸.

É por isso que Aury Lopes Júnior defende que decidir não é apenas fazer uma escolha, indo muito além, é “...assumir (fiel e involuntariamente) o compromisso de conservar uma posição, que decisivamente vinculará o seu responsável por prazo indeterminado, já que tudo que a contrariar produzirá dissonância e deverá ser evitado, ou se não foi possível, deturpado, em prol da decisão tomada”²⁸⁹. É nesse ponto que a teoria da dissonância cognitiva se confunde com o viés confirmatório, tendo em vista que a pessoa que a experimenta procurará eliminá-la ou diminuí-la mais pela mudança de atitudes pessoais do que pelo abandono da crença (aqui está a heurística da perseverança da crença).

Inclusive, no campo da neurociência, já há estudos que indicam por meio de imagens do cérebro a reação neurológica do indivíduo antes e depois da decisão geradora de dissonância

²⁸⁶ ERLICH, Danuta; GUTTMAN, Isaiah; SCHONBACH, Peter; MILLS, Judson. Post-decision exposure to relevant information. **The journal of abnormal and social psychology**. Boston, v. 54, p. 98-102, mar., 1957. p. 102.

²⁸⁷ FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 359.

²⁸⁸ Knox, R. E., & Inkster, J. A. *Postdecision dissonance at post-time*. **Journal of Personality and Social Psychology**, 1968, 319–323.

²⁸⁹ LOPES JR, Aury. RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz de garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Duc In Altum Cadernos de Direito**, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 70, set-dez. 2016.

cognitiva. A pesquisa demonstra que as ativações neurais para mudança de atitude se dão rapidamente e sem intenção consciente, justamente para fazer cessar a pressão gerada pela dissonância²⁹⁰.

Neste cenário, questiona-se: qual seria o impacto do estudo acima sobre o ofício dos magistrados com jurisdição criminal, cuja própria função é tomar decisões em todas as demandas a si apresentadas, até mesmo antes de ser instaurada a própria ação penal?

Suponhamos o caso em que o julgador é chamado a decidir medida de caráter cautelar, em sede de inquérito policial, tal como a quebra de sigilo de dados telefônicos, ou ainda, a decretação de prisão preventiva do agente. Seguindo a dialética do estudo acima, ainda que o magistrado esteja atuando em cognição sumária, será inevitável a experimentação de dissonância cognitiva ao, em sede de cognição exauriente, deparar-se com elementos informativos que contrariem a sua decisão anteriormente tomada, sem falar nos processos involuntários aos quais será submetido para evitar, reduzir ou eliminar tudo que seja contrário à sua decisão, fatores estes que fatalmente colocarão em xeque a sua imparcialidade.

Noutra hipótese, se o julgador deferir pleitos de interceptação telefônica e suas prorrogações, ou quebra de sigilo de dados bancários, se mostrará muito mais propenso a receber a denúncia do que rejeitá-la. Ora, se decidiu que há elementos que autorizam a invasão à esfera individual do investigado, é conflitante a decisão contrária de que não há elementos suficientes para a instauração da ação penal, o que gera a dissonância. Tais circunstâncias repercutem outro efeito, denominado de *lock-in effect* (viés de trancamento), que como o próprio nome indica, é a tendência de manter uma decisão anterior, ainda que tenha sido tomada com base em evidências insuficientes, em sede de cognição não exauriente.

É evidente o prejuízo que estes efeitos trazem para o processo penal, na medida em que fazem letra morta as garantias fundamentais ao contraditório, ao devido processo legal e à jurisdição penal imparcial presentes na Constituição Federal. Se o julgador que decidiu por conceder todas as medidas restritivas de direito em desfavor do acusado, recebendo a denúncia, é prevento para julgar o mérito da causa, é óbvio que as chances da defesa reverter o cenário na ação penal são exíguas, para não falar inexistentes, pois que o magistrado experimentará enorme desconforto para mudar sua posição, encontrando-se com seu cognitivo maculado.

²⁹⁰ BERKMAN, Elliot T.; JARCHO, Johanna M.; LIEBERMAN, Matthew D. The neural basis of rationalization: cognitive dissonance reduction during decision-making. *SCAN* (2011) 6, p. 460–467. **Published by Oxford University Press.** Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3150852/>>. Acesso em 09 mai. 2023.

Prosseguindo, impende também expor o trabalho desenvolvido por Solomon Asch²⁹¹, a partir das conclusões extraídas da teoria da dissonância cognitiva, o qual se concentrou no fenômeno da percepção de pessoas. O referido estudioso procurou confirmar a tese de que as concepções posteriores adquiridas sobre um indivíduo são orientadas pelas primeiras impressões tidas sobre o mesmo, isto é, as informações iniciais são responsáveis pelo direcionamento da cognição formada, assim como pelo comportamento que será adotado a partir de então.

A pesquisa de Solomon Asch se desenvolveu da seguinte forma: colocaram-se dois grupos de características idênticas de uma pessoa imaginada, em diferente ordem, a serem submetidos à análise de duas equipes de indivíduos diferentes. O primeiro grupo trazia atributos na ordem: “inteligente, trabalhador, impulsivo, crítico, teimoso e invejoso”; já o segundo grupo: “invejoso, teimoso, crítico, impulsivo, trabalhador e inteligente”²⁹².

Demonstrou-se que a equipe a qual teve contato inicial com o grupo de características no qual as qualidades vinham enumeradas em primeiro lugar, manifestou uma impressão consideravelmente melhor da pessoa imaginada, ao passo que a segunda equipe, cujo contato inicial fora com as características negativas primeiro, tendeu a apresentar maior rejeição à pessoa imaginada, tendo o pesquisador chegado às seguintes conclusões: a) os primeiros termos estabeleceram uma influência e direção sobre os últimos termos; b) as características posteriores foram ajustadas aos primeiros termos²⁹³.

Desse modo, o efeito acima descrito seria atribuído à manutenção da coerência cognitiva do indivíduo, assim como explicou Festinger em sua teoria. Dada a primeira impressão sobre uma pessoa ou um fato, admitida esta como consoante, o natural seria rechaçar elementos outros que colocassem à prova a categorização anteriormente adotada. Conforme pode-se extrair dos estudos de Solomon Asch²⁹⁴, é perceptível que até mesmo a atenção sobre

²⁹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz de garantias para uma jurisdição penal imparcial**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Duc In Altum Cadernos de Direito*, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 70, set-dez. 2016.

²⁹² ASCH, Solomon E. **Psicologia social**. 4ª ed. Trad. Dante Moreira Leite; Miriam Moreira Leite. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977. p. 182-183.

²⁹³ “As descrições dos estudantes indicam que os primeiros termos estabelecem uma direção, e esta exerce uma influência contínua sobre os últimos termos. Quando se ouve o primeiro termo nasce uma impressão, ampla e não cristalizada, mas dirigida. A característica seguinte está relacionada com a direção estabelecida. A opinião formada adquire rapidamente uma certa estabilidade; as características posteriores são ajustadas à direção dominante, quando as condições permitem”. (ASCH, Solomon E. **Psicologia social**. 4ª ed. Trad. Dante Moreira Leite; Miriam Moreira Leite. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977. p. 182-183).

²⁹⁴ HASTORF, Albert; SCHNEIDER, David J.; POLEFKA, Judith. Percepção de pessoa. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Edgard Blücher e Editora da Universidade de São Paulo, 1973. p. 51; MOYA, Miguel. Percepción social y de personas. **In**: FRANCISCO MORALES, J. (coord.). *Psicología social*. Madrid: McGraw-Hill, 1994. p. 116; MICHENER, H. Andrew; DELAMATER, John D.; MYERS, Daniel J. *Psicologia social*. Trad.

as demais informações colhidas posteriormente tende a diminuir quando já se está formada a primeira impressão.

A essa dissonância pós-primeira impressão deu-se o nome de *efeito primazia*, que é justamente a tendência do indivíduo de preservar uma primeira impressão, evitando o estado de dissonância²⁹⁵. Ruiz Ritter afirma que além da necessidade de se manter coerência entre as informações recebidas, esse fenômeno também implica no "...nível de atenção dado para as informações, que tende a diminuir substancialmente quando já se tem um julgamento formado, fruto de uma primeira impressão"²⁹⁶.

Outro famoso experimento, realizado por Rosenhan em conjunto com mais sete pessoas, comprovou a resistência à modificação da primeira impressão quando ela já foi definida. O pesquisador e seus colegas simularam sinais de esquizofrenia na triagem de doze diferentes hospitais psiquiátricos, e, após serem admitidos como esquizofrênicos, passaram a se comportar normalmente, fingindo ingerir as medicações que lhes eram dadas. As internações duraram cerca de sete a cinquenta dias, e *todos*, quando de suas liberações foram diagnosticados como esquizofrênicos em remissão. Isto é, fixada a impressão inicial, nada mais foi suficiente para revertê-la²⁹⁷.

No âmbito do processo penal, se é verdade que a primeira impressão é a que fica, a permanência do inquérito policial, ou qualquer outra investigação preliminar, nos autos da ação penal é falta para a imparcialidade do julgador. Os elementos do inquérito são todos produzidos unilateralmente (tendenciosamente para a versão acusatória) ao arrepio das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sendo inviável falar em jurisdição penal imparcial quando a primeira impressão é negativa sobre o réu.

Eliane Fittipaldi; Suely Sonoe Murai Cuccio. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. p. 150-151; RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. Psicologia social. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 64-65;

²⁹⁵ "...após a obtenção de uma cognição inicial (primeira impressão) sobre alguém (positiva ou negativa), a tendência do indivíduo é de preservá-la, evitando-se o rompimento do seu estado de consonância cognitiva, que somente estará em perigo se esta for contrariada. Não sendo possível, porém, dita manutenção, sobrevindo cognições que questionam aquela primeira (novas informações aptas a modificarem a primeira impressão), entrarão em cena processos involuntários destinados ao restabelecimento do status quo. São eles a mudança de elementos cognitivos envolvidos em relações dissonantes; a desvalorização de elementos cognitivos envolvidos em relações dissonantes; a adição de novos elementos cognitivos que sejam consonantes com a cognição existente; e a evitação ativa do aumento desses elementos dissonantes, além das três técnicas específicas da percepção errônea, da invalidação e do esquecimento seletivo". (RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 144.)

²⁹⁶ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 116.

²⁹⁷ ROSENHAN, D. L. On being sane in insane places. Science, v. 179, p. 250-258, 1973. In: RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 118.

Sobre a questão, outra não foi a conclusão atingida por Bernd Schünemann, conforme já adiantado no capítulo anterior. A pesquisa empírica do pesquisador alemão pretendeu justamente responder se o conhecimento do magistrado do inquérito policial não acaba vinculando-o à rota traçada unilateralmente pela polícia ou pelo Ministério Público.²⁹⁸ Isto é, questionou Schünemann, baseado na teoria da dissonância cognitiva, se os autos da investigação preliminar não acabam fixando uma imagem de culpabilidade do réu no juiz, capaz de lhe vedar para outras possibilidades.

Para tanto, como visto, o pesquisador tratou de analisar quatro hipóteses distintas, sendo elas: a) o (des)conhecimento dos autos do inquérito pelo julgador e sua relação com o resultado final do processo; b) a ligação entre o (des)conhecimento do caderno inquisitorial com possíveis equívocos na compreensão de informações trazidas ao processo; c) a distorção na apreensão das informações apresentadas no processo quando da possibilidade de fazer ou não perguntas às testemunhas; d) o (des)conhecimento dos autos do inquérito pelo julgador e a formulação de perguntas em audiência²⁹⁹.

As primeiras duas hipóteses, pois, buscaram verificar a fixação ou não pelo julgador dos fatos que foram produzidos em sede de investigação e de que modo essas informações adquiridas eram armazenadas e reproduzidas no processo³⁰⁰. A terceira buscou perquirir a atenção do magistrado em decorrência de sua participação ativa na inquirição de testemunhas e a quarta analisou o direcionamento da busca de informações no transcurso do processo, em razão daquelas já obtidas na investigação preliminar.

Do experimento participaram 58 juízes criminais e promotores de diversas regiões da Alemanha, os quais se basearam em casos concretos, submetidos a diferentes condições, que mesclavam entre o conhecimento ou não dos autos preliminares e a possibilidade de inquirir ou não as testemunhas. Nesta senda, utilizou-se um cenário de simulação de instrução e julgamento, cujo universo de 58 participantes, 14 (8 juízes e 6 promotores) tinham

²⁹⁸ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 122.

²⁹⁹ “Daí podem ser deduzidas as seguintes hipóteses: H 1 – Se os juízes penais, antes da audiência, tiverem conhecimento dos autos, eles condenarão com maior frequência que juízes sem esse conhecimento. Esse efeito é reforçado pela possibilidade de inquirir os sujeitos da prova. H 2 – Existindo conhecimento dos autos, serão cometidos na audiência mais erros no armazenamento das informações que contradizem os autos do que no caso em que inexistir esse conhecimento. H 3 – A menor quantidade de erros no caso de inexistência de conhecimento dos autos será ainda menor se o juiz puder inquirir pessoalmente os sujeitos da prova. H 4 – Existindo conhecimento dos autos, serão formuladas na audiência mais perguntas aos sujeitos da prova do que no caso em que inexistir esse conhecimento. (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 209).

³⁰⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 209.

conhecimento dos autos e podiam realizar perguntas às testemunhas na audiência (grupo 1); 14 (9 juízes e 5 promotores) tinham conhecimento dos autos, mas não podiam fazer perguntas às testemunhas na audiência (grupo 2); 17 (11 juízes e 6 promotores) não possuíam conhecimento dos autos, mas podiam inquirir testemunhas na audiência (grupo 3); e 13 (7 juízes e 6 promotores) não possuíam conhecimento dos autos e tampouco lhes era permitido fazer perguntas.

Eis que, em resumo dos meticulosos testes empreendidos por Schünemann, a primeira hipótese proposta pelo pesquisador foi devidamente confirmada, do seguinte modo³⁰¹:

O resultado obtido sugere que, nas mesmas condições fáticas, enquanto conhecendo-se os autos, independentemente da possibilidade de inquirir testemunhas, o juízo final condenatório é muito mais provável que o absolutório (10 para 4, respectivamente, em ambos os grupos 1 e 2), sem tal conhecimento, alterando-se significativamente a estatística, há mais probabilidade de absolvição (13 no grupo 3 e 7 no grupo 4), do que de condenação (4 no grupo 3 e 6 no grupo 4). Inclusive, especificamente em relação aos juízes, pôde-se observar que enquanto todos os 17 que conheciam os autos condenaram, os 18 que desconheciam dividiram-se em absolver (10) e condenar (8), podendo-se considerar confirmada a primeira hipótese.

Do mesmo modo, a segunda hipótese acima mencionada também foi confirmada pelo estudioso, ao concluir que os juízes que já tinham conhecimento acerca das provas coligadas nos autos do caderno inquisitorial tendiam a inquirir as testemunhas no sentido de corroborar as suas impressões já fixadas pelo contato inicial com o inquerito do que para a obtenção de novas informações, confirmando, assim, que a formulação de perguntas serviu quase que exclusivamente para firmar as cognições já obtidas³⁰². Deixou-se claro, assim, a incidência do *efeito da perseverança da crença*, que demonstrou que juízes dotados de conhecimento do inquerito policial *não* apreendem, nem armazenam, corretamente o conteúdo defensivo na audiência, armazenando somente informações incriminadoras que foram trazidas em um primeiro momento em razão da leitura prévia caderno inquisitorial³⁰³.

³⁰¹ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 125.

³⁰² “O teste da segunda hipótese deixa claro como ocorre, mais precisamente, este efeito inércia (a perseverança da decisão). Os participantes com conhecimento dos autos conseguiram recordar com acerto em média apenas 6,59 respostas em um total de 11 perguntas formuladas às testemunhas, enquanto o grupo sem conhecimento obteve a média de 7,69 respostas corretas. A diferença é significativa ($p < 05$) e se torna ainda maior quando se confrontam os que condenaram e tinham conhecimento dos autos e os que absolveram e não dispunham desse conhecimento; esses últimos tiveram uma média de 7,63 respostas corretas, enquanto os primeiros apenas 6,35.” (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 211-212.)

³⁰³ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 212.

Assim, para diminuir a dissonância cognitiva gerada pelo pré-julgamento já formado quanto à demanda, dado o envolvimento inicial com o inquérito policial, e as informações posteriores que irão na contramão da concepção adotada, Schünemann³⁰⁴ alude que ocorrerão dois efeitos. O efeito *perseverança da crença*, em relação ao qual haverá a superestimação das informações surgidas a corroborar a tese previamente considerada correta, com o conseqüente menosprezo dos elementos dissonantes, e o efeito da *busca seletiva de informações*, que, como o próprio nome traduz, consiste na procura predominante de informações que confirmem a hipótese já decidida como certa. Ao fim e ao cabo, o citado autor arremata que o juiz nada mais é do que “um terceiro inconscientemente manipulado pelos autos da investigação preliminar”³⁰⁵.

A terceira hipótese investigou o papel de um juiz totalmente passivo, análogo ao do júri do sistema anglo-americano, em relação à melhora ou à piora do processamento de informações. A impossibilidade de fazer perguntas às testemunhas no momento da audiência reduziu sobremaneira a atenção dos participantes deste grupo, tendo o conteúdo memorizado sido reduzido consideravelmente. A referida hipótese revelou as médias de 8,65 e 6,33, correspondentes a possibilidade e impossibilidade de inquirição de testemunhas, que chegou a alcançar 9,25 (das 11 perguntas) quando se levou em consideração somente os julgadores que *não* possuíam o conhecimento dos autos, cenário de melhor memorização³⁰⁶.

A quarta hipótese verificou a quantidade de perguntas formuladas e sua correlação com as condições experimentais e a sentença proferida. A maior parte das perguntas foram realizadas por aqueles que condenaram e detinham conhecimento da investigação preliminar, e a menor quantidade de perguntas foi formulada por aqueles que absolveram e não detinham conhecimento da investigação preliminar. Schünemann extraiu desses resultados que “...a quantidade de perguntas nada tem a ver com a qualidade do processamento de informações e

³⁰⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 205-221.

³⁰⁵ Nas palavras conclusivas do próprio autor: “As conclusões, em substância, estavam em conformidade com as hipóteses e podem ser caracterizadas pelos termos efeito perseverança, efeito redundância, efeito atenção e efeito aliança. O processamento de informações pelo juiz é em sua totalidade distorcido em favor da imagem do fato que consta dos autos da investigação e da avaliação realizada pelo ministério público, de modo que o juiz tem mais dificuldade em perceber e armazenar resultados probatórios dissonantes do que consonantes, e as faculdades de formulação de perguntas que lhe assistem são usadas não no sentido de uma melhora do processamento de informações, e sim de uma autoconfirmação das hipóteses iniciais.” (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 221).

³⁰⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 212.

que a formulação de perguntas serve mais para a autoconfirmação da hipótese inicial do que para uma melhora do processamento de informações”³⁰⁷.

Sobre a pesquisa desenvolvida por Schünemann, Ruiz Ritter conclui pelo “...completo comprometimento do processo, que mero simulacro, no qual a presunção de inocência está de cabeça para baixo, competindo à defesa a prova de que o fato narrado na denúncia nunca existiu”³⁰⁸, sobrepondo-se, assim, o poder punitivo estatal sobre a liberdade individual. Quer dizer, sabendo-se que a fase preliminar vincula cognitivamente o julgador por todo o desenrolar do processo criminal, de modo que as primeiras impressões sobre provas produzidas de modo unilateral direcionam o comportamento do magistrado ao longo de todo processo como forma de corroborar as conclusões já fixadas em sua cognição³⁰⁹, existem reais condições para o exercício da imparcialidade na jurisdição penal, consoante garantia estabelecida pela Constituição Federal de 1988?

O cenário se acentua quando se leva em consideração que o nosso Código de Processo Penal, em seu art. 83, elegeu a prevenção, e não a exclusão, para a determinação da competência ao juiz que primeiro tiver contato com a causa. Isto é, na maioria esmagadora dos casos o juiz que julgará o mérito, por lei, obrigatoriamente, terá contato com o produzido na fase das investigações preliminares. Em que pese aparente cenário desanimador, de impossibilidade de efetivação aos ditames fundamentais os quais a Carta Constitucional trouxe em seu âmago, existem soluções já há muito pensadas por aqueles que vivenciam tal cenário quotidianamente, tal como a recente tentativa de implementação da figura do Juiz de Garantias com o advento da Lei nº 13.964/2019, surgida como medida crucial para o primeiro passo a solucionar a questão ora debatida, consoante será mais bem explicitado no capítulo a seguir.

³⁰⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 212.

³⁰⁸ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 125.

³⁰⁹ “...reitera-se, se após a obtenção de uma cognição inicial (primeira impressão) sobre alguém, a tendência do indivíduo é de preservá-la (*efeito primazia*), evitando-se o rompimento do seu estado de consonância cognitiva, sempre que esta for questionada, sobrevirão processos involuntários (*desvalorização das cognições dissonantes e a adição de novas cognições consonantes à cognição existente, ou, nos termos de Schünemann, efeito perseverança e busca seletiva de informações*) e técnicas específicas (*percepção errônea, invalidação e esquecimento seletivo*), destinados a ratificá-la, exatamente o que apontam os resultados da pesquisa empírica realizada”. (RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 125.)

5. O JUIZ DE GARANTIAS

Em 24 de dezembro de 2019 foi aprovada e promulgada a Lei nº 13.964/19, a qual ficou conhecida como “Pacote Anticrimes”, trazendo em seu corpo, dentre inúmeras mudanças polêmicas no âmbito político-criminal, a inserção da figura do juiz de garantias no Código de Processo Penal, conforme se depreende dos artigos 3º-A a 3º-F do novel instrumento legal. Referida figura levantou inúmeros debates e inseguranças no meio jurídico pátrio, notadamente por ter sido um abalo às práticas inquisitórias já tão enraizadas no País, bem como provocou fortes reações acerca das consequências estruturais e orçamentárias oriundas desta mudança de tamanho jaez, tendo em vista tratar-se de profunda alteração na organização judiciária do País.

Nesta senda, diversos movimentos contrarreformistas capitanearam a propositura de Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADIs, de nº 6298, nº 6299, nº 6300 e nº 6305, perante o Supremo Tribunal Federal, no visio de suspender a eficácia dos dispositivos os quais regulamentavam a figura do Juiz das Garantias, especialmente sob a argumentação de que traria impacto financeiro insustentável para os cofres públicos, o que foi deferido em sede liminar pelo Ministro Luiz Fux, o qual suspendeu a eficácia dos retromencionados artigos por prazo indeterminado.

Mas qual seria o fundamento ímpar para implementar o mencionado instituto no direito brasileiro?

Na ótica de Antônio Wellington Brito Júnior, os defensores da implementação do juiz de garantias proclamam por um julgamento *justo*. Todavia, o conceito de justiça é muito amplo e dificilmente aplicável na prática³¹⁰. O fato é que esta discussão parte de um longo processo de busca de distribuição de poder, um processo que com o auxílio da doutrina de Montesquieu deslocou a soberania una dos monarcas, justificada em mitológicas divindades, para a divisão dos poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário.

³¹⁰ “O conceito de justiça é muito vasto, heterogêneo e dificilmente executável, principalmente quando se parte da razão teórica para a razão prática. A razão teórica nos dirá que um julgamento justo é aquele realizado por um julgador imparcial, que realize seu ofício atento a regras já estatuídas de igualdade e que neutralize seus sentimentos íntimos e suas emoções individuais na hora de decidir. A razão prática tentará explicar como, no mundo real das ações, deve-se proceder para que os cânones da imparcialidade, da isonomia e da neutralidade logrem sucesso. O legislador, reconhecendo que a imparcialidade e neutralidade são objetivos demasiadamente complexos para a concreção por gente de carne e osso, mira-se na presunção de que a divisão nas tarefas de instruir e de julgar constitui um mecanismo apto a aproximar a justiça idealizada daquela que se realiza no mundo do ser”. (BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 24).

E, especialmente no que tange à função de julgar, existem espaços de poder que devem ser reduzidos e controlados, precipuamente ao se considerar que a interpretação de uma lei possibilita ao juiz um leque de escolhas entre hipóteses alternativas³¹¹, que nem sempre são embasadas nas provas produzidas sobre os fatos, mas em convicções íntimas que fogem da discussão central da demanda, ou ainda, na preferência por uma das hipóteses contrapostas em razão de profundo envolvimento com a causa, não havendo como se imiscuir no cognitivo do juiz para descobrir o que de fato o levou a julgar determinada demanda de certa forma.

Nesta ótica, Antônio Wellington Brito Júnior assevera que “...até mesmo o mais virtuoso dos juízes se encontra passível de ceder às aspirações íntimas, que podem não coincidir nem com os desígnios da maioria e nem com as pretensões do constituinte”³¹², e disso decorre a imprescindível necessidade de o magistrado “...se inserir numa lógica de contenção do poder, com estabelecimento de regras internas para racionalizar as consequências de suas ordens”³¹³. É o que o autor denomina de *limitação endógena do Poder Judiciário*, a qual seria a função primordial do juiz de garantias no direito brasileiro.

Na mesma ótica, Teodoro Silva Santos afirma que a figura a ser implementada no país se presta a restringir e controlar a discricionariedade judicial, de modo a impedir que o órgão judicial seja a extensão dos órgãos de investigação. Para o autor, o juiz de garantias seria uma consequência lógica da epistemologia garantista preconizada por Ferrajoli, tendo em vista que se busca com o garantismo justamente tutelar os cidadãos de arbitrariedades no exercício do poder punitivo, conferindo racionalidade para legitimar o Direito Penal.

A doutrina garantista de Ferrajoli é uma doutrina essencialmente humanista, tendo em vista que preza pela proteção do acusado e de sua liberdade, que é encarado como parte hipossuficiente ante o poder do aparato estatal. Além disso, torna a missão do Estado preservar direitos sob o manto do devido processo legal, além de respeitar impreterivelmente os direitos fundamentais. Neste cenário, as garantias constitucionais penais e processuais penais seriam técnicas limitadoras e condicionantes de legitimação do poder judicial, para definir

³¹¹ “Ferraioli (2002) afirma que na função de julgar há espaços de poder que devem ser reduzidos e controlados, na medida em que interpretar uma lei sempre constitui escolha em torno de hipóteses alternativas. Quanto ao aspecto fático, a sua prova não é uma atividade meramente cognitiva, mas uma conclusão, cuja probabilidade é avaliada e sua aceitação, amiúde, verifica-se como ato prático, um verdadeiro poder de fazer escolha ante os caminhos alternativos”. SANTOS, Teodoro da Silva. **O Juiz das Garantias sob a Ótica do Estado Democrático de Direito: A adequação ao ordenamento jurídico brasileiro**. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 117).

³¹²BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 25.

³¹³BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 25.

pressupostos para aplicação de uma pena, balizado pela lógica de redução de arbítrio judicial³¹⁴. Assim, conclui o autor Teodoro Silva Santos que o juiz de garantias surge como “...medida redutora de danos ao conferir maior grau de garantismo ao ordenamento”³¹⁵, especialmente no que tange ao problema da imparcialidade e da acusatoriedade do sistema.

Tem-se que o processo judicial é o procedimento pelo qual são administrados os conflitos levados até o Poder Judiciário, de maneira que seja garantida a efetiva tutela dos direitos violados no plano fático. Assim, na regular tramitação do referido procedimento devem ser obedecidas e respeitadas todas as garantias constitucionais a que os cidadãos litigantes fazem jus (a exemplo, o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, o juiz natural e etc), sem que sofram qualquer espécie de arbitrariedade por parte do Estado, que tem o dever de exercer a sua função jurisdicional e apresentar um desfecho para as demandas apresentadas. E nesta lógica, não há como se concretizar o devido processo legal, ou qualquer outra garantia, sem a devida imparcialidade do julgador do litígio³¹⁶.

Assim, quando um juiz incursiona em questões referentes à investigação, em fase pré processual, notadamente quando decide (isto é, toma partido, formando pré-juízos) sobre prisões cautelares, medidas cautelares diversas da prisão, quebra de sigilo telefônico, quebra de dados bancários, busca e apreensão, dentre outras, eis que surgem compreensões prematuramente formadas a respeito do processo, as quais dificilmente serão modificadas na fase processual.

A malfadada regra do art. 83 do Código de Processo Penal, reiteradamente trazida à lume no vertente trabalho, determina que o mesmo juiz responsável pelos atos decisórios da fase preliminar será o competente para julgar a fase processual. É insustentável manter-se o referido modelo com base em todos os atuais estudos desenvolvidos pela psicologia social e pela psicologia cognitiva, que debatem as heurísticas e vieses oriundos do sistema 1, além da teoria da dissonância cognitiva. O modelo do juiz de garantias vem justamente para romper esta regra de prevenção da competência, atribuindo à distintos juízes, distintas funções, sendo o juiz

³¹⁴ SANTOS, Teodoro da Silva. **O Juiz das Garantias sob a Ótica do Estado Democrático de Direito: A adequação ao ordenamento jurídico brasileiro**. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 124.

³¹⁵ SANTOS, Teodoro da Silva. **O Juiz das Garantias sob a Ótica do Estado Democrático de Direito: A adequação ao ordenamento jurídico brasileiro**. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 124.

³¹⁶ MARQUES JÚNIOR, William Paiva; SÁ, Yuri Kubrusly de Miranda. A falibilidade da prova judicial e a imparcialidade do magistrado na busca pela Verdade Real no Sistema Processual Brasileiro. *In*: Juraci Mourão Lopes Filho; Rogerio Luiz Nery Da Silva. (Org.). **Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico**. 01ed. Florianópolis: CONPEDI, 2020, v. 01, p. 56-75. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/nl6180k3/ue1kf6qt/3o6OwZesT6fyVpK3.pdf>> Acesso em: 13 jan 2022

das garantias responsável pela fase preliminar até o ato de recebimento da denúncia, ao passo que o Juiz da Instrução é responsável pela fase processual até o julgamento final da demanda.

5.1. O instituto no direito estrangeiro

Apesar de a legislação brasileira ter efetivado a inclusão da referida figura somente ao final do ano de 2019, o debate acerca de sua implementação não é novo no país, já tendo sido objeto do Projeto de Lei nº 8.045/2010 (ainda em tramitação nas casas legislativas), o qual visava a reforma do Código de Processo Penal como um todo e que já trazia a previsão do juiz garantidor em seu corpo. Além disso, embora o modelo brasileiro guarde algumas peculiaridades, a referida separação de competências também se vislumbra e se justifica em diversos outros países, a exemplo da Itália, França e Portugal na Europa, e do Chile na América Latina.

A seguir, analisar-se-ão os institutos correlatos em outros ordenamentos jurídicos, destacando-se pontos em comum que poderão servir de panorama para o modelo brasileiro, bem como distinguindo-se as características que destoam do sistema processual brasileiro.

5.1.1 O modelo italiano

Sabe-se que o Código Penal Brasileiro de 1941 foi inspirado originariamente no *Codice Rocco* de 1930, com nítida inspiração fascista, dado o momento histórico vivenciado quando da sua elaboração. Naquele código italiano, o processo se dividia em duas fases, sendo a primeira a fase preliminar de investigação, conduzida por um “juiz-instrutor”, e a segunda do julgamento em si. Após quase sete décadas, em 1987, o sistema processual penal italiano fora reformado para um novo código com o fim de democratizar os seus procedimentos, aproximando-se do modelo acusatório. Durante as reformas, a figura do “juiz-instrutor” fora retirada do ordenamento jurídico e, em substituição fora implementado o instituto do *giudizio di indagini preliminari* (juiz de investigações preliminares), autoridade que passou a se pronunciar sobre a legalidade de medidas cautelares e demais requerimentos manejados pelo órgão ministerial³¹⁷.

³¹⁷ BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 29.

Após a remodelação do *Codice de Procedura Penal* de 1987 para o sistema acusatório, o Ministério Público assumiu o encargo de presidir a investigação, cabendo à Polícia Judiciária auxiliá-lo, em substituição do modelo juiz-investigador para promotor-investigador³¹⁸, assumindo a coordenação dos trabalhos da polícia e as funções persecutórias, tais quais interrogatórios dos investigados, colheita de testemunhos, requisição para a realização de perícias e diligências, dentre outras atribuições eminentemente investigativas.

Consoante dispõe o art. 347.1 do Código de Processo Penal italiano, após a ocorrência de um fato criminoso, a polícia é responsável pela colheita dos primeiros elementos probatórios a evidenciar a prática do delito e, logo na sequência, comunicam o Ministério Público acerca das referidas diligências preliminares. No caso de prisão em flagrante, o *Parquet* tem a prerrogativa de apresentar de pronto a ação penal. Ademais, também se previu um poder geral de cautela ao órgão ministerial de decretar detenção curta de noventa e seis horas, em caso de perigo de fuga ou de graves indícios de culpabilidade de delitos com penas de dois a seis anos (*fermo*)³¹⁹.

Esclareça-se que na Itália, embora há quem diga que o Ministério Público faça parte do Poder Judiciário, uma vez que seus integrantes seriam compostos por magistrados de carreira, é certo que juízes e promotores integram conjuntamente o “sistema de administração da justiça”, o qual seria dividido em duas frentes, os promotores que atuariam exclusivamente

³¹⁸ Em geral, os modelos persecutórios mundiais são tripartidos em (1) juiz-investigador, (2) promotor-investigador (continental europeu) e (3) do inquérito policial (padrão inglês). Perazzoni diferencia os modelos da seguinte forma: (1) “Neste sistema, a presidência da investigação é titularizada por um magistrado, denominado juiz de instrução, juiz instrutor ou juiz-investigador. A Polícia Judiciária se afigura, neste caso, como mero órgão auxiliar, diretamente subordinada ao magistrado no plano funcional. Dentre as atribuições do juiz instrutor encontram-se, por exemplo, proceder ao formal interrogatório do suspeito, determinar medidas cautelares pessoais ou reais, colher todos os elementos de convicção necessários ao esclarecimento do fato noticiado e requisitar perícias”. (PERAZZONI, Franco. O Delegado de Polícia no Sistema Jurídico Brasileiro: das origens inquisitoriais ao garantismo penal de Ferrajoli. **Segurança Pública e Cidadania**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 77-110, juz/dez, 2011, p. 86). (2) “É o sistema adotado na maioria dos países da Europa continental e nos EUA. No sistema promotor-investigador, o órgão acusador é que preside as investigações, cabendo à Polícia Judiciária, como no sistema do juizado de instrução, apenas auxiliá-lo”. (PERAZZONI, Franco. O Delegado de Polícia no Sistema Jurídico Brasileiro: das origens inquisitoriais ao garantismo penal de Ferrajoli. **Segurança Pública e Cidadania**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 77-110, juz/dez, 2011, p. 87). (3) “É o sistema adotado no Brasil e tem suas origens no modelo inglês de investigação preliminar. O modelo inglês (‘inquérito policial’) distingue-se nitidamente do sistema continental (‘inquérito ministerial’) uma vez que as investigações neste modelo são conduzidas pela Polícia, a qual age em virtude de um poder que lhe é próprio. [...] Tem-se, portanto, que o inquérito policial é o *nomem juris* do modelo investigativo em que, a exemplo do adotado na Inglaterra, incumbe única e exclusivamente à Autoridade Policial definir a linha investigativa, praticando diretamente os atos pertinentes ao esclarecimento dos fatos tidos como delituosos, exceto os que impliquem restrição a direitos e garantias fundamentais, que exigem a prévia autorização judicial”. (PERAZZONI, Franco. O Delegado de Polícia no Sistema Jurídico Brasileiro: das origens inquisitoriais ao garantismo penal de Ferrajoli. **Segurança Pública e Cidadania**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 77-110, juz/dez, 2011, p. 91).

³¹⁹ BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 30.

na instrução do procedimento, e os juízes do julgamento, concentrando em seu ofício tão somente funções judicantes³²⁰.

Apesar das peculiaridades do Ministério Público naquele país, a exclusão do juiz-instrutor do ordenamento jurídico não veio acompanhada da concentração do mesmo magistrado nas funções de instrução e julgamento. O juiz das investigações preliminares veio justamente para exercer a função de fiscalizar a atividade investigatória sem que dela participe, visando à garantia da imparcialidade. Consoante dispõe o artigo 328 do Código Penal Italiano, atribui-se ao juiz das investigações preliminares, em geral, o dever de controlar a legalidade da investigação e a atividade das partes, respeitando os direitos do investigado, além de atuar para prevenir arbítrios por parte do Estado³²¹.

No que tange especificamente às funções do referido magistrado, tem-se as medidas decisórias que circundam a garantia de liberdade pessoal do investigado, controle da duração da investigação preliminar, garantia da formação antecipada de provas irrepetíveis, etc., assumindo também especial importância em relação ao juízo de admissibilidade quanto ao recebimento ou não da denúncia, no momento intermediário da audiência preliminar (*udienza preliminare*).

Já na fase processual, o juiz das investigações preliminares deixa de atuar, cedendo espaço ao juiz do julgamento, bem como o produto das investigações produzidas na fase acompanhada por aquele deixa de ser acostado nesta nova etapa que se iniciará, no escopo de impedir a contaminação do novo julgador pelo que fora produzido de modo alheio ao manto do contraditório.

O que segue para a fase judicial é um material sucinto, contendo apenas documentação comprobatória das condições de procedibilidade e de eventuais provas irrepetíveis³²². Nota-se, pois, que a sistemática processual italiana abraçou plenamente a lógica da acusatoriedade, prezando pela garantia da máxima imparcialidade da jurisdição, o que pode-se notar ainda mais claramente da referida exclusão física das peças produzidas no ato preambular.

5.1.2 O modelo francês

³²⁰ BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 31.

³²¹ SANTOS, Teodoro da Silva. **O Juiz das Garantias sob a Ótica do Estado Democrático de Direito: A adequação ao ordenamento jurídico brasileiro**. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 133.

³²² BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 32.

Enquanto na Itália foi abolida a figura do juiz de instrução, na França ainda há essa previsão (*Le juge d'instruction*) no Título I, Capítulo III, artigos 49 a 52-1 e Título III do *Code de Procédure Pénale*. Berço do sistema misto, com o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, surgido após a Revolução Francesa, a influência napoleônica se demonstra enraizada até os dias atuais, tanto na própria França, quanto em demais países europeus, dado o tamanho da expansão napoleônica havida na época do rompimento dos ideais iluministas.

Naquele país, a persecução criminal preliminar ao processo é organizada de modo que se diferenciam os denominados casos complexos (*instruction préparatoire*) e os denominados casos simplórios (*l'enquête préliminaire*), contando os primeiros com a participação dos juízes de instrução e os segundos com a atuação do Ministério Público, o qual por sua vez supervisiona o trabalho da Polícia Judiciária³²³. Já no que tange especialmente aos casos complexos, a persecução é dividida em duas fases, a primeira diz-se eminentemente inquisitiva, com os juizados de instrução (juiz investigador) e a segunda diz-se predominantemente acusatória, presidida pelo juiz do julgamento³²⁴.

Ao juiz de instrução francês atribuem-se as funções geralmente designadas ao Delegado de Polícia atuante no Brasil, isto é, além de tomar eventuais atos decisórios necessários no momento da investigação, também se imiscui diretamente nos atos investigativos, produzindo a prova³²⁵. Conforme aponta o art. 81 do Código Penal francês, “*le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge*”, significando que o juiz de instrução atua, em conformidade com a lei, considerando todos os atos de informação que julgue úteis à descoberta da verdade.

Ele instrui favorável e contrariamente ao réu. Assim, do dispositivo, já é possível perceber que o compromisso da aludida autoridade é a descoberta da verdade, o que como visto é traço marcante do modelo inquisitorial. Além disso, para cumprir a sua missão, o juiz de instrução pode se socorrer da Polícia Judiciária, conforme dispõe o art. 151 do Código Penal

³²³ BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 38.

³²⁴ SANTOS, Teodoro da Silva. **O Juiz das Garantias sob a Ótica do Estado Democrático de Direito: A adequação ao ordenamento jurídico brasileiro**. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 134.

³²⁵ “Como investigador ele está encarregado de recolher as provas da infração, de elucidar a autoria e formalizar os autos. Como juiz, ele pode requisitar o emprego da força pública e decide sobre a realização de exames, mas, eventualmente, da colocação de pessoa investigada em detenção provisória ou sob o controle judiciário. Uma vez que os autos estejam formalizados, ele determina as imputações e decide, à vista dos requerimentos do Ministério Público, seja pelo encaminhamento da pessoa a jurisdição de julgamento, seja pela decisão de não processar”. (DERVIEU, Valérie. O sistema francês. In: **Processos Penais da Europa**. Mireille Delmas-Marty (Org.). Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 164)

Francês, bem como do próprio Ministério Público, que pode o auxiliar em intercorrências relacionadas à preservação da prova, ao requerer diligências que impute imprescindíveis para o manejo da ação penal (*réquisitoire supplétif*), quer dizer, o juiz de instrução é quem guia efetivamente as investigações preliminares³²⁶.

Contudo, vindo para romper este cenário fortemente inquisitorial, em 15 de junho de 2000, foi publicada a Lei nº 2000-516, que modificou o Código Processual Penal francês, ao incluir a figura do juiz de liberdades e detenção (*juge des libertés et de la détention*), o qual passou a ser responsável por deliberar, durante a investigação, acerca de incidentes relacionados com a liberdade do investigado, com atribuições garantidoras dos direitos fundamentais do acusado (Artigo 137-1 do Código de Processo Penal francês).

Isto porque o parlamento francês considerou que o engajamento do juiz investigador compromete a imparcialidade ao decidir sobre o aprisionamento do suspeito³²⁷. Destarte, a distinção dessas figuras promove certo distanciamento cognitivo, criando maiores condições da existência de imparcialidade, até porque o juiz das liberdades e detenção não pode participar do julgamento caso tenha funcionado nessa condição, sob pena de nulidade³²⁸. Assim, encerrada a instrução do caso complexo pelo juiz da instrução, o material produzido é encaminhado a outro magistrado, cuja atribuição será presidir a fase processual.

Diga-se, ainda, que não se ignora a questão da forte inquisitorialidade no sistema processual penal francês, tendência histórica advinda da ditadura napoleônica, tendo existido intensos debates sobre a temática ao longo do tempo naquele país. A Comissão de *Justice Pénal et Droit de l'Homme*, no final da década de 1980, apresentou propostas de alterações do modelo adotado na França, sugerindo a eliminação do juiz de instrução e o deslocamento das investigações exclusivamente para cargo do Ministério Público. Além disso, em 2009, o ex-presidente Nicolas Sarkozy propôs a intenção de suprimir o juiz de instrução, tendo a moção presidida pelo magistrado Philippe Léger - Comité Léger - apresentado proposta formal nesse sentido, a qual previa: (i) atribuir ao juiz de instrução apenas funções jurisdicionais na fase do inquérito; (ii) confiar a direção do inquérito ao Procurador da República. Contudo, essa questão não foi definida e continua sendo motivo de intenso debate na França³²⁹.

³²⁶ BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 40.

³²⁷ BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 40.

³²⁸ SANTOS, Teodoro da Silva. **O Juiz das Garantias sob a Ótica do Estado Democrático de Direito: A adequação ao ordenamento jurídico brasileiro**. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 135.

³²⁹ SILVA, Larissa Marila Serrano da. **A construção do juiz das garantias no Brasil: a superação da tradição inquisitória**. 2012. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo

Desse modo, vislumbra-se que o sistema processual penal francês da atualidade conta com a participação de três juízes, havendo nítida separação entre o juiz da instrução, o juiz de liberdades e detenção e o juiz da instrução processual.

5.1.3 O modelo espanhol

A Constituição espanhola de 1988 deu ensejo a mudanças legislativas no âmbito infraconstitucional no sentido de aproximar o processo penal do modelo acusatório. À semelhança do sistema francês, o sistema espanhol também divide a persecução penal em três momentos, a instrução preliminar, a etapa intermediária e o juízo oral. Além disso, embora a ação penal pública seja titularizada pelo Ministério Fiscal (*fiscalia*), tem-se a particularidade de que qualquer pessoa poderá exercer diretamente a acusação dos delitos perseguidos oficiosamente, por meio da ação popular criminal. Paralelamente a isso, o ofendido do delito detém a prerrogativa de ingressar com a ação penal de caráter privado³³⁰.

Ademais, na primeira fase, tal qual se vislumbrou no ordenamento francês, atua o juiz de instrução, o qual dispõe dos mais amplos poderes probatórios, equivalente às atribuições do Delegado de Polícia no Brasil, contudo, no escopo de preservar o cognitivo do magistrado julgador, aquele é proibido de atuar na fase processual quando houver atuado como gestor das diligências preliminares, já que não teria isenção suficiente para julgar o caso que investigou. Neste cenário, o juiz instrutor dispõe de maior autonomia em relação ao Ministério Fiscal, tendo em vista que atua sem qualquer vinculação a este, decidindo diretamente sobre a necessidade das diligências eventualmente solicitadas por aquele e indeferindo as que reputar desnecessárias³³¹. Também concede medidas cautelares pessoais e reais independentemente de requerimento do Ministério Fiscal. Concluído pela autoridade inquisitiva já haverem indícios suficientes para dar ensejo à ação penal, o caso é remetido ao Tribunal, o qual por sua vez avaliará se está presente a justa causa ou é caso de arquivamento³³².

Horizonte, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-99QJAH/1/dissertacao_juiz_das_garantias.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022. p. 49.

³³⁰ BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 34.

³³¹ “O Ministério Público, chamado naquele país de Ministério Fiscal, atua fiscalizando a observância das garantias processuais do investigado e da proteção dos direitos das vítimas prejudicados em decorrência dos delitos. Não dirige as investigações, mas pode intervir presenciando os atos investigativos e propondo diligências ao juiz de instrução. No entanto, a função do Fiscal é primordialmente a acusação, ficando a cargo do juiz a instrução das investigações”. (FERREIRA, Júlio Danilo Souza. A investigação criminal no Brasil e o direito comparado. **Segurança Pública e Cidadania**, Brasília, v. 5 n.1, p. 91-110, jan/jun 2012, p. 95).

³³² BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 35.

Também na Espanha os elevados poderes da magistratura são questionados por alguns setores, os quais defendem que o ideal seria o Ministério Fiscal deter a prerrogativa da investigação criminal. Ao longo do tempo foram sendo editadas algumas modificações legislativas, a exemplo de um procedimento específico e abreviado para delitos cujas penas não excedesse a nove anos, em relação ao qual a instrução seria abreviada e o Ministério Fiscal partilharia com o juiz da instrução alguns poderes instrutórios na investigação. Não obstante, o fato é que mesmo tendo o juiz instrutor amplos poderes investigatórios, existe no ordenamento jurídico espanhol a vedação expressa de que a mesma autoridade não pode atuar concomitantemente na investigação e na posterior ação penal.

5.1.4 O modelo chileno

Tomando-se como exemplo a experiência da América Latina, a qual, em sua ampla maioria, já enfrentou a questão da reforma global dos códigos de processo penal para adequá-los ao sistema acusatório, o Brasil remanesce à margem desse processo, apresentando, até os dias de hoje, após mais de 30 (trinta) anos de vigência da Constituição Federal de 1988, dispositivos eminentemente inquisitórios em seu código, os quais ferem de morte a viga mestra da imparcialidade, tão cara à salvaguarda dos direitos individuais de qualquer cidadão submetido às garras do Estado. Neste contexto, escolheu-se o Chile para explorar mais a fundo sobre a estrutura correlata do juiz de garantias por duas razões.

O Chile apresenta duas características que o distingue de outros processos de reforma processual penal. A primeira, é que, em meados da década de 1990, ele era o país com o sistema que mais se aproximava do modelo inquisitório puro, inexistindo sequer uma instituição que se assemelhasse ao Ministério Público, tendo sido o país que passou pela reforma mais profunda e demorada, o que, anos mais tarde, veio a posicioná-lo como referência de modelo de sistema acusatório/adversarial apontado pelo Centro de Estudos de Justiça da América Latina - CEJA. Em segundo lugar, o Chile foi um dos últimos países a sofrer essa transformação porque foi um dos últimos a passar pelo processo de democratização constitucional. Vale lembrar também que há uma estreita ligação entre transições democráticas e reforma da justiça penal. Geralmente regimes autoritários/ditatoriais se utilizam de sistemas inquisitoriais no seu processo penal, como ocorreu no Chile até o ano de 1990, quando a ditadura de Augusto Pinochet foi derrubada e, em substituição a ela, assumiu o presidente Patricio Aylwin (1990-1994).

Assim, o juiz de garantias está previsto na parte principiológica do Código de Processo Penal chileno, com o objetivo de garantir os direitos do sujeito investigado em quaisquer das

etapas iniciais de procedimentos, seguindo a máxima de que nenhuma pessoa será condenada se não em virtude de uma sentença fundada e ditada por um tribunal imparcial, tendo toda pessoa direito a um juízo prévio, oral e público. Consoante narram Luís Gustavo de Carvalho e Bruno Milanez, a posição topográfica na qual está prevista o juiz de garantias não é mera aleatoriedade, muito menos irrelevante, “...com ela, o código assume que o instituto não é somente uma nova etapa do procedimento, mas, antes, um novo modelo de justiça, no qual os direitos do acusado importam, cabendo ao juiz de garantias zelar por eles”³³³.

O Processo Penal chileno, em sede de primeiro grau, está estruturado, pois, em três etapas distintas, as quais correspondem a três atos audienciais, embora tantas audiências possam ser designadas quando solicitadas pelas partes. As duas primeiras audiências geralmente recaem sobre a competência do juiz de garantias, ao passo que a última audiência está submetida a um colegiado de três juízes, aos quais competirá a prolação da sentença. A primeira fase trata-se da *etapa de investigação*, a qual é capitaneada pelo Ministério Público, com o auxílio da Polícia, momento no qual os referidos órgãos colacionam elementos informativos para construir a acusação³³⁴. No Processo Penal chileno não é necessário o registro do que fora colacionado naquela etapa pelos órgãos competentes, caracterizando-se pela informalidade. Ao contrário do que é observado no Brasil, não há no Chile o que se conhece aqui como os autos do Inquérito Policial ou o Auto de Prisão em Flagrante Delito.

O Código de Processo Penal chileno estabelece ainda que a investigação terá o prazo máximo de dois anos para alcançar o seu termo final. Ao longo desta, caso haja necessidade de requerer alguma medida de constrição de direitos do investigado, é necessário que haja a solicitação de uma *audiência de formalização da investigação* ao juiz de garantias³³⁵, para a qual o investigado é, em regra, chamado a comparecer, exceto nos casos em questão gravados de sigilo³³⁶. Caso não seja cumprido o prazo de dois anos para o encerramento das investigações, o investigado ou o querelante poderá provocar o juiz de garantias para estipular um prazo final de encerramento, em relação ao qual, se novamente não cumprido, o juiz de garantias poderá arquivar definitivamente a investigação, produzindo coisa julgada material, cuja decisão poderá ser desafiada pelo recurso de apelação.³³⁷

³³³ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho. Milanez, Bruno Augusto Vigo. **O juiz de garantias brasileiro e o juiz de garantias chileno: breve olhar comparativo**. Reformas a la justicia penal. 2020. <<https://biblioteca.cejamerica.org/handle/2015/5645?show=full>> Acesso em 17.07.2020.

³³⁴ Vide *Artículo 166 do Código Procesal Penal*.

³³⁵ Vide *Artículo 229 do Código Procesal Penal*.

³³⁶ Vide *Artículo 186 do Código Procesal Penal*.

³³⁷ Vide *Artículo 247 do Código Procesal Penal*.

O investigado também poderá provocar o juiz de garantias para que o Ministério Público lhe informe o que está sendo apurado, atuando aquele, em audiência designada para esse fim, de modo a fixar os limites da investigação para que o imputado não venha a ser tomado de surpresa. Ademais, o investigado pode prestar declarações e requerer a produção de diligências em seu favor, o que será decidido pelo juiz de garantias. Referida sistemática é autorizada em atendimento ao princípio da objetividade, o qual obriga a *fiscalia* a investigar também as circunstâncias que extinguem ou atenuem aquele de responsabilidade, vez que o Ministério Público deve atuar unicamente para a correta aplicação da lei (art. 3º, *Ley Organica del Ministerio Publico*) e não “contra” o sujeito de direitos. Caso haja necessidade de prisão do investigado, o preso deve ser apresentado ao juiz de garantias no prazo de 24 horas, em um ato denominado de *audiência de controle de detenção*, na qual o Ministério Público deve formalizar a investigação e o juiz de garantias fixar prazo para a *audiência de preparação de julgamento*³³⁸.

Nesta fase, a *audiência de preparação de julgamento* tem vez para que o Ministério Público deduza a acusação escrita oralmente e especifique as provas que pretenderá utilizar em julgamento. O investigado tem direito de prestar declarações acerca da acusação e igualmente detém a oportunidade de indicar as provas que pretenderá produzir³³⁹. Na oportunidade desta audiência, nenhuma prova escrita é apresentada ao juiz de garantias, mas à defesa é assegurado o direito de conhecer dos elementos colhidos até então pelo Ministério Público. Ao final do ato, aquele magistrado passa a decidir acerca do deferimento ou indeferimento das provas que as partes desejam utilizar, as quais serão levadas ao conhecimento do colegiado de juízes em outra audiência, denominada de *juicio oral*, bem como formaliza o auto de abertura do júízo oral, o qual deverá especificar o tribunal competente para conhecer da demanda, conter os fatos perfeitamente delineados e a sua tipificação, o apontamento das provas deferidas e a individualização e qualificação dos imputados³⁴⁰.

Note-se que, ao contrário do que se vislumbra no Processo Penal brasileiro, onde o mesmo juiz que participou das investigações é o responsável pelo recebimento ou rejeição da denúncia ou da queixa, e, posteriormente, também é responsável pelo julgamento da demanda, no Chile, o controle formal da acusação é empreendido pelo juiz de garantias para que, após a sua filtragem, seja remetido o caso ao colegiado de juízes os quais sentenciarão a demanda. O relevante nesta fase, pois, é evitar a admissão de provas ilícitas, observar a congruência entre o que fora denunciado pelo órgão ministerial e os fatos que serão julgados pelo júízo oral,

³³⁸ Vide Artículo 132 do *Codigo Procesal Penal*.

³³⁹ Vide Artículo 98 do *Codigo Procesal Penal*.

³⁴⁰ Vide Artículo 277 do *Codigo Procesal Penal*.

garantindo, assim, um julgamento perfeitamente delimitado e justo na próxima etapa. Na expressão de Sáez Martín “...*la infracción al principio de congruencia y la introducción de prueba ilegítima vulneran las reglas del contradictorio, cuestión que el juez debe controlar. La actuación del juez tiene por objeto actualizar la adversarialidad*”³⁴¹, isto é, a atuação do juiz de garantias está sempre pautada em assegurar o modelo acusatório/adversarial, garantindo os direitos das partes envolvidas.

Como já adiantado, o tribunal que julgará a demanda é composto por três juízes colegiados, os quais se reúnem para a *audiência de juízo oral* (etapa de julgamento), seguindo esta etapa a mesma lógica da oralidade das anteriores. Nesta, as provas são debatidas oralmente, somente permitindo-se a leitura de alguns poucos registros, tais como termos de depoimento, a fim de “ajudar a memória do acusado ou da testemunha”, para demonstrar ou superar contradições e alcançar os esclarecimentos pertinentes.³⁴² Em que pese previsão de que a audiência de juízo oral se desenvolva de forma contínua, é possível que se prolongue em sessões sucessivas até a sua conclusão final, podendo o tribunal suspendê-la por até duas vezes, somente em razão de absoluta necessidade e pelo tempo mínimo necessário de acordo com o motivo da suspensão³⁴³. Caso a interrupção da audiência se dê por um período que exceda a dez dias, a sua continuação será impedida e o tribunal deverá decretar a nulidade de todos os atos, ordenando o reinício dos trabalhos³⁴⁴.

Chegado ao fim da produção de provas e dos debates, o tribunal passa a decidir a demanda penal, de forma privada³⁴⁵, todavia, o resultado deve ser imediatamente comunicado às partes na própria audiência. Caso assim não seja possível, a redação da sentença poderá ser elaborada em até cinco dias, momento após o qual deverá ser designada nova data para a leitura da decisão em audiência. Em o prazo sendo desrespeitado sucessivas vezes, os juízes responsáveis serão submetidos a sanções disciplinares e o julgamento será decretado nulo³⁴⁶, em consonância com o que pode se observar da previsão acima citada. Em síntese, o Processo Penal chileno desenvolve-se em torno de audiências, tantas quanto forem necessárias, prezando sobretudo pela oralidade e publicidade dos atos realizados ao longo da investigação e do

³⁴¹ Tradução livre: A infração ao princípio da congruência e a introdução de prova ilegítima vulneram as regras do contraditório, questão que o juiz deve controlar. A atuação do juiz tem por objetivo atualizar a adversarialidade. (MARTIN, Jorge Eduardo Sáez. *El juez de garantía en el sistema adversarial. In: El modelo adversarial en Chile*. Santiago: Thomson Reuters, 2013, p. 239).

³⁴² Vide *Artículo 332* do *Código Procesal Penal*.

³⁴³ Vide *Artículo 282* do *Código Procesal Penal*.

³⁴⁴ Vide *Artículo 283* do *Código Procesal Penal*.

³⁴⁵ Vide *Artículo 339* do *Código Procesal Penal*.

³⁴⁶ Vide *Artículo 344* do *Código Procesal Penal*.

processo, sendo o juiz de garantias, como o próprio nome transparece, responsável por assegurar os direitos dos investigados e das vítimas, revelando-se verdadeiro árbitro imparcial e equidistante dos interesses das partes.

A propósito, é possível identificar algumas similitudes e algumas distinções entre as figuras do juiz de garantias já utilizado no Chile e a pretensão de implementação do que seria o instituto correlato no Brasil. Iniciando-se com os pontos de contato, ambos teriam atuação na fase investigativa, preliminar ao processo, realizando o controle de legalidade e salvaguarda de direitos individuais, isto é, separando-se as competências entre quem estará à frente da fase preliminar e quem estará à frente da fase processual.

No Brasil, isto representaria a revogação do famigerado dispositivo do art. 83 do CPP, o qual estipula que o magistrado o qual primeiro tenha contato com os elementos de prova da fase policial estaria *prevento* para julgar a causa. Além disso, nos dois casos se verifica a estrita vedação à iniciativa *ex officio* para qualquer diligência, proibindo-se a postura ativa para a busca de elementos informativos, a decretação de medidas cautelares ou prisionais de ofício, dentre outras medidas, ficando estas a cargo exclusivamente de requerimento das partes, em respeito à sistemática da tríade equidistante consagrada pelo sistema acusatório e no escopo de preservar a imparcialidade dos magistrados.

Já uma terceira semelhança se refere às competências desempenhadas na fase investigativa. Tanto no Brasil quanto no Chile o juiz de garantias seria responsável por decidir quanto ao deferimento ou indeferimento de medidas restritivas de direitos, a exemplo, interceptações telefônicas e quebra de sigilo bancário ou fiscal, autorizar ou não autorizar buscas e apreensões, assim como decretar ou não decretar prisões temporárias e/ou preventivas ou demais medidas cautelares diversas da prisão.

Por fim, uma última semelhança, não menos importante, seria que a implementação destes institutos nos respectivos países seria fruto de uma tendência democrática observada na América Latina, após a ruptura dos regimes ditatoriais estabelecido por décadas, a seu próprio modo, em cada país, a fim de livrar-se da assombrosa memória da utilização de dispositivos inquisitivos e da inexistência de garantia de direitos fundamentais aos réus, sistemática que permitia os mais diversos abusos cometidos pelo Estado em desfavor do indivíduo.

Por outro lado, no que tange às diferenças observadas entre o instituto do juiz de garantias no Chile e no Brasil, primeiramente é de se notar que estamos muito distantes do processo adversarial oral do referido país vizinho. A título de exemplo, a fase preliminar na nova sistemática processual brasileira permaneceria sendo escrita, muito embora a previsão do

§3º do art. 3º-C estabeleça a exclusão do inquérito policial para a fase processual, permanecendo ele acautelado na secretaria da vara, à disposição do Ministério Público e da defesa.

Além disso, inexistiria qualquer etapa intermediária entre a fase de investigação e a fase processual no Processo Penal brasileiro, tal qual observa-se no Chile, sendo nesta onde se delimita a hipótese acusatória, isto é, os fatos a serem julgados em juízo, e onde se debate acerca das provas as quais seriam admitidas ou não para a próxima fase do juízo oral, uma espécie de preparação para o julgamento de mérito, que permitira a não contaminação do magistrado no azo do juízo de admissibilidade da causa.

Outra diferença trata-se da inexistência de obrigatoriedade de a sentença ser proferida em audiência, na presença das partes, assim como exige-se no ordenamento jurídico chileno, tratando-se a questão até mesmo como causa de nulidade caso não sejam respeitados os prazos para prolação da sentença no ato. No Processo Penal Brasileiro, os atos decisórios continuariam eminentemente escritos e desvinculados à necessidade de que ocorressem em audiência. Neste ponto, cite-se a crítica de Marco Aurélio da Silveira³⁴⁷ a respeito da ausência de oralidade no modelo brasileiro: “...escapa grande parte das vantagens obtidas com as reformas na América Hispanófono, vantagens para o contraditório e para a celeridade processual”.

Um outro ponto de divergência, de ordem prática e intertemporal, recai sobre as diferentes formas de implementação de mudanças tão significativas para ambos os sistemas penais de cada país. No Chile, a reforma global do sistema Processual Penal obedeceu à regra do disposto no art. 483, a qual previu expressamente que as novas disposições, no modelo acusatório adversarial, seriam aplicáveis somente aos fatos posteriores a sua entrada em vigência, ao passo que aos fatos anteriores continuar-se-iam aplicando as normativas do Código de Processo Penal anterior, no modelo inquisitório.

Já no Brasil, em que pese imensa mudança trazida pela lei nº 13.964/2019, o legislador não inseriu qualquer regra de transição, se limitando a estipular o exíguo prazo de 30 (trinta) dias de *vacatio legis*. Trinta dias para a reorganização de todo um sistema judiciário e para readaptação dos operadores do direito quanto às reformas produzidas. Assim, inexistindo qualquer regra de transição, o entendimento que deveria ser aplicado seria a imediatidade da aplicação das leis processuais penais (*tempus regit actum*), consoante prevê o art. 2º do Código de Processo Penal Brasileiro, o qual aduz que “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos praticados sob a vigência da lei anterior”, isto é, significaria

³⁴⁷ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. A etapa intermediária e o juiz de garantias no processo penal brasileiro: um passo importante e insuficiente. **Justiça do Direito**. v. 33, n. 3, p. 189-221, Set./Dez. 2019. p. 2013.

uma verdadeira turbulência para os casos com investigação encerrada e processo penal em curso, os quais iriam ter que sofrer imediata redistribuição para outros magistrados. Nesta lógica, é como se o instituto fosse criado já na expectativa do insucesso.

Por fim, convém ainda destacar a elementar diferença atinente à radical distinção de posições institucionais nos dois países, em relação à implementação das reformas democráticas observadas. No Brasil, as primeiras instituições a ingressarem com Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal foram a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, revelando uma forte resistência destes setores às modificações trazidas com a implementação do Juiz de Garantias e a adequação do Processo Penal brasileiro ao modelo acusatório, consoante será melhor debatido em tópico seguinte.

No Chile, contudo, a reforma global do Código de Processo Penal, ocorrida nos anos 2000, contou com amplo apoio da magistratura, investindo-se tanto na conscientização acerca da importância relativa à mudança, quanto na capacitação dos servidores da justiça para readaptação ao sistema acusatório³⁴⁸. Consoante explicita Alberto Binder³⁴⁹, as maiores resistências enfrentadas à mudança da sistemática processual penal provieram não da sociedade civil, tampouco do governo ou do legislativo, mas sim da própria comunidade jurídica.

Isto porque a comunidade jurídica latino-americana, em especial a chilena, se caracterizava por um nível de conservadorismo muito significativo, razão pela qual a cultura legal interna, a qual orbitava o sistema inquisitório, era extremamente reacionária à mudança e à inovação. Na visão de Patricio Valdivieso, a reforma constitucional-democrática do processo penal chileno propunha numerosos trabalhos preparatórios, desde mudanças estruturais-orçamentárias a, especialmente, *transformação cultural* dos setores sociais mais diretamente envolvidos, como o Poder Judiciário, a advocacia e os demais juristas em geral³⁵⁰.

Em complementação, Mauricio Duce aponta que uma reforma processual penal para adequação ao princípio acusatório adversarial obviamente não poderia ocorrer sem superar a

³⁴⁸ No entendimento de Luís Gustavo de Carvalho e Bruno Milanez: “O amplo consenso quanto à democratização do processo penal – verdadeira questão de política pública e não apenas de mera administração da justiça – possibilitou uma forte introjeção dos ideais acusatórios no processo penal chileno, podendo-se perceber que, além da modificação legislativa, buscou-se uma ampla modificação de práticas e de mentalidade” (CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho. Milanez, Bruno Augusto Vigo. **O juiz de garantias brasileiro e o juiz de garantias chileno: breve olhar comparativo. Reformas a la justicia penal.** 2020. p. 36. < <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5645?show=full> > Acesso em 17.07.2020).

³⁴⁹ BINDER, Alberto. **Perspectivas de la Reforma Procesal Penal en América Latina, en Justicia Penal y Estado de Derecho**, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 1993, págs. 202 a 230.

³⁵⁰ VALDIVIESO, Patricio. **Reforma Procesal Penal en Chile y otras iniciativas relacionadas: aporte a discusión sobre fortalecimiento del Poder Judicial en México, transparentar su actuación y adecuarlo a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos.** Santiago: CEJA, 2016.

oposição e resistência de muitos setores. Logo, uma das estratégias mais utilizadas no Chile para a recepção de uma reforma de tamanha magnitude foi o desenvolvimento de estratégias de trabalho que sensibilizassem e convencessem os principais atores envolvidos da necessidade de sua implementação, por meio de estudos empíricos acerca de ambos os modelos de sistemas processuais penais colocados em xeque³⁵¹.

Nesta toada, Maurício Zanoide de Moraes, apregoa que mudar a mentalidade e disposição do conteúdo humano é mais importante do que mudar a lei³⁵². Para ele, tomando como exemplo o Chile, onde sequer havia a carreira de Ministério Público antes da reforma, a determinada e efetiva participação do Poder Judiciário foi fundamental para o recebimento das mudanças, sendo essencial o investimento em conscientização dos poderes e da nação antes de proceder a reforma de tamanha monta.

Logo, em um país no qual os principais setores envolvidos, a exemplo da magistratura e do órgão ministerial, são os mais ferrenhos opositores, os primeiros a ingressarem com medidas judiciais a tentar impedir que a mudança se concretize, e, somado a isso, ante a total inexistência de qualquer política pública de conscientização, na qual se pergunta “o que é juiz de garantias e para que serve?”, se a maioria dos operadores do direito está silente de resposta, o que esperar da implementação do instituto no Brasil?

5.2 O instituto no direito brasileiro (Lei nº 13.964/2019): O juiz de garantias como vetor de maximização do direito fundamental à jurisdição penal imparcial

Conforme explanado, o Brasil, em que pese o contexto político econômico assemelhar-se com os demais países da América Latina, em especial do Chile, ainda não conseguiu lograr uma reforma estrutural e global do seu Código de Processo Penal, a fim de adequá-lo, em todos

³⁵¹ “La necesidad de lograr consensos para hacer viable la reforma procesal penal em Chile obligó a desarrollar una estrategia de trabajo que, en términos generales, he tenido oportunidad de revisar. En el ámbito de la comunidad de especialistas dicho trabajo incluyó la sensibilización y convencimiento de los actores más relevantes por medio de foros y de la producción de información empírica acerca del sistema inquisitivo. A nivel más general, la estrategia incluyó una campaña comunicacional y de acercamiento y sensibilización a los distintos actores políticos. En buena medida, un factor relevante en el convencimiento de los distintos actores fue los diversos grados de legitimidad que las instituciones gestoras pudieron ofrecer. Por una parte, se invocaba una legitimidad técnica en las propuestas. Los proyectos y proposiciones contaban con sustento técnico muy superior a la del promedio de otras reformas legales en el país. De otra parte, el hecho que la reforma fuera promovida por organizaciones no gubernamentales que la ofrecían a todos los sectores políticos sin discriminación daba mayor tranquilidad a los mismos acerca de las intenciones detrás de su ejecución”. (DUCE J., Maurício. **La Reforma Procesal Penal Chilena: Gestación y Estado de Avance de un Proceso de Transformación en Marcha.** Publicado en En Busca de Una Justicia Distinta: Experiencias de Reforma en América Latina Consorcio Justicia Viva, Lima 2004, p. 195 a 248).

³⁵² MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias”? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, a. 18, edição especial, p. 21-23, ago. 2010. p. 22.

os ditames possíveis, à sistemática trazida pela Constituição Federal de 1988, a qual entende-se neste trabalho que consagrou o sistema acusatório.

A reforma do Código de Ritos Penal não se perfaz como assunto novo no Brasil. Como visto, desde 2009 vem se debatendo no meio jurídico as mudanças necessárias para a sua adequação democrática, inclusive com a previsão da implementação do juiz de garantias, consoante pode-se extrair da elaboração do Projeto de Lei nº 8.045/2010 (na Câmara dos Deputados, onde segue em tramitação). Consoante narram Carolina Peixoto e Antônio Vieira, “...a verdade, lamentavelmente, é que o sistema de justiça criminal brasileiro ainda não é capaz de refletir os valores democráticos trazidos pela constituinte de 1988. E temos um atraso de mais de 30 (trinta) anos na execução desse objetivo”³⁵³⁻³⁵⁴.

A figura do juiz de garantias, como modesta candidata à solução do problema da imparcialidade no Processo Penal brasileiro, pois, só veio a ser inserida na legislação brasileira, não em razão de uma reforma global, mas sim em virtude de mais uma reforma tópica que de longe faz-se suficiente para sanar os problemas estruturais enfrentados, consubstanciada na Lei nº 13.964/2019, denominada de Pacote Anticrime, a qual a inseriu no art. 3º-A ao art. 3º-F no Código de Processo Penal Brasileiro.

Na nova sistemática, o juiz de garantias revela-se como uma separação de competências entre o juiz que cuidará unicamente dos autos da investigação preliminar (fase pré-processual), atuando como garantidor dos direitos individuais e controlador da legalidade dos atos investigativos, e o juiz que se responsabilizará pelo acompanhamento da instrução e pelo julgamento dos autos da ação penal (fase processual)³⁵⁵. Na nossa ótica, conforme já defendido no Capítulo 3, não mais será permitido a qualquer deles agir de ofício na produção de provas, tanto na investigação preliminar, quanto na fase processual, consoante extrai-se da

³⁵³ VIEIRA, Antônio. PEIXOTO, Carolina. **De qual reforma processual penal precisamos? Estudos temáticos sobre o "pacote anticrime" [livro eletrônico]** Organizadores Lucas P. Carapiá Rios, Luiz Gabriel Batista Neves, Vinícius de Souza Assumpção. – 1.ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 21.

³⁵⁴ Em complemento, Choukr assinala: “Destá forma, o Brasil se coloca tardiamente na rota das reformas globais empreendidas pela imensa maioria dos países latino-americanos que reconstruíram suas bases político jurídicas no estado de direito, bem como em relação a alguns países paradigmáticos para a cultura processual brasileira, como Itália e Portugal, os quais, com maior ou menor velocidade, adaptaram por completo sua estrutura processual às bases constitucionais condizentes com a reforma política, assim como com os textos internacionais diretamente aplicáveis ao tema, e buscaram dar, assim, vida prática – e não meramente retórica – à clássica concepção de ser o processo penal “o sismógrafo da constituição”.(Choukr, Fauzi Hassan. O desafio de amanhã: a retomada da reforma global do CPP, 2017. In: VIEIRA, Antônio. PEIXOTO, Carolina. **De qual reforma processual penal precisamos? Estudos temáticos sobre o "pacote anticrime" [livro eletrônico]** Organizadores Lucas P. Carapiá Rios, Luiz Gabriel Batista Neves, Vinícius de Souza Assumpção. – 1.ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 21.)

³⁵⁵ MOSCATELLI, Livia. ARIANO, Raul. **Juiz de Garantias: a onda democrática em meio à maré do punitivismo rasteiro.** Boletim Especial IBCCRIM. São Paulo, ano 28, n. 330, p. 17, maio 2020.

interpretação do disposto no art. 3º-A, o qual estabelece, que o processo penal terá estrutura acusatória, sendo “...vedadas a iniciativa do juiz na fase da investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. A figura do juiz de garantias no Brasil, pois, acumula funções de *supervisão* instrutória, diferentemente do observado nos ordenamentos francês e espanhol, nos quais o juiz da instrução praticava efetivamente atos de investigação.

O princípio do *ne procedat iudex ex officio*, característica fundamental do sistema acusatório, passa agora a ser concretizado no sistema processual penal brasileiro de acordo com a previsão acima trazida, o que permitiria o entendimento de que os dispositivos constantes do Código de Processo Penal, em relação aos quais se observavam permissões para o magistrado adotar postura ativa na gestão da prova, como tacitamente revogados. Aliás, outro não é o entendimento de Aury Lopes Júnior³⁵⁶, o qual defende que “...o correto e adequado é reconhecer a revogação tácita do art. 156 (e do art. 385 e tantos outros na mesma linha) e a absoluta incompatibilidade com a matriz acusatória constitucional e a nova redação do art. 3º-A”.

Na sequência da análise do que teria sido implementado a título de juiz de garantias no País, consignadas como atribuições instituídas àquele, no art. 3º-B do CPP³⁵⁷, vislumbram-se, em resumo: a) decidir sobre requerimento de prisão provisória; b) decidir sobre requerimentos de decretação de interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário ou

³⁵⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 249.

³⁵⁷ Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal; II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código; III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo; VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente; VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo; IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI - decidir sobre os requerimentos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental; XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código; XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

fiscal, busca e apreensão, e entre outras medidas invasivas aos direitos individuais; c) julgar *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia; d) decidir sobre o recebimento da denúncia ou da queixa.

Tudo isso evita o viés confirmatório fixar-se no inconsciente do julgador que irá julgar o mérito da causa, rechaçando decisões pobres em seu conteúdo cujo viés impedisse uma apreciação mais detalhada e madura sobre a complexidade da causa por parte do julgador (sistema 2). Além disso, evita-se o sofrimento psicológico advindo da dissonância cognitiva, entre decisões conflitantes oriundas de um mesmo juiz (dissonância pós-decisória) e informações novas que contradizem os elementos produzidos no inquérito (dissonância pós-primeira impressão), quebrando-se a expectativa de uma sentença condenatória por pura preservação da posição anterior ou em razão da vinculação com o material que repousa na investigação preliminar.

Assim, observa-se que as medidas que possuíam o condão de vincular psicologicamente o magistrado antes mesmo da instauração da ação penal, em virtude do contato com elementos de prova produzidos de modo unilateral, prejudicando a sua imparcialidade na condução do processo, foram incumbidas ao juiz de garantias, preservando, assim, a originalidade cognitiva do magistrado o qual julgaria o processo que eventualmente viesse a ser instaurado³⁵⁸⁻³⁵⁹.

No que tange, todavia, à atribuição de decidir sobre o recebimento da denúncia ou da queixa, entende-se que o legislador pecou em conferir a análise da justa causa para o início da fase processual ao juiz de garantias, haja vista que revela-se um verdadeiro contrassenso estabelecer um complexo controle em prol da imparcialidade do julgador para no momento final da fase preliminar o juízo de admissibilidade ser realizado por aquele que já encontra-se enviesado, isto é, que já teve profundo contato com a causa durante toda a fase investigatória, ainda que de maneira a apenas supervisionar os atos instrutórios.

³⁵⁸ CAVALCANTE SEGUNDO, Antônio de Holanda. MELO, Gabriellen Carneiro de. Juiz de garantias e o princípio da jurisdição imparcial à luz da teoria da dissonância cognitiva. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 6, n.1, Jun., p. 222-251, 221.

³⁵⁹ Nesse sentido, Antonio Wellington Brito Júnior defende que o magistrado não tem como manter a sua imparcialidade, por mais diletto que seja: “(...) se o cenário inaugural das diligências preliminares o encaminhar à necessidade de aplicar medidas restritivas ao indiciado, obviamente formará um pré-juízo que o acompanhará até o instante em que sentenciar o feito. No mesmo sentido, se a fase inaugural da persecução criminal o convencer de que o investigado é inocente, muito dificilmente mudará essa postura, mesmo que, uma vez submetidas ao contraditório processual, as evidências obtidas pela polícia ou pelo Ministério Público se mantenham incólumes”. (BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 49).

Do mesmo modo, seria incoerente atribuir ao juiz do processo a decisão do recebimento ou rejeição da inicial acusatória, já que aproximaria o julgador daquilo que justamente se quer distanciar, isto é, a análise profunda de elementos colhidos na investigação preliminar, alheios ao contraditório. O mais salutar para a teleologia adotada em torno da salvaguarda do cognitivo do magistrado, seria, pois, o estabelecimento de uma fase intermediária, tal qual se vislumbra no ordenamento chileno, a fim de que uma terceira autoridade judicial pudesse exercer referida análise quanto a justa causa para processar, no exercício máximo da preservação da imparcialidade. Não obstante, conforme a novel legislação, recebida a denúncia ou a queixa pelo juiz das garantias, as questões pendentes passarão à análise pelo juiz da instrução e julgamento.

Ademais, outra modificação originada pela Lei nº 13.964/2019 foi a previsão trazida pelo art. 3º-C, § 3º³⁶⁰, o qual institui a exclusão física do inquérito policial (ou qualquer outra investigação preliminar) dos autos do processo, salvo das provas irrepetíveis ou obtidas em outros meios antecipatórios de urgência. Depreende-se da referida normativa que ao juiz do processo insta quedar-se alheio em relação ao material produzido unilateralmente na fase preliminar, o qual pode, todavia, ficar à disposição das partes a quem compete a gestão da prova, sob pena de tornar ineficaz a própria ideia de preservação da imparcialidade trazida pela figura do juiz de garantias, excetuando-se as provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

De fato, se revela deveras revolucionária a decisão do legislador pátrio, haja vista que desse modo evita-se todos aqueles nefastos efeitos geradores de primeiras impressões no inconsciente do juiz, dissonância pós-primeira impressão (efeito primazia), heurística da perseverança da crença e a busca seletiva de informações para corroborar os elementos do inquérito (viés de confirmação). O inquérito policial funciona como uma âncora no inconsciente do julgador, e como tal, o seu conhecimento deve ser evitado por aquele que irá julgar o mérito.

Não se pode ter conhecimento prévio dos autos da investigação preliminar pela simples impossibilidade humana de separar as informações colhidas na investigação das provas efetivamente produzidas em juízo, o que contamina a marcha processual. A convicção do magistrado deve ser formada somente a partir das provas produzidas em contraditório, com as duas versões apresentando-se ao julgador simultaneamente. Nas democracias é preciso criar

³⁶⁰ § 3º. Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

mecanismos objetivos para controlar a prudência dos prudentes, a sensatez dos sensatos e a boa intenção dos bem intencionados.

Neste ponto, Ruiz Ritter e Aury Lopes Jr. asseveram que “...se realmente queremos um processo penal sério e com qualidade epistêmica da prova e cognitiva por parte do juiz, não apenas é preciso separar os juízes, senão que precisamos efetivamente separar o material produzido em cada fase”³⁶¹. No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior aduz que seria uma das maiores “...(r)evoluções na estrutura do processo penal brasileiro com vistas ao abandono do modelo inquisitório e à máxima eficácia da imparcialidade e da originalidade cognitiva do julgador, que não mais terá contato com os atos do inquérito”³⁶².

Contudo, há quem discorde da necessidade de exclusão das peças produzidas em sede preliminar, a exemplo de Antônio Wellington Brito Júnior, o qual sustenta que o inquérito policial, hodiernamente, tem possibilitado cada vez mais a participação da defesa na colheita de evidências, possibilitando o efetivo exercício do contraditório, o que, na sua ótica, justificaria a apresentação ao magistrado da fase processual o conteúdo produzido com a participação de ambas as partes processuais³⁶³.

Todavia, em discordância ao entendimento do referido autor, embora haja realmente a possibilidade de a defesa atuar na fase de investigação, referida possibilidade não é a regra, existindo casos em que a Autoridade Policial ou o Ministério Público recusam pedidos de produção probatória por parte do investigado direcionados a provar sua inocência. Além disso, também há casos em que a defesa só vem tomar conhecimento dos autos da investigação quando da deflagração de uma operação policial, azo em que o caderno inquisitorial já está basicamente pronto para ser remetido à Justiça, restando pendente somente a colheita da oitiva do investigado, circunstância em que a defesa mal terá chances de contribuir para contrabalançar a versão inquisitória.

Na sequência, em reforço à nova ideia de que existem dois juízes distintos, o art. 3º-D aponta: “O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo”. Desse modo, referidos elementos representariam a vitória da superação da previsão antes trazida pelo art. 83 do Código de Processo Penal, modificando o critério de *prevenção* de competência em *exclusão* de

³⁶¹ RITTER, Ruiz. LOPES JÚNIOR, Aury. Juiz de Garantias: para acabar com o faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva.... **Boletim Especial IBCCRIM**. São Paulo, ano 28, n. 330, p. 30, maio 2020.

³⁶² LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 234.

³⁶³ BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 51.

competência, ao determinar a impossibilidade de um mesmo juiz atuar nas fases pré-processual e processual de uma mesma ação em curso.

Neste ponto, estar-se-ia dando mais um passo em direção a um processo penal democrático e conforme a Constituição, com condições reais para o máximo exercício de uma jurisdição penal imparcial, vez que se trataria de mais um mecanismo a salvaguardar a originalidade cognitiva do julgador. Nas palavras de Lívia Moscatelli e Raul Ariano, quanto ao assunto, o juiz do processo será “...dotado de maior potencial de imparcialidade, visando garantir superior visibilidade do exercício de um efetivo direito à defesa nesta fase processual”³⁶⁴.

Por décadas se conviveu com o paradoxo de que o mesmo juiz poderia tomar decisões de caráter complexo e invasivo a direitos individuais em sede de investigação preliminar, e, ao mesmo tempo, atuar com imparcialidade suficiente para julgar o resultado final da demanda na fase judicial. Isto houve por culminar situações nas quais juízes atuavam tanto de forma ativa em investigações criminais, que se confundiam com os próprios membros do Ministério Público. Durante os últimos anos não foram poucas as notícias amplamente divulgadas de quebra da imparcialidade ao vislumbrar-se casos nos quais os magistrados faziam reuniões com agentes policiais antes da deflagração de grandes operações ou até mesmo chegando ao cúmulo de combinar estratégias com o próprio órgão acusatório, como no caso citado no Capítulo 4 do ex-magistrado Sérgio Moro³⁶⁵.

O fato é que acertada está a concepção trazida por Ruiz Ritter e Aury Lopes Jr. em aduzir que na realidade do processo penal vigente a defesa sempre entra correndo atrás de um imenso “prejuízo cognitivo”. Destacam, ainda, que “Ela sempre chega à fase processual em desvantagem e, não raras vezes, já perdendo por um placar cognitivo negativo (no sentido de imagem mental e convencimento do juiz) considerável, quando não irreversível”³⁶⁶, razão pela qual se faz necessária a implementação da figura do juiz de garantias no ordenamento jurídico pátrio, pois que com ela se visa a liberação dos juízes das amarras psicológicas que ferem de morte a garantia constitucional da imparcialidade da jurisdição criminal.

³⁶⁴ MOSCATELLI, Lívia. ARIANO, Raul. Juiz de Garantias: a onda democrática em meio à maré do punitivismo rasteiro. **Boletim Especial IBCCRIM**. São Paulo, ano 28, n. 330, p. 19, maio 2020.

³⁶⁵ CAVALCANTE SEGUNDO, Antônio de Holanda. MELO, Gabriellen Carneiro de. Juiz de garantias e o princípio da jurisdição imparcial à luz da teoria da dissonância cognitiva. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 6, n.1, Jun., p. 222-251, p. 242.

³⁶⁶ RITTER, Ruiz. LOPES JÚNIOR, Aury. **Juiz de Garantias**: para acabar com o faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva.... **Boletim Especial IBCCRIM**. São Paulo, ano 28, n. 330, p. 30, maio 2020. p. 29.

A propósito, não se trata de querer privilegiar os direitos fundamentais individuais em detrimento dos direitos fundamentais coletivos, tendo em vista que ao se possibilitar mecanismos que garantam o controle da legalidade e dos direitos individuais durante todas as fases da persecução penal, é justamente a persecução estatal que ganhará legitimidade, “...culminando não só em absolvições, como se quer fazer crer, mas em condenações mais justas e menos suscetíveis de reforma, atendendo, em última análise, ao interesse social de que haja efetiva repressão ao cometimento de delitos”³⁶⁷. Até porque, em outras áreas do direito já existe a separação de quem investiga e de quem julga o mérito da demanda, como nos casos dos Processos Administrativos Disciplinares, no qual a Autoridade Julgadora não coleta provas tampouco participa da instrução processual, no entanto, detém o poder punitivo, consoante apregoa o art. 168 da lei 8112/90.

A figura do juiz de garantias se revela, pois, um vetor para que se possa alcançar a *máxima imparcialidade da jurisdição no processo penal*, e, por sua vez, garantir o sistema acusatório, ao preservar a originalidade cognitiva, epistêmica e motivacional do juiz que acompanhará o processo. A imparcialidade, como construção da dogmática jurídica, deve ser regida por um sistema processual que ofereça reais condições para a sua existência. Esclareça-se, que não se está querendo elevar o juiz de garantias como o instituto herói e salvador que resolverá todos os problemas da processualística penal brasileira, mas apenas demonstrar que, *a priori*, a sua vigência já seria um grande passo em direção a um processo penal conforme à constituição, a qual preza sobretudo pela garantia da imparcialidade e a salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos.

5.3 A suspensão cautelar do juiz de garantias pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 6.298

A inserção da nova figura no ordenamento jurídico pátrio, em que pese tenha sido implementada com o objetivo de consagrar o sistema acusatório e garantir a máxima efetividade da imparcialidade da jurisdição penal³⁶⁸, como garantia constitucional, não foi de modo algum recebida de “braços abertos” pela comunidade jurídica brasileira. Na realidade, o primeiro

³⁶⁷ CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda. MELO, Gabriellen Carneiro de. Juiz de garantias e o princípio da jurisdição imparcial à luz da teoria da dissonância cognitiva. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 6, n.1, Jun., p. 222-251, 242.

³⁶⁸ Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

obstáculo que houve por desagradar os brasileiros foi a própria nomenclatura atribuída ao instituto, “juiz das garantias”.

Isto porque o termo representaria um verdadeiro pleonasmo, já que a própria figura do juiz, tal como prevista nas leis de organização judiciária, com base na Constituição, já traria em si mesma a garantia ao cidadão dos direitos fundamentais do indivíduo, conduzindo à suposição de que somente o juiz de garantias atenderia realmente àquele propósito. Abel Fernandes Gomes entende que referida denominação “configura verdadeira tautologia, do momento em que expressa discurso vicioso, inútil e repetitivo, porquanto a existência do juiz já é, histórica e essencialmente, senão a mais importante, uma das mais relevantes garantias conquistadas pela humanidade”³⁶⁹.

Além disso, há quem sustente que o termo também poderia sobrelevar a ideologia de que o juiz deve sempre e especialmente assegurar os direitos individuais do réu em detrimento dos interesses da coletividade, sobretudo da vítima³⁷⁰.

A questão é que diversos foram os setores que se levantaram contra a implementação do juiz de garantias no Brasil, não só pelos motivos ora explicitados, como também por inúmeros outros ainda a ser discutidos, tendo as primeiras manifestações contrarreformistas sido oriundas da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE³⁷¹, as quais apenas três dias após a promulgação da Lei nº 13.964/2019 ingressaram com as Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI de nº 6.298 perante o Supremo Tribunal Federal, questionando a validade do disposto nos art. 3º-A a 3º-F do CPP, os quais regulamentam o juiz de garantias, assim como da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP³⁷², a qual ingressou com a ADI nº 6.305, e de

³⁶⁹ GOMES, Abel Fernandes. “Juiz das Garantias”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010. p. 103.

³⁷⁰ MELLO, Cecilia; CINTRA MORI, Celso. **Juiz das garantias trará estrita legalidade ao processo penal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-03/opiniao-juiz-garantias-trara-estrita-legalidade-processo-penal>>. Acesso em: 08 jan 2022.

³⁷¹ Em sua exordial, a AMB e a AJUFE questionaram, em suma: a) inconstitucionalidade formal em razão de a lei federal não se ater à elaboração de normas gerais e versar sobre procedimento processual, competência concorrente entre a União e os Estados; b) inconstitucionalidade formal na iniciativa do projeto de lei, sob o argumento de que compete aos tribunais promover a alteração das normas atinentes à organização judiciária e à criação de cargos no âmbito da magistratura; c) violação ao juiz natural, por ser a jurisdição una e indivisível, consoante o art. 5º, LIII, da CF/1988; d) violação ao § 1º do art. 169 da CF/1988, dispositivo que determina a obediência aos limites estabelecidos em lei complementar para a despesa com pessoal da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, notadamente no que concerne à criação de cargos, empregos e funções ou à alteração de estrutura de carreiras; e) ofensa ao regime fiscal da União instituído pela EC n. 95 (CF, ADCT, art. 104), pois o inciso II do aludido preceito proscreve a criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa; f) exiguidade do prazo de vacatio legis. (BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 281-283).

³⁷² Em resumo, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) suscitou inconstitucionalidades relativas à ofensa de prerrogativas do órgão e ofensa à paridade de armas

alguns partidos políticos, como PODEMOS e CIDADANIA³⁷³, e PSL³⁷⁴, os quais impetraram as ADIs de nº 6.299 e nº 6.300, respectivamente, as quais também questionaram a constitucionalidade dos dispositivos supramencionados.

A partir disso, em um primeiro momento, em 15 de janeiro de 2020, o Ministro Dias Toffoli, no exercício da presidência do STF, suspendeu a eficácia dos artigos que tratam do juiz das garantias pelo prazo de 06 (seis) meses. Todavia, o Ministro Luiz Fux, em data de 20 de janeiro de 2020, suspendeu, em sede de julgamento da medida cautelar proposta na ADI nº 6.298, a qual reuniu as demais ADIs impetradas com o mesmo foco, a vigência dos dispositivos que regulamentavam o juiz de garantias (art. 3º-A ao art. 3º-F), por tempo indeterminado, matéria pendente de julgamento de mérito até a presente data.

Inobstante, observou-se dos argumentos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal que os principais pontos de impugnação, no geral, recaíram sobre: a) aspectos formais do devido processo constitucional legislativo; b) o impacto financeiro além do possivelmente sustentável que a implementação do juiz de garantias traria para os cofres públicos c) dificuldades estruturais para a sua operacionalização, notadamente para as comarcas de juízos únicos³⁷⁵; d) desobediência aos princípios da duração razoável do processo e da identidade física do magistrado.

Dentre as inconstitucionalidades formais levantadas, arguiu-se a inconstitucionalidade da Lei nº 13.964/2019, em razão de dispor sobre procedimento processuais (normas sobre a fase pré-processual do inquérito), matéria que seria de competência legislativa concorrente entre os Estados e a União, nos termos do art. 24, XI e § 1º da Constituição Federal de 1988. Ao lado disso, fora amplamente suscitado que a implementação da figura do juiz de garantias no país implicaria na alteração material da divisão e organização de serviços judiciários em

(isonomia).(BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 285-286).

³⁷³ Para além das razões já explicitadas, os partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA arguíram: a) ausência de previsão de impacto orçamentário, contrariando o disposto no art. 113 do ADCT; b) violação ao princípio da proporcionalidade, ao argumento de que a implantação do juiz de garantias não garantiria um juiz absolutamente imparcial, além da medida repercutir em custos financeiros despropositados; c) ofensa aos princípios de duração razoável do processo e da identidade física do juiz. (BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 283-284).

³⁷⁴ Já o PSL expõe os seguintes argumentos, em suma: a) violação à autonomia administrativa e financeira do Judiciário e ao pacto federativo; b) a implantação do juiz de garantias implicaria no aumento da criminalidade, sendo a vontade do legislador contrária às expectativas nacionais de redução das taxas de criminalidade. (BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 285).

³⁷⁵ Imprensa Supremo Tribunal Federal. **Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado**. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>. Acesso em: 09 maio 2020.

nível que ensejaria completa reorganização da justiça criminal do país, consistindo, pois, os arts. 3º-A a 3º-F preponderantemente como normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário teria iniciativa legislativa própria (art. 96, CF).

Nesse sentido foi o voto do Min. Luiz Fux, em juízo preliminar sobre a matéria:

No caso em tela, o projeto que deu azo à Lei n. 13.964/2019 foi proposto pelo Poder Executivo, em nível federal. No entanto, os artigos relativos ao juiz de garantias foram acrescidos ao projeto de lei por meio de emenda de iniciativa parlamentar, no âmbito do Congresso Nacional, situação que desafia a análise acerca de possível violação dos artigos 24 e 96 da Constituição.

(...)

In casu, sob uma leitura formalista, poder-se-ia afirmar que, ao instituírem a função do juiz de garantias, os artigos 3º-A a 3º-F teriam apenas acrescentado ao microsistema processual penal mera regra de impedimento do juiz criminal, acrescida de repartição de competências entre magistrados para as fases de investigação e de instrução processual penal. Nesse sentido, esses dispositivos teriam natureza de leis gerais processuais, definidoras de procedimentos e de competências em matéria processual penal, o que autorizaria a iniciativa legislativa por qualquer dos três poderes nos termos do artigo 22 da Constituição.

Com a devida vênia aos que militam em favor desse raciocínio, entendo que essa visão desconsidera que **a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país. Nesse ponto, os dispositivos questionados têm natureza materialmente híbrida, sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária, a reclamar a restrição do artigo 96 da Constituição.**

De antemão, o artigo 3º-D, parágrafo único, do Código de Processo Penal, ao determinar que, “[n]as comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo”, parece veicular a violação mais explícita ao artigo 96 da Constituição.

No entanto, em um juízo perfunctório, entendo que os demais artigos que tratam do juiz de garantias também padecem da mesma violação constitucional direta. De fato, para além do artigo 3º-D, parágrafo único, nenhum dos demais dispositivos cria explicitamente novos cargos de juízes ou varas criminais. No entanto, a evidência que emerge acima de qualquer dúvida razoável é a de que a implementação dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal requer, em níveis poucas vezes visto na história judiciária recente, a reestruturação de unidades judiciárias de recursos materiais e humanos. (Grifos constantes do original)³⁷⁶

Nota-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal manifestou até certa concordância quanto à inexistência de violação ao art. 24 da Constituição Federal de 1988, na medida em que com o advento do magistrado garantidor houve profunda alteração de caráter generalista em

³⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 22 de janeiro de 2020.

matéria processual, e não apenas procedimental da fase preambular do inquérito, já que criou-se uma verdadeira causa de impedimento judicial obstando que o mesmo juiz participe das duas etapas persecutórias consecutivas, o que demonstraria a competência privativa da União para legislar (art. 22, I, da CF/88)³⁷⁷. Contudo, o STF demonstrou ferrenho entendimento de que haveria violação ao disposto no art. 96 da CF/88, posto que o legislador teria se imiscuído na criação de normas de organização judiciária, as quais seriam de competência exclusiva do Poder Judiciário, utilizando, ainda, como exemplo de “criação de cargos novos”, o art. 3º-D da Lei nº 13.964/2019.

Não obstante, a nova legislação não determina a criação de cargo ou órgão público em nenhum de seus dispositivos, tampouco no art. 3º-D, tendo em vista que o dispositivo é claro em apenas especificar um modo que pode vir a funcionar para comarcas de juízo único, atribuindo aos Tribunais o encargo de melhor se organizarem de acordo com as particularidades de cada região, não havendo que se falar em vício de iniciativa neste ponto. Ademais, o STF ao analisar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 e a Lei nº 11.340/2006³⁷⁸, a qual instituiu efetivamente um novo órgão jurisdicional antes inexistente, qual seja, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, não os declarou inconstitucionais, ainda que tenha sido iniciativa do parlamento³⁷⁹.

Contudo, a questão vai muito além do mero suposto vício de iniciativa formal, vez que na sua fundamentação o STF confunde questões eminentemente de cunho estrutural-orçamentário. Na ótica do Supremo Tribunal Federal, a implementação do juiz de garantias apenas seria possível se houvesse uma ampla reforma do Poder Judiciário, com a criação de varas e conseqüências, o que seria por demais custoso ao Estado no momento em que exigiria a

³⁷⁷ “Firmada a premissa de que a norma de direito processual é aquela que afeta aspectos umbilicalmente ligados à tríade jurisdição, ação e processo, não há por que se afirmar que teria havido qualquer inconstitucionalidade nesse ponto, visto que os arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E, e 3º-F do CPP estão diretamente relacionados a questões atinentes ao próprio exercício da jurisdição no processo penal brasileiro. A matéria versada em tais dispositivos - criação de uma nova causa de impedimento e repartição de competências entre magistrados para as fases de investigação e de instrução processual penal - insere-se, portanto, no âmbito da competência legislativa privativa da União prevista no art. 22, inciso I, da Constituição Federal, porquanto versam sobre Direito Processual. Trata-se, na verdade, de uma legítima opção feita pelo Congresso Nacional no exercício de sua liberdade de conformação, que deliberou por instituir no sistema processual penal brasileiro uma nova espécie de competência funcional por fase do processo, afastando o magistrado que interveio na fase investigatória - juiz das garantias - da possibilidade de mais adiante vir a julgar o mesmo caso penal”. (BRASILEIRO, Renato. Pacote anticrime: comentários à Lei 13.964/19, artigo por artigo. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 108).

³⁷⁸ “O art. 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos Estados quanto à própria organização judiciária” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2012).

³⁷⁹ SANTOS, Teodoro da Silva. **O Juiz das Garantias sob a Ótica do Estado Democrático de Direito: A adequação ao ordenamento jurídico brasileiro**. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 175.

reestruturação completa de unidades judiciárias e a redistribuição de recursos materiais e humanos, notadamente quando se consideram as particularidades das realidades locais, como as comarcas que contam com apenas um magistrado, o déficit de digitalização dos processos ou de conexão adequada à internet e as dificuldades de deslocamento que seriam necessários para os juízes entre as comarcas, a fim de respeitar a nova regra de impedimento.

Nesse sentido, em um estudo apresentado pela AMB, a fundamentar a ADI por aquela instituição proposta, em um cálculo baseado na quantidade mínima de novos cargos de magistrados que precisariam ser criados nas comarcas de vara única, encontrou-se a cifra de R\$ 1.166.045.376,00 (um bilhão, cento e sessenta e seis milhões, quarenta e cinco mil, trezentos e setenta e seis reais), que seria necessário exigir do erário apenas para resolver a problemática dos juízes de comarca única, sem falar nas demais logísticas. Consoante referido estudo apresentado, a Justiça Estadual possuiria 1849 varas únicas ou com apenas uma vara de competência criminal, enquanto a Justiça Federal possuiria 193 varas nas mesmas condições:

Figura 3: Cálculo baseado na quantidade mínima de novos cargos para atender a nova sistemática.

Ramo da Justiça	Localidades com juízo único	Localidades com apenas 1 vara com competência criminal, exceto juízos únicos (cumulativa ou não)	Total Parcial
Justiça Estadual	1563	286	1849
Justiça Federal	155	38	193

Fonte: Associação dos Magistrados Brasileiros, Ato Executivo nº 43/2020.

Na sequência, o custo médio mensal dos magistrados estaduais e federais seria, respectivamente, R\$ 47.426,00 (quarenta e sete mil quatrocentos e vinte e seis reais) e R\$ 49.118,00 (quarenta e nove mil cento e dezoito reais). Multiplicando-se referidos valores pelas quantidades totais de varas, chegar-se-ia ao custo ao erário mensal e anual para que alcance o provimento dos cargos em ambas as esferas:

Figura 4: Cálculo estimativo do custo dos novos cargos para atender a nova sistemática.

Período	Valor Cumulativo
Custo mensal	R\$ 97.170.448,00
Custo anual	<u>R\$ 1.166.045.376,00</u>

Fonte: Associação dos Magistrados Brasileiros, Ato Executivo nº 43/2020.

Todavia, há de se discordar tanto do entendimento da Corte Suprema brasileira, quanto do estudo apresentado pela AMB, na medida em que se considera plenamente possível

concretizar a separação de competências dos magistrados sem inflar a judicatura com a criação de novos cargos³⁸⁰. Tem-se que a informatização é uma grande aliada ao funcionamento da justiça, precipuamente após o período pandêmico da COVID-19 vivenciado em nível global, o qual contou com um super aparelhamento tecnológico da justiça brasileira a condicionar o funcionamento das atividades não presenciais, demonstrando ainda que os juízes são extremamente laboriosos em deliberações a distância, o que sobremaneira auxilia a problemática das comarcas de juízo único.

Ademais, o que está em jogo é a supremacia da Constituição e a efetividade das normas constitucionais que versam sobre direitos fundamentais, notadamente a máxima efetividade à garantia constitucional da jurisdição penal imparcial, não sendo suficientes argumentos estruturais-orçamentários para suplantar uma prestação jurisdicional mais eficiente.

A propósito, sobre o tema, Conselho Nacional de Justiça, ciente dos desafios que a Lei nº 13.964/2019 ensejava, considerando o impacto que o instituto do juiz de garantias demandaria para ser acomodado no âmbito do Poder Judiciário, baixou a Portaria nº 214, aos 26 de dezembro de 2019³⁸¹, instituindo um Grupo de Trabalho com o objetivo de desenvolver estudos técnicos a respeito dos efeitos que citada figura implicaria no ordenamento jurídicos brasileiro, tendo concluído, ao final, não apenas por sua viabilidade, mas sobretudo pela perfeita adequação do juiz de garantias à realidade brasileira³⁸².

A primeira conclusão do estudo técnico elaborado por uma frente de trabalho do CNJ aponta que a exequibilidade da implantação do juiz de garantias é perfeitamente possível desde que ocorra de forma criteriosa e considerando as particularidades existentes no território nacional, sendo mais factível que se aplique em processos vindouros a partir da vigência da novel lei, impedindo-se de alcançar processos já em curso³⁸³.

³⁸⁰ “Observa-se que a nova legislação, ao dispor sobre o instituto do Juiz das Garantias, não institui cargo ou órgão público, mas tão somente especifica o magistrado que atuará na resolução das controvérsias da fase de investigação, que ficará impedido de processar e julgar os mesmos fatos na fase posterior à da admissibilidade da acusação”. (SANTOS, Teodoro da Silva. **O Juiz das Garantias sob a Ótica do Estado Democrático de Direito: A adequação ao ordenamento jurídico brasileiro**. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 175).

³⁸¹ BRASIL. Portaria nº 214, de 26 de dezembro de 2019. **Institui Grupo de Trabalho para elaboração de estudo relativo aos efeitos da aplicação da Lei nº 13.964/2019 nos órgãos do Poder Judiciário Brasileiro**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3143>. Acesso em: 08 jan. 2022.

³⁸² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **A implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro**. Junho/2020. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>. Acesso em 13 de ago de 2021. p. 3.

³⁸³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **A implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro**. Junho/2020. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>. Acesso em 13 de ago de 2021. p. 30.

Além disso, também foi possível identificar uma série de alternativas a minimizar os custos advindos de sua implementação no País, enfrentando diretamente a problemática alusiva às comarcas de juízo único. Foram preponderantes as propostas voltadas à regionalização de competência, o rodízio entre juízos e o rodízio entre juízes, bem como a adoção de centrais de inquérito, as quais já funcionam em sete Estados da Federação (nesse caso, para comarcas que contam com mais de um juízo), estruturas que já proporcionam uma separação de competências ao analisar os procedimentos criminais³⁸⁴. A regionalização representa a concentração da competência do juiz de garantias em vara ou núcleo central, que abrangerá limite territorial com duas ou mais comarcas ou subseções judiciárias, a ser fixado pelos Tribunais, para que assim cada grupo de comarcas próximas fosse de uma vez atendidas, a semelhança das citadas centrais de inquéritos.

Já o rodízio entre juízos, pode adotar parâmetros diversificados para a sua instituição, a exemplo, designações pré-estabelecidas, como o regime de substituição, regime de plantão já fixado, distribuição aleatória via sistema, forma regionalizada, ou seja, entre juízos, comarca ou subseções judiciárias agrupados em regiões. Do mesmo modo, aplicando-se os mesmos critérios, o rodízio entre juízes pode também ser aplicado³⁸⁵. Assim, nota-se que não seriam necessárias a contratação pública de novos juízes para cada vara de juízo único, o que já amenizaria em alto grau os custos advindos desta problemática.

No que tange à especialização, para comarcas que dispõe de múltiplas varas, aquela se refere à transformação de uma vara, a fim de conferir as atribuições do juiz de garantias a uma única unidade jurisdicional. A propósito, como já levantado, em sete Estados da Federação, sendo estes Amazonas, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Pará, Piauí e São Paulo, já são identificados centrais ou departamentos de inquérito, estruturas estas em que já se verificam a separação de competências entre o juiz que detém contato com o inquérito e o juiz o qual

³⁸⁴ “O ministro Dias Toffoli, na primeira decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da visibilidade do Juiz das Garantias, destacou que na capital paulista funcionava, há décadas, o Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO), o qual concentrava todos os atos relativos aos inquéritos policiais e os seus incidentes, bem como os pedidos de habeas corpus. Portanto, no entendimento do Ministro, em São Paulo ocorria efetivamente a cisão de competência determinada pela nova legislação, ficando a atividade de supervisão dos atos de investigação a cargo de juízes especialmente designados para tanto, atuantes no Departamento de Inquéritos Policiais”. (SANTOS, Teodoro da Silva. **O Juiz das Garantias sob a Ótica do Estado Democrático de Direito: A adequação ao ordenamento jurídico brasileiro**. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 178-9).

³⁸⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **A implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro**. Junho/2020. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>. Acesso em 13 de ago de 2021. p. 36.

acompanhará o processo, as quais poderiam ser aproveitadas para facilitar a nova sistemática a ser implantada.³⁸⁶

Desse modo, demonstra-se que meios alternativos para a diminuição dos custos de implementação existem, e, assim como concluída pela frente de estudos técnicos elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça, fazem-se plenamente viáveis de aplicação. Os dados listados, pois, demonstram com mais certeza a possibilidade de implementação de forma simples e suficiente do instituto do juiz de garantias que, em face dos avanços tecnológicos, viabiliza a substituição da presença física pela virtual do magistrado no acompanhamento e na fiscalização da legalidade nas investigações criminais, sem custos elevados para o Estado³⁸⁷. O problema se aproxima, na realidade, mais de organização e planejamento, do que efetivamente de despesas financeiras ao Poder Público.

Outro aspecto levantado pelas ADIs, além da inconstitucionalidade material dos artigos 3º-A a 3º-F, fora a ausência de prévia dotação orçamentária, o que violaria diretamente o art. 169 da Constituição Federal, bem como enfrentaria a autonomia financeira do Poder Judiciário, assegurada pelo art. 99 da Constituição. E, ao enfrentá-las, o Supremo Tribunal Federal concluiu, em cognição não exauriente, que as medidas de adequação ao novo sistema processual penal implicariam em despesas que não se encontrariam especificadas nas leis orçamentárias anuais, especialmente com o deslocamento dos magistrados, necessitando da aprovação de novas leis pelo Congresso, não havendo tempo hábil, entretanto, para esse planejamento no período da *vacatio legis* de 30 (trinta) dias, tal como previsto na Lei nº 13.964/2019.

Consoante pode-se extrair do citado julgamento, o Ministro Luiz Fux aponta que não caberia ao Poder Judiciário decidir a destinação das verbas arrecadadas mediante os impostos pagos pelos cidadãos, contudo, em políticas públicas nas quais se vislumbram gastos tão aparentemente significativos, seria preciso sopesar e discutir os demais interesses e prioridades garantidos pela Constituição Federal³⁸⁸.

³⁸⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **A implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro**. Junho/2020. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>. Acesso em 13 de ago de 2021. p. 30.

³⁸⁷ SANTOS, Teodoro da Silva. **O Juiz das Garantias sob a Ótica do Estado Democrático de Direito: A adequação ao ordenamento jurídico brasileiro**. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 182.

³⁸⁸ “Em suma, concorde-se ou não com a adequação do juiz das garantias ao sistema processual penal brasileiro, o fato é que a criação de novos direitos e de novas políticas públicas gera custos ao Estado, os quais devem ser discutidos e sopesados pelo Poder Legislativo, considerados outros interesses e prioridades também salvaguardados pela Constituição. Nesse sentido, não cabe ao Poder Judiciário definir qual a prioridade deve ser mais bem contemplada com o uso do dinheiro arrecadado por meio dos tributos pagos pelos cidadãos – por exemplo, se a implantação do juiz das garantias ou a construção de mais escolas, hospitais, ou projetos de

De fato, o orçamento reflete uma escolha entre prioridades legislativas, que tipo de política pública se quer prestigiar, onde e com o que gastar. Nesse sentido, o Estado sempre intervém com aportes financeiros para adotar o tipo de persecução criminal que mais lhe convém, podendo alcançar um modelo garantista ou antigarantista com escolhas desta natureza. Na realidade, a viga mestra que deveria guiar a questão dos custos é que os direitos fundamentais sempre devem definir as prioridades orçamentárias. Ora, se a Constituição Federal da República de 1988 estabeleceu um sistema obviamente acusatório, prezando em alto grau pela máxima imparcialidade da jurisdição, porque o Estado desvia o foco com supostas questões intransponíveis de cunho orçamentário e não concretiza o referido direito fundamental de caráter absolutamente prioritário?

Segundo Sarlet, a norma do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, impõe ao Estado a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, investindo os poderes públicos na atribuição de promover condições para que aqueles sejam efetivados, em sua maior eficácia possível. Contudo, nenhum direito fundamental se concretiza sem que haja uma estrutura financeira para implementar tais direitos. Como o orçamento estatal é limitado, a maneira como são dispostas as despesas públicas reflete a conjuntura política das prioridades governamentais³⁸⁹. Neste complexo cenário, o argumento orçamentário, se levado às últimas instâncias, sepulta a efetividade de toda e qualquer norma programática disposta pelo constituinte, vez que o fator econômico sempre interferirá no usufruto dos direitos fundamentais³⁹⁰.

Na ótica de Antônio Wellington Brito Júnior “...a negativa de um direito baseada em meros aspectos econômicos precisa de uma argumentação contundente demonstrando que os custos são injustificáveis, levando em consideração os benefícios decorrentes do gozo do direito

ressocialização para presos”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2012).

³⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: os direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018. p. 278-279.

³⁹⁰ Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter assim entendem sobre o tema: “(...) não podem ser mais desprezíveis as críticas à sua implementação fundadas em demandas estruturais-orçamentárias, como se pudesse se tolerar uma prestação jurisdicional deficiente por falta de recursos do Estado. Ora, ter uma jurisdição imparcial (por mais redundante que seja a expressão) é pressuposto para se ter Estado de Direito. E no Brasil, aliás, é estrito cumprimento da ordem constitucional, que já vigora há mais de 20 anos. Sem falar que a “falta”, sendo constitutiva, sempre existirá, não podendo servir de fundamento para se justificar a omissão do Estado no seu dever de estruturar-se para atender à realidade posta. Ademais, não se pode mais tolerar como ‘normal’ o ‘anormal’ funcionamento do sistema de administração de justiça. E, os próprios argumentos de insuficiência estrutural também são frágeis, pois existem formas de contornar-se o problema”. (LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz de garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Duc In Altum Cadernos de Direito**, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 55-91, set-dez. 2016. Disponível em: <<https://www.faculdadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/download/397/381>>. Acesso em: 24 jun. 2020).

fundamental que se vindica”³⁹¹. Todavia, a tese da inconstitucionalidade por ofensa à prévia dotação orçamentária leva em consideração a suposta necessidade de criação de novos órgãos e cargos, quando na realidade, como visto, isto não se faria necessário, já que a implementação do juiz de garantias nada mais exige do que uma readequação da estrutura judiciária já existente em todo o país³⁹².

Por fim, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a implementação da figura do juiz de garantias acarretaria uma prestação jurisdicional ineficiente, uma vez que a morosidade do judiciário poderia ser acentuada, prejudicando o postulado da duração razoável do processo e da identidade física do juiz abrindo margem para a impunidade³⁹³, novamente baseando-se em dificuldades imagéticas nos quais juízes teriam que se deslocar frequentemente para atender comarcas próximas vizinhas.

Como visto, a ampla virtualização dos processos, principalmente após a pandemia da COVID-19, quebra as dificuldades dos atendimentos presenciais, tornando absolutamente desnecessário o referido deslocamento, o que já afunda o argumento de ofensa aos princípios acima aventados, como afundou o argumento das elevadas despesas. A parte disso, há de se ter em conta que ainda que o referido deslocamento fosse um entrave real, não basta que haja celeridade na prestação jurisdicional, mais importante que isso, ela deve ser prestada com qualidade. É dizer, não se deve seguir violando direitos fundamentais, notadamente a viga mestra da jurisdição penal imparcial, em nome da rapidez na resolução de conflitos.

³⁹¹ BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de garantias e Discricionariedade judicial**. Londrina, PR: Thoth, 2021. p. 312.

³⁹² Nesse sentido: “Com efeito, o controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Judiciário, sempre foram atividades realizadas pelos juízes criminais Brasil afora. O que será necessário, portanto, é apenas redistribuir o trabalho que antes competia ao mesmo magistrado, seja através da especialização de varas, seja através da criação de núcleos de inquérito. É dizer, haverá necessidade de uma mera adequação da estrutura judiciária já existente em todo o país para que as funções de juiz das garantias e juiz da instrução e julgamento não mais recaiam sobre a mesma pessoa, dando-se efetividade à norma de impedimento constante do caput do art. 3º-D. Não há, pois, criação de órgãos novos, competências novas. O que há é uma mera divisão funcional de competências criminais já existentes”. (BRASILEIRO, Renato. **Pacote anticrime: comentários à Lei 13.964/19, artigo por artigo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 110)

³⁹³ Nesse sentido: “Frente à regra de impedimento posta ao juiz das garantias, e se somente houver um magistrado na comarca, duas possibilidades, em tese, poder-se-iam abrir: ou outro juiz de fora da comarca deverá ser buscado para analisar as questões que o projeto estabelece como sendo de competência do juiz das garantias, ou outro de fora da comarca deverá ser buscado para presidir o futuro processo criminal, cabendo ao juiz local a tarefa de atuar como juiz das garantias. Entretanto, ninguém menos que os projetos de lei e o próprio CPP (art. 70) estabelecem que o juiz competente para o processo condenatório deverá ser o juiz do lugar da infração, fazendo com que esse magistrado não possa desempenhar as atividades do juiz de garantias, caso ele seja o único a atuar na comarca. Em síntese, obrigatoriamente outro juiz deverá sempre ser encontrado fora daquela comarca, e, com isso, a otimização dará lugar à ineficiência e demora na prestação jurisdicional. (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 80).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema acusatório é o único que fornece condições para o exercício da imparcialidade em seu máximo grau, tendo em vista que é tão somente nele que se prioriza e se eleva à categoria de essencialidade o exercício da jurisdição penal imparcial. No sistema inquisitório, o processo penal se converte em solitário monólogo psicótico, em razão da cegueira deliberada dos órgãos persecutórios em alcançar a “verdade real” a qualquer custo. Nele a intenção é mais aglomerar poder, assentando a prática de inúmeros atos em uma só pessoa, do que necessariamente alcançar um resultado imparcial para a demanda.

A cultura inquisitória se faz bastante enraizada no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que o Código de Processo Penal, elaborado no longínquo ano de 1941 com claras características totalitárias, cravou na comunidade jurídica o sentimento de que é comum e até necessário que o juiz tenha participação ativa na produção probatória, já que ele teria por dever alcançar a verdade dos fatos. Referida ilusão continua representando a força motriz para justificar inúmeros atos de gestão da prova por parte do julgador.

Não obstante, a referida falácia não se sustenta quando confrontada com os estudos oriundos da epistemologia da prova. Ora, se o ser humano por si só não é capaz de conhecer a inteira realidade do mundo fenomênico, não há como conhecer uma verdade processual, que não é especial nem diferente da verdade do mundo fenomênico, notadamente quando se considera que o processo possui inúmeras delimitações legais e temporais que não autorizam o emprego de quaisquer medidas em busca dessa verdade, sendo ela inalcançável de qualquer maneira.

Assim, se a premissa justificadora da gestão da prova nas mãos do julgador é falsa, não há como se permitir a continuidade de inúmeros dispositivos com esse caráter ainda presentes no Código de Processo Penal, ao total arrepio da sistemática trazida pela Constituição Federal de 1988, que claramente objetivou consagrar o sistema acusatório.

É dizer, mesmo antes da Lei nº 13.964/2019 que pretendeu reconhecer que a sistemática adotada é mesmo a acusatória, os dispositivos inquisitoriais já se revelavam inconstitucionais, tais como a decretação de prisões cautelares sem requerimento expresso do Ministério Público, a decretação da busca e apreensão (art. 242 do CPP), a juntada de documento ainda que não solicitado pelas partes (art. 234 do CPP), a oitiva de testemunhas não indicadas pelas partes (art. 209 do CPP), o reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196) e a autorização para produção de diligências antes mesmo de instaurada a ação penal (art. 156, I e II), que autorizam o agir de ofício do magistrado.

Com o advento das previsões normativas do art. 3º-A ao 3º-F da Lei nº 13.964/2019, que reconheceu que o sistema processual penal é acusatório, e como tal é vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, em que pese posicionamentos diversos sobre o assunto, filia-se à interpretação de que a proibição da atuação probatória do juiz no processo foi direcionada tanto à fase preliminar de investigação, quanto à fase processual. Se assim não fosse, o escopo da lei se esvaziaria, que é justamente preservar a imparcialidade do julgador, evitando sua vinculação psicológica a determinada hipótese.

Mesmo na nova sistemática, de nada adiantaria permitir a atuação probatória do magistrado em sede de instrução se isto implicaria na submissão do julgador a inúmeros vieses neste proceder, em especial a incidência do viés confirmatório, no que tange ao prisma da busca seletiva de informações que corroboram com a hipótese já preconcebida. Rememore-se a premissa, *quem procura sabe ao certo o que procurar*, que significa dizer justamente que o sujeito primeiro escolhe uma tese (seja acusatória, seja defensiva) para depois buscar informações que a sustentem. Em resumo, a iniciativa probatória do juiz é típica do sistema inquisitório e reflete a tendência de querer confirmar a acusação, a despeito de provas produzidas em contrário, o que significa dizer que, à luz da psicologia cognitiva, o juiz é guiado pelo viés confirmatório.

Ademais, embora estejam momentaneamente suspensos pelo Supremo Tribunal Federal os dispositivos ora elencados, que não só consagram o sistema acusatório como também implementam a figura do juiz de garantias, salutar seria a adoção do referido instituto no ordenamento jurídico pátrio. A partir da teoria da dissonância cognitiva e dos estudos advindos da psicologia cognitiva faz-se consistente e fundamentada a separação das atividades entre o juiz de garantias, responsável pelo acompanhamento da investigação preliminar, e o juiz da instrução, responsável pelo julgamento do mérito. Um sistema que permite e até incentiva a confiança cega na percepção, na memória e na avaliação humana é um terreno fértil para a contaminação do processo decisório.

As funções primordiais do juiz de garantias revelam-se, pois: a) evitar a concentração de poder (consubstanciada na gestão de provas) nas mãos do julgador, característica eminentemente inquisitória; b) consagrar o sistema acusatório, tornando o Código de Processo Penal conforme à Constituição; e c) evitar a contaminação subjetiva do inconsciente do julgador, criando condições para o exercício da imparcialidade em grau máximo possível. A propósito, esta última função é o que permite que a reconstrução dos fatos no processo seja

julgada com base em critérios objetivos, observando *standard* de provas longe de subjetivismos conscientes e inconscientes (heurísticas e vieses).

É preciso trazer para o ambiente jurídico a percepção de que a mente daquele que aplica o direito está sujeita a diversas armadilhas mentais que podem distorcer a finalidade do processo, embora haja muita resistência no reconhecimento de que indivíduos agem muito menos racionalmente do que eles mesmos supõem. O juiz de garantias, portanto, pode ser encarado como um *vetor de maximização do grau de imparcialidade*, não blindando completamente o cognitivo do juiz, vez que impossível (não existe juiz neutro), mas preservando-o em um grau que efetivamente garanta um julgamento justo, paritário e com base em critérios objetivos.

É tempo de se falar não só em direito fundamental à jurisdição penal imparcial, como também no *direito fundamental à devida cognição judicial*, que somente poderá ser alcançado a partir do amadurecimento da teoria geral do processo penal, que deveria se abrir para abarcar conteúdos essenciais advindos de disciplinas vizinhas como a epistemologia e a psicologia social e cognitiva, sob pena do processo continuar sendo uma mera ferramenta de aplicação de pena.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

ANDRADE, Flávio da Silva. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1658, set./dez. 2019.

ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, ISSN-e 2525-510X, Vol. 5, Nº. 1, 2019, págs. 507-540.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Roberta Lofrano. **Uma leitura constitucional do Direito Processual Penal frente à política criminal expansionista: a necessária implementação de um (verdadeiro) sistema acusatório**. 2013. p. 22. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. Disponível: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3709>. Acesso em: 16/06/2022.

ASCH, Solomon E. **Psicologia social**. 4ª ed. Trad. Dante Moreira Leite; Miriam Moreira Leite. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico. Contribuição para uma psicanálise do conhecimento**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição Eletrônica: Ridendo Castigat Mores, 1764. p. 12. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf> .

BERKMAN, Elliot T.; JARCHO, Johanna M.; LIEBERMAN, Matthew D. The neural basis of rationalization: cognitive dissonance reduction during decision-making. *SCAN* (2011) 6, p. 460–467. **Published by Oxford University Press**. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3150852/>. Acesso em 09 mai. 2023.

BINDER, Alberto M. *et al.* **La justicia penal adversarial en America Latina: hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley**. Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley. 2018. Libro colaborativo de autores de América Latina sobre la Justicia Penal, publicado por CEJA y KONRAD ADENAUER. Disponível em: https://www.academia.edu/37951708/La_Justicia_Penal_Adversarial_en_Am%C3%A9rica_Latina_Hac%3%ADa_la_Gesti%C3%B3n_del_conflicto_y_la_fortaleza_de_la_ley. Acesso em: 17 jul. 2021.

BINDER, Alberto. **Perspectivas de la Reforma Procesal Penal en América Latina, en Justicia Penal y Estado de Derecho**, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 1993.

BRASIL. **Ato Executivo nº 43/2020**. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/atosexecutivos/>>. Acesso em 9 de ago de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **A implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro**. Junho/2020. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>. Acesso em 13 de ago de 2021.

BRASIL. Portaria nº 214, de 26 de dezembro de 2019. **Institui Grupo de Trabalho para elaboração de estudo relativo aos efeitos da aplicação da Lei nº 13.964/2019 nos órgãos do Poder Judiciário Brasileiro**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3143>. Acesso em: 08 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agr no Rhc 152.473/Ba nº 20. Relator: Min. João Otávio de Noronha. **Dje**. Brasília, 25 out. 2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27AGRRHC%27.clas.+e+@num=%27152473%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20RHC%27+adj+%27152473%27\).suc.e.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27AGRRHC%27.clas.+e+@num=%27152473%27)+ou+(%27AgRg%20no%20RHC%27+adj+%27152473%27).suc.e.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) Acesso em: 07 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19. Relator: Min. Marco Aurélio. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa nº Habeas Corpus 164493. **Diário Oficial da União**. Brasília, 23 jun. 2021. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC164493.pdf>. Acesso em: 02 maio 2023.

BRASILEIRO, Renato. **Pacote anticrime**: comentários à Lei 13.964/19, artigo por artigo. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. **Juiz de Garantias e Discricionariedade Judicial**. Ed. Thoth. 2021.

BURTON, Robert A. **Sobre ter certeza. Como a neurociência explica a convicção**. Trad. de Marcelo Barbão. São Paulo: Blucher, 2017.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. 6ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora. 1982.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio e Certezza. **Rivista di Diritto Processuale, v. XX (II serie)**, 1965.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho. Milanez, Bruno Augusto Vigo. **O juiz de garantias brasileiro e o juiz de garantias chileno: breve olhar comparativo**. Reformas a la

justicia penal. 2020. < <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5645?show=full> > Acesso em 17.07.2020.

CAVALCANTE SEGUNDO, Antônio de Holanda. MELO, Gabriellen Carneiro de. Juiz de garantias e o princípio da jurisdição imparcial à luz da teoria da dissonância cognitiva. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 6, n.1, Jun., p. 222-251.

CHOUKR, Fauzi Hassan. O desafio de amanhã: a retomada da reforma global do CPP, 2017. *In*: VIEIRA, Antônio. PEIXOTO, Carolina. **De qual reforma processual penal precisamos? Estudos temáticos sobre o "pacote anticrime" [livro eletrônico]** Organizadores Lucas P. Carapiá Rios, Luiz Gabriel Batista Neves, Vinícius de Souza Assumpção. – 1.ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 163-198 Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>>. Acesso em 09 de ago. de 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. 2015. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>. Acesso em 24/06/2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009.

DAMASIO, Antonio. The neurobiological grounding of human values. *In*. CHANGEUX, J. P.; DAMASIO, A. R.; SINGER, W.; CHRISTEN, Y. (Eds.). (pp. 47-56). **Neurobiology of Human Values**. Heidelberg: Springer, 2015.

DERVIEU, Valérie. O sistema francês. *In*: **Processo Penais da Europa**. Mireille Delmas-Marty (Org.). Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

DUCE J., Maurício. **La Reforma Procesal Penal Chilena**: Gestación y Estado de Avance de un Proceso de Transformación en Marcha. Publicado en En Busca de Una Justicia Distinta: Experiencias de Reforma en América Latina Consorcio Justicia Viva, Lima 2004.

ERLICH, Danuta; GUTTMAN, Isaiah; SCHONBACH, Peter; MILLS, Judson. Post-decision exposure to relevant information. **The journal of abnormal and social psychology**. Boston, v. 54, p. 98-102, mar., 1957.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

FARIÑA, Francisca; ARCE, Ramón; NOVO, Mercedes. Anchoring in Judicial Decision-making. **Psychology in Spain**, vol. 7. n. 1, 2003.

FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. – 2. ed. – Florianópolis [SC]: Emais 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Júlio Danilo Souza. A investigação criminal no Brasil e o direito comparado. **Segurança Pública e Cidadania**, Brasília, v. 5 n.1, p. 91-110, jan/jun 2012.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: Aula Inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977.

FRÍAS, Eduardo Gallardo. LA REFORMA AL PROCESO PENAL CHILENO Y EL JUEZ DE GARANTIAS. **Boletim Especial IBCCRIM**. São Paulo, ano 28, n. 330, p. 17, maio 2020.

GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**. 48ª edição. Editora Paz e Terra. Rio de Janeiro, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 117, p. 263-286, nov./dez. 2015.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona, Bosch, 1935.

GOMES, Abel Fernandes. “Juiz das Garantias”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. *In*: PEREIRA, Flávio Cardoso (org). **Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GUERRA, Marcelo Lima. Premissas para a construção de um léxico constitucional e epistemologicamente adequado em matéria probatória. *In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010*, p. 7742 e ss. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4060.pdf>>, acesso em 23/4/2013>. Acesso em: 28 jan 2022.

HASTORF, Albert; SCHNEIDER, David J.; POLEFKA, Judith. Percepção de pessoa. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Edgard Blücher e Editora da Universidade de São Paulo, 1973. p. 51; MOYA, Miguel. Percepción social y de personas. *In: FRANCISCO MORALES, J. (coord.). Psicología social*. Madrid: McGraw-Hill, 1994. p. 116.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas formas de pensar. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. **Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974. Disponível em: <http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974>. Acesso em 22 ago. 2021.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Ed. Bilingue. p. IX-LIX.

KHALED Jr., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LARSON, Jeff; MATTU, Surya; KIRCHNER, Lauren; ANGWIN, Julia. Como analisamos o algoritmo de reincidência COMPAS. **Propublica**, New York. 2016.

LIDEN, Moa. **Confirmation Bias in Criminal Cases**. Cases. 284 pp. Uppsala: Departmente of Law, Uppsala University.

LOPES JR., Aury. (Re)pensando os sistemas processuais penais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. **Boletim Informativo IBRASPP**, São Paulo, ano 03, n. 05, p. 32-36, 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução crítica. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES Jr., Aury. O problema da “verdade” no processo penal. *In: PEREIRA, Flávio Cardoso (org). Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taurffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz de garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Duc In Altum Cadernos de Direito**, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 55-91, set-dez. 2016. Disponível em: <<https://www.faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/download/397/381>>. Acesso em: 24 jun. 2020).

LOPES JÚNIOR, Aury. RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz de garantias para uma jurisdição penal imparcial**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Duc In Altum Cadernos de Direito*, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 70, set-dez. 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Epistemologia Falibilista e Teoria do Direito. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa**. Ano 3. 2014, n.1, p. 197-260. Disponível em: <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00197_00260.pdf> último acesso em 23 jan. 2022.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência**: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2021.

MACHADO, Hugo de Brito. MACHADO, Raquel Ramos Cavalcanti. Prova e verdade em questões tributárias. *In*: Hugo de Brito (Coord.). **A prova em questões tributárias**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I**: fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

MAISTO, Albert A.; MORRIS, Charles G. **Introdução à Psicologia**. 6ª ed. Trad. De Ludmilla Teixeira Lima e Marina Sobreira Duarte Baptista. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Notas em torno do Valor Democrático no Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano. **Revista da Faculdade de Direito da UFC**, v. 31, p. 205-252, 2014.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva; SÁ, Yuri Kubrusly de Miranda. A falibilidade da prova judicial e a imparcialidade do magistrado na busca pela Verdade Real no Sistema Processual Brasileiro. *In*: Juraci Mourão Lopes Filho; Rogerio Luiz Nery Da Silva. (Org.). **Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico**. 01ed. Florianópolis: CONPEDI, 2020, v. 01, p. 56-75. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/nl6180k3/ue1kf6qt/3o6OwZesT6fyVpK3.pdf>> Acesso em: 13 jan 2022.

MARTIN, Jorge Eduardo Sáez. El juez de garantia en el sistema adversarial. *In*: **El modelo adversarial en Chile**. Santiago: Thomson Reuters, 2013.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias”? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, a. 18, edição especial, p. 21-23, ago. 2010.

MOSCATELLI, Livia. ARIANO, Raul. Juiz de Garantias: a onda democrática em meio à maré do punitivismo rasteiro. **Boletim Especial IBCCRIM**. São Paulo, ano 28, n. 330, p. 17, maio 2020.

MYERS, David G. **Psicologia Social**. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2012. Disponível em: <<https://docero.com.br/doc/x080v5s>> Acesso em: 22 ago. 2021.

NEPOMUCENO, Raul Carneiro. **O controle da subjetividade nas decisões judiciais em casos de colisão entre direitos fundamentais**: hermenêutica, método e a tensão entre o racional e o irracional. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/49195>>. Acesso em 28 jan 2022. p. 45 a 54.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyak, Heuristics and Biases in Judicial Decisions. **Court Review**, vol. 49, issue 2.

PERAZZONI, Franco. O Delegado de Polícia no Sistema Jurídico Brasileiro: das origens inquisitoriais ao garantismo penal de Ferrajoli. **Segurança Pública e Cidadania**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 77-110, juz/dez, 2011.

PEREIRA, Thiago Guimarães. **Poderes instrutórios do juiz no processo penal brasileiro**: possibilidade e limites. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/15087/1/61550041.pdf>. Acesso em: 05/12/2022.

PIATELLI-PALMARINI, Massimo. **Inevitable Illusions**: How Mistakes of Reason Rule Our Minds. New York: John Wiley & Sons, 1994.

PLATÃO. Teeteto. *In*: Diálogos I. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2013; RESCHER, Nicholas. **Epistemology: an introduction to the theory of knowledge**. Albany: State University of New York Press, 2003.

POPPER, Karl. **A vida é aprendizagem – Epistemologia evolutiva e sociedade aberta**. Tradução de Paula Taipas, São Paulo: Edições 70, 2001.

POPPER, Karl. Verdade e Aproximação da Verdade. *In*. MILLER, David (org). **Textos Escolhidos Popper**. Rio de Janeiro: Editora PUC Rio, 2016.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal: Do subjetivismo ao Objetivismo, do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia.** Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de direito processual penal, volume I.** 2 ed. rev. ampl. atual. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

REBOUÇAS, Sérgio. FERNANDES, Lara. As falhas de linguagem e as estratégias cognitivas voltadas à minimização das falsas memórias na prova testemunhal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 171/2020 | p. 313 - 350 | Set / 2020.

REIS, Daniel Aarão. **Ditadura militar, esquerdas e sociedade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, ed.1ª, 2000.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva.** 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/7262>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

RITTER, Ruiz. LOPES JÚNIOR, Aury. Juiz de Garantias: para acabar com o faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva.... **Boletim Especial IBCCRIM.** São Paulo, ano 28, n. 330, p. 30, maio 2020.

ROCHA, Bruna. NEVES, Leticia. SOUZA, Paulo. Da (in)constitucionalidade do artigo 156, II, do CPP: debate sobre a atividade judicial “ex officio” em matéria processual penal, quando para “dirimir dúvida sobre ponto relevante”. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos,** v. 14, n. 1 (2021), 24ª Edição. 87-111.

ROSA, Alexandre de Moraes. **A Teoria dos Jogos aplicada ao Processo Penal.** - 2 ed. - Santa Catarina: Empório do Direito, 2015.

SANTOS, Teodoro da Silva. **O Juiz das Garantias sob a Ótica do Estado Democrático de Direito: A adequação ao ordenamento jurídico brasileiro.** - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

SANTOS, Teodoro Silva. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Garantismo, sistema acusatório e a produção de prova ex officio pelo magistrado. **Revista Jurídica UNICURITIBA.** Curitiba, v. 02, n. 59, abril - junho, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 13. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018.

SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sydney Ellen. **História da Psicologia Moderna.** 10ª ed. Trad. de Cíntia Naomi Uemura. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHWARTZ, Renata Gomes Nascimento. Imparcialidade das decisões e mídia brasileira na contemporaneidade: um estudo sobre democracia e direito. **Ratio Juris**. Revista Eletrônica da Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas. v. 2. n.2. jul.-dez. 2019.

SILVA, Larissa Marila Serrano da. **A construção do juiz das garantias no Brasil**: a superação da tradição inquisitória. 2012. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD99QJAH/1/dissertacao_juiz_das_garantias.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. A etapa intermediária e o juiz de garantias no processo penal brasileiro: um passo importante e insuficiente. **Justiça do Direito**. v. 33, n. 3, p. 189-221, Set./Dez. 2019.

TABAK, Benjamin. AGUIAR, Júlio. NARDI, Ricardo. O Viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para melhor explicação: o afastamento do decisionismo no processo penal. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, pp. 177 - 196, jan./jun. 2017.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 3.ed. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2009.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos, São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. Ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

VALDIVIESO, Patricio. **Reforma Procesal Penal en Chile y otras iniciativas relacionadas: aporte a discusión sobre fortalecimiento del Poder Judicial en México, transparentar su actuación y adecuarlo a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos**. Santiago: CEJA, 2016.

VIEIRA, Antonio. PEIXOTO, Carolina. **De qual reforma processual penal precisamos? Estudos temáticos sobre o "pacote anticrime" [livro eletrônico]** Organizadores Lucas P. Carapiá Rios, Luiz Gabriel Batista Neves, Vinícius de Souza Assumpção. – 1.ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

WILLIAMSON, Edwin. **História da América Latina**. Lisboa: Edições 70 Ltd., 2012.

WOJCIECHOWSKI, Paola. ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2021.

WOLKMER, Antônio Carlos. Síntese de uma História das Ideias Jurídicas da Antiguidade Clássica à Modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 37-38. *In*: ANDRADE, Roberta Lofrano. **Uma leitura constitucional do Direito Processual Penal frente à política criminal expansionista**: a necessária implementação de um (verdadeiro) sistema acusatório. 2013.267 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. Disponível: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3709>. Acesso em: 16/06/2022.