

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ**  
**CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**  
**LINHA DE PESQUISA: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO**  
**PROJETO DE PESQUISA: DEMOCRACIA, PROCESSO E JURISDIÇÃO**  
**DISSERTAÇÃO EM REGIME DE DUPLA TITULAÇÃO PELA WIDENER UNIVERSITY**

**O EQUILÍBRIO COGNITIVO DO JUIZ CRIMINAL COMO  
ELEMENTO ESSENCIAL DA IMPARCIALIDADE: ANÁLISE  
DO INCREMENTO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO  
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

**VICTOR LUIZ CEREGATO GRACHINSKI**

**Itajaí-SC, novembro de 2023**

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ**  
**CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**  
**LINHA DE PESQUISA: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO**  
**PROJETO DE PESQUISA: DEMOCRACIA, PROCESSO E JURISDIÇÃO**  
**DISSERTAÇÃO EM REGIME DE DUPLA TITULAÇÃO PELA WIDENER UNIVERSITY**

**O EQUILÍBRIO COGNITIVO DO JUIZ CRIMINAL COMO  
ELEMENTO ESSENCIAL DA IMPARCIALIDADE: ANÁLISE  
DO INCREMENTO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO  
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

**VICTOR LUIZ CEREGATO GRACHINSKI**

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em  
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –  
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título  
de Mestre em Ciência Jurídica. Em dupla titulação  
com a *Widener University Delaware Law School*.

**Orientador: Professor Doutor Aírto Chaves Junior**

**Itajaí-SC, novembro de 2023**

## **AGRADECIMENTOS**

Expresso meus sinceros agradecimentos às professores, funcionários e colegas da Univali e da Delaware Law School, que estiveram ao meu lado e mostraram o caminho do conhecimento durante o mestrado.

Ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, meu lar profissional há mais de doze anos, que investe em seus servidores e magistrados visando ao incremento da qualidade da prestação jurisdicional, por possibilitar a realização deste mestrado.

À minha família, por todo o amor, suporte incondicional e compreensão pelos períodos prolongados de ausência, sem os quais não seria possível a concretização deste trabalho.

Ao meu professor orientador, Doutor Airto Chaves Júnior, pela paciência, pelo conhecimento compartilhado e por me guiar ao longo desta pesquisa com conselhos valiosos, críticas construtivas e muito incentivo.

À minha esposa Tahyana, pela vida que estamos construindo há 19 anos juntos, com muito companheirismo, amor, paciência e incentivo, inclusive para a realização do mestrado e conclusão desta pesquisa, revisando meus escritos sempre que solicitado. Ainda, obrigado por me ensinar a importância da justiça social e da luta contra as desigualdades sociais.

A todos que, direta ou indiretamente contribuíram para este trabalho, muito obrigado.

## DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação à minha amada esposa, Tahyana de Almeida, minha companheira de caminhada nesta vida, com quem divido minhas angústias e meus sonhos, minhas tristezas e minhas alegrias, meus piores e meus melhores momentos. Não me recordo mais como é a vida sem você, nem quero recordar. Que continuemos nossa trajetória de muito amor, companheirismo e suporte mútuo, realizando nossos sonhos e projetando novos, com o propósito de sermos cada dia melhores, tanto para nós mesmos quanto para o mundo à nossa volta.

Amo você!

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, novembro de 2023

**Victor Luiz Ceregato Grachinski**  
**Mestrando**

## PÁGINA DE APROVAÇÃO

### MESTRADO

Conforme Ata da Banca de defesa de mestrado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - PPCJ/UNIVALI, em 30/11/2023, às 10h, o mestrando Victor Luiz Ceregato Grachinski fez a apresentação e defesa da Dissertação, sob o título "O EQUILÍBRIO COGNITIVO DO JUIZ CRIMINAL COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA IMPARCIALIDADE: ANÁLISE DO INCREMENTO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO".

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor Aírto Chaves Junior (UNIVALI), como presidente e orientador, Doutor Rodrigo Leite Ferreira Cabral (UEPG/PR), como membro, Doutor Orlando Luiz Zanon Junior (UNIVALI), como membro e Doutor Clóvis Demarchi (UNIVALI), como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 30 de novembro de 2023.



**PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ**  
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

## **ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

<b>ADI</b>	Ação Direta de Inconstitucionalidade
<b>CADH</b>	Convenção Americana de Direitos Humanos
<b>CPP</b>	Código de Processo Penal, Decreto Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941
<b>CRFB</b>	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
<b>PL</b>	Projeto de Lei
<b>STF</b>	Supremo Tribunal Federal
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeu de Direitos Humanos

## ROL DE CATEGORIAS

**Constitucionalismo:** Trata-se de uma forma de organização do Estado baseada na definição e limitação dos poderes arbitrários do Estado, com a separação de tais poderes e com a definição de Direitos e Garantias Fundamentais, da qual qualquer pessoa poderá se valer em face dos abusos do Estado ou de maiorias eventuais. Como teoria jurídica, segundo leciona Ferrajoli<sup>1</sup>, o Constitucionalismo seria um aprimoramento do positivismo jurídico. Enquanto no Estado Legislativo de Direito, caracterizado pelo modelo paleo-juspositivista ou apenas jus-positivista, as normas existiam simplesmente pelo fato de serem criadas pela autoridade competente, no Estado Constitucional de Direito, caracterizado pelo neo-juspositivismo ou jus-Constitucionalismo, à manutenção da competência legislativa do modelo anterior acrescentou-se a análise da validade substancial das normas. Em outras palavras, não basta mais que as normas sejam produzidas pela autoridade competente. Elas devem respeitar a constituição e as normas procedimentais e, principalmente, substanciais por ela encampadas, estas consagradoras dos Direitos e Garantias Fundamentais.

**Democracia:** Conforme define Hans Kelsen<sup>2</sup>, trata-se de uma forma de Estado e sociedade em que a ordem social é realizada por quem está a ela submetido, ou seja, pelo povo. Demanda identidade entre governantes e governados, sendo um governo do povo sobre o povo. Esse governo é escolhido pela maioria, do que se pressupõe a existência de uma minoria, cujos integrantes merecem indistinta proteção daquela concedida aos pertencentes à maioria, haja vista não haver domínio absoluto desta sobre aquela. Essa proteção é a função essencial dos Direitos e Liberdades Fundamentais garantidos nas Constituições das Democracias modernas, apontando a relação estreita entre Constitucionalismo e Democracia. **Direito Processual Penal:** A síntese do conjunto de normas que estabelecem a forma e os limites da intervenção estatal na apuração e punição de condutas que se enquadram em tipos penais previstos na legislação ordinária, protegendo a liberdade dos investigados/acusados, respeitando os direitos e garantias estabelecidos na Constituição do Estado<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A construção da Democracia:** teoria do garantismo constitucional. Coordenador da tradução Sérgio Cademartori. 1. Ed. Florianópolis: Emais, 2023, p. 185-189.

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. **A democracia.** 2ª ed. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 67-68.

<sup>3</sup> ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal.** 1ª Ed. 2ª Reimp. Tradución de la 25ª edición alemana de

**Imparcialidade Judicial:** Diz respeito ao fato de o juiz não ser parte em um processo judicial, posto ser um terceiro estruturalmente afastado das partes e com funções processuais distintas destas. Ele não deve ter interesse na sorte de qualquer das partes quanto ao resultado do processo. Conquanto se trate de um atributo eminentemente subjetivo, pois atrelado à pessoa do juiz e ao seu posicionamento psíquico em relação ao objeto do processo e às partes, a imparcialidade pode ser analisada tanto sob o ponto de vista subjetivo quanto objetivo. Conforme ensina Aury Lopes Júnior<sup>4</sup>, a imparcialidade subjetiva está relacionada ao estado anímico do juiz, se a opinião do juiz sobre os fatos se formou antes mesmo da produção das provas e/ou se está ele tendente a absolver ou condenar o acusado. Por outro lado, a imparcialidade objetiva está relacionada à estética de imparcialidade, ou seja, se o juiz parece imparcial, se pratica um ato próprio das partes, toma decisões de ofício, etc. É perceptível, portanto, a partir da análise da relação do juiz com o objeto do processo, não com as partes.

**Juiz das Garantias:** Juiz competente para atuar na fase de investigação, normalmente representada pelo inquérito policial, cuja função é resguardar sua legalidade, deferindo eventuais medidas de investigação sujeitas à reserva judicial ou medidas cautelares em desfavor do investigado, sempre zelando por seus direitos fundamentais. Ou seja, deve atuar como garantidor dos direitos do investigado, conforme leciona Lopes Júnior<sup>5</sup>. Supõe a existência de um outro magistrado atuante nos autos, o qual será chamado, de agora em diante, de Juiz de Instrução e Julgamento, competente pela fase de instrução e pelo julgamento do mérito do Processo Penal. As diferenças entre esses dois juízes, em especial o momento em que o Juiz das Garantias deixa de atuar e em que o Juiz de Instrução e Julgamento passa a atuar, serão objeto de análise no terceiro capítulo.

**Sistema Processual Penal:** Define as atribuições das partes em um processo judicial, bem como a forma e ordenação de seus procedimentos. Formado em torno de um princípio unificador, localizado em seu núcleo, do qual deriva a cadeia de

---

*Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 1-2/10-11. Tradução livre do autor da pesquisa.*

<sup>4</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 103-120.

<sup>5</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 195-196.

significantes<sup>6</sup>. Pode ser inquisitório ou acusatório. Para os fins deste trabalho, o critério identificador do sistema é a gestão ou iniciativa probatória, estando o sistema inquisitório formado em torno do princípio inquisitivo e o sistema acusatório em torno do princípio dispositivo. Ou seja, no primeiro, o juiz possui gestão da prova, ao passo que no último apenas as partes possuem iniciativa probatória<sup>7</sup>. Ou seja, não se considera a mera divisão de funções – acusar, defender e julgar – suficiente para definir um sistema como acusatório, sendo fundamental a gestão da prova.

**Teoria da Dissonância Cognitiva:** Desenvolvida pelo Psicólogo estadunidense Leon Festinger<sup>8</sup>, preceitua que todo indivíduo possui a tendência de buscar uma consistência psicológica entre suas cognições entre si, nas quais se incluem os conhecimentos, opiniões ou crenças que o indivíduo tenha sobre si próprio, sobre o próprio comportamento ou sobre o mundo à sua volta, bem como entre elas e suas atitudes. Havendo um conflito entre cognições ou entre uma cognição e uma atitude, ou seja, uma dissonância, o indivíduo, inconscientemente, buscará a retomada do equilíbrio cognitivo ou, pelo menos, a redução dessa dissonância por intermédio de processos cognitivo comportamentais, que seriam, segundo Festinger<sup>9</sup>, a mudança de elementos cognitivos dissonantes, a desvalorização de elementos cognitivos dissonantes e a adição de novos elementos cognitivos consoantes com a cognição existente, os quais serão explicados no segundo capítulo desta dissertação.

---

<sup>6</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 286-287/290-291.

<sup>7</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 76-79.

<sup>8</sup> FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance**. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 1-4. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>9</sup> FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance**. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 19-24. Tradução livre do autor da pesquisa.

## SUMÁRIO

**RESUMO** ..... p. 13

**ABSTRACT** ..... p. 15

**INTRODUÇÃO** ..... p. 17

### **1 LIMITES DEMOCRÁTICOS À ATUAÇÃO JURISDICIONAL NO PROCESSO PENAL: ESTRUTURA DIALÉTICA E IMPARCIALIDADE** ..... p. 23

1.1 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA ..... p. 23

1.1.1 Constitucionalismos ..... p. 24

1.1.2 Democracia ..... p. 33

1.2 IMPARCIALIDADE JUDICIAL ..... p. 40

1.2.1 Introdução à Imparcialidade Judicial ..... p. 42

1.2.2 Imparcialidade objetiva e subjetiva ..... p. 49

1.3 SISTEMAS PROCESSUAIS ..... p. 58

1.3.1 Evolução histórica ..... p. 58

1.3.2 Evolução histórica no Brasil ..... p. 62

1.3.3 O que define um sistema processual? ..... p. 68

1.4 VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL ..... p. 71

### **2 A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL** ..... p. 76

2.1 SISTEMAS DE JULGAMENTO MENTAL ..... p. 76

2.1.1 Heurísticas e Vieses ..... p. 79

2.1.1.1 Heurística da representatividade ..... p. 80

2.1.1.2 Heurística da disponibilidade ..... p. 82

2.1.1.3 Heurística do ajuste e ancoragem ..... p. 84

2.2 TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA ..... p. 85

2.2.1 Introdução ..... p. 85

2.2.2 Conceitos ..... p. 87

2.2.3 A teoria ..... p. 89

2.2.4 Os processos de redução da dissonância ..... p. 92

2.2.5 Dissonância pós-decisão ..... p. 97

2.2.6 Críticas à Teoria da Dissonância Cognitiva.....	p. 101
2.3 APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA AO PROCESSO PENAL.....	p. 104
2.3.1 O juiz como terceiro manipulado no processo penal: os efeitos perseverança e busca seletiva de informações.....	p. 110
2.3.1.1 A teoria da dissonância cognitiva na versão de Martin Irle.....	p.111
2.3.1.2 As hipóteses formuladas por Schünemann.....	p. 113
2.3.1.3 O experimento.....	p. 115
2.3.1.4 Resultados.....	p. 116
2.3.1.5 Efeito Aliança.....	p. 119
2.3.1.6 Interpretação dos resultados.....	p. 120

**3 O JUIZ DAS GARANTIAS COMO INSTRUMENTO DE MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO COGNITIVO DO JUIZ CRIMINAL.....** p. 122

3.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	p. 122
3.1.1 Predominantemente inquisitório ou predominantemente acusatório? p. 123	
3.1.2 Dispositivos do CPP que contribuem para o desequilíbrio cognitivo do juiz em favor da acusação.....	p. 130
3.2 MEDIDAS DE MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO COGNITIVO DO JUIZ CRIMINAL.....	p. 147
3.2.1 A Lei 13.964, de 2019: a introdução do Juiz das Garantias no Processo Penal brasileiro.....	p. 150
3.2.2 A incompatibilidade da iniciativa probatória do julgador com o princípio da imparcialidade.....	p. 155
3.2.3 A exclusão física dos autos do inquérito policial do processo.....	p. 160
3.2.4 A prevenção como critério de exclusão da competência.....	p. 164
3.2.5 O Juiz das Garantias.....	p. 165
3.2.5.1 O Juiz das Garantias e a decisão do STF nas ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF.....	p. 169

**CONSIDERAÇÕES FINAIS.....** p. 182

**REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....** p. 202

## RESUMO

A presente dissertação, intitulada “O Equilíbrio Cognitivo do Juiz Criminal como elemento essencial da Imparcialidade: análise do incremento do juiz das garantias no Processo Penal Brasileiro”, está vinculada à Linha de Pesquisa “Constitucionalismo e Produção do Direito” no âmbito do Projeto de Pesquisa “Democracia, Processo e Jurisdição”, do Programa *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, na área de concentração os “Fundamentos do Direito Positivo”. Tem por objetivo institucional a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), com dupla titulação no Mestrado em Direito pela Widener University. A pesquisa se adequa à meta 10 do ODS n. 16. Trata-se de pesquisa elaborada com o intuito de estudar se a imparcialidade do juiz criminal é afetada pela busca constante, e inconsciente, de equilíbrio cognitivo, conforme a Teoria da Dissonância Cognitiva, e se o Juiz das Garantias seria instrumento eficiente de manutenção desse equilíbrio, permitindo que o juiz responsável pelo julgamento do mérito tenha a originalidade cognitiva necessária para conferir tratamento isonômico às partes. O primeiro capítulo foi dedicado ao estudo do constitucionalismo e à democracia substancial, ressaltando a separação dos poderes e as garantias fundamentais dos cidadãos, dentre as quais está a imparcialidade do juiz, também estudada, além dos sistemas processuais penais e da gestão da prova. O segundo capítulo se dedicou ao estudo das heurísticas e vieses e da Teoria da Dissonância Cognitiva, bem como sua aplicação ao processo penal. Por fim, o terceiro capítulo analisou o sistema processual penal brasileiro e os dispositivos do CPP que tendem a afetar o equilíbrio cognitivo no juiz criminal, além de medidas de manutenção desse equilíbrio. Identificou-se que o contato com os elementos do inquérito leva o juiz a uma cognição inicial dos fatos enviesada, tendendo a conceder maior valor à essa versão. Por outro lado, a iniciativa probatória do julgador permite que busque seletivamente, ainda que inconscientemente, as informações que irão reforçar tal cognição, resultando na inversão do ônus probatório e da presunção de inocência. Atingiu-se a conclusão que o Juiz das Garantias pode obstar ou reduzir a contaminação cognitiva do juiz pela versão acusatória. Para alcançar essas conclusões, o presente trabalho utilizou o método indutivo na fase de investigação, o cruzamento da literatura pertinente aos problemas anotadas em cada item na fase de tratamento de dados e a base lógica indutiva para compor o relatório dos resultados

da dissertação.

**Palavras-chave:** Processo Penal; Sistema Acusatório; Imparcialidade Judicial; Teoria da Dissonância Cognitiva; Juiz das Garantias.

## **ABSTRACT**

This dissertation, entitled "The Cognitive Balance of the Criminal Judge as an Essential Element of Impartiality: Analysis of the Increase of the Judge of Guarantees in the Brazilian Criminal Procedure", is linked to the Line of Research "Constitutionalism and Production of Law" within the Research Project "Democracy, Process and Jurisdiction" of the Stricto Sensu Program in Legal Science at the University of Vale do Itajaí, within the area of concentration "Foundations of Positive Law". Its institutional objective is to obtain a Master's Degree in Legal Science from the University of Vale do Itajaí (UNIVALI), with a double Master's Degree in Law from Widener University. The research is in line with goal 10 of SDG no. 16. Its purpose is to examine whether the impartiality of criminal judges is affected by the constant and unconscious search for cognitive balance, according to Cognitive Dissonance Theory, and whether the Judge of Guarantees institute is an efficient instrument for maintaining this balance, allowing the judge responsible for the sentence to have the necessary cognitive originality to give equal treatment to the parties. The first chapter is dedicated to the study of constitutionalism and substantial democracy, highlighting the separation of powers and the fundamental guarantees of citizens, among which is the impartiality of the judge. It also examines the criminal procedural systems and the management of evidence. The second chapter focuses on the study of heuristics and biases, as well as the Theory of Cognitive Dissonance and its application to criminal procedure. Finally, the third chapter analyzes the Brazilian criminal procedure system and the provisions of the CPP that tend to affect the cognitive balance of the criminal judge, as well as measures to maintain this balance. It was identified that the contact with the elements of the investigation leads the judge to a biased initial cognition of the facts, tending to give greater value to this first known version. On the other hand, the evidentiary initiative allows the judge to selectively seek, albeit unconsciously, the information that will reinforce this first cognition, resulting in an inversion of the burden of proof and the presumption of innocence. The conclusion drawn is that the institute of the judge of guarantees can prevent or reduce cognitive contamination of the judge by the accusatory version.

To reach these conclusions, this work used the inductive method in the investigation phase, a search of literature relating to the problems noted in each item of the data processing phase, and the inductive logical basis to compose the report of the results.

**Keywords:** Criminal Procedure; Accusatory System; Judicial Impartiality; Cognitive Dissonance Theory; Judge of Guarantees.

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação, intitulada “O Equilíbrio Cognitivo do Juiz Criminal como elemento essencial da Imparcialidade: análise do incremento do juiz das garantias no Processo Penal Brasileiro” está devidamente vinculado à Linha de Pesquisa “Direito, Jurisdição e Inteligência Artificial” no âmbito do Projeto de Pesquisa “Democracia, Processo e Jurisdição”, do Programa Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, na área de concentração os “Fundamentos do Direito Positivo”. Tem por objetivo institucional a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), com dupla titulação no Mestrado em Direito pela Delaware Law School.

O seu objetivo científico geral é analisar se o conhecimento prévio dos autos do Inquérito Policial, por parte do juiz responsável pela instrução pelo julgamento da ação penal, contamina sua cognição a ponto de dificultar o tratamento isonômico das partes do Processo Penal. Para tanto, tem, como primeiro objetivo específico, a análise da Imparcialidade Judicial e da valoração racional das provas no Processo Penal à luz do Constitucionalismo e da Democracia Substancial. O segundo objetivo específico é o estudo das heurísticas e vieses e da Teoria da Dissonância Cognitiva, com ênfase aos efeitos perseverança e busca seletiva de informações, bem como sua aplicação ao Processo Penal. Como último objetivo específico, discorrer-se-á sobre a classificação do Sistema Processual brasileiro, se predominantemente inquisitório ou acusatório, além de instrumentos de manutenção do equilíbrio cognitivo do juiz criminal, com destaque ao instituto do Juiz das Garantias, a fim de verificar se ele é capaz de evitar a contaminação cognitiva do juiz pelos autos da investigação, estabelecendo um equilíbrio de tratamento entre as versões acusatória e defensiva.

A pesquisa se adequa à produção científica que tem como escopo a observância dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS's), uma vez que dialoga com o conteúdo dos objetivos e suas metas, em especialmente com a meta 10 do ODS n. 16: Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais.

A importância temática da pesquisa advém da aprovação da Lei 13.964, de

2019<sup>10</sup>, que inseriu o instituto do Juiz das Garantias no ordenamento jurídico brasileiro. Referida lei foi alvo de ADIs durante a *vacatio legis* e, até o momento, os dispositivos que tratam do Juiz das Garantias sequer entraram em vigência. Recentemente, as ADIs foram julgadas, conquanto a decisão final ainda não tenha transitado em julgado<sup>11</sup>, tendo sido estabelecido um prazo de doze meses, prorrogáveis por mais doze, para efetiva implantação do instituto. De todo modo, a discussão instaurada entre acadêmicos e profissionais do direito sobre a validade das premissas que subsidiaram a implantação do instituto, bem como sobre a sua efetividade, demonstram a necessidade da pesquisa e sua atualidade<sup>12</sup>.

Para a pesquisa, foram apresentados os seguintes problemas:

a) O conhecimento prévio das informações trazidas nos autos da Investigação Preliminar de Processo Penal aproxima o juiz, cognitivamente, da hipótese acusatória para desvalorizar os elementos de processos cognitivos dissonantes?

b) O conhecimento prévio das informações trazidas nos autos da Investigação Preliminar de Processo Penal aproxima o juiz, cognitivamente, da hipótese acusatória para adicionar novos elementos cognitivos consonantes com a cognição pré-existente ao Processo Penal?

c) A implementação do Juiz de Garantias auxiliaria na valoração racional e imparcial da Prova em Processo Penal e ajudaria a descontaminar o estado psicológico do magistrado e a sua vinculação psíquica com a hipótese acusatória?

Diante dos problemas apresentados, foram levantadas as seguintes

---

<sup>10</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 5 mar. 2023.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Ata de Julgamento). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Relator: Min. Luiz Fux. 24 de agosto de 2023. Publicado DJE em 1.9.2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5850380&ext=RTF>>. Acesso em 12 set. 2023.

<sup>12</sup> A contestação de parcela dos profissionais do direito ao instituto pode ser inferida da autoria de duas das quatro ADIs propostas em face da Lei 13.964, de 2019: a ADI 6298 foi julgada pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil, ao passo que a ADI 6305 foi julgada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp.

hipóteses:

a) Configura-se o chamado efeito inércia ou perseverança, nos moldes da Teoria da Dissonância Cognitiva, pelo qual o Juiz superestima o conhecimento prévio, qual seja a hipótese acusatória, desvalorizando os elementos dissonantes, ou seja, a hipótese defensiva.

b) Configura-se a chamada busca seletiva de informações, nos moldes da Teoria da Dissonância Cognitiva, pela qual o Juiz valoriza, dentre as novas informações que aportam aos autos, aquelas que confirmam seu entendimento prévio, alinhado à hipótese acusatória.

c) A designação de um Juiz para a instrução e julgamento do feito, diverso daquele responsável pelas decisões da fase do inquérito policial até o recebimento da denúncia, auxiliará a estabelecer a originalidade e o equilíbrio cognitivos do Julgador.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com o estudo dos diferentes tipos de Constitucionalismo, com destaque para aquele de matriz garantista, e da Democracia Substancial, como superação da Democracia plebiscitária, dando-se ênfase à separação dos poderes do Estado e das Garantias Fundamentais dos cidadãos, dentre as quais a imparcialidade judicial, sob os aspectos objetivo e subjetivo. Na sequência, analisam-se os sistemas processuais penais, traçando uma evolução histórica do assunto na história do direito, com destaque para a história do direito brasileiro. Confere-se relevância a dois aspectos nesta análise: gestão e valoração da prova no Processo Penal brasileiro.

O Capítulo 2 trata dos sistemas de julgamento mental, com base nos ensinamentos de Daniel Kahnemann<sup>13</sup>, com destaque para as heurísticas e vieses, bem como da Teoria da Dissonância Cognitiva, desenvolvida por Leon Festinger<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

<sup>14</sup> FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance**. Stanford, California (EUA): Stanford University Press, 1957.

Referida teoria afirma que os seres humanos têm a tendência de se manter ou buscar se manter em constante equilíbrio cognitivo. Diante de situações ou informações que confrontem as cognições anteriormente detidas, estaria configurada a dissonância cognitiva, dando-se ensejo, involuntariamente, a processos cognitivos-comportamentais cujo objetivo é pôr fim à dissonância, reestabelecendo o equilíbrio cognitivo. Dentre os processos cognitivos-comportamentais mencionados, pode-se citar a supervalorização da cognição previamente detida e a busca seletiva de informações. Com base nessas premissas, o capítulo se encerra com a análise do experimento de Bernd Schünemann<sup>15</sup>, que aplicou a Teoria da Dissonância Cognitiva ao Processo Penal, comprovando que o conhecimento prévio dos autos do inquérito policial, pelo Juiz Criminal, afeta o seu equilíbrio cognitivo em favor da tese acusatória.

O Capítulo 3, por fim, dedica-se a uma análise do sistema processual penal brasileiro, buscando destacar suas características principais a fim de averiguar se é, predominantemente, inquisitório ou acusatório. Destacam-se alguns dispositivos que contribuem ao desequilíbrio cognitivo do juiz criminal, de questionável constitucionalidade e adequação ao sistema acusatório, e que permanecem em pleno vigor. Finda-se o capítulo analisando algumas medidas de manutenção do equilíbrio cognitivo do juiz criminal à luz da Lei 13.964, de 2019<sup>16</sup>, a qual inseriu, dentre outras medidas, o instituto do Juiz das Garantias no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o impacto sobre ele do julgamento das ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF<sup>17</sup>.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a necessidade de efetiva adequação do Processo Penal brasileiro à CRFB e às normas de direito internacional, livrando-se de suas raízes autoritárias, com destaque para a resistência

---

<sup>15</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

<sup>16</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 5 mar. 2023.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Ata de Julgamento). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Relator: Min. Luiz Fux. 24 de agosto de 2023. Publicado DJE em 1.9.2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5850380&ext=RTF>>. Acesso em 12 set. 2023.

de operadores do Direito – diga-se, Juízes e membros do Ministério Público – às mudanças que foram implementadas pela Lei 13.964, de 2019.

A relevância da dupla titulação para esta pesquisa consistiu no contato com um sistema jurídico diverso do brasileiro, com fundamentos constitucionais e doutrinários diferentes, com alguns pontos em comum. Conquanto não se tenha elaborado um estudo de direito comparado, o que demandaria muito mais tempo de pesquisa do que o mestrado oferece, nem se tenha feito uma pesquisa específica do sistema estadunidense, por não ser requisito à dupla titulação, propiciou a análise da evolução dos sistemas processuais de outros países a partir de perspectivas diferentes, não apenas vinculadas ao sistema processual brasileiro, enriquecendo as considerações e conclusões deste trabalho. Outrossim, permitiu uma melhor compreensão da Teoria da Dissonância Cognitiva por meio do estudo da obra de Leon Festinger<sup>18</sup> em sua língua original, além das obras de autores de língua inglesa sobre ela<sup>19</sup>.

O Método a ser utilizado na fase de Investigação será o indutivo<sup>20</sup>. Na fase de Tratamento dos Dados será feito o cruzamento da literatura pertinente aos problemas tratados em cada item, e, dependendo do resultado das análises, no Relatório dos Resultados será expresso na presente Dissertação na base lógica indutiva.

---

<sup>18</sup> FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford, California (EUA): Stanford University Press, 1957.

<sup>19</sup> Por todas: **COGNITIVE DISSONANCE: Reexamining a Pivotal Theory in Psychology**. 2ª ed. Organizador: Eddie Harmon-Jones. Washington, DC (EUA): American Psychological Association, 2019. Versão para Kindle.

<sup>20</sup> “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 114.

Nas diversas fases da Pesquisa, serão acionadas as Técnicas do Referente<sup>21</sup>, da Categoria<sup>22</sup>, do Conceito Operacional<sup>23</sup> e da Pesquisa Bibliográfica<sup>24</sup>.

Nesta Dissertação as Categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus Conceitos Operacionais são apresentados em glossário inicial.<sup>25</sup>

Não há conflito de interesse sobre o tema pesquisado e o exercício profissional do pesquisador. Pelo contrário, como magistrado, sua intenção é a melhora da prestação jurisdicional a partir de uma leitura do sistema processual penal condizente com os direitos e garantias previstos na CRFB e nos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos.

A presente pesquisa é fruto de bolsa concedida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por meio de convênio com a Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

---

<sup>21</sup> “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 69.

<sup>22</sup> “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 41.

<sup>23</sup> “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 58.

<sup>24</sup> “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 217.

<sup>25</sup> Sobre Categorias e Conceitos Operacionais vide: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018. p.31-60.

## CAPÍTULO 1

# LIMITES DEMOCRÁTICOS À ATUAÇÃO JURISDICIONAL NO PROCESSO PENAL: ESTRUTURA DIALÉTICA E IMPARCIALIDADE

### 1.1 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Claus Roxin<sup>26</sup> ensina que o Direito Penal estabelece as condutas puníveis e as consequências jurídicas que decorrem de suas práticas. Para apurar se determinadas condutas se enquadram nos tipos previstos na legislação material, há a necessidade de um procedimento judicial regulamentado, o qual está embasado em três ideias principais: suas prescrições devem contribuir à realização do Direito Penal; concomitantemente, deve prever os limites da intervenção das autoridades responsáveis pela persecução penal, visando a proteção da liberdade do indivíduo; e, deve restabelecer, por meio de uma decisão definitiva, a paz jurídica. A síntese do conjunto das normas que servem a esses propósitos é representada pelo Direito Processual Penal.

Especificamente quanto ao segundo ponto, Roxin<sup>27</sup> ressalta que a pena constitui a intervenção estatal mais grave na liberdade do indivíduo, traduzindo um conflito entre o interesse deste e o interesse coletivo por segurança. Assim, o direito processual penal seria um sismógrafo da Constituição do Estado, de modo que qualquer mudança na estrutura deste impacta o processo penal.

Nos estados absolutistas da era moderna ou totalitários da atualidade, sob o argumento da supremacia dos interesses coletivos, arbitrariedades são praticadas, acusador e julgador se confundem, sendo, em alguns casos, o julgador dependente do grupo que exerce o poder, e o indivíduo é visto como objeto do procedimento ao invés de sujeito de direitos. Na era moderna, essa configuração foi superada pelo

---

<sup>26</sup> ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 1ª Ed. 2ª Reimp. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 1-2. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>27</sup> ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 1ª Ed. 2ª Reimp. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 10-11. Tradução livre do autor da pesquisa.

iluminismo e pelo liberalismo, que trouxeram a reserva legal como condicionante à atuação repressiva do Estado, a divisão dos poderes, da qual se derivou a independência dos juízes e a separação das funções de acusação e julgamento, e o reconhecimento dos Direitos Fundamentais do indivíduo, inclusive, e especialmente, em face do Estado. Nessa linha, o liberalismo do século XIX introduziu os princípios democráticos no Direito Processual Penal, seja por meio de tribunais do júri, com a participação popular na justiça penal, seja pela introdução da publicidade dos procedimentos, ao contrário do sigilo que imperava nos procedimentos dos estados absolutistas.

Portanto, o Processo Penal se presta a possibilitar o exercício do direito de punir pelo Estado respeitando os direitos e das garantias individuais do investigado/acusado, permitindo a participação popular direta, como nos tribunais do júri, ou indiretamente, por meio da regra da publicidade dos procedimentos. Ou seja, trata do exercício limitado e vinculado do aparato estatal. Seus fundamentos, na conjuntura atual, são a Constituição e o Estado Democrático de Direito, de modo que se faz necessário discorrer sobre o Constitucionalismo e a Democracia antes de adentrar na análise dos sistemas processuais e da imparcialidade, temas que estão diretamente relacionados e que se apresentam, concomitantemente, como limitação ao poder estatal e garantias individuais.

### 1.1.1 Constitucionalismos

O Constitucionalismo não se trata de uma construção jurídica acabada e de significado único, aceito pelo universo doutrinário ou por grande parte dele. Trata-se de conceito em constante evolução, com diferentes compreensões por parte de autores renomados, tanto no cenário internacional quanto nacional.

Maurizio Fioravanti<sup>28</sup> ensinava que o Constitucionalismo é concebido como o conjunto de doutrinas que, a partir da metade do século XVII, dedicaram-se a tratar dos aspectos do limite e da garantia no horizonte da formação dos estados modernos. Ou seja, visava à divisão do poder soberano, a ser exercido por órgãos

---

<sup>28</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 86/109. Tradução livre do autor da pesquisa.

reciprocamente limitados, e ao estabelecimento de uma norma fundamental, garantindo e tutelando os direitos dos indivíduos, oponíveis inclusive aos arbítrios do Estado. A conjugação desses dois aspectos é o que permitiria, por exemplo, que o Poder Judiciário declare inconstitucional uma lei aprovada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo. Não porque seria um Poder superior aos demais, mas porque tem, dentre suas finalidades, salvaguardar os direitos e garantias individuais.

Para Gustavo Zagrebelsky<sup>29</sup>, o Estado Constitucional é uma evolução do Estado de Direito, o qual era tipicamente burguês e transmitia uma ideia de proteção dos cidadãos em face dos arbítrios da Administração pública por meio da lei. Com o Estado Constitucional, a lei passa a ser submetida a uma relação de adequação e subordinação a um nível mais alto do direito, qual seja a Constituição. É esse Estado Constitucional que possibilita, de fato, um governo das leis ao invés de um governo dos homens, pois os homens que exercem qualquer dos poderes também estão submetidos à Constituição.

José Joaquim Gomes Canotilho<sup>30</sup> escreve que o Constitucionalismo não se resume à limitação do poder e à garantia de direitos individuais. Do ponto de vista histórico, ele é um produto da ideologia liberal ou burguesa, calcada na ideia de governo das leis e não dos homens. Aqui, o autor considera tanto o liberalismo político, ao qual estão relacionadas as doutrinas dos direitos humanos e da divisão dos poderes, quanto o liberalismo econômico, centrado em uma economia de livre mercado. Ao fornecer substrato sociológico ao Estado constitucional, a sociedade burguesa recebe, em retorno, condições políticas favoráveis ao desenvolvimento do liberalismo econômico, como a segurança jurídica, que não havia no Estado Absolutista, no qual os poderes do soberano não tinham limites. Ainda, o Estado Constitucional permite a ascensão política da burguesia, atingindo os cargos de poder, sem falar que, dentre os Direitos Fundamentais, estão alguns essenciais à economia,

---

<sup>29</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil: Ley, derechos y justicia*. 10 Ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011, p. 33-41. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>30</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 64/254-255.

como propriedade e liberdade de profissão.

Miguel Carbonell<sup>31</sup> traz à baila a discussão sobre o que passou a se chamar de neoConstitucionalismo, que ganhou espaço após a Segunda Guerra Mundial, principalmente a partir da década de 1970. Integrariam este conceito o conjunto de constituições que, além de estabelecer competências e separar os poderes públicos, contém normas substantivas que condicionam a atuação do Estado por meio do estabelecimento de certos objetivos e de um amplo catálogo de Direitos Fundamentais. Cita como exemplo desse tipo de constituição, dentre outras, a CRFB. Como consequência, o Neoconstitucionalismo teria provocado uma explosão da atividade judicial, comportando ou demandando algum grau de ativismo judicial, muito superior ao que era perceptível anteriormente, entrando em jogo as técnicas interpretativas próprias dos princípios constitucionais, como a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade, a maximização dos efeitos normativos dos Direitos Fundamentais e a projeção horizontal dos direitos, dentre tantas outras.

Dentre outros nomes importantes no desenvolvimento teórico sobre as novas constituições, Carbonel menciona Ronald Dworkin, Robert Alexy e Luigi Ferrajoli.

Ronald Dworkin<sup>32</sup> define o Constitucionalismo como um sistema que estabelece direitos individuais que a legislatura dominante não tem poder para derrubar ou reduzir. Um sistema legal respeitável deve incluir a proteção de direitos individuais contra o arbítrio da maioria, o que não deve ser visto como um atentado à Democracia, pois, segundo o autor, esta não se resume à vontade da maioria. Ela demanda uma estrutura constitucional que não está sujeita a mudanças de acordo com os rumos políticos momentâneos. Por exemplo, a maioria dominante não pode abolir futuras eleições.

Na obra “O império do direito”, Dworkin<sup>33</sup> ressalta a importância da

---

<sup>31</sup> CARBONELL, Miguel. *El NeoConstitucionalismo: significado y niveles de análisis*. In: CARBONELL, Miguel, e JARAMILLO, Leonardo García (orgs.). **El canon neoconstitucional**, Madrid: Trotta, 2010, n. I-II, p. 154-155/157. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. **Constitutionalism and democracy**. *European Journal of Philosophy*, n. 3, v. 1, p. 2-11, abril, 1995, p. 2. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, MA (USA): Harvard University Press, 1986, p. 374-

separação dos poderes na salvaguarda dos direitos das minorias. Enquanto os legisladores são eleitos e reeleitos por maioria, precisando pautar suas manifestações de acordo com a vontade do eleitorado, os juízes, que não estão sujeitos a esse escrutínio popular, tem o dever de exercer o papel contramajoritário em defesa das minorias.

Em *Levando os direitos a sério*, dentre outros assuntos, o autor analisa as posturas que o Poder Judiciário pode tomar diante das cláusulas constitucionais vagas, que possibilitam interpretações distintas. A primeira seria o chamado ativismo judicial, por meio do qual o Poder Judiciário revisita essas cláusulas e as decisões anteriores de acordo com a “visão moral” vigente, e julga os atos do Executivo e do Legislativo a partir disso. A outra postura, chamada pelo autor de moderação judicial, é mais deferente às atribuições dos outros poderes, evitando ao máximo modificar as decisões deles oriundas, exceto quando em clara dissonância com a Constituição<sup>34</sup>.

Mais especificamente nas hipóteses de ativismo judicial, a tese de Dworkin<sup>35</sup>, refutando o positivismo de Hart, é a de que o ordenamento jurídico não é constituído apenas de regras, mas também de princípios, os quais são importantes para as situações em que não há regra aplicável ao caso concreto, os chamados *hard cases* (casos difíceis). Enquanto as regras operam num sistema de “tudo-ou-nada”, os princípios possuem uma estrutura lógica diferente, pois não oferecem claramente as hipóteses de sua aplicação, servindo apenas como razões que contribuem em favor de uma decisão ou outra. Enquanto um conflito de regras é resolvido pela simples prevalência de uma sobre a outra, a qual se torna inválida, conforme critérios estabelecidos no ordenamento, o conflito de princípios é decidido em face do caso concreto, avaliando-se qual dos princípios tem um peso maior na hipótese. Diferente do que ocorre com as normas, o fato de um princípio ser preterido em um conflito não o torna inválido, podendo, em outra situação, vir a prevalecer diante do caso posto.

Ao tratar das normas de Direitos Fundamentais em um sistema jurídico,

---

376. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 215-216.

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 39-43.

Robert Alexy<sup>36</sup> divide a fundamentalidade em formal e substancial. O aspecto formal decorre da posição dessas normas no topo da estrutura hierarquizada do ordenamento jurídico, vinculando os procedimentos dos três poderes da república. O aspecto substancial está relacionado à estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Ou seja, quais os objetivos do Estado, quais direitos e garantias serão resguardados pela Constituição, inclusive contra a vontade da maioria.

Para ressaltar a diferença entre os mencionados aspectos, Alexy discorre que, em um modelo puramente procedimental, por exemplo, a validade de uma lei estaria sujeita apenas à observância do procedimento legislativo. Em outras palavras, seguido o rito legislativo previsto na Constituição, a lei seria válida, não havendo qualquer restrição ao seu conteúdo. Por outro lado, em um modelo puramente material, as leis e demais atos normativos estariam sujeitos apenas ao conteúdo das normas constitucionais, podendo ser colocados em prática independentemente do rito.

Assim, Alexy conclui que, embora as normas de Direito Fundamental sejam preponderantemente substanciais, pois relacionadas à estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, não se pode desprezar a importância do aspecto procedimental, pois este, ao regulamentar a atuação dos poderes do Estado, garante o combate contra eventuais arbitrariedades.

Alexy define que a diferença entre regras e princípios é qualitativa. Enquanto as regras são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível. Ou seja, princípios são mandamentos de otimização e que, portanto, admitem graus diferentes de satisfação, ao contrário das regras. Um conflito entre princípios é solucionado por meio da ponderação, uma vez que não é possível declarar inválido um princípio, sempre prevalecendo um diante dos demais aplicáveis na hipótese. Avançando ao que foi dito por Dworkin, há princípios que possuem uma relação de precedência incondicionada sobre outros, ou seja, que sempre prevalecerão num conflito entre eles, e há aqueles

---

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-103/520-523.

de precedência condicionada, caso em que, a depender das circunstâncias, um pode prevalecer sobre o outro.

Lenio Streck<sup>37</sup> ensina que o neoConstitucionalismo representa a superação do paleojuspositivismo (exegetismo) – pré Segunda Guerra mundial -, afirmando as críticas dos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e da jurisprudência dos valores. Em outras palavras, ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito novo, mas que deposita todas as suas esperanças no protagonismo judicial, o qual teria sido realçado por uma aplicação acrítica da ponderação de Alexy. O autor defende a construção de um direito democraticamente produzido, marcado por uma Constituição normativa e pela integridade da jurisdição, o que optou por chamar de “Constitucionalismo Contemporâneo”, a fim de evitar os mal-entendidos inerentes ao neoConstitucionalismo.

Esse Constitucionalismo Contemporâneo teria impacto tanto na Teoria do Estado e da Constituição, por meio do Estado Democrático de Direito, quanto no plano da Teoria do Direito, reformulando a teoria das fontes (a onipresença da Constituição substitui a supremacia da lei), a teoria da norma (por meio da normatividade dos princípios) e a teoria da interpretação (o que, para Streck, serviria como uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos).

Gunther Teubner<sup>38</sup> trata da nova questão constitucional em contrapartida ao que poderia se chamar de velha questão constitucional. Segundo o autor, se nos séculos XVIII e XIX as questões constitucionais diziam respeito à liberação das energias do poder político dos Estados Nacionais e, ao mesmo tempo, sua limitação em um Estado de Direito, atualmente estão relacionadas à liberação de energias sociais completamente diferentes, constatáveis principalmente na área econômica, restringindo, simultaneamente, seu poder destrutivo. O autor menciona assuntos que extrapolam as fronteiras dos Estados Nacionais e, por consequência, fogem dos processos políticos tradicionais, como decisões da Organização Mundial do Comércio

---

<sup>37</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – o Constitucionalismo contemporâneo. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis (SC), v. 1, n. 2, p. 27–41, 2014, p. 28-30. Disponível em: <<https://cejur.emnuvens.com.br/cejur/article/view/64>>. Acesso em: 23 mai. 2023.

<sup>38</sup> TEUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1-3. Tradução livre do autor da pesquisa.

que ameaçam a proteção ao meio ambiente e à saúde, violações de direitos humanos por empresas multinacionais, entre outros. Ou seja, essa crise do Constitucionalismo moderno, que também seria uma crise do Estado Nacional, teria como gênese a transnacionalização e o que chamou de privatização da política. A solução demandaria um ambicioso direito internacional público constitucionalizado, com uma carta maior oponível a todos que estão integrados em uma sociedade globalizada.

Outro autor que também discorre sobre a crise dos Estados Nacionais e um Constitucionalismo para além das fronteiras é Luigi Ferrajoli<sup>39</sup>, que dedicou boa parte de sua obra mais recente ao assunto. Todavia, para esta pesquisa, as contribuições do autor italiano sobre o Constitucionalismo no âmbito interno são mais relevantes.

Ferrajoli<sup>40</sup> considera o Constitucionalismo um aprimoramento do positivismo jurídico. Enquanto no Estado Legislativo de Direito, caracterizado pelo modelo paleo-juspositivista ou apenas jus-positivista, as normas existiam simplesmente pelo fato de serem criadas pela autoridade competente, no Estado Constitucional de Direito, caracterizado pelo neo-juspositivismo ou jus-Constitucionalismo, à manutenção da competência legislativa do modelo anterior acrescentou-se a análise da validade substancial das normas. Em outras palavras, não basta mais que as normas sejam produzidas pela autoridade competente. Elas devem respeitar a constituição e as normas procedimentais e, principalmente, substanciais por ela encampadas.

A mudança do modelo jus-positivista para o jus-constitucionalista teve como principal marco a Segunda Guerra Mundial e os horrores produzidos pelo totalitarismo nazista e fascista. Concluiu-se, diante da tragédia humanitária que atingiu a Europa, o norte da África e parte do Pacífico, que a obediência às leis pelo simples fato de emanarem de uma autoridade competente era insuficiente. Fazia-se

---

<sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A construção da Democracia**: teoria do garantismo constitucional. Coordenador da tradução Sérgio Cademartori. 1. Ed. Florianópolis: Emais, 2023.

<sup>40</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A construção da Democracia**: teoria do garantismo constitucional. Coordenador da tradução Sérgio Cademartori. 1. Ed. Florianópolis: Emais, 2023, p. 185-189. No prefácio do livro, o autor esclarece que se trata de uma atualização dos três volumes da obra "*Principia iuris*. Teoria do direito e da Democracia", originalmente publicada em 2007.

necessário regular as próprias autoridades e o procedimento de criação de novas leis.

Segundo o autor italiano, entre as muitas concepções de Constitucionalismo, uma característica comum é a ideia de submissão dos poderes públicos a uma série de normas superiores, as quais, nas constituições contemporâneas, sancionam Direitos Fundamentais. Nessa linha, o Constitucionalismo, como sistema jurídico, é um conjunto de limites e de vínculos impostos a todos os poderes, inclusive ao legislativo e ao judiciário. Por outro lado, como teoria do direito, é uma concepção de validade das leis que não se satisfaz apenas com a conformidade com as normas procedimentais de elaboração daquelas, mas também com a coerência dos seus conteúdos com os princípios constitucionalmente estabelecidos<sup>41</sup>.

Neste ponto, é possível concluir pela existência de um denominador comum entre os Constitucionalismos. Independentemente da corrente adotada, eles contêm sempre três elementos: separação dos poderes, limitação dos poderes e proteção dos Direitos Fundamentais. Essas três características estão intrinsicamente relacionadas. A separação dos poderes tem como razão de ser evitar a concentração em uma pessoa, um órgão ou grupo hegemônico. Ademais, esses poderes devem ser limitados e, portanto, pautados pelos limites impostos na constituição e nas leis. Dentre as espécies de limitações, estão os Direitos Fundamentais, que servem, por exemplo, para defender os cidadãos dos arbítrios do poder.

Seguindo essa linha de raciocínio, Ferrajoli<sup>42</sup> defende uma concepção

---

<sup>41</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoConstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *In: Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst.* Curitiba, PR: ABDConst, 2011, p. 95-96. Disponível em <<https://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em 14 ago. 2022.

<sup>42</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A construção da Democracia:** teoria do garantismo constitucional. Coordenador da tradução Sérgio Cademartori. 1. Ed. Florianópolis: Emais, 2023, p. 200. De acordo com Ferrajoli, as garantias primárias correspondem à obrigação de prestação ou à proibição de lesão disposta à tutela de um direito subjetivo e são dirigidas aos possíveis autores dos atos obrigatórios ou vedados (p. 124-125). Dividem-se em garantias positivas e negativas. São garantias positivas as obrigações correspondentes a uma expectativa positiva. Por exemplo, a previsão constitucional de direito à educação e à saúde são garantias de que o cidadão poderá exigir tais direitos do Estado. Por sua vez, são garantias negativas as proibições correspondentes a uma expectativa negativa. Por exemplo, ao direito à vida corresponde à garantia da criminalização do homicídio (p. 79). De outro lado, as garantias secundárias correspondem à obrigação de anulação de um ato inválido ou de condenação pela prática de um ato ilícito. São direcionadas aos juízes, a quem caberá garantir a efetividade dos direitos não correspondidos ou violados (p. 124-125).

garantista do Constitucionalismo. Para ele, nos ordenamentos complexos, caracterizados por normas de hierarquias diferentes, como aqueles dotados de cartas constitucionais, existe a obrigação de criar tanto as garantias primárias quanto as garantias secundárias dos Direitos Fundamentais nela estabelecidos. Ou seja, não basta a mera previsão constitucional ou legal dos direitos. Faz-se necessária a criação de mecanismos de efetivação desses direitos.

A visão garantista de Ferrajoli<sup>43</sup> sobre o Constitucionalismo, segundo o próprio autor, não guarda semelhança com o neoConstitucionalismo principialista de Dworkin, Alexy e Atienza<sup>44</sup>. Diferente destes que, em linhas gerais, defendem que as constituições teriam incorporado a moral ao direito, o autor italiano sustenta que o princípio juspositivista da separação entre direito e moral continua a valer, considerando sua visão de que o Constitucionalismo seria um reforço do positivismo jurídico, não sua superação. Inclusive, para Ferrajoli<sup>45</sup>, na separação entre direito e moral reside o principal pressuposto metodológico de uma teoria geral do garantismo.

É na linha do Constitucionalismo garantista de Ferrajoli<sup>46</sup> que se pretende avançar, o qual divide a constituição em duas etapas: uma estrutural e uma axiológica.

A primeira etapa vale para qualquer constituição e está relacionada à sua posição hierárquica em relação às demais normas e fontes do direito. É o que confere rigidez à constituição, exigindo mais requisitos para sua reforma se comparada à legislação infraconstitucional.

A segunda etapa, por sua vez, diz respeito aos conteúdos necessários para

---

<sup>43</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoConstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *In: Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst.*. Curitiba, PR: ABDConst, 2011, p. 95-96. Disponível em <<https://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em 14 ago. 2022.

<sup>44</sup> COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O Paradigma Constitucional Garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do Constitucionalismo político para o Constitucionalismo jurídico. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v. 14, n. 14, Jul./Dez. 2013, p. 418. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/423/349>>. Acesso em: 14 ago. 2022.

<sup>45</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 854. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>46</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A construção da Democracia: teoria do garantismo constitucional**. Coordenador da tradução Sérgio Cademartori. 1. Ed. Florianópolis: Emais, 2023, p. 180-181.

ser caracterizada como democrática. Assim, o autor define constituição “[...] como o estatuto de uma instituição política produzida pelo ato constituinte [...]”. Para ser democrática, ela necessita conter três características. Em primeiro lugar, estão as normas de reconhecimento da esfera pública como normas formais de competência, prevendo a divisão dos poderes, a representatividade política das funções de governo, relacionadas ao exercício dos direitos políticos, e a separação entre estas e as funções de garantia. Em segundo lugar, estão as normas de reconhecimento da esfera privada enquanto normas formais que confiam a produção das situações disponíveis ao exercício dos direitos civis. E, em terceiro lugar, está a razão social da instituição, isto é, o conjunto de normas substantivas que ditam os direitos de liberdade e os direitos sociais eleitos essenciais<sup>47</sup>.

Para o objetivo deste trabalho, sobressaem-se as normas de reconhecimento da esfera pública e da razão social da instituição. Nessa linha, considerando que tais normas são essenciais para caracterização de um regime democrático, faz-se necessário discorrer brevemente sobre a Democracia.

### 1.1.2 Democracia

Em que pese não se confundam, a teoria do direito e a teoria da Democracia estão intrinsecamente conectadas. A etimologia da palavra Democracia indica um governo do povo ou da maioria. Essa definição, todavia, não se mostra suficiente para abranger as diferentes acepções e empregos do termo.

Alexis de Tocqueville não foi o primeiro autor a tratar sobre a Democracia moderna, mas trouxe importantes contribuições a partir do estudo da Democracia estadunidense do século XIX. Ele apontava a existência de um estado social democrático nos Estados Unidos, o qual trouxe consigo sentimentos e opiniões até então desconhecidos nas velhas sociedades aristocráticas europeias<sup>48</sup>. Enquanto, no velho continente, prevaleciam as ideias casuísticas, haja vista a existência de estamentos sociais de difícil transposição, a igualdade vigente entre os homens,

---

<sup>47</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A construção da Democracia**: teoria do garantismo constitucional. Coordenador da tradução Sérgio Cademartori. 1. Ed. Florianópolis: Emais, 2023, p. 180-181.

<sup>48</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Livro II: sentimentos e opiniões. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. XI.

prevalecente no novo continente, permitia que tivessem ideias mais gerais sobre a sociedade ao mesmo tempo que os tornava mais independentes, considerando que não estavam limitados pela classe social ou pelo local de nascimento.<sup>49</sup> Nominou essa circunstância de soberania do povo, na qual, ao mesmo tempo em que as pessoas se sentiam livres para tomar as atitudes que bem entendessem, elas aceitariam mais facilmente as decisões das instituições, haja vista que elas refletiriam a vontade do povo, porquanto dirigidas pelos representantes deste, ainda que pudessem ser classificadas como arbitrárias<sup>50</sup>.

Max Weber<sup>51</sup>, por sua vez, tratava em suas obras da Democracia plebiscitária, que constituiria uma forma de dominação carismática oculta sob uma legitimidade derivada da vontade dos dominados, e que só se sustenta em razão desta. Ou seja, o líder domina em razão da lealdade e confiança nele depositadas por seus seguidores. Em razão desse reconhecimento dos seguidores, sobre o qual repousa a autoridade carismática do líder, não haveria que se falar em autoritarismo. O parlamento seria relegado a um segundo plano, funcionando, em situações pontuais, para evitar excessos, mas respeitando o exercício do poder por aquele legitimamente eleito. A falta de esclarecimento sobre o que constituiria “excesso” confere uma discricionariedade e um amplo espectro de atuação ao líder, pouco ou nada limitado em seu poder.

Hans Kelsen<sup>52</sup> estabelece dois postulados da razão prática, dois instintos primordiais do ser social na ideia de democracia, quais sejam a liberdade e a igualdade, tendo a aquela fundamento nesta, uma vez que a autodeterminação só será efetiva se houver igualdade entre todos. Contudo, a liberdade, segundo Kelsen, não significa ausência de vínculo com o Estado. Se deve haver sociedade e, por consequência, o Estado, as relações entre as pessoas devem ser regulamentadas por quem exerce o poder, ou seja, pelos representantes do povo. Assim, Kelsen prega a

---

<sup>49</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Livro II: sentimentos e opiniões. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 357-361.

<sup>50</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Livro II: sentimentos e opiniões. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 390-393.

<sup>51</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Tradução Artur Morão, Teresa e Marian Toldy. Lisboa: Edições 70, 2022. Edição do Kindle, p. 454-461.

<sup>52</sup> KELSEN, Hans. **A democracia**. 2ª ed. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 27-35.

liberdade social ou política, como autodeterminação política do cidadão, o qual participa da formação diretiva do Estado elegendo seus representantes ou se colocando à disposição de seus pares para os representar. Em outras palavras, ele abandona a liberdade natural, da anarquia, em liberdade da democracia, ficando o cidadão sujeito à própria vontade, ainda que materializada na pessoa de seus representantes.

A Democracia, assim, é uma forma de Estado e sociedade em que a ordem social é realizada por quem está a ela submetido, ou seja, pelo povo. Ela demanda, portanto, identidade entre governantes e governados, sendo um governo do povo sobre o povo. Esse governo é escolhido pela maioria, do que se pressupõe a existência de uma minoria, cujos integrantes merecem indistinta proteção daqueles pertencentes à maioria, haja vista não haver domínio absoluto desta sobre aquela. Essa proteção é a função essencial dos Direitos e Liberdades Fundamentais, garantidos nas Constituições das Democracias modernas, apontando à relação estreita entre Constitucionalismo e Democracia<sup>53</sup>.

Norberto Bobbio<sup>54</sup> diferencia o Estado de Direito do Estado Democrático de Direito. Diferente do Estado Despótico, em que a força é exercida sem limites e de forma anárquica por quem detém seu monopólio, no Estado de Direito, segundo a concepção kelseniana, o poder coercitivo é exercido pelo soberano não de acordo com seu arbítrio, mas segundo as normas gerais e abstratas que regulam quando e como esse exercício deve acontecer. O uso da força, nesta hipótese, pode ser classificado em legítimo ou ilegítimo, se feito pelo soberano ou por outrem, bem como em legal ou ilegal, se praticado de acordo com as normas preestabelecidas. Como uma evolução desse modelo, o Estado Democrático de Direito tem por objetivo resolver, por meio de suas instituições, a maioria possível dos conflitos decorrentes da convivência civil sem o uso da força física, mas sim da força persuasiva, por meio, via de regra, da maioria de votos. Ou seja, visa substituir o enfrentamento físico pelo

---

<sup>53</sup> KELSEN, Hans. **A democracia**. 2ª ed. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 67-68.

<sup>54</sup> BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano; e, VECA, Salvatore. **Crisis de la democracia**. 1ª ed. Traducción de Jordi Marfa. Barcelona: Editorial Ariel, 1985, p. 10-13. Tradução livre do autor da pesquisa.

debate e a eliminação física do adversário pela escolha do vencedor pela maioria, limitando o uso da força coercitiva apenas a situações excepcionais, sempre nos termos da lei previamente definida.

Por sua vez, Jürgen Habermas<sup>55</sup> traz a ideia de democracia deliberativa como uma síntese entre liberalismo e republicanismo, relacionando as liberdades positivas e negativas e conciliando soberania popular, autodeterminação dos cidadãos e democracia<sup>56</sup>. Os cidadãos, que estão submetidos ao direito, devem se considerar autores desse direito. Associando o princípio do discurso, relacionado à ação comunicativa, modelo racional de interação para a obtenção de acordos, à forma jurídica, obtém-se o princípio da democracia, o qual figura no centro de um sistema de direitos. Esse sistema, por sua vez, deve conter os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, quais sejam os direitos fundamentais, divididos por Habermas<sup>57</sup> em 5 categorias: aqueles resultantes do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; aqueles resultantes do *status* de membro numa associação voluntária de parceiros do direito; aqueles resultantes da possibilidade de postulação judicial de direitos; aqueles fundamentais à participação, em igualdade de chances, de processos de formação da opinião e da vontade; e, aqueles relacionados às condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida que permitam usufruir, em igualdade de chances, dos demais direitos fundamentais.

Paulo Bonavides<sup>58</sup> apresenta o conceito de Democracia Participativa, que seria uma forma de governo em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões, de modo que o povo seja sempre o titular e objeto. Em outras palavras, o povo é, ao mesmo tempo, o sujeito ativo e o sujeito passivo do

---

<sup>55</sup> HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Translated by William Rehg. Maiden, MA, (USA): Polity Press, 1996. Edição do Kindle, p. 117-131. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>56</sup> DURÃO, Aylton Barbieri. Direito e democracia em Habermas. *Argumentos Revista de Filosofia*, Fortaleza, ano 7, n. 14, p. 22-35, jul./dez. 2015, p. 23-28. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/24153>>. Acesso em: 24 ago. 2023.

<sup>57</sup> HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Translated by William Rehg. Maiden, MA, (USA): Polity Press, 1996. Edição do Kindle, p. 120-123. Tradução livre do autor da pesquisa

<sup>58</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 7-15.

poder legítimo. Essa espécie de Democracia é voltada à emancipação dos povos da periferia, aos quais devem ser garantidos os instrumentos de participação democrática, e sua estrutura constitucional se assenta em quatro princípios: da dignidade da pessoa humana, da soberania popular, da soberania nacional e da unidade da Constituição. Percebe-se, portanto, que não se contenta com a mera possibilidade de participação popular, exigindo a efetiva participação e garantindo os direitos fundamentais de todos os cidadãos. A mera aparência de Democracia, com a monopolização dos instrumentos e mecanismos de governo por uma casta política, a qual age à revelia do povo e a serviço dos interesses dos detentores do capital financeiro, vai de encontro à ideia do autor, apresentando-se os dois primeiros princípios, da dignidade da pessoa humana e da soberania do povo, como os destaques do seu conceito.

Canotilho<sup>59</sup> conceitua Democracia como um processo contínuo que permite, em uma sociedade aberta e ativa, a participação de todos os cidadãos, em igualdade de condições sociais, econômicas e políticas, no processo político. Ele atribui ao princípio democrático, que não se resume a um método de escolha de governantes pelos governados, dimensões material e organizativo-procedimental. Pelo aspecto material, o autor destaca a busca por uma sociedade livre, justa e solidária, visando a promoção do bem-estar e a qualidade de vida do povo e, por consequência, concretizando os direitos econômicos, sociais e culturais. A dimensão organizativo-procedimental regula o domínio político dos governados pelos governantes. Em outras palavras, o poder político é constituído, legitimado e controlado pelos cidadãos, os quais são igualmente legitimados para participar no processo de organização do Estado e do governo.

Infere-se, da análise dos autores acima, que a Democracia plebiscitária foi há muito superada. A Democracia não se resume ao princípio majoritário, à legitimação dos atos estatais somente pelo fato de que foram praticados por quem legitimamente eleito. A dimensão material da Democracia exige a proteção de um núcleo mínimo de direitos que o Estado, nem qualquer maioria eventual, pode

---

<sup>59</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 414-418.

desrespeitar. E é exatamente isso que o constituinte brasileiro visou ao inserir, na parte final do parágrafo único do art. 1º da CRFB<sup>60</sup>, a expressão “nos termos desta Constituição”.

Nessa linha, Ferrajoli<sup>61</sup> defende que a Democracia constitucional é mais sólida à medida em que forem mais estreitas e vinculantes as relações entre o garantismo constitucional e o sistema democrático. Em outras palavras, as condições formais e substanciais de validade jurídica estão conectadas às condições formais e substanciais de legitimidade democrática. Aos Direitos Fundamentais, que o autor divide em políticos, civis, de liberdade e sociais, estão relacionadas as dimensões correspondentes da Democracia, quais sejam política, civil, liberal e social.

A Democracia formal está relacionada às dimensões política e civil, ou seja, baseia-se na autodeterminação das pessoas tanto na esfera pública, por meio das formas indiretas de autonomia política e na representação da vontade popular, quanto na esfera privada, por meio da autonomia de negociação direta. A Democracia substancial, por sua vez, está relacionada às dimensões liberal e social, isto é, à sujeição à constituição e aos direitos e às garantias nela previstas<sup>62</sup>.

Em que pese seja insuficiente para caracterizar um estado democrático, a dimensão formal não é dispensável. Pelo contrário. Atendo-se apenas à questão política, não se pode olvidar que a separação de poderes constitui a premissa da garantia de direitos. O cidadão que integra um grupo minoritário, por exemplo, pode se socorrer do Poder Judiciário se for vítima de perseguição pelo grupo majoritário, esteja ele atuando por meio do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou, inclusive, do poder econômico privado. Nessa linha, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>63</sup>, de 1789, dispõe, em seu art. 16, que “Qualquer sociedade em que não

---

<sup>60</sup> Art. 1º [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2023.

<sup>61</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A construção da Democracia**: teoria do garantismo constitucional. Coordenador da tradução Sérgio Cademartori. 1. Ed. Florianópolis: Emais, 2023, p. 236.

<sup>62</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A construção da Democracia**: teoria do garantismo constitucional. Coordenador da tradução Sérgio Cademartori. 1. Ed. Florianópolis: Emais, 2023, p. 238.

<sup>63</sup> **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO**, 1789. Universidade Federal de

esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Todavia, é a dimensão substancial que confere essência ao regime democrático, pois estabelece os limites e os vínculos de conteúdo à Democracia formal, isto é, à vontade das maiorias e à vontade do mercado. É dividida em Democracia social e Democracia liberal.

A sub-dimensão social está relacionada à garantia dos direitos sociais e, por consequência, à redução das desigualdades materiais. Por outro lado, a sub-dimensão liberal consiste na garantia dos direitos de liberdade e, por corolário, na proteção das diferenças pessoais. Nesta última sub-dimensão, Ferrajoli<sup>64</sup> volta a falar da separação de funções de governo, atribuídas por ele à legislação, e funções de garantia secundária, relacionadas à jurisdição.

A garantia dos direitos das pessoas e dos interesses da coletividade impõe a limitação das liberdades de fato, o que constitui o objeto do Direito Penal, campo do conflito liberdade *versus* autoridade. Deste ramo jurídico decorrem o nexos entre legalidade e liberdade, a separação entre legislação e jurisdição, assim como entre direito e moral, além das liberdades fundamentais e dos limites aos poderes públicos.

O conflito entre autoridade e liberdade é solucionado pelo princípio da legalidade: a autoridade só pode atuar nas hipóteses previstas na legislação, ao passo que o cidadão é livre para fazer tudo o que a lei não proíbe. Conforme prescreve o inciso II do art. 5º da CRFB, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Mais especificamente na seara penal, o inciso XXXIX do mesmo artigo dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, consagrando o princípio da legalidade penal.

Ferrajoli<sup>65</sup> acrescenta que é inerente ao mencionado princípio a proibição

---

Santa Maria, 2018. Disponível em: <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2023.

<sup>64</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A construção da Democracia**: teoria do garantismo constitucional. Coordenador da tradução Sérgio Cademartori. 1. Ed. Florianópolis: Emais, 2023, p. 337.

<sup>65</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A construção da Democracia**: teoria do garantismo constitucional. Coordenador da tradução Sérgio Cademartori. 1. Ed. Florianópolis: Emais, 2023, p. 346.

de condutas inofensivas. Ou seja, não basta a legalidade em sentido formal, referente à existência prévia de uma norma penal incriminadora. É necessária, também, a legalidade em sentido substancial, também chamada de princípio da ofensividade, que veda a tipificação de condutas incapazes de ofender a outrem<sup>66</sup>. Essas duas faces do princípio da legalidade formam o que Ferrajoli chama de “direito penal mínimo”, ou seja, idôneo para minimizar a violência das penas<sup>67</sup>.

Para tal finalidade, o direito penal mínimo conta com as garantias, que se dividem em penais ou substanciais e processuais ou instrumentais. As garantias penais estão relacionadas à configuração dos delitos, isto é, à estrita legalidade ou taxatividade dos fatos puníveis, evitando, por exemplo, que condutas passadas sejam escolhidas para ser objeto de punição. Por sua vez, as garantias processuais dizem respeito à apuração dos fatos supostamente criminosos. Abrangem, entre outras, o contraditório, a paridade de armas entre acusação e defesa, a separação entre juiz e acusação, a presunção de inocência, o ônus probatório, o juiz natural, a independência da magistratura e, por óbvio, a imparcialidade do juiz.

Portanto, as garantias penais e, principalmente para fins desta pesquisa, instrumentais são uma decorrência necessária de um estado democrático regido por uma constituição que emprega inegável destaque aos direitos e garantias fundamentais. É o caso da CRFB, que tanto em seu preâmbulo quanto em seu art. 1º declara que a República Federativa do Brasil se constitui um Estado Democrático de Direito, o qual tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), da qual se extraem os direitos e garantias individuais, dentre os quais se insere a imparcialidade judicial, assunto que será tratado na sequência.

## 1.2 IMPARCIALIDADE JUDICIAL

O Processo Penal conta com sujeitos que desempenham diferentes papéis,

---

<sup>66</sup> “Artigo 4º - A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei”. **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO**, 1789. Universidade Federal de Santa Maria, 2018. Disponível em: <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2023.

<sup>67</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A construção da Democracia**: teoria do garantismo constitucional. Coordenador da tradução Sérgio Cademartori. 1. Ed. Florianópolis: Emais, 2023, p. 348.

os quais são delimitados no CPP e na CRFB. Especificamente, o CPP dispõe sobre os sujeitos processuais no Título VIII do Livro I. Na fase processual, destacam-se o Juiz, o Ministério Público, o Acusado e o Defensor, haja vista figurarem em todas as espécies de Ação Penal.

Ao Ministério Público cabe promover, privativamente, a Ação Penal Pública e intervir em todos os termos da Ação Penal Privada (promovida pelo ofendido devidamente representado por advogado), seja ela originária ou subsidiária da pública, nos termos dos arts. 257, inciso I, 29 e 45, respectivamente, todos do CPP.

O Acusado, por sua vez, é o sujeito passivo da Ação Penal. Ao longo da persecução penal a nomenclatura varia. Durante a investigação, ele é chamado de suspeito. Quando a Autoridade Policial se convence, ao término do inquérito policial, dos indícios de materialidade e autoria, ele passa a ser indiciado. Oferecida a denúncia, tem-se o denunciado, assumindo o *status* de Acusado somente com o recebimento da inicial acusatória<sup>68</sup>. Dentre os direitos do Acusado, destaca-se o direito à ampla defesa, do qual decorrem os direitos à autodefesa e à defesa técnica, dentre outros. A autodefesa abrange os direitos de audiência, perante o juiz da causa, de presença a todos os atos processuais e de postular pessoalmente, o que se restringe a alguns atos, como interpor recursos e impetrar *habeas corpus*<sup>69</sup>.

Diferente da autodefesa, que pode ser dispensada pelo Acusado, a defesa técnica, obrigatória em todos os casos, é desempenhada por profissional devidamente habilitado, seja um defensor constituído, um Defensor Público ou um defensor dativo, nomeado pelo Juízo, conforme arts. 261 e 263 do CPP. É o defensor quem confere capacidade postulatória para que o Acusado pratique aqueles atos que não pode praticar por si próprio.

Especificamente sobre o Juiz, o CPP, em seu art. 251, dispõe que incumbirá ao juiz prover a regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos

---

<sup>68</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 878.

<sup>69</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 121-124.

atos, requisitando força policial quando for necessária. Conforme leciona Badaró<sup>70</sup>, o juiz deve ser investido da jurisdição por meio de concurso público ou por indicação política, como ocorre nos Tribunais Superiores. Além da investidura, o juiz deve ser competente e imparcial. A competência, segundo Badaró<sup>71</sup>, pode ser definida como “o âmbito legítimo de exercício da jurisdição conferido a cada órgão jurisdicional”. A imparcialidade, por sua vez, será objeto de maior análise, posto ser assunto central desta pesquisa.

### 1.2.1 Introdução à Imparcialidade Judicial

Cesare Bonesana<sup>72</sup>, o Marquês de Beccaria, em 1764, na clássica obra “Dos delitos e das penas”, ainda muito atual em determinados aspectos, discorreu sobre a importância do juiz imparcial para o exercício, pelo Estado, do direito de punir, bem como sobre a separação entre quem elabora as leis e quem as aplica:

O soberano que representa a própria sociedade somente pode fazer leis gerais que vinculem os membros, mas não cabe a ele julgar se um indivíduo violou o pacto social ou, por consequência, incorreu em uma pena, pois, neste caso, haverá duas partes: uma representada pelo soberano, que insiste na violação do contrato, e outra, o acusado, que nega essa violação. É necessário então que haja um terceiro que julgue a veracidade dos fatos, um juiz ou magistrado, de quem a decisão seja inapelável, e essa determinação deveria consistir de uma simples afirmação ou negação do fato.

Passados quase dois séculos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>73</sup>, em seu artigo 10, passou a prever: “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Brasil

---

<sup>70</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 285.

<sup>71</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 237.

<sup>72</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012, p. 16.

<sup>73</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 2 fev. 2023.

por intermédio do Decreto n. 592/1992<sup>74</sup>, dispõe em seu artigo 14.1:

1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. [...].

Por sua vez, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos<sup>75</sup>, em seu artigo 8.1, assim prescreve:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Importante mencionar, também, os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, elaborados pelo Grupo de Integridade Judicial, constituído pela Organização das Nações Unidas. A elaboração dos princípios teve início em 2000, em Viena (Áustria), os quais foram formulados em 2011, em Bangalore (Índia), e aprovados em 2002, em Haia (Holanda), e constituem um projeto de código judicial global, tendo por base códigos e estatutos nacionais, regionais e internacionais sobre o tema. Sua finalidade é orientar a atuação do juiz valorizando sua idoneidade, sua imparcialidade e sua integridade moral, em conformidade com uma sociedade democrática<sup>76</sup>.

Tratam-se de 6 princípios, dentre os quais se encontra a imparcialidade, descrita nos seguintes termos: “A imparcialidade é essencial para o apropriado cumprimento dos deveres do cargo de juiz. Aplica-se não somente à decisão, mas

---

<sup>74</sup> BRASIL. Decreto 592, de 6 de julho de 1992. Diário Oficial da União, Brasília, 7.7.1992. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>75</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>76</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Tradução de Marlon da Silva Malha e Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_corruption/Publicacoes/2008\\_Comentarios\\_aos\\_Principios\\_de\\_Bangalore.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf)>. Acesso em 21 ago. 2023, p. 7-8.

também ao processo de tomada de decisão<sup>77</sup>. Dos comentários aos Princípios de Bangalore<sup>78</sup>, extrai-se o seguinte excerto:

A imparcialidade é a qualidade fundamental requerida de um juiz e o principal atributo do Judiciário. A imparcialidade deve existir tanto como uma questão de fato como uma questão de razoável percepção. Se a parcialidade é razoavelmente percebida, essa percepção provavelmente deixará um senso de pesar e de injustiça realizados destruindo, conseqüentemente, a confiança no sistema judicial. A percepção de imparcialidade é medida pelos padrões de um observador razoável. A percepção de que o juiz não é imparcial pode surgir de diversos modos, por exemplo, da percepção de um conflito de interesses, do comportamento do juiz na corte, ou das associações e atividades do juiz fora dela.

No âmbito interno, a imparcialidade do órgão julgador está prevista implicitamente no rol de direitos e garantias fundamentais, mais especificamente nos incisos XXXVII (não haverá juízo ou tribunal de exceção) e LIII (ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente), ambos do artigo 5º da CRFB.

O primeiro inciso mencionado consagra o direito de ninguém ser julgado por um juízo ou tribunal criado após o fato e especificamente para o seu julgamento. Isto é, o órgão julgador de um determinado fato deve estar previsto na legislação constitucional ou infraconstitucional antes da ocorrência do referido fato, o que o atrela diretamente ao segundo inciso informado.

Em obra que dividem com Ingo Sarlet<sup>79</sup>, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero explicam que o inciso XXXVII do art. 5º da Constituição consagrou o juiz natural em nosso direito, o qual é imparcial, competente e aleatório.

Os dois últimos predicados, de caráter estritamente processual, estão

---

<sup>77</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Tradução de Marlon da Silva Malha e Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_corruption/Publicacoes/2008\\_Comentarios\\_aos\\_Principios\\_de\\_Bangalore.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf)>. Acesso em 21 ago. 2023, p. 65.

<sup>78</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Tradução de Marlon da Silva Malha e Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_corruption/Publicacoes/2008\\_Comentarios\\_aos\\_Principios\\_de\\_Bangalore.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf)>. Acesso em 21 ago. 2023, p. 65-66.

<sup>79</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional** / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e. Daniel Mitidier. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 825-827.

relacionados às normas abstratas, constitucionais, legais e infralegais, como as de organização judiciária, que regulamentam a distribuição da competência. Visam permitir o conhecimento prévio do(s) Juízo(s) responsável(is) pelo julgamento de determinada causa e impedir a escolha do Juízo da causa por uma ou por ambas as partes, bem como que o Juízo escolha o processo que irá julgar.

A imparcialidade, por sua vez, em linhas gerais, está relacionada ao fato de o juiz não ser parte, posto ser um terceiro afastado estruturalmente das partes e com funções processuais distintas destas. Ele não deve ter interesse na sorte de qualquer das partes quanto ao resultado do processo, na linha do que dispõe o art. 95, parágrafo único, inciso II, da CRFB, que impede os juízes de receberem custas ou participação em processo.

Tal definição, todavia, é insuficiente e, portanto, merece ser aprofundada.

Inicialmente, impõe-se extirpar eventual confusão entre imparcialidade e neutralidade. Como salienta Ruiz Ritter<sup>80</sup>, a neutralidade é algo inatingível. A atividade de interpretar um fato ou uma norma impõe um ponto de partida, o qual é constituído pela experiência de vida do intérprete, no que se incluem seus traumas, sua ideologia, sua cultura, dentre outros predicados, e do local em que se encontra no momento da interpretação. Trata-se de algo involuntário e que independe da vontade do intérprete. Ferrajoli<sup>81</sup>, por exemplo, afirma que, em todo juízo, sempre estará presente uma certa dose de preconceito. Esse aspecto subjetivo da atividade judicial, inerente à humanidade do julgador, interfere, inclusive, na definição da verdade sobre os fatos de que trata o processo, o que será melhor analisado neste trabalho.

Aury Lopes Júnior<sup>82</sup> recorre a Werner Goldschmidt para diferenciar

---

<sup>80</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 54. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>81</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 56-57. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>82</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. **La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso**. *Revista de Derecho Procesal*, n. 2, 1950, p. 208 es. In: LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 109.

*imparcialidad* de imparcialidade. Enquanto o primeiro termo está relacionado a efetivamente não ser parte da relação processual, o segundo, embora dependa daquele, diz respeito ao estado anímico do julgador. Ou seja, não basta o juiz não ser parte para ser considerado imparcial, ele deve estar alheio aos interesses das partes. Goldschmidt faz um contraponto ao definir a imparcialidade do juiz como resultante da parcialidade das partes.

Nesse ponto, pode-se inferir que a imparcialidade é um limite à subjetividade do julgador. De acordo com Ruiz Ritter<sup>83</sup>, somente atuam de forma imparcial os juízes que conduzem o processo como terceiros desinteressados em relação às partes, apreciando todas as provas e argumentos apresentados, proporcionando um tratamento igual para ambas as partes. Conforme será analisado ainda neste primeiro capítulo, a imparcialidade também pode ser estudada sob dois aspectos, objetivo e subjetivo, não podendo ser considerado imparcial, por exemplo, o julgador tendente a julgar o feito em favor de uma das partes.

Marcus Vinícius Pimenta<sup>84</sup> defende que, conquanto a imparcialidade plena seja impossível, deve o julgador tê-la como objetivo. Acrescenta que não se trata de uma característica exclusiva do julgador, mas também do procedimento. Um procedimento imparcial aproxima o juiz da imparcialidade. A título de exemplo, um procedimento imparcial limita a participação do julgador em relação a cada ato, prevê técnicas que possibilitam a imparcialidade, como é o caso de juiz natural, e técnicas que asseguram o controle dos atos judiciais, como os meios recursais, que submeterão as decisões do julgador ao escrutínio de um órgão julgador colegiado.

Bernd Schünemann<sup>85</sup> insere a imparcialidade do Juiz dentre os elementos da jurisdição, uma vez que seria pressuposto do tratamento isonômico das partes. Com efeito, o ordenamento infraconstitucional prevê hipóteses de impedimento e

---

<sup>83</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 60. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>84</sup> PIMENTA, Marcus Vinicius. **Poder-saber inquisitório**: observações sobre o inquérito e a dissonância cognitiva. 1. Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 26-27/33.

<sup>85</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 206.

suspeição por meio das quais a parte poderá impugnar a imparcialidade do Juiz da causa e que serão analisadas mais adiante. Contudo, neste ponto, já é possível concluir que tais hipóteses legais, conquanto inegavelmente importantes, não são suficientes para garantir a imparcialidade do órgão julgador.

Nessa linha de raciocínio, Gustavo Henrique Badaró<sup>86</sup> ensina que a imparcialidade, como garantia constitucional implícita, é uma *conditio sine qua non* para qualquer juiz. Ou seja, não há como compreender a palavra juiz sem o qualificativo imparcial. Se a jurisdição demanda a atuação de um terceiro imparcial, ela engloba, necessariamente, a imparcialidade do julgador.

Para bem desempenhar seu mister, ao Juiz é garantida sua independência, a qual é listada como o primeiro dos Princípios de Conduta Judicial de Bangalore<sup>87</sup>, constituindo um pré-requisito do Estado de Direito e uma Garantia Fundamental para um julgamento justo. Saliente-se que a isenção de conexões inapropriadas e influências dos Poderes Executivo e Legislativo não bastam, deve haver também a aparência de independência<sup>88</sup>.

No âmbito interno, a independência judicial é garantida por meio da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídio, conforme previsão no caput do art. 95 da CRFB. Busca-se, assim, proteger o Juiz de eventuais ingerências da direção do órgão que integra, podendo se dedicar exclusivamente a encontrar a melhor solução para o caso concreto, sem se preocupar com quem eventualmente será prejudicado por ela.

Configura uma das garantias orgânicas, conforme leciona Ferrajoli<sup>89</sup>, ao

---

<sup>86</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 52-53.

<sup>87</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Tradução de Marlon da Silva Malha e Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_corruption/Publicacoes/2008\\_Comentarios\\_aos\\_Principios\\_de\\_Bangalore.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf)>. Acesso em 21 ago. 2023, p. 45.

<sup>88</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Tradução de Marlon da Silva Malha e Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_corruption/Publicacoes/2008\\_Comentarios\\_aos\\_Principios\\_de\\_Bangalore.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf)>. Acesso em 21 ago. 2023, p. 53.

<sup>89</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal**. Traducción de Perfecto Andrés

lado da separação dos poderes, que dizem respeito, justamente, à formação e colocação funcional do juiz em relação aos demais poderes do Estado, em contrapartida ao que chama de garantias processuais, relativas à formação do processo, como coleta da prova, exercício da ampla defesa e do contraditório, entre outros. De todo modo, convém frisar que a independência é condição necessária, mas não suficiente, à imparcialidade.

Outrossim, o ordenamento infraconstitucional prevê hipóteses de impedimento e suspeição do julgador, por meio dos quais a parte poderá questionar a imparcialidade do Juiz da causa.

De acordo com o art. 252 do CPP, o Juiz não poderá exercer a jurisdição no processo em que tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, até o terceiro grau, inclusive como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça, perito ou parte. Ainda, não poderá exercer seu múnus se ele próprio tiver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha, tiver funcionado como juiz de outra instância, nem se for parte ou diretamente interessado no feito.

A suspeição, conforme previsto no art. 254 do CPP, fica configurada quando o juiz for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes, tiver aconselhado uma das partes, for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes, ou se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo. Ainda, é considerado suspeito o juiz se ele, seu cônjuge ou algum parente em linha reta estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia, ou se ele, seu cônjuge ou algum parente até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes.

Caso o Juiz não reconheça, espontaneamente, sua suspeição, qualquer parte poderá opor a exceção de suspeição, prevista no art. 95, inciso I, do CPP, de forma escrita, aduzindo suas razões e anexando as provas documentais e o rol de

---

*Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Andrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 584-589. Tradução livre do autor da pesquisa.*

testemunhas, conforme art. 98 do CPP. Se, ainda assim, o juiz não aceitar a suspeição, ele mandará autuar em apartado a petição e apresentará resposta em três dias, podendo apresentar provas documentais e rol de testemunhas, remetendo o incidente ao tribunal ao qual competir o julgamento, que poderá designar dia e hora para inquirição das testemunhas, seguida de julgamento, ou rejeitá-la liminarmente, se for manifesta a improcedência, conforme preceitua o art. 100 do CPP. Reconhecida a suspeição, serão declarados nulos todos os atos do processo principal, nos termos do art. 101 do CPP. Este procedimento, via de regra, não suspende o andamento da ação penal, segundo dispõe o art. 111 do CPP.

O impedimento do juiz também poderá ser arguido por qualquer das partes, aplicando-se o mesmo procedimento da exceção de suspeição, conforme preceitua o art. 112 do CPP. Segundo Badaró<sup>90</sup>, não há que se falar em preclusão na hipótese, podendo o tema ser arguido, inclusive, via revisão criminal, em caso de trânsito em julgado.

Feita a exposição das normas nos âmbitos convencional, constitucional e legal, passa-se à análise da divisão da imparcialidade em objetiva e subjetiva.

### 1.2.2 Imparcialidade objetiva e subjetiva<sup>91</sup>

A imparcialidade está bastante atrelada à concepção de justiça. Sem chegar a uma superposição de significados, pode-se sustentar que a imparcialidade é *conditio sine qua non* da justiça, no sentido de que é difícil pensar em um resultado justo que não seja imparcial. De outro lado, parece claro que uma das formas que pode revestir a injustiça é a parcialidade. Assim como a injustiça é mais perceptível que a justiça, a parcialidade é mais visível que a imparcialidade<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 330.

<sup>91</sup> Parte deste subtítulo é produto da pesquisa desenvolvida pelo autor da pesquisa e seu orientador, Dr. Airto Chaves Junior, e publicada na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. CHAVES JUNIOR, Airto; e, GRACHINSKI, Victor Luiz Ceregato. Imparcialidade subjetiva do juiz no Processo Penal como elemento estruturante do sistema acusatório: análise a partir a teoria da dissonância cognitiva. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, v. 9, n. 1, 2023. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/author/proofGalley/9512/6716>>. Acesso em: 22 ago. 2023.

<sup>92</sup> TRUJILLIO, Isabel. Imparcialidade. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de**

Em outras palavras, compreende-se melhor a justiça quando se depara com situações de flagrante injustiça. Logo, ao invés de perguntar o que significa o que é um juiz imparcial, talvez seja melhor inverter a pergunta: o que faz um juiz ser considerado parcial? Conforme ensina Badaró<sup>93</sup>, se não é possível saber, exatamente, o que é ser um juiz imparcial, é possível, por outro lado, identificar situações que permitem temer ou suspeitar da parcialidade do julgador.

Sob essa perspectiva, e conquanto se trate de um atributo eminentemente subjetivo, pois atrelado à pessoa do juiz e ao seu posicionamento psíquico em relação ao objeto do processo e às partes, a imparcialidade pode ser analisada sob o ponto de vista objetivo.

Na obra *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*, Aury Lopes Júnior<sup>94</sup> ensina que a imparcialidade objetiva está relacionada à estética de imparcialidade, ou seja, se o juiz parece imparcial, e tem um papel fundamental diante da natural dificuldade de se ingressar na esfera de subjetividade do juiz e de se comprovar seu estado anímico. Ela é aferível pelas condutas do magistrado. Por exemplo, se ele pratica um ato próprio da parte, como a produção de provas, toma decisões de ofício, etc. Dessas condutas, extrai-se se o juiz se mantém equidistante de ambos os litigantes ou se está mais próximo de algum deles. É perceptível, portanto, a partir da análise da relação do juiz com o objeto do processo, não com as partes, e importante para a confiança da coletividade no juiz e no próprio Poder Judiciário.

A imparcialidade subjetiva, por sua vez, está relacionada ao estado anímico do juiz, se a opinião do juiz sobre os fatos se formou antes mesmo da produção das provas e/ou se está ele tendente a absolver ou condenar o acusado. Por exemplo, Lopes Júnior<sup>95</sup> defende que a prévia tomada de decisões pelo magistrado durante a fase de investigação, como o deferimento de quebra do sigilo telefônico ou uma prisão

---

**Filosofia do Direito.** São Leopoldo/Rio de Janeiro: Editora Unisinos/Editora Renovar, 2006, p. 463.

<sup>93</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 53.

<sup>94</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 103-120.

<sup>95</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 103-120.

preventiva, cria uma primeira impressão sobre os fatos, moldada apenas pelo aparato acusatório (órgãos de investigação e acusação) que impactará na análise sobre o mérito da futura ação penal. Nessa hipótese, ainda que o juiz seja objetivamente imparcial, não tomando decisões de ofício nem tendo iniciativa probatória, ele não seria mais subjetivamente imparcial.

Alguns julgados do TEDH são essenciais para esta análise. Dois casos se destacam, quais sejam *Piersack v. Bélgica* (1982)<sup>96</sup> e *De Cubber v. Bélgica* (1984)<sup>97</sup>.

No primeiro caso, Christian Piersack, um belga fabricante de armas, foi preso na França (polícia francesa deu cumprimento a uma carta rogatória), tendo sido entregue às autoridades belgas em 4 de fevereiro de 1977. Piersack era acusado de participar do assassinato de duas pessoas. Pierre Van de Walle atuou como coordenador da seção da promotoria que investigou o caso. Posteriormente, Van de Walle presidiu o Tribunal do Júri de Barbante, condenando Piersack a 18 (dezoito) anos de trabalhos forçados. Irresignado, Piersack recorreu ao Tribunal de Cassação belga, que indeferiu a caracterização de violação de dever de imparcialidade do Tribunal do Júri, sob a justificativa de que não ficou comprovada a efetiva atuação de Van de Walle no processo investigatório. O caso foi levado ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Instado, o governo belga alegou que o caso de Piersack havia sido acompanhado e analisado pelo superior direto de Van de Walle, constando seu nome apenas em alguns documentos por questões administrativas, sem guardar relação com o caso e, portanto, sem violar o artigo 6.1 da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>98</sup>. Entretanto, ao examinar o

---

<sup>96</sup> *EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Piersack vs. Belgium: Application* nº 8692. 1.10.1982. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-%2057557#{%22fulltext%22:\[%22piersack%22\],%22itemid%22:\[%22001-57557%22\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-%2057557#{%22fulltext%22:[%22piersack%22],%22itemid%22:[%22001-57557%22]}>)>. Acesso em: 26 fev. 2023. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>97</sup> *EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of De Cubber vs. Belgium: Application* nº 9186/80. 26.10.1984. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-%2057557#{%22fulltext%22:\[%22de%20cubber%22\],%22itemid%22:\[%22001-57465%22\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-%2057557#{%22fulltext%22:[%22de%20cubber%22],%22itemid%22:[%22001-57465%22]}>)>. Acesso em: 26 fev. 2023. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>98</sup> **Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. 3.9.1953. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 4 mar. 2023. Artigo 6.1: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável **por um tribunal independente e imparcial**,

caso, o Tribunal acolheu a tese da defesa sobre a alegada afronta à imparcialidade judicial, entendendo ser inadmissível a mera dúvida sobre a imparcialidade do julgador, sob pena de gerar a desconfiança dos jurisdicionados no Poder Judiciário.

No segundo caso, o também belga Albert De Cubber foi condenado pelo Tribunal de Oudenaarde, por furto de automóvel, a uma pena de 5 (cinco) anos de prisão e multa no valor de sessenta mil francos belgas e, por falsificação de documentos, a uma pena de 1 (um) ano de prisão e multa no valor de oito mil francos belgas. Todavia, um dos três magistrados responsáveis pelo julgamento no respectivo Tribunal, Sr. Pilate, havia atuado como juiz na fase de investigação dos dois processos, gerando o inconformismo de De Cubber.

Depois de um segundo julgamento pelo Tribunal Recursal de Ghent, o acusado recorreu ao Tribunal de Cassação, arguindo a violação do artigo 6.1 do Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>99</sup>, em razão da atuação do julgador tanto na investigação quanto no julgamento. Sem sucesso novamente, acionou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

O Tribunal chegou à conclusão que a atuação do julgador na fase investigatória poderia gerar dúvidas nos jurisdicionados acerca da sua imparcialidade, ainda que na condição de membro do órgão colegiado. Considerando seu profundo envolvimento no caso, a possível influência que o entendimento do Sr. Pilate teria sobre os demais magistrados seria determinante para o resultado do julgamento, além do fato de, possivelmente, já estar previamente determinado a decidir, ficando violado, por consequência, o artigo 6.1 da Convenção.

Guardadas as devidas proporções entre o sistema processual belga e o brasileiro, verifica-se que a imparcialidade judicial, muito além da mera separação de funções entre os órgãos de acusação e julgamento, já era uma preocupação do

---

estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. [...]”. Grifo acrescido.

<sup>99</sup> **Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. 3.9.1953. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 4 mar. 2023.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos há 40 anos.

Especificamente no caso De Cubber, o Sr. Pilate, depois de atuar como juiz da fase de investigação, inclusive expedindo mandados de prisão contra o acusado, passou a integrar o Tribunal de Oudenaarde, junto de outros dois magistrados, o qual era responsável pelo julgamento dos fatos em primeiro grau. Fosse pelo profundo conhecimento prévio que ele tinha dos fatos ou pela possibilidade de seu entendimento influenciar os demais julgadores, o TEDH considerou que foi violada a imparcialidade do Sr. Pilate.

Esses casos, por apresentarem um contraste com o sistema processual penal brasileiro, são mencionados como exemplos por diversos doutrinadores brasileiros<sup>100</sup>. Recentemente, mencionados casos voltaram a ser objeto de discussão nas ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305<sup>101</sup>, em tramitação no STF, as quais discutem a suposta inconstitucionalidade de dispositivos alterados ou inseridos no Código de Processo Penal pela Lei 13.964, de 2019<sup>102</sup>, chamada popularmente de Pacote Anticrime, a qual será melhor abordada no terceiro capítulo deste trabalho.

Na esteira desses julgamentos, outros abordaram a imparcialidade sob os aspectos objetivo e subjetivo. Conforme explica Lopes Júnior<sup>103</sup>, o Tribunal Constitucional Espanhol, na STC 145/88<sup>104</sup>, declarou inconstitucional o parágrafo segundo do artigo 2º da *Ley Orgánica 10/1980*<sup>105</sup>, que trata do *enjuiciamiento oral de*

---

<sup>100</sup> A título de exemplo: LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 107; e, RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 66-68. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>101</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Prolator: Min. Luiz Fux. 3 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em 5 mar. 2023.

<sup>102</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 5 mar. 2023.

<sup>103</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 112-113.

<sup>104</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. **STC 145/1988**. 12.7.1988. Disponível em: <<https://vlex.es/vid/1-2-24-c-54-12-l-3-15034000>>. Acesso em: 4 mar. 2023. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>105</sup> ESPAÑA. *Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes*. Disponível em: <<https://vlex.es/vid/enjuiciamiento-delitos-dolosos>>

*delitos dolosos, menos graves y flagrantes*<sup>106</sup>. Tal dispositivo previa que o Juiz de Instrução, responsável pela condução do feito na fase de investigação, seria o responsável pela coleta de provas e julgamentos, não lhe sendo aplicáveis as causas de recusa previstas na legislação processual criminal. Segundo a corte constitucional espanhola, o dispositivo feria a imparcialidade objetiva do juiz, pois não transmitia uma aparência de imparcialidade do julgador. Em outros termos, havia uma presunção de parcialidade do juiz instrutor.

Ruiz Ritter<sup>107</sup> menciona o caso Hauschildt vs. Dinamarca<sup>108</sup>, analisado pelo TEDH em 1989. Mogens Hauschildt, proprietário e diretor da companhia Scandinavian Capital Exchange PLC, foi condenado pela prática de fraude e evasão fiscal no valor aproximado de quarenta e cinco milhões de coroas dinamarquesas. Durante o processo, o acusado foi mantido preso provisoriamente, tendo o juiz Claus Larsen rejeitado sucessivos pedidos de liberdade. Após ser condenado em primeira instância, Hauschildt recorreu ao Tribunal Superior da Dinamarca do Leste, o qual manteve a condenação. Entretanto, dado o longo período de prisão cautelar, foi colocado em liberdade.

Seu recurso à Suprema Corte Dinamarquesa foi improvido em 4 de maio de 1984. Hauschildt arguiu, em resumo, que o Tribunal condutor de seu julgamento não foi imparcial, considerando a relação de seu presidente com o processo na fase de instrução, o que teria violado Artigo 6º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>109</sup>. Instado, o governo dinamarquês alegou que o recorrente não teria exaurido os recursos judiciais no âmbito doméstico,

---

flagrantes-254708074>. Acesso em: 4 mar. 2023.

<sup>106</sup> “acusação oral de crimes dolosos, menos graves e flagrantes”. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>107</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 67-68. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>108</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Hauschildt vs. Denmark: Application* nº 10486/83. 24.5.1989. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["HAUSCHILDT"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"chamber":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-57500"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em: 4 mar. 2023. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>109</sup> **Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. 3.9.1953. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 4 mar. 2023.

o que tornaria descabida a apreciação do tema pelo TEDH. Tal alegação, entretanto, não foi acolhida.

O TEDH concluiu que o governo dinamarquês não demonstrou que a legislação dinamarquesa continha recurso do qual o recorrente poderia ter se valido com legítima expectativa de sucesso. Sobre a alegação de imparcialidade, a Corte decidiu que o reclamo correspondia aos critérios previamente definidos por ela própria, considerando a imparcialidade tanto no aspecto subjetivo quanto no objetivo. Diferente dos julgados analisados anteriormente, o Tribunal não se limitou apenas a uma análise formal e abstrata da participação do julgador na fase de instrução, entendendo ser necessária uma análise concreta do caso.

De acordo com o julgado, ao decidir questões relacionadas ao curso da instrução (como uma prisão cautelar), o julgador não se depara obrigatoriamente com as mesmas circunstâncias que serão examinadas na decisão final, o que, *a priori*, possibilitaria a atuação de um mesmo julgador em ambas as etapas do processo. Em outras palavras, não haveria uma presunção de parcialidade pela atuação, por si só, do julgador no curso do processo e no julgamento.

No caso concreto, considerando que o juiz Larsen, por 9 (nove) vezes, manteve a prisão preventiva de Hauschildt, sob o fundamento de haver fortes indícios de culpabilidade, concluiu a Corte que o receio do requerente quanto à possível parcialidade do referido julgador (presidente do julgamento) era plausível, existindo, por conseguinte, violação ao artigo 6, parágrafo 1º da Convenção.

A partir desse julgamento, como bem salienta Ritter<sup>110</sup>, houve uma mudança de postura do TEDH, que passou a se basear mais em uma análise casuística. Isto é, o reconhecimento da alegada parcialidade passou a depender mais de uma análise dos atos do julgador ao longo do processo do que a mera atuação em fases distintas. Em outras palavras, deixou de existir uma presunção de parcialidade

---

<sup>110</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 68. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

pela simples participação do julgador em fases distintas da persecução penal.

Corroborando essa análise, Lopes Júnior<sup>111</sup> explica que que o TEDH, como qualquer corte, está sujeito a pressões e mudanças de humor da sociedade e, mais especificamente no seu caso, dos estados a ele submetidos. Ademais, ao longo da década de 1980, alguns países europeus promoveram alterações em seus sistemas processuais, abandonando o modelo de juizado de instrução, que contava com a figura do juiz instrutor/inquisidor, o qual se encontrava no cerne da maior parte das alegações de parcialidade que chegavam ao TEDH. Como exemplo, Lopes Júnior indica que Alemanha, Itália e Portugal abandonaram o juizado de instrução, adotando o modelo do promotor investigador, ao passo que a Espanha teria adotado a vedação de o juiz instrutor julgar o feito.

Portanto, essa mudança da legislação interna dos países acima mencionados deve ser levada em consideração para se recorrer a precedentes de mais de trinta anos atrás, não havendo espaço para eventual crítica de que, atualmente, não existe mais preocupação com a imparcialidade em seus dois sentidos, objetivo e subjetivo.

A análise do sistema processual brasileiro será objeto do terceiro capítulo. Neste momento, é oportuno salientar que a discussão sobre a imparcialidade objetiva e subjetiva nos tribunais brasileiros, embora incipiente, possui um julgado de destaque no STF, no *Habeas Corpus* 94.641/BA<sup>112</sup>, julgado em 11 de novembro de 2008 e cujo acórdão fora redigido pelo Ministro Joaquim Barbosa. O paciente, condenado pela prática de atentado violento ao pudor contra a própria filha, teve a ordem concedida por maioria, conseguindo a anulação do processo desde o recebimento da denúncia por ofensa à garantia da imparcialidade da jurisdição.

Em resumo, no procedimento oficioso de investigação de paternidade,

---

<sup>111</sup> LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. p. 113.

<sup>112</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 94.641/BA. Relatora: Min. Ellen Gracie. Redator para o acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma. 11 de novembro de 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579556>>. Acesso em 5 mar. 2023. Embora o procedimento de investigação oficiosa de paternidade e a ação penal tenham tramitado em comarcas distintas, ambas foram conduzidas e julgadas pelo mesmo magistrado.

previsto no art. 2º da Lei 8.560/92<sup>113</sup>, instaurado para apurar a paternidade da criança que a filha do paciente teve, surgiram indícios da prática do delito acima indicado. O magistrado, depois de ouvir testemunhas no processo de investigação oficiosa de paternidade, que reforçaram as suspeitas contra o paciente, encaminhou os autos ao Ministério Público, que ofereceu denúncia contra aquele. A exordial da ação penal, contudo, foi recebido pelo mesmo juiz que atuara no procedimento de investigação oficiosa de paternidade.

Assim, por ter o magistrado, no procedimento oficioso, realizado atos de natureza instrutória de ofício, apurando fatos e ouvindo testemunhas, e depois, na ação penal, recebido a denúncia, foi considerado parcial pela 2ª Turma do STF. O Ministro Joaquim Barbosa, inaugurando a divergência ao voto da Ministra Relatora, Ellen Gracie, afirmou que o juiz, ao intimar e colher o depoimento de várias testemunhas e fazer um relatório, antes de encaminhar os autos ao Ministério Público, teria atuado como autoridade policial de fato (p. 12).

Do voto-vista do Ministro Cezar Peluso se extrai a análise que importa para esta pesquisa (p. 20-28). Segundo o Ministro, do conteúdo das decisões do magistrado, tanto daquela que recebeu a denúncia quanto daquela que decretou a prisão preventiva do paciente, ficou evidente que o julgador estava fortemente influenciado, na formação e justificação do convencimento, pelas percepções adquiridas na investigação preliminar. Idêntico raciocínio teria sido aplicado na sentença condenatória, na qual, inclusive, o juiz teria mencionado que, inquirida no procedimento preliminar, a vítima se mostrava “muito constrangida e nervosa”. Ou seja, o julgador trouxe para a ação penal as percepções subjetivas que ele tivera no procedimento de investigação de paternidade.

Assim, no entender do Ministro Peluso, o caso em análise representou:

[...] hipótese exemplar de ruptura da imparcialidade objetiva, cuja falta incapacita, de todo, o magistrado para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida, em relação à qual a incontornável predisposição psicológica

---

<sup>113</sup> BRASIL. Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Diário Oficial da União, Brasília, 30.12.1992. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8560.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.560%2C%20DE%2029,casamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs&hl=>](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.560%2C%20DE%2029,casamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs&hl=>)>. Acesso em 5 mar. 2023.

nascida de profundo contato anterior com as revelações e a força retórica da prova dos fatos o torna concretamente incompatível com a exigência de exercício isento da função jurisdicional. Tal qualidade, carente no caso, diz-se objetiva, porque não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade subjetiva), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Como é óbvio, sua perda significa falta da isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional (p. 21-22).

O Ministro concluiu ser aplicável ao caso uma interpretação ampla, à luz do devido processo legal, do art. 252, inciso III, do CPP, de acordo com o qual “O juiz não poderá exercer a jurisdição no processo em que” “tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão”, sob pena de ofensa à imparcialidade objetiva. Segundo o Ministro, a proibição do dispositivo indicado não se limitaria às hipóteses de progressão vertical na carreira da magistratura, sendo aplicável também às hipóteses de desenvolvimento processual horizontal, ficando impedido o juiz de exercer a jurisdição em um processo principal após colher provas em procedimento preliminar, ainda que de natureza diversa, sobre os mesmos fatos.

Feita a análise da imparcialidade, importante discorrer sobre os sistemas processuais, como evoluíram ao longo da história, em especial no Brasil, e a ligação deles com a imparcialidade judicial.

### **1.3 SISTEMAS PROCESSUAIS**

#### **1.3.1 Evolução histórica**

Para fins dessa análise dos sistemas processuais ao longo do tempo, optou-se, inicialmente, por uma definição mais simples dos dois sistemas principais. Considera-se sistema inquisitório aquele em que o julgador exerce outras funções, como a de investigar e/ou acusar, enquanto sistema acusatório é aquele em que há divisão explícita das funções, reservando-se o julgador ao restrito papel de julgar, sem se imiscuir na investigação ou acusação. Posteriormente, ambos os sistemas serão analisados de forma mais aprofundada.

Historicamente, fala-se na existência dos sistemas inquisitório, acusatório e misto no processo penal brasileiro. Antes de adentrar em cada um deles e verificar se, de fato, é possível falar em um sistema misto, é importante fazer uma breve evolução histórica dos sistemas processuais. Para tanto, recorre-se a Aury Lopes Júnior<sup>114</sup> e Ruiz Ritter<sup>115</sup>.

O primeiro sistema abordado por Ritter foi o de Atenas, na Grécia Antiga, considerado o primeiro modelo conhecido de sistema acusatório, que tinha como características, entre outras, a igualdade entre acusador e acusado (este permanecia, como regra, em liberdade durante o julgamento), publicidade e oralidade, consistente em um debate e entre acusador e acusado diante do tribunal, valoração da prova segundo a íntima convicção de cada julgador e decisão judicial irrecorrível.

Na Roma Antiga, os modelos processuais oscilaram de acordo com a forma de governo.

No período da Monarquia, cujo modelo era chamado de *cognitio*, o magistrado tinha poderes para investigar, acusar e julgar, como se exercesse o poder real de forma delegada. Ainda, não havia regras processuais, de modo que os poderes do magistrado eram ilimitados, o que deixava ainda mais evidente o caráter inquisitório.

Na República, adotou-se o modelo da *accusatio*, os poderes do magistrado deixaram de ser ilimitados, assim como ele deixou de acumular funções, restringindo-se à atividade jurisdicional em sentido estrito, qual seja deliberar e pronunciar a sentença. Um representante do povo ficava a cargo da acusação e um corpo de jurados, sob a supervisão do magistrado, era responsável pelo julgamento. O magistrado, assim, deixou de ter iniciativa probatória e de atuar de ofício, tendo o acusado direito a exercer o contraditório e a ampla defesa de forma oral. Portanto,

---

<sup>114</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica, p. 217-230.

<sup>115</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 13-35. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

tratava-se de um modelo acusatório.

Com o advento do Império, surgiu o modelo conhecido por *cognitio extra ordinem*, no qual a possibilidade de acusação por alguém do povo reduziu consideravelmente. A investigação passou a ser exercida por agentes estatais, que reportavam ao magistrado o resultado de seu trabalho. Como consequência, o magistrado voltou a reunir as funções de acusar e julgar, regredindo para um sistema inquisitório e sem a possibilidade de um juiz imparcial.

Com a queda do Império Romano do Ocidente e o domínio germânico na Europa, o sistema processual ficou em segundo plano. Dado o caráter privatista e individualista dos germanos, para quem a paz era tida como direito e ordem, a composição se sobrepunha à resolução dos conflitos por meio do processo. Este, nada obstante, existia com algumas peculiaridades. Os julgamentos eram feitos por uma assembleia popular, composta de pessoas aptas para a guerra, cujas sessões eram conduzidas por um juiz passivo. Contudo, não se tratavam de julgamentos propriamente ditos. A atividade probatória seguia os chamados “Juízos de Deus”, como se este manifestasse sua vontade por meio dos procedimentos adotados. Estes, por sua vez, podiam ser lutas, duelos, pronunciamento de fórmulas escritas, sem incorrer em erros de gramática, juramentos ou simples castigos físicos, as famosas ordálias. Ou seja, a atividade probatória, em si, não tinha como objetivo reconstruir os fatos que estavam sob julgamento, mas demonstrar quem era culpado ou inocente de acordo com a vontade de Deus.

Ao longo da Idade Média, com diversos reinos espalhados pela Europa, passou a existir uma interferência maior do rei na apuração dos fatos que importavam na quebra da paz. Assim, havia um sistema que lembrava, guardadas as proporções, aquele adotado no Império Romano, com agentes estatais agindo por delegação do rei, mas com os meios de prova adotados pelos germânicos. O auge desse sistema inquisitorial se deu no período conhecido como Baixa Idade Média, que abrange do século XI ao século XV, período de amplo domínio da Igreja Católica.

Em um contexto no qual a Igreja Católica buscava expandir seus domínios, tanto espirituais quanto territoriais, a jurisdição eclesiástica, anteriormente

responsável por julgar apenas os membros da instituição, passou a julgar todos aqueles que contrariassem a fé cristã. Conforme destaca Franco Cordero<sup>116</sup>, a “*Metamorfosi inquisitoria*” foi anunciada no IV Concílio de Latrão, em 1215, pelo Papa Inocêncio III. Concluiu-se, naquela ocasião, que medidas disciplinares eram urgentes, o que permitiria intervenções de ofício. A fonte de tais medidas foram passagens bíblicas, como a destruição de Sodoma e Gomorra por ordem de Deus, haja vista que estariam tomadas por pecadores. Não havia razões para análises mais ponderadas e casuísticas, pois almas estavam em jogo, ainda que almas inocentes pudessem pagar o preço.

Conforme destaca Ritter<sup>117</sup>, o Manual dos Inquisidores, escrito pelo inquisidor Nicolau Eymerich em 1376, pregava que o procedimento devia ser sumário, simples, sem complicações e sem a intervenção de advogados. O acusado sequer poderia ter contato com os autos da acusação, muito menos discuti-los. A tortura era prática comum, uma vez que a confissão era a prova suprema e reveladora da verdade, o que justificava o meio para sua obtenção.

O modelo inquisitório se alastrou mesmo nos territórios não pertencentes à Igreja, pois bem servia aos interesses dos reis e dos senhores feudais, concentrando os atributos da soberania (legislar, julgar e administrar) na pessoa que figurava no topo da hierarquia do poder local. Em alguns lugares, foi estabelecida uma estrutura hierarquizada, delegando as funções estatais para funcionários subordinados e possibilitando a interposição de recursos, os quais eram direcionados ao rei. Da mesma forma que ocorria na inquisição da Igreja Católica, a tortura se tornou uma prática comum.

Somente com o advento do Iluminismo, por volta do século XVIII, baseado em ideias humanistas, é que o modelo inquisitório passou a ser questionado. Com

---

<sup>116</sup> CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 9 ed. Milão: Giuffrè Editore, 2012, p. 21-22. “Revolução inquisitorial”. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>117</sup> EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 14. **In**: RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 27-28. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

destaque, a Revolução Francesa (1789) pode ser considerada o ponto de mudança do sistema processual, conforme leciona Aury Lopes Jr<sup>118</sup>. Contudo, isso não significou a retomada do sistema acusatório. Nascia o sistema misto. Sob o comando despótico de Napoleão Bonaparte, o Código de Instrução Criminal de 1808 estabeleceu um processo de duas fases. Na primeira, um juiz-instrutor conduzia uma investigação secreta com o objetivo de coletar indícios de existência e autoria de práticas criminosas. Na segunda, o procedimento passa a ser público, conferindo às partes a possibilidade de debaterem os elementos levantados na fase anterior diante de um tribunal<sup>119120</sup>. Trata-se de sistema ainda bastante adotado em países de tradição da *Civil Law*, como é o caso do Brasil.

### 1.3.2 Evolução histórica no Brasil

Conforme explica Marcus Vinicius Pimenta<sup>121</sup>, na trilha das ideias propagadas pela Revolução Francesa, a primeira Constituição do Brasil independente, de 1824, única elaborada em todo o período Imperial, garantiu alguns direitos de liberdade inéditos, como a ilegalidade da prisão, exceto em caso de flagrante ou por ordem judicial (art. 179, inciso VIII), os princípios do juiz natural e da legalidade (art. 179, inciso XI), a abolição da tortura e todas as penas cruéis (art. 179, inciso XIX), dentre outros<sup>122</sup>. É claro que não se pode olvidar que tais direitos não se estendiam a todas as pessoas, porquanto a cidadania não era um atributo dos escravos, muito menos de que se tratava de uma monarquia ditatorial, na qual o Imperador exercia, além do Poder Executivo, o Poder Moderador (arts. 98 e 99). Nada

---

<sup>118</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica, p. 220.

<sup>119</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 34. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>120</sup> Vale ressaltar a crítica de Ferrajoli, para quem a fase de instrução inquisitória, isto é, entregue à iniciativa do juiz, escrita, secreta, privada de contraditório e totalmente dominada pela acusação, praticamente inutilizou o direito de defesa. Em ***Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés***. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 613-614. Tradução livre do autor da pesquisa

<sup>121</sup> PIMENTA, Marcus Vinicius. **Poder-saber inquisitório**: observações sobre o inquérito e a dissonância cognitiva. 1. Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 98-108.

<sup>122</sup> BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2023.

obstante, os avanços eram inegáveis.

O Código de Processo Criminal de Primeira Instância<sup>123</sup>, de 1832, foi o primeiro instrumento processual penal legitimamente brasileiro. Conquanto tenha reproduzido as inovações que a Constituição do Império trouxe ao ordenamento, ele previa um procedimento predominantemente inquisitório, com grande influência da fase investigatória e a gestão da prova centrada no juiz, e que pode ser dividido em três fases.

Na primeira, o juiz de paz, eleito por distrito (art. 10), reunia as funções de polícia administrativa, polícia judiciária e juiz. Cabia a ele realizar o auto do corpo de delito e determinar a prisão dos investigados, por exemplo (art. 12). Na segunda fase, em se tratando de delitos leves, caberia ao juiz de paz julgar (arts. 205 a 212). Nos demais, a ação era promovida pelo promotor público, por qualquer do povo ou pelo próprio juiz de paz (arts. 74, 154 e 206), exceto nos casos de delitos privados, nos quais cabia ao ofendido a titularidade da ação (art. 72). Para os crimes que não eram considerados leves, passava-se ao juízo de admissão, no qual o juiz de direito, nomeado pelo Imperador (art. 44), era o presidente, ficando a decisão a cargo de um júri formado por 23 pessoas do distrito e para quem eram lidos os autos da investigação (arts. 243 e 244). Rejeitada a acusação, o processo era extinto. Aceita, iniciava-se a terceira fase. Nesta, perante o júri de sentença, formado por 12 pessoas do distrito, o juiz de direito interrogava o acusado (art. 259). Na sequência, todo o processo de formação da culpa (primeira fase) era lido para os jurados (art. 260). Ato contínuo, as testemunhas eram ouvidas e havia o debate entre acusação e defesa antes do julgamento (arts. 261 a 270).

Em 3 de dezembro de 1841, poucos meses após Dom Pedro II assumir o trono, entrou em vigor a Lei n. 261<sup>124</sup>, a qual promoveu mudanças no Código de

---

<sup>123</sup> BRASIL. Código do Processo Criminal de primeira instância. Lei de 29 de novembro de 1832. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2023.

<sup>124</sup> BRASIL. Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim261.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%20261%2C%20DE%203%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201841.&text=Reformando%20o%20Codigo%20do%20Processo,e%20Defensor%20Perpetuo%20do%20Brasil.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%20261%2C%20DE%203%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201841.&text=Reformando%20o%20Codigo%20do%20Processo,e%20Defensor%20Perpetuo%20do%20Brasil.)>. Acesso em: 25 fev. 2023.

Processo Penal, transferindo as funções do juiz de paz para a polícia, a qual era formada por chefes de polícia, delegados e subdelegados nomeados pelo Imperador ou pelos Presidentes de Províncias e, por consequência, diretamente subordinados a eles. Em 1871, a Lei n. 2.033<sup>125</sup> separou as funções de polícia das funções de justiça e criou o inquérito policial.

Com a Proclamação da República e a promulgação da Constituição de 1891<sup>126</sup>, aos Estados foi dada competência para legislar sobre direito processual, exceto quanto aos processos de competência da justiça federal (art. 34, item 22). Desse período, Pimenta<sup>127</sup> destaca o Código de Processo Penal para o Distrito Federal<sup>128</sup>, de 1924, cuja investigação, conduzida pela polícia (excepcionalmente, pelo Ministério Público) era registrada em dois autos distintos: o primeiro continha as provas irrepetíveis, como exame de corpo de delito, autos de busca e apreensão, etc.; o segundo continha as inquirições das testemunhas. Este segundo caderno, por ocasião do oferecimento da denúncia, era entregue ao cartório judicial lacrado, com o objetivo de não contaminar a fase judicial.

Com a Constituição de 1934, a competência para legislar sobre processo voltou a ser privativa da União<sup>129</sup>. Ainda, no art. 11 de suas disposições transitórias, determinou que uma comissão de 3 juristas, dois Ministros do Supremo Tribunal Federal e um advogado, seria nomeada para elaborar um projeto de Código de Processo Penal. Nomeada pelo Decreto de 22 de agosto de 1934, a comissão era composta pelo advogado Gama Cerqueira, pelos Ministros Bento de Faria e Plínio Casado, além de Vicente Ráo, então Ministro de Estado da Justiça e Negócios

---

<sup>125</sup> BRASIL. Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim2033.htm#:~:text=Carta%20de%20Lei%20pela%20qual,Judiciaria%2C%20como%20acima%20se%20declara.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2033.htm#:~:text=Carta%20de%20Lei%20pela%20qual,Judiciaria%2C%20como%20acima%20se%20declara.)>. Acesso em: 25 fev. 2023.

<sup>126</sup> BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro

<sup>127</sup> PIMENTA, Marcus Vinicius. **Poder-saber inquisitório**: observações sobre o inquérito e a dissonância cognitiva. 1. Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 102-103.

<sup>128</sup> BRASIL. Decreto n. 16.751, de 31 de dezembro de 1924. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D16751impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D16751impressao.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2023.

<sup>129</sup> BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2023.

Interiores, que presidiu a comissão<sup>130</sup>. A comissão elaborou o Projeto do Código do Processo Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1935, conhecido como Projeto Vicente Ráo<sup>131</sup>.

De relevante para este trabalho, extrai-se o seguinte trecho da Exposição dos Motivos do Projeto<sup>132</sup>:

O saudoso João Mendes Júnior, que tanto ilustrou a cátedra quanto a mais alta magistratura do país, sintetizou os sistemas processuais penais nesta crítica lapidar:

“O sistema acusatório, despido da instrução prévia, carecedor de provas elucidadas por sérias investigações, reduzia freqüentemente o juiz à impotência de julgar; o sistema inquisitório substituindo a fria análise dos autos e o segredo das diligências à publicidade das discussões, as confissões extorquidas pela censura à livre defesa, não raramente abafava a verdade com presunções homicidas”.

Daí o surgir o sistema mixto, que “acomoda os atos do processo da instrução às práticas do sistema inquisitório e os atos do processo do julgamento às práticas do processo acusatório” (Proc. Crim. Brás. I, 150-151).

Mas o sistema mixto, que, com o correr do tempo, humanizou os métodos inquisitoriais adotados, como todo o sistema eclético, não ostenta linhas estruturais rígidas. Dentro de suas paredes mestras, ao contrário, amoldam-se as variantes mais incisivas, segundo demonstra a legislação dos povos cultos. [...].

E continua, abordando os problemas do sistema então vigente:

Uma inspeção, por mais ligeira que seja, das leis do processo penal vigentes, revela desde logo, a par de um lastimável atraso, uma evidente inadaptação às condições atuais de nossa vida social. Diga-se a verdade por inteiro e com coragem: — à apuração da responsabilidade criminal não se procede, hoje ainda, em juízo, mas perante a polícia. Esta, ao envez de se limitar às funções de investigação e de manutenção da ordem, forma o conteúdo do processo e, antecipando-se às autoridades judiciárias, pratica atos inequivocamente processuais, tais, por exemplo, as declarações do acusado e o depoimento das testemunhas, que toma por escrito. É ao que se chama ‘inquérito’ ou seja, a peça donde o Ministério Público, raramente colaborador de sua feitura, extrai os elementos para a denúncia, escolhe a dedo o rol das testemunhas de acusação e colhe a indicação das demais provas, inicialmente

<sup>130</sup> PIMENTA, Marcus Vinicius. **Poder-saber inquisitório**: observações sobre o inquérito e a dissonância cognitiva. 1. Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 103-104.

<sup>131</sup> RÁO, Vicente, FARIA, Antônio Bento de, & CASADO, Plínio de Castro. Projeto do Código do Processo penal da República dos Estados Unidos do Brasil, 1938. **Revista Da Faculdade De Direito**. São Paulo: Universidade De São Paulo, 34(3), p. 137-292. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65837>>. Acesso em 26 fev. 2023.

<sup>132</sup> RÁO, Vicente, FARIA, Antônio Bento de, & CASADO, Plínio de Castro. Projeto do Código do Processo penal da República dos Estados Unidos do Brasil, 1938. **Revista Da Faculdade De Direito**. São Paulo: Universidade De São Paulo, 34(3), p. 154. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65837>>. Acesso em 26 fev. 2023.

constituídas, todas elas, pelo espírito obliterado, que a prática do ofício determina, da autoridade policial respectiva.

Acumulado esse material, com êle se amálgama o “processo” propriamente dito. Mas, em que consiste o “processo”? — Consiste, em última análise, na reprodução dos depoimentos, circunstâncias indiciárias, declarações, exames e vistorias já constantes dos autos do inquérito. Chama-se a isso, por sua vez, “formação da culpa”, que vem a ser a procura, pelo promotor e pelo juiz sumariante, da ratificação do inquérito, isto é, da peça formada fora do juízo e sem maior garantia, quer para o acusado, quer para a ordem social<sup>133</sup>.

Pode-se concluir, à vista do transcrito, que a problemática do sistema processual era reconhecida pelos juristas de então, seja quanto à definição dos sistemas em si ou quanto à forma como eles operavam na prática. A solução dos membros da comissão foi cindir o processo em duas fases: a primeira, chamada de juizado de instrução, sob a responsabilidade do juiz instrutor, a quem caberia, com o auxílio da polícia, determinar a realização de diligências e investigações preliminares, substituindo o inquérito policial; a segunda, comandada pelo juiz processante, responsável pela produção de provas, julgamento e execução<sup>134</sup>.

Conquanto representasse um avanço no processo penal de então, o projeto ainda continha algumas incongruências. Marcus Vinicius Pimenta<sup>135</sup> aponta, por exemplo, o fato de que, ao mesmo tempo em que determinava que toda a prova deveria ser produzida perante o juiz da fase de julgamento (art. 206), ele mantinha o acervo reunido pelo juiz instrutor nos autos do processo (arts. 112, 123-136 e 138). Ainda, pode-se citar o fato de que a investigação era orientada pelo juiz de instrução e não pelo órgão de acusação. Na mesma linha, em alguns casos mais leves, o próprio juiz instrutor era responsável pelo julgamento. Nestes, quando o juiz instrutor entendesse que era caso de ação penal, caberia a ele abrir vista ao Ministério Público ou ao ofendido para dar oferecer a peça vestibular. Ou seja, o juízo de admissibilidade

---

<sup>133</sup> RÁO, Vicente, FARIA, Antônio Bento de, & CASADO, Plínio de Castro. Projeto do Código do Processo penal da República dos Estados Unidos do Brasil, 1938. **Revista Da Faculdade De Direito**. São Paulo: Universidade De São Paulo, 34(3), p. 155. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65837>>. Acesso em 26 fev. 2023.

<sup>134</sup> RÁO, Vicente, FARIA, Antônio Bento de, & CASADO, Plínio de Castro. Projeto do Código do Processo penal da República dos Estados Unidos do Brasil, 1938. **Revista Da Faculdade De Direito**. São Paulo: Universidade De São Paulo, 34(3), p. 154. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65837>>. Acesso em 26 fev. 2023.

<sup>135</sup> PIMENTA, Marcus Vinicius. **Poder-saber inquisitório**: observações sobre o inquérito e a dissonância cognitiva. 1. Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 105-106.

da acusação era feito antes mesmo da formalização da acusação.

Todavia, com o advento da Ditadura Vargas e sua Constituição, de 1937<sup>136</sup>, o Projeto Vicente Ráo acabou natimorto. Idealizado por Francisco Campos, o CPP, de 1941, elaborado no período ditatorial e com inspiração no *Codice Rocco*, de Mussolini, já deixava claro, em sua exposição de motivos, que não pretendia privilegiar as garantias e os direitos individuais:

[...] As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal (p. 2)<sup>137</sup>.

Depois de o CPP entrar em vigor, o Brasil voltou a ser uma Democracia em 1945, com uma nova constituição, em 1946. Duas décadas depois, mergulhou em um novo período ditatorial, com início em 1964, contando com uma nova carta constitucional, a de 1967. Em 1985, finda a ditadura militar, o Brasil elegeu, indiretamente, seu primeiro Presidente Civil depois de vinte e um anos. Três anos mais tarde, foi promulgada a Constituição de 1988. Ou seja, anterior às últimas três constituições brasileira, o CPP, com diversas alterações, continua vigente, apresentando alguns dispositivos que parecem afrontar a Constituição atual e que, apesar disso, continuam a ser aplicados, conforme se verá mais adiante.

Para este momento, basta mencionar que, em grande parte, a doutrina

---

<sup>136</sup> BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2023.

<sup>137</sup> BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto Lei nº. 3.689 de 3 de outubro de 1941.

brasileira classifica o sistema processual vigente como misto, sendo predominantemente inquisitorial na fase pré-processual e predominantemente acusatório na fase processual<sup>138</sup>. Todavia, como se pode supor, essa classificação é passível de críticas. Antes de se verificar qual seria a classificação mais adequada, importante resolver a seguinte questão: o que define um sistema processual como inquisitório, acusatório ou misto?

### 1.3.3 O que define um sistema processual?

Alexandre Morais da Rosa<sup>139</sup> ensina que a compreensão do sistema decorre da existência de um princípio unificador, do qual deriva a cadeia de significantes, sendo inviável a coexistência de princípios no cerne do sistema. Ou seja, um sistema pode ser predominantemente inquisitório ou acusatório, com traços do outro sistema, mas nunca poder-se-ia falar em um sistema misto. Indo além, o autor propõe a superação do dilema pela adoção do Sistema Constitucional. Defende que a Constituição ostenta características de ambos os sistemas, mas que a diretriz global é o devido processo legal substancial.

Aury Lopes Júnior<sup>140</sup> ensina que a posição do juiz no processo penal é o que funda um sistema processual. Contudo, o autor não considera a simples separação das funções de acusar e julgar como suficiente para definir o sistema acusatório. Continuando, não exercer funções da acusação significa não exercer qualquer iniciativa ou gestão da prova. Se a imparcialidade é o princípio supremo do processo, na lição de Goldschmidt, o juiz não poderia ter qualquer ingerência na atividade probatória, somente garantindo sua conformidade com o ordenamento jurídico.

Para Ruiz Ritter<sup>141</sup>, o critério identificador de cada sistema é a gestão da

---

<sup>138</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 76-79.

<sup>139</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 286-287/290-291.

<sup>140</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica, p. 214.

<sup>141</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 38. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso

prova (iniciativa probatória), haja vista que o processo penal é uma atividade de acerto de significantes no presente em face de condutas do passado. Ou seja, se o processo busca reconstituir um fato, uma história, quem vai contar essa história ou quem vai providenciar os meios de contar essa história indicará se o sistema é inquisitório ou não. Logo, designar quem fará a gestão da prova influenciará na forma como se dará essa reconstrução histórica.

Como ocorre em um filme ou um documentário, o roteirista traça a linha que seguirá para desenvolver seu trabalho. Em um documentário, essa linha pode se modificar a depender das informações obtidas, ao passo que em um filme eventuais mudanças decorrem, via de regra, da própria vontade de quem escreve.

Guardadas as devidas proporções, é isso que ocorre com o processo. Se o juiz tem iniciativa probatória, ele passa a proceder da forma como se espera de uma parte, mais especificamente da parte que acusa. Isso ocorre porque, se a dúvida deve favorecer o acusado, pode-se concluir que, quando o juiz tiver iniciativa probatória, estará se imiscuindo nas funções da acusação. Se a absolvição era resultado normal diante da dúvida, qualquer ação tomada pelo juiz para extirpar a dúvida favorece a acusação.

O trabalho da investigação/acusação é lançar hipóteses e buscar a confirmação delas. Conforme ensinava Franco Cordero<sup>142</sup>, no sistema inquisitório, o juiz instrutor trabalha solitário, elaborando hipóteses e as cultivando, buscando as provas que venham a confirmar tais hipóteses. Ao tratar especificamente dessas hipóteses (teorias), o saudoso professor italiano assim ensinava:

*Teoremi. Ne elabora finché vuole l'inquisitore, lavorando in segreto su animali confessanti: concepita un'ipotesi, vi edifica cabale induttive; l'assenza del contraddittorio apre un vuoto logico aperto al pensiero paranoide; trame complicate eclissano i fatti. Padrone del gioco, li dispone sulla scacchiera come gli conviene; l'inquisizione è un mondo verbale simile all'onirico; tempi, luoghi, cose, persone, eventi, fluttuano in quadri manipolabili. I verbali del processo milanese agli untori illustrano questa logica fluida. Gioco pericoloso: l'elucubrante compone a mano libera, selettivamente attento o sordo ai dati, secondo che convalidino o no l'ipotesi; ed essendo le parole una materia plastica (gli inquisiti ne emettono a fiumi), ogni conclusione risulta possibile;*

---

em 20 fev. 2023.

<sup>142</sup> CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 9 ed. Milão: Giuffrè Editore, 2012, p. 50-56. Tradução livre do autor da pesquisa.

*l'estro poetico sviluppa un sentimento narcisistico d'onnipotenza nel quale svanisce ogni cautela autocritica.*<sup>143</sup>

Feitas essas considerações, é possível superar a simples divisão das funções e acusar e investigar em órgãos ou pessoas distintas e concluir que, no sistema inquisitório, o princípio informador é o inquisitivo, congregando o juiz poderes de iniciativa e produção probatória. De outro lado, o princípio informador do sistema acusatório é o dispositivo, no qual a iniciativa probatória fica restrita às partes, reservando-se ao juiz o papel de espectador.

Conforme explica Aury Lopes Júnior<sup>144</sup>, pode-se atribuir ao sistema inquisitório as seguintes características: gestão/iniciativa da prova na mão do juiz; aglutinação das funções de acusar e julgar nas mãos do juiz; possibilidade de atuação de ofício do juiz, sem provocação; parcialidade do juiz, decorrente da agregação da função acusatória; inexistência de contraditório pleno; e, desigualdade de armas e oportunidades.

Por outro lado, pode-se atribuir ao sistema acusatório as seguintes características: iniciativa probatória somente das partes; devida distinção das atividades de acusar e julgar, mantendo-se o juiz como terceiro imparcial, alheio à investigação, passivo quanto à coleta da prova e tratando ambas as partes de forma igual; pleno contraditório e possibilidade de resistência da defesa, inclusive impugnando decisões (duplo grau de jurisdição); procedimento predominantemente oral e, via de regra, público; adoção da coisa julgada; e, ausência de tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional.

Neste momento, já é possível concluir que a imparcialidade do juiz por

---

<sup>143</sup> CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 9 ed. Milão: Giuffrè Editore, 2012, p. 25. "Teorias. Ele elabora tanto quanto o inquisidor quer, trabalhando em segredo sobre os animais que confessam: tendo concebido uma hipótese, ele constrói cabalas indutivas; a ausência do contraditório abre um vazio lógico aberto ao pensamento paranoico; enredos complicados eclipsam os fatos. Donos do jogo, dispõem as peças no tabuleiro de xadrez como lhe convém; a inquisição é um mundo verbal semelhante ao sonho; tempos, lugares, coisas, pessoas, eventos, flutuam em quadros manipuláveis. As atas do julgamento de Milão sobre os difusores da peste ilustram essa lógica fluida. Jogo perigoso: o escritor redige livremente, seletivamente atento ou surdo aos dados, conforme validem ou não a hipótese; e como as palavras são um material plástico (o investigado as emite como rios), toda conclusão é possível; o talento poético desenvolve um sentimento narcísico de onipotência em que toda cautela autocrítica desaparece". Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>144</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 78-79.

ambas as perspectivas, objetiva e subjetiva, é característica apenas do sistema acusatório. Contudo, antes de avançar para o segundo capítulo, diante da última característica do sistema acusatório acima indicada, faz-se necessário discorrer sobre a valoração da prova no processo penal.

#### 1.4 VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Aury Lopes Júnior<sup>145</sup> indica a existência de três sistemas de valoração da prova, quais sejam o Sistema Legal de Provas, o Sistema da Íntima Convicção e o Sistema do Livre Convencimento Motivado.

No Sistema Legal de Provas ou da Prova Tarifada, o legislador constrói, a partir da experiência acumulada, uma valoração pré-definida das provas, com uma hierarquia entre elas. Por exemplo, a confissão era considerada uma prova absoluta, ao passo que a palavra de uma única testemunha não tinha qualquer valor. Tal sistema foi superado por não dar nenhuma abertura ao julgador analisar as particularidades do caso concreto. Ou seja, o julgador ficava preso à hierarquia legal das provas, ainda que, por exemplo, a palavra de uma única testemunha estivesse mais de acordo com outras provas do que a confissão do acusado. Lopes Júnior cita o art. 158 do CPP como um exemplo de que o sistema não foi inteiramente superado em nosso ordenamento. Referido dispositivo prescreve que, quando a infração deixar vestígios, o exame de corpo de delito, direto ou indireto, é indispensável, ainda que o acusado confesse a prática delitiva.

O Sistema da Íntima Convicção, por sua vez, ao passo que libertou o julgador das amarras do sistema anterior, criou um problema de igual ou maior gravidade, qual seja desonerar o juiz de fundamentar sua decisão. A Constituição e as leis pouco importavam, pois o julgador podia decidir como bem entendesse. Assim, são evidentes os problemas deste sistema. Nada obstante, é o sistema adotado nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida pelo Tribunal do Júri, uma vez que os jurados decidem a causa votando “Sim” ou “Não” para quesitos formulados pelo Juiz Presidente, sem precisar motivar seus votos. Aliás, como é da sistemática do

---

<sup>145</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 606-610.

juízo, sequer é possível identificar como votou cada jurado.

Intermediário aos dois sistemas anteriores, o Sistema do Livre Convencimento Motivado ou da Persuasão Racional está previsto no art. 155 do CPP (o qual será objeto de análise mais profunda no terceiro capítulo), que dispõe que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos colhidos na fase de investigação, exceto no que diz respeito às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Ainda, o parágrafo único traz uma exceção ao livre convencimento, prescrevendo que, com relação ao estado das pessoas, deverão ser observadas as restrições da lei civil.

Se, por um lado, o julgador é livre para apreciar todas as provas produzidas, não existindo uma hierarquia entre elas, por outro ele tem a obrigação de fundamentar sua decisão, o que está previsto no inciso IX do art. 93 da CRFB. Indo além, pode-se afirmar que o magistrado tem a obrigação de fundamentar sua decisão em conformidade com a Constituição, as leis e demais fontes do direito, não tendo a liberdade de decidir como bem entender só porque apresentou uma fundamentação.

A liberdade do juiz diz respeito a não se submeter a interesses escusos, econômicos, políticos ou mesmo da maioria, exercendo o papel contramajoritário que cabe ao Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito, além, é claro, de ser livre da tarificação das provas, de modo que todas são relativas. Todavia, isso não significa que ele possa deliberadamente desconsiderar uma determinada prova ou fazer prevalecer sua opinião ao arrepio do arcabouço probatório.

Por fim, é imperioso que o juiz também respeite o tempo do processo e o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa. Em outras palavras, deve evitar os juízos preliminares e analisar de forma substancial os argumentos defensivos, fundamentando porque, se for o caso, eles não merecem acolhimento. Como conclui Lopes Júnior<sup>146</sup>, o livre convencimento é muito mais limitado do que livre.

---

<sup>146</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 608.

E é importante tratar, neste momento, da relação da valoração das provas com o objetivo da atividade probatório. Busca-se, com a prova, a verdade sobre os fatos? Indo além, é possível falar em verdade no processo penal?

Ruiz Ritter<sup>147</sup> afirma que inexiste verdade absoluta ou verdade real, sendo apenas possível falar em verdade processual e desde que compreendido seu devido lugar no processo. Do contrário, corre-se o risco de sacrificar a imparcialidade do julgador. O pensamento moderno, caracterizado pela busca da certeza científica, dá ensejo à crença de que o homem científico pode extrair da realidade a sua essência, conforme ensina Salah Khaled Jr.<sup>148</sup>, extirpando a pluralidade. Isto é, se a verdade é uma só e o conhecimento científico permite obter essa verdade, ela deveria, então, ser buscada a qualquer custo. No processo penal, esse custo poderia ser o sacrifício das garantias processuais, como a imparcialidade do órgão julgador, que teria liberdade e poderes de produzir as provas que entende essenciais ao desvelamento da verdade.

Nessa linha, Ritter<sup>149</sup> questiona se é possível falar em “real” no processo penal, considerando que este busca reconstituir fatos passados com a colaboração dos seres humanos que são imperfeitos. Se qualquer pessoa que seja instada a narrar um fato que tenha presenciado irá, invariavelmente, acrescentar suas impressões subjetivas sobre o evento, como obter uma verdade absoluta sobre esse fato passado? Isso sem mencionar que todos os seres humanos estão sujeitos a imprecisões da própria memória.

Ferrajoli<sup>150</sup> afirma que a verdade absoluta ou material é alcançável por

---

<sup>147</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 71. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>148</sup> KHALED Jr., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 4 ed. Belo Horizonte, MG: Letramento; Casa do Direito, 2023, p. 202.

<sup>149</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 73. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>150</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero**

qualquer meio, a despeito da rigidez das leis processuais. É, portanto, própria de uma concepção autoritária do processo penal. A alternativa seria um modelo baseado na verdade formal ou processual, obtida com respeito às regras processuais, de forma ritualística. O autor italiano deixa claro que a verdade importa no processo penal, pois tão errado quanto buscar uma verdade utópica seria pregar um sistema de juízo despreocupado com a verdade.

A diferença, explica Lopes Júnior<sup>151</sup>, é o lugar que a verdade deve ocupar no processo. Se, no modelo inquisitório, a verdade é fundante e legitima o uso do poder na sua busca, no modelo acusatório ela é contingencial. Ou seja, o juiz deve ser convencido pelas partes, nos limites do contraditório e do devido processo legal. Conquanto seja perseguida, é possível (indo além, provável) que não se obtenha a “verdade” sobre os fatos em julgamento, até porque, conforme já visto, a obtenção da verdade real é inalcançável. Mas, conforme ensina Aragonese Alonso<sup>152</sup>, o conceito de prova está vinculado ao de atividade encaminhada a conseguir o convencimento psicológico do juiz. E é esse convencimento, de acordo com as regras processuais, que deve ser buscado pela atividade probatória.

Conforme explica Salah Khaled Jr.<sup>153</sup>, é o juiz que terá que se convencer que dado elemento inserido no processo é uma prova. Quando ele se depara com um fato que deva declarar verdadeiro ou não, especialmente diante de argumentos opostos apresentados pelas partes, ele decide entre eles, o que constitui um ato de vontade, segundo explica Guasp<sup>154</sup>. Lopes Júnior<sup>155</sup> vai além e afirma que o juiz não apenas elege versões, mas também o significado da norma. Esse eleger também se

---

*Bandrés*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 43-44. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>151</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 562-564.

<sup>152</sup> ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Instituciones de Derecho Procesal Penal**. 5. Ed. Madrid, Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984, p. 251. *In*: LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 563-564.

<sup>153</sup> KHALED Jr., Salah H.; e, DIVAN, Gabriel Antinolfi. A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 395-423, junho de 2019, p. 10.

<sup>154</sup> GUASP, Jaime. Estudios jurídicos. *In*: ARAGONESES ALONSO, Pedro (Coord.). Madrid: Civitas, 1996. p. 344. *In*: KHALED Jr., Salah H.; e, DIVAN, Gabriel Antinolfi. A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 395-423, junho de 2019, p. 10.

<sup>155</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 562-564.

expressa na valoração da prova.

Pode-se concluir, com o encerramento deste capítulo, que a busca da verdade formal ou processual é a que mais se adequa a um sistema processual acusatório e, portanto, à imparcialidade do julgador. Nada obstante, ao se basear na captura psíquica do juiz, ela ainda mantém uma considerável margem de subjetividade, já que, ao fim e ao cabo, o julgador elegerá a versão que deve prevalecer. Como afirma Khaled Jr.<sup>156</sup>, uma compreensão qualificada da atividade probatória não põe fim a todas as mazelas do processo penal, pois seu papel é de contenção de danos. Busca-se mais evitar erros de julgamento (especialmente aqueles que possam resultar numa condenação indevida) do que a aproximação com a verdade histórica. Mas problemas existem.

Tratar-se-á no segundo capítulo sobre a forma de pensar do julgador no processo penal, especialmente os fatores que podem influenciar esse pensamento, como as heurísticas e vieses e a dissonância cognitiva. Na sequência, será analisada a pesquisa de Bernd Schunemann<sup>157</sup>, que incorporou a teoria da dissonância cognitiva ao processo penal.

---

<sup>156</sup> KHALED Jr., Salah H.; e, DIVAN, Gabriel Antinolfi. A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 395-423, junho de 2019, p. 11.

<sup>157</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

## CAPÍTULO 2

# A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL

### 2.1 SISTEMAS DE JULGAMENTO MENTAL

Ao julgar uma causa, o juiz percorre um processo de tomada de decisões da mesma forma que qualquer pessoa faz ao tomar decisões ordinárias, como qual roupa vestir, qual carro comprar, em qual colégio matricular o filho, dentre outras. Não se despreza a maior relevância da decisão que põe fim a um processo judicial, posto envolver as vidas de duas ou mais partes, pelo menos, e que podem estar em compasso de espera até o julgamento da causa. Nada obstante, feitas essas observações, os cerne das variadas tomadas de decisões guardam similaridades, de modo que se impõe a análise desse processo e, principalmente, do que pode influenciá-lo.

Daniel Kahneman, psicólogo, professor universitário e escritor israelense, vencedor do Prêmio Nobel de Economia em 2002<sup>158</sup>, escreveu a obra “Rápido e devagar: duas formas de pensar”<sup>159</sup>, na qual expõe, em resumo, que o ser humano possui dois sistemas mentais, quais sejam os sistemas 1 e 2. O primeiro opera de forma automática e rápida, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário. O segundo, por sua vez, é dedicado a atividades mentais mais trabalhosas. Assim, o sistema 1 é o sistema rápido e o sistema 2 é o sistema devagar.

Para exemplificar como os dois funcionam, o autor utiliza a fotografia de uma mulher, a qual apresenta um olhar vívido e fixo para a câmera, a testa franzida e a boca aberta como se estivesse a falar em alto tom. Em contraste, apresenta a multiplicação 17 vezes 24. Ao ver a fotografia com as características descritas acima,

---

<sup>158</sup> **THE NOBEL PRIZE.** *Daniel Kahneman - Facts.* Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2002/kahneman/facts/>. Acesso em: 28 mai. 2023. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>159</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 25-33.

chega-se à conclusão, por meio de uma breve reflexão e de um pensamento intuitivo, de que a mulher está com raiva. Por sua vez, ao se debruçar sobre a multiplicação indicada, exceto para aqueles que apresentam uma aptidão acima da média para a matemática, nota-se que não há como chegar ao resultado em uma rápida operação mental. Muitos não conseguiriam resolver sem papel e caneta. Adotam-se, assim, alguns passos a fim de chegar à solução do cálculo. Pode-se delimitar uma faixa de resposta, excluindo, por exemplo, os resultados abaixo de cem e acima de mil. É possível desdobrar a operação em várias, a fim de facilitar o cálculo, como 7 vezes 24 e 10 vezes 24, somando-se os resultados.

Com esse exemplo, o autor indica que o sistema 1, a partir de operações automáticas e aparentemente involuntárias, foi o responsável por inferir que a mulher da fotografia estava com raiva. De outro lado, foi o sistema 2, por meio de uma atividade mental complexa e lenta, dividida em passos ordenados, que possibilitou a resolução da multiplicação.

O sistema 1 abrangeria desde habilidades inatas, comuns a todos os animais, como se orientar em relação à fonte de um som repentino, detectar que um objeto está mais próximo do que outro, até habilidades que se tornam rápidas e automáticas em razão da prática, como associar os estados do país às respectivas capitais, dirigir um veículo em condições normais, sem adversidades como chuva ou curvas perigosas, resolver cálculos simples, detectar emoções, dentre outras. Com o tempo e a repetição de situações, esses conhecimentos vão sendo armazenados e acessados sem esforço e até sem intenção.

No sistema 2, há operações altamente diversificadas que demandam atenção e que são interrompidas assim que cessa a atenção. Como exemplos, pode-se citar o dever de um corredor, em uma prova de atletismo, manter-se estático até o tiro de largada, o preenchimento de um formulário ao fazer *check-in* em um hotel, contar quantas vezes uma determinada letra aparece na página de um livro, *etc.* O sistema 2 é utilizado também no armazenamento de conhecimentos, os quais passarão a ser utilizados pelo sistema 1. A título de exemplo, nas primeiras vezes que se dirige um veículo, adota-se um ritual de várias etapas devidamente pensadas e decoradas, como afivelar o cinto, averiguar a posição dos espelhos, a inclinação e

distância do assento, girar a chave, soltar o freio de mão e acelerar. Com o passar do tempo e a repetição desse ritual, ele passa a ser desempenhado de maneira automática. Alexandre Morais da Rosa<sup>160</sup> faz essa analogia à atividade judicial. Se, no início de carreira, o juiz toma as decisões de maneira mais lenta, revisando os fundamentos para ter certeza de que deu a devida solução ao caso, com a experiência, ele desenvolve padrões de decisão, muitos materializados em modelos de minuta, não precisando estudar a cada sentença sobre os requisitos da responsabilidade civil ou sobre o *standard* probatório nos processos que apuram a prática de roubo.

Mas as interações entre os sistemas não se resumem a isso. Kahneman<sup>161</sup> explica que o Sistema 1 gera sugestões para o Sistema 2, como impressões, intuições e sentimentos. Se o Sistema 2 acolhe as sugestões do Sistema 1, ele as adota como premissas, as quais condicionam o agir da pessoa. Quando o Sistema 1 não consegue gerar essa sugestão, por não compreender inteiramente a situação sob análise, como no caso da multiplicação de 17 vezes 24, ele aciona o Sistema 2. Este, por sua vez, é o responsável pela maior parte do raciocínio, nas ocasiões em que se faz necessária uma análise mais aprofundada de um problema, assim como do autocontrole, quando se está furioso ou quando se detém uma informação sigilosa que não pode ser compartilhada com o interlocutor.

Esta é uma breve exposição sobre o funcionamento regular dos Sistemas. Contudo, não se faz necessária uma pesquisa científica para concluir que eles estão sujeitos a falhas e a informações falsas. Aliás, eles estão sujeitos a criar falsas percepções, de modo que o Sistema 1 pode produzir falsas sugestões que, caso acatadas pelo Sistema 2, podem embasar tomadas de decisões com consequências indesejadas. O Sistema 1 está constantemente gerando estímulos para o Sistema 2, o qual, a seu turno, é vagaroso e ineficiente para substituir aquele na tomada de decisões de rotina.

---

<sup>160</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 190.

<sup>161</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29-30.

Pode-se, a partir da repetição de erros, averiguar como estes ocorrem e de qual espécie costumam ser, a fim de se adotar maior cautela em tais situações. Contudo, não há como se esquivar sempre dessas falsas percepções. Idêntico raciocínio se aplica à atividade jurisdicional, o que dá ensejo, para fins dessa pesquisa, à análise das heurísticas e vieses.

### 2.1.1 Heurísticas e Vieses

Raras são as ocasiões em que um indivíduo fica perplexo. Quando se depara com uma equação complexa ou um problema de lógica de difícil solução, coloca-se o sistema 2 a trabalhar. Mas situações como essas ocorrem com pouca frequência. Depara-se recorrentemente com situações que demandam raciocínios que, por vezes, são substituídos por sentimentos e opiniões intuitivas. Forma-se juízo sobre um determinado acontecimento ou uma certa pessoa sem uma fundamentação propriamente dita. Por exemplo, um indivíduo imagina que o novo empreendimento empresarial de um amigo não terá êxito, ainda que nada saiba sobre aquele ramo ou sem deter qualquer informação concreta sobre o caso. Muitas vezes, forma-se uma ideia sobre uma determinada pessoa sem sequer trocar uma única palavra com ela, somente de uma intuição oriunda de uma impressão visual.

De acordo com Kahneman<sup>162</sup>, quando o sistema 1 não encontra uma resposta satisfatória para uma pergunta difícil, ele promove uma substituição, buscando uma pergunta mais fácil para responder, a pergunta heurística. Assim, o autor define heurística como um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas apropriadas, conquanto normalmente incorretas, para perguntas difíceis. Alexandre Morais da Rosa<sup>163</sup> define heurística como um atalho da forma de pensar, um mantra de sentido. Esclarece que ela diminui a carga de trabalho mental e gera conforto, uma suposta coerência, mas com efeitos colaterais

Kahneman<sup>164</sup> oferece exemplos de substituição de uma pergunta difícil por

---

<sup>162</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 110-111.

<sup>163</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 209.

<sup>164</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 110-111

uma pergunta heurística que ajudam a visualizar o assunto. Quando uma pessoa é perguntada se ela está feliz com sua vida no momento, ela pode buscar resposta sobre o seu humor naquele instante. Sobre as chances de um potencial candidato a um cargo eletivo, o sujeito pode basear sua resposta na aparência de pessoa vitoriosa daquele potencial candidato, ainda que essa aparência seja fruto somente da subjetividade de quem a analisa.

As mencionadas respostas incorretas têm como causa os vieses, definidos por Kahneman<sup>165</sup> como erros sistemáticos que o cérebro humano comete ao se basear em pré-julgamentos (atalhos mentais ou mantras de sentido) na tomada de decisões. Ele oferece o exemplo de que um orador bem-apegoado e confiante provavelmente receberá, ao final da palestra, comentários mais favoráveis do público do que ele efetivamente mereceria, em razão da primeira impressão que causou, viés que nomina de efeito halo.

Em um artigo que escrevera em coautoria com Amos Tversky, e que passou a ser um apêndice da obra “Rápido e devagar: duas formas de pensar”, Kahneman<sup>166</sup> descreveu três heurísticas – representatividade, disponibilidade e ajuste e ancoragem – e os vieses aos quais elas conduzem. Discorrer-se-á brevemente sobre as heurísticas e aqueles vieses perceptíveis na área jurídica, tomando por base a análise de Alexandre Morais da Rosa<sup>167</sup>.

### 2.1.1.1 Heurística da representatividade

Quando um sujeito é perguntado sobre a probabilidade de que o fato A gere a consequência B ou de que o acontecimento B produza o resultado A, a resposta costuma ser baseada mais na relação de representatividade ou de semelhança entre A e B do que efetivamente na probabilidade. A heurística da representatividade consiste na avaliação da probabilidade pelo grau de representatividade entre um dado

---

<sup>165</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 10.

<sup>166</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 448-457.

<sup>167</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 210-231.

evento e um dado processo.

Para exemplificar essa heurística, Kahneman<sup>168</sup> fornece a seguinte descrição de um determinado indivíduo: “Steve é muito tímido e retraído, invariavelmente prestativo, mas com pouco interesse nas pessoas ou no mundo real. De índole dócil e organizada, tem necessidade de ordem e estrutura, e uma paixão pelo detalhe”. Com essas informações, questiona o autor como as pessoas avaliariam a probabilidade de Steve desempenhar uma profissão dentre aquelas componentes de uma lista fechada, como fazendeiro, vendedor, piloto comercial, bibliotecário ou médico. E responde que, por essa heurística, seria comum que as pessoas atribuíssem a maior probabilidade à profissão de bibliotecário considerando o quanto sua descrição é similar ou representa uma ideia geral que existem sobre os bibliotecários. Ou seja, pelo estereótipo de bibliotecário.

O viés que se sobressai, nesse exemplo, é o da insensibilidade à probabilidade *a priori* de resultados. O fato de haver muito mais fazendeiros do que bibliotecários na população deveria ser levado em consideração ao se estimar a probabilidade da profissão ocupada por Steve. Mas não é o que costuma ocorrer na heurística da representatividade. Outro viés relacionado à hipótese é o da ilusão da validade. Ainda que a descrição de Steve seja superficial e sem informação quanto à sua fonte, contanto que forneça elementos suficientes para preencher o estereótipo de bibliotecário, ela é capaz de gerar grande confiança, simplesmente pelo bom ajuste entre o resultado previsto (estereótipo de bibliotecário) e a informação fornecida (descrição de Steve), ainda que uma análise racional possa indicar, sem maior esforço, a falibilidade dessa conclusão.

Morais da Rosa<sup>169</sup> menciona o risco de se deixar levar por estigmas, estereótipos, locais do crime e tipos de crime na análise de um fato. Afinal de contas, não se pode presumir a culpa do acusado somente em razão do bairro em que ele vive, da mesma forma que não se pode considerar que todas as pessoas de um bairro

---

<sup>168</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 448.

<sup>169</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 212-213.

rico têm reputação ilibada pelo simples fato de residirem naquele bairro. O desprezo às particularidades de cada caso pode conduzir a uma decisão apressada, fácil e, muito provavelmente, equivocada.

O último viés relacionado à representatividade que merece destaque é o das concepções errôneas da possibilidade. Diante de uma sequência gerada por um processo aleatório, é comum que se espere uma certa lógica, uma certa paridade de resultados. Por exemplo, ao se jogar uma moeda por seis vezes, as chances de se obter três caras seguidas por três coroas é a mesma de uma sequência de cara e coroa alternadas. A cada resultado repetido (três vezes cara), a expectativa de um resultado diferente (coroa) aumenta, porque isso representa um resultado supostamente mais lógico. Todavia, as possibilidades a cada arremesso da moeda são as mesmas das anteriores e das posteriores, pois uma não influencia na outra<sup>170</sup>. De igual forma, a sorte de um processo penal não influencia no seguinte.

A possibilidade de, em uma tarde de audiências, o juiz absolver todos os acusados ou condenar todos os condenados é idêntica, haja vista que as particularidades de cada caso tornam o julgamento de um absolutamente independente do outro. As estatísticas de julgamento em uma vara judicial, especialmente criminal, não representam a postura do julgador, se mais garantista ou mais punitivista. Da mesma forma que um promotor de justiça pode ficar descontente com o magistrado que absolveu todos os acusados de uma tarde de audiências, um advogado pode ficar desconfiado com um juiz que condenou todos os seus clientes em uma semana. A concepção errônea da possibilidade leva o indivíduo a crer em um equilíbrio entre condenações e absolvições. Todavia, as características de cada processo evidenciam a invalidade dessa crença.

### **2.1.1.2 Heurística da disponibilidade**

Ao estimar a frequência de um evento ou a probabilidade de algo vir a acontecer, é comum que o indivíduo baseie sua análise nas informações que possui à disposição. Por exemplo, quando o sujeito é instado a estimar o risco de um ataque

---

<sup>170</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p 450.

cardíaco na população de meia-idade, é comum que ele recorra aos casos de ataque cardíaco em pessoas de meia-idade que ele conhece para formular uma resposta. Dessa forma, a heurística da disponibilidade se caracteriza pelo uso das informações que estão, com o perdão da redundância, à disposição do indivíduo para responder perguntas ou formular estimativas quando não se encontra em condições de dar uma resposta precisa.

Destacam-se nesse caso os vieses devidos à recuperabilidade das ocorrências, de acordo com os quais as ocorrências mais facilmente recuperáveis acabam se sobrepondo às menos recuperáveis. O exemplo fornecido por Kahneman<sup>171</sup> é o de um experimento em que foram lidos para os participantes os nomes de pessoas muito conhecidas de ambos os sexos, sendo-lhes requerido que julgassem se havia mais nomes de homens ou de mulheres. Os participantes foram divididos em dois grupos, para os quais foram lidos nomes diferentes. No primeiro, os homens eram relativamente mais famosos do que as mulheres. No segundo, as mulheres eram relativamente mais famosas. Equivocadamente, os participantes julgaram que o sexo com maior número de personalidades mais famosas era o mais numeroso. Isso se deu pela maior facilidade de recuperar os nomes mais famosos. Se os mais famosos eram, por exemplo, do sexo masculino, eles eram mais facilmente recordados (recuperados) pelos participantes, o que transmitia a errônea impressão de que os homens eram mais numerosos do que as mulheres.

No âmbito do processo penal, o risco desse tipo de viés, aponta Morais da Rosa<sup>172</sup>, é o magistrado desconsiderar informações e provas novas ou não dar a elas a devida atenção, de modo a decidir de forma coerente com as decisões prolatadas anteriormente, pois tem à sua disposição as informações que embasaram a decisão anterior e que estão tendentes a serem supervalorizadas, conforme se analisará de maneira mais aprofundada ao longo deste capítulo.

Outro problema apontado pelo autor extrapola os limites do processo em

---

<sup>171</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 452.

<sup>172</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 210-211/226-227.

si. É o caso do acusado que já fora julgado anteriormente pelo magistrado pelo mesmo tipo penal, por fato praticado no mesmo local e nas mesmas circunstâncias do processo anterior. As informações à disposição do magistrado, os estereótipos relacionados, por exemplo, ao bairro em que o crime foi praticado e ao próprio acusado, conforme verificado na heurística da representatividade, podem implicar em um julgamento enviesado e sem a devida consideração dos fatos do caso concreto. Idêntico raciocínio se aplica às testemunhas e seu histórico, tanto em relação aos próprios antecedentes criminais quanto à pertinência dos depoimentos prestados em outros processos.

### 2.1.1.3 Heurística do ajuste e ancoragem

Na lição de Kahneman<sup>173</sup>, é comum que as pessoas, ao projetarem uma estimativa, partam de um valor inicial, o qual sofre ajustes até chegar na resposta final. Esse ponto de partida pode ser informado no próprio questionamento ou pode sobressair de um cálculo parcial. Contudo, são raras as hipóteses em que os ajustes sejam suficientes. Logo, diferentes pontos de partida produzem estimativas diferentes, enviesadas em direção aos valores iniciais, o que configura a chamada ancoragem. Os vieses apresentados pelo autor israelense estão mais relacionados à matemática e à economia, de modo que não serão objeto de maior análise nesta pesquisa.

Algumas aplicações dessa heurística são apresentadas por Alexandre Morais da Rosa<sup>174</sup>. Asseverando, inicialmente, que as heurísticas não operam isoladamente, afirma o autor que as crenças anteriores provocam no indivíduo correlações ilusórias. Por exemplo, um acusado condenado a 5 anos de reclusão em regime inicial semiaberto provavelmente não ficará feliz com o resultado do processo, pois nutria esperanças de ser absolvido. Contudo, se condenado, em primeira instância, a 10 anos de reclusão em regime inicial fechado, conseguir a redução para 5 anos em regime inicial semiaberto parecerá algo positivo, haja vista que o ponto de partida (ancoragem) não é mais a absolvição, mas uma pena mais elevada.

---

<sup>173</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 454.

<sup>174</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 213-214.

Por outro lado, é possível que promotores e/ou advogados egressos de uma reconhecida universidade causem uma melhor impressão e despertem maior atenção do magistrado, o qual tem aquela instituição como referência (âncora) de excelência no ensino jurídico. Um promotor que consegue uma condenação no primeiro processo de uma tarde de audiências pode aceitar uma absolvição no segundo processo, em que a prova da materialidade não era tão boa. Todavia, se o primeiro processo resultar em absolvição, ele pode partir do pressuposto (ponto de partida) que a condenação é necessária no seguinte, ainda que as provas não estejam tão boas. Assim, situações e eventos exteriores ao processo podem influenciar na postura das partes, o que pode ensejar uma menor consideração às nuances do caso concreto.

Feita esta introdução aos sistemas mentais de decisão e das heurísticas e vieses às quais todas as pessoas estão sujeitas, é o momento de adentrar na análise da dissonância cognitiva para, na sequência, discorrer sobre sua aplicação ao processo penal.

## 2.2 TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

### 2.2.1 Introdução

Leon Festinger foi um psicólogo estadunidense nascido em 1919, em Nova York, e falecido em 1989. Graduado em psicologia pela Universidade de Iowa, teve como mentor Kurt Lewin, considerado o fundador da psicologia social. Festinger desenvolveu um rápido interesse em estudar a cognição, tida como o processo mental de saber ou perceber, o que se mostrou uma abordagem desafiante à teoria dominante da primeira metade do século XX, o behaviorismo, baseada no estudo da psicologia por meio da observação do comportamento humano e para a qual a cognição não tinha espaço na ciência.

Em 1957, Festinger lançou a obra *A Theory of Cognitive Dissonance*<sup>175</sup> em um momento no qual o behaviorismo estava em declínio e a chamada revolução

---

<sup>175</sup> "Uma teoria da dissonância cognitiva". Tradução livre do autor da pesquisa. FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance**. Stanford, California (EUA): Stanford University Press, 1957.

cognitiva, caracterizada pelo estudo dos estados mentais internos na psicologia, antropologia e linguística, dentre outros campos do saber, estava em curso. Embora não tenha dedicado toda sua carreira ao estudo da cognição, a obra mencionada é considerada seu trabalho mais famoso e rendeu a ele, em 2002, o posto de quinto psicólogo mais importante do século passado, segundo a *Review of General Psychology*, revista científica da *American Psychological Association*<sup>176177</sup>.

O autor fora convidado pelo Diretor da Divisão de Ciências Comportamentais da Fundação Ford para integrar um grupo encarregado de fazer um “inventário de proposições” sobre comunicação e influência social, com o objetivo de integrar a literatura da área em um nível teórico, convite este que fora aceito. Após reunir o material de pesquisa, o passo seguinte foi formular hipóteses para a elaboração de teorias. A primeira hipótese desenvolvida levou à elaboração do conceito de dissonância e de sua redução<sup>178</sup>.

Um forte e prolongado terremoto atingiu uma grande extensão do território da Índia em 1934. Os danos mais severos, contudo, concentraram-se em uma pequena área, a qual, por alguns dias, ficou sem comunicação, de modo que as primeiras impressões sobre o evento foram obtidas por intermédio de pessoas que sentiram o abalo sísmico, mas não experimentaram nem visualizaram os prejuízos.

Os relatos obtidos indicavam um grande temor em razão de supostas consequências catastróficas do evento, o que contrastava com o fato de que essas pessoas, como já dito, não tiveram contato com tais consequências. Ou seja, eram apenas rumores das consequências, sem qualquer comprovação, ou de eventos que alegadamente iriam acontecer. Dentre os rumores coletados, uma das pessoas disse que o rio Ganges desapareceu durante o terremoto, o que, entretanto, não ocorreu. Outros indicavam que novos terremotos, inundações e toda sorte de calamidades iriam acontecer nos dias seguintes.

---

<sup>176</sup> MORVAN, Camille; O'CONNOR, Alexander. *An Analysis of Leon Festinger's A Theory of Cognitive Dissonance*. Londres (Inglaterra): Macat Library. Edição do Kindle, p. 9-10. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>177</sup> Associação Americana de Psicologia. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>178</sup> FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. vi-vii/236-239. Tradução livre do autor da pesquisa.

Referidos rumores de novas e maiores tragédias, que pareciam estar provocando medo ou ansiedade, foram interpretados pelo grupo de pesquisa como justificativa para o medo ou ansiedade. Em outras palavras, as pessoas recebiam informações aterrorizantes, na sua maioria falsas, pois proferidas por quem não teve contato com as consequências do abalo, e internalizavam o medo de novos eventos, em que pese o cenário à sua volta nada indicasse nesse sentido. Como uma forma de justificar o medo que vinham experimentando, em contraste com a normalidade do ambiente a seu redor, acreditavam em e propagavam os rumores de novas tragédias a fim de aplacar essa contradição entre sentimento e a realidade observável, ou seja, reduzir essa dissonância que sentiam, conceito que será estudado na sequência.

### 2.2.2 Conceitos

Festinger<sup>179</sup> define cognição como aquilo que uma pessoa sabe sobre si mesma, sobre o seu comportamento ou sobre aquilo que está ao seu redor. De forma mais abrangente, é qualquer conhecimento, opinião ou crença que o indivíduo tenha sobre si próprio, sobre o próprio comportamento ou sobre o mundo à sua volta. Ou seja, engloba desde o que o indivíduo faz, sente, quer, gosta, o que lhe é prazeroso, o que lhe é doloroso e o que lhe é importante, até sua localização no mundo, os caminhos para chegar a um lugar, as características desse caminho, *etc.* Ele deixa claro que sua definição engloba não apenas conhecimentos, mas também opiniões, crenças, valores e atitudes, os quais integram os “elementos de cognição”<sup>180</sup>.

O ponto comum entre todos eles é que se originam da realidade. Ou seja, são conhecimentos, crenças, opiniões e valores que o indivíduo realmente possui ou realmente infere da realidade à sua volta. Pode se tratar de uma percepção errônea ou de um conhecimento baseado em premissas falsas, mas é a realidade que se mostra ao indivíduo e que exercerá sobre ele pressão para buscar elementos

---

<sup>179</sup> FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 9. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>180</sup> FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 10. Tradução livre do autor da pesquisa. O autor salienta saber as diferenças entre os conceitos e não as despreza, mas que, para o estudo da sua teoria, essa diferença não é relevante, haja vista ser possível o conflito entre uma opinião e um sentimento, ou entre uma opinião e um conhecimento científico, etc.

cognitivos correspondentes a essa realidade. Como observa Ruiz Ritter<sup>181</sup>, a voluntariedade também é importante, não configurando a dissonância quando uma pessoa está sendo coagida fisicamente, por exemplo, haja vista que, nesse caso, ela não está agindo conforme as próprias convicções ou a própria vontade, o que suprime o elemento cognitivo.

Foram analisadas na obra as relações entre pares de elementos, as quais podem ser de duas espécies, irrelevantes<sup>182</sup> e relevantes<sup>183</sup>. As relações irrelevantes, como se pode inferir do nome, são aquelas em que os elementos não guardam qualquer ligação entre si. São irrelevantes um para o outro. Por exemplo, o conhecimento sobre tempo que uma encomenda leva para ir de Nova York à Paris é irrelevante para uma pessoa decidir qual seu tipo preferido de vinho. Nas relações relevantes, por sua vez, os elementos estão interligados de maneira consonante ou dissonante. Uma relação é consonante quando um dos elementos origina ou se origina do outro. Como exemplo, sentir frio tem uma relação consonante com colocar uma roupa mais quente.

Considera-se relação dissonante, cerne da teoria, aquela em que o contrário de um dos elementos origina ou se origina do outro. De uma forma mais formal, Festinger<sup>184</sup> afirma que x e y são dissonantes se não-x for consonante com y. Se uma pessoa anda em um bairro no qual ela conhece e é amiga de todos os moradores, ao mesmo tempo em que sente medo de andar por lá, há uma dissonância entre seu conhecimento e sua sensação. Da mesma forma, há uma dissonância entre o conhecimento da pessoa que está bastante endividada e sua atitude de comprar um carro.

---

<sup>181</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 89. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>182</sup> FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance**. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 11-12. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>183</sup> FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance**. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 12-15. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>184</sup> FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance**. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 13. Tradução livre do autor da pesquisa.

O autor lista quatro fontes das quais pode surgir a dissonância<sup>185</sup>: (1) a inconsistência lógica, na qual, por exemplo, uma pessoa acredita que o ser humano chegará um dia na lua ao passo que pensa ser impossível construir um equipamento capaz de deixar a atmosfera terrestre<sup>186</sup>; (2) costumes culturais, como no caso de uma pessoa que, sabendo estar em um jantar formal, com rígidas regras de etiqueta, come uma coxa de frango com as mãos<sup>187</sup>; (3) uma opinião específica dentro de uma opinião geral, como na hipótese de um filiado ao partido Democrata votar, em uma eleição específica, no candidato do partido Republicano; e, (4) experiências passadas, por meio das quais o indivíduo enfrenta uma dissonância entre os conhecimentos anteriormente adquiridos e aquilo que ele está percebendo no momento. É o caso, por exemplo, da pessoa que é informada, por telefone, que o jogo de futebol anteriormente marcado não irá acontecer em razão da chuva, mas que, ao verificar a rua na frente de sua casa, constata que ela não está molhada. A dissonância se dá porque, de experiências passadas, ela sabe que a rua fica molhada sempre que chove.

Estabelecidos os conceitos básicos, passa-se à análise da teoria.

### 2.2.3 A teoria

De acordo com Festinger<sup>188</sup>, todo indivíduo possui uma tendência de buscar uma consistência interna. Opiniões e atitudes sobre assuntos correlatos compõem conjuntos que são internamente consistentes. Essa consistência se estende às atitudes políticas e sociais que estão diretamente relacionadas, bem como às opiniões ou conhecimentos e às atitudes a eles condizentes. A pessoa que acredita que uma formação universitária é importante provavelmente tomará atitudes direcionadas a atingir referido grau de instrução. Essas consistências mencionadas são a regra. O que foge disso são as dissonâncias.

---

<sup>185</sup> FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 14. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>186</sup> Ressaltando, mais uma vez, que a obra fora escrita antes das principais conquistas da corrida espacial, como o voo na órbita da terra e a chegada à Lua.

<sup>187</sup> Neste caso, por óbvio, a dissonância dependerá da cultura de referência. É provável que, em algumas culturas, comer com as mãos corresponda à etiqueta de jantares formais.

<sup>188</sup> FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 1-4. Tradução livre do autor da pesquisa.

O fumante, ao tomar conhecimento dos malefícios que o cigarro faz à saúde, enfrenta um estado de inconsistência, de desequilíbrio, de dissonância, o qual implicará na tentativa de racionalizar essa contradição entre as atitudes e o novo conhecimento. O indivíduo pode mudar seu comportamento, deixando de fumar, o que poria fim à contradição com a ciência sobre os riscos do cigarro. Contudo, parar de fumar pode se mostrar uma tarefa árdua, de modo que ele pode empreender esforços para mudar sua opinião sobre o assunto. Ele por pensar que gosta tanto de fumar que vale a pena o risco de continuar fumando. Alternativamente, ele pode considerar que as chances de sofrer danos à própria saúde não são tão grandes ou, de forma resignada, que ele não pode desviar de todos os riscos à sua saúde, pois, de uma forma ou outra, acabará morrendo um dia. Alternativamente, por fim, ele pode pensar que parar de fumar importará no ganho de peso, o que seria igualmente ruim para sua saúde<sup>189</sup>. Seja qual for a alternativa escolhida, ele continuará fumando, mas a dissonância antes mencionada deixará de existir (ou, mais provavelmente, será atenuada).

Contudo, há situações em que não se obtém sucesso na racionalização dessas dissonâncias, nas quais o estado de desconforto psicológico permanece e sobre as quais se debruçou o psicólogo estadunidense.

O autor<sup>190</sup> lista duas situações que mais comumente resultam em dissonância. A primeira está relacionada com novos eventos e novas informações que chegam ao conhecimento de uma pessoa. Não é possível controlar o que se ouve nem saber de antemão o teor de um texto que se está lendo, da mesma forma como não é possível controlar o que se passa ao seu redor. Informações ou eventos conflitantes com a cognição podem ocorrer e causar, ainda que de forma breve, uma dissonância. Ao programar uma atividade ao ar livre, confiante de que fará uma tarde de sol, se o sujeito se deparar com um tempo chuvoso, ele enfrenta um conflito entre

---

<sup>189</sup> Cabe salientar que a obra foi publicada em 1957, de modo que contém algumas informações ou premissas que hoje soam (ou efetivamente são) inverídicas. De todo modo, não se imagina que o autor quis fazer uma comparação científica entre o que seria melhor (ou menos pior) para a saúde de uma pessoa entre fumar ou engordar, mas apenas imaginar uma alternativa para justificar, internamente, a manutenção do hábito de fumar diante das informações sobre os seus malefícios (estes, sim, cientificamente demonstrados).

<sup>190</sup> FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance**. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 4-5. Tradução livre do autor da pesquisa.

sua crença e o mencionado evento da natureza. Da mesma forma, a pessoa que prefere dirigir veículos com câmbio manual pode experimentar uma dissonância ao ler uma matéria elogiando as vantagens de possuir um veículo com câmbio automático.

A outra situação mencionada por Festinger<sup>191</sup> não está relacionada a novos fatos nem novas informações. Poucas são as escolhas entre ao menos duas opções em que uma delas reúne apenas pontos positivos e a outra apenas pontos negativos. Ordinariamente, quando a pessoa se depara com uma decisão, precisando escolher entre duas ou mais alternativas possíveis, ela conseguirá pensar em pontos positivos e negativos para todas, sopesando qual delas contém mais pontos positivos e/ou menos pontos negativos do que as demais. Ao comparar dois carros com a intenção de comprar, pode-se avaliar preço, *design*, consumo de combustível, dentre outros fatores, sendo pouco provável que um deles supere o outro em todos os quesitos, segundo a avaliação pessoal do comprador. Da mesma maneira, ao decidir como investir seu dinheiro, o sujeito provavelmente terá de escolher entre uma opção menos rentável, mas segura, ou uma opção mais rentável, mas arriscada.

Um fator que deve ser considerado é a magnitude das dissonâncias, a qual está diretamente ligada à importância dos elementos cuja relação está em análise. Conforme exemplifica Festinger<sup>192</sup>, se uma pessoa é abordada por um pedinte, que lhe roga dinheiro para comprar comida, ela pode experimentar uma certa dissonância ao atender o pedido, mesmo sabendo que, provavelmente, os valores não serão destinados à compra de comida, mas de bebida ou drogas. Entretanto, tratando-se de uma quantia pequena, que não lhe fará falta, a dissonância entre a finalidade da doação e a presunção do seu real uso será pequena, pois ambos os elementos têm baixa relevância. Muito diferente é a situação da pessoa que está se aproximando das provas finais do ano letivo, precisando tirar boas notas, mas que não está estudando. A não ser que seja sua intenção reprovar, haverá uma forte dissonância entre sua atitude e a expectativa de obter êxito, sem contar as consequências para sua vida

---

<sup>191</sup> FESTINGER, Leon. ***A theory of cognitive dissonance***. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 5. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>192</sup> FESTINGER, Leon. ***A theory of cognitive dissonance***. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 16-18. Tradução livre do autor da pesquisa.

profissional que mais um período de faculdade lhe acarretarão.

A análise da magnitude da dissonância se torna mais complexa quando se constata que, ainda que a obra proponha a análise de pares de elementos, existem muitos outros elementos com os quais eles se relacionam, formando conjunto de relações consonantes e relações dissonantes. Retomando ao exemplo da comparação entre dois veículos, a importância que o potencial comprador de um veículo dá ao consumo de combustível pode ser consonante com a segurança do veículo, mas dissonante da potência do motor. Por outro lado, a potência do motor pode ser consonante com um *design* mais preocupado com a aerodinâmica, mas dissonante da intenção do comprador de não gastar muito com a aquisição do veículo. A importância de cada um desses elementos é que vai definir qual a pressão que essa dissonância exercerá sobre o indivíduo.

Na obra, Festinger<sup>193</sup> propõe duas hipóteses: (a) a existência de dissonância motivará o indivíduo a tentar reduzi-la, a fim de alcançar a consonância; e, (b) presente a dissonância, além de tentar reduzi-la, o indivíduo ativamente evitará situações e informações que provavelmente aumentarão essa dissonância.

Especificamente em relação à primeira hipótese, o autor<sup>194</sup> traça um interessante paralelo entre a dissonância e a fome. Assim como a fome leva o sujeito à tomar atitudes que busquem a sua redução, a dissonância cognitiva é uma condição antecedente à tomada de atitudes que visam à sua própria redução. Ou seja, a dissonância provoca no indivíduo a busca pela própria extirpação ou, no mínimo, sua redução. Os processos pelos quais o indivíduo tenta reduzir essa dissonância serão analisados no próximo item.

#### **2.2.4 Os processos de redução da dissonância**

Conforme já escrito alhures, a presença da dissonância provoca uma pressão por sua redução ou eliminação, sendo essa pressão proporcional à

---

<sup>193</sup> FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 3. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>194</sup> FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 3. Tradução livre do autor da pesquisa.

magnitude da dissonância. Pode-se extrair da obra de Festinger<sup>195</sup> três processos cognitivo-comportamentais que decorrem da dissonância e que têm por objetivo a retomada do equilíbrio cognitivo na medida do possível. São eles: a mudança de elementos cognitivos dissonantes, a desvalorização de elementos cognitivos dissonantes e a adição de novos elementos cognitivos consoantes com a cognição existente.

Na mudança de elementos cognitivos dissonantes, como se pode inferir do nome, altera-se um dos elementos para que passe a existir uma relação consonante entre eles. Essa mudança pode abranger um elemento comportamental ou um elemento ambiental.

Um exemplo da mudança comportamental é, mais uma vez, o caso do fumante que, tomando ciência dos riscos que o cigarro causa à saúde, decide parar de fumar. Logrando êxito na mudança de comportamento, sua atitude passará a estar de acordo com o seu conhecimento, pondo fim à dissonância. Da mesma forma, a pessoa que se prepara para um piquenique ao ar livre e se depara com uma chuva, a qual coloca por terra seus planos, pode mudar de ideia, desistir do piquenique e voltar para casa, pondo fim à dissonância entre a sua intenção e o ambiente à sua volta<sup>196</sup>.

A mudança de elemento ambiental é mais viável quando se trata do ambiente social do que do ambiente físico<sup>197</sup>. É o caso, por exemplo, da pessoa que cogita votar em um determinado candidato a cargo público do qual ela e as pessoas do seu entorno, amigos e parentes, como regra, não gostam. Uma forma de extirpar essa dissonância ou, mais provavelmente, reduzi-la seria buscar outras pessoas, novos amigos, que concordem com sua opinião e, portanto, ofereçam-lhe apoio.

---

<sup>195</sup> FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 19-24. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>196</sup> FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 19. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>197</sup> O autor oferece um exemplo jocoso da alteração do ambiente físico. Ele menciona um sujeito que gosta de ficar andando na sala de sua casa e que, por alguma razão, ele sempre pula um determinado local, em que pese este se encontre em perfeitas condições de uso. Logo, haveria uma dissonância entre as condições normais do piso e sua intenção de não pisar naquele local. Ele poderia, com o intuito de tornar a relação consonante, fazer um buraco no chão, visando, a partir de então, estar impossibilitado de pisar mais naquele local, o que estaria em consonância com sua vontade de não pisar naquele local. FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 20. Tradução livre do autor da pesquisa.

Conforme já foi ressaltado, os elementos cognitivos decorrem da realidade. Neste exemplo, não é possível mudar a realidade de que alguns amigos e parentes não gostam do candidato em que a pessoa está cogitando votar e fazê-las pensar de forma diferente. Se possível fosse, seria muito trabalhoso, com potencial de aumentar a dissonância na hipótese de (provável) insucesso. Logo, buscar um novo círculo social não implicaria numa mudança da realidade, apenas no ambiente social em que se está inserido.

O segundo processo cognitivo-comportamental de retomada do equilíbrio cognitivo é a desvalorização de elementos cognitivos dissonantes. Conforme exemplifica Ritter<sup>198</sup>, o fumante que toma conhecimento dos malefícios do cigarro pode questionar a credibilidade do veículo de comunicação que publicou a matéria, do jornalista que a redigiu ou da universidade responsável pela pesquisa que chegou a essa conclusão. Ele pode, ainda, considerar que fuma pouco, que opta por cigarros com menor teor de nicotina, dentre outras atitudes que reduziriam o valor dos elementos dissonantes. Perceba-se que, diferente do primeiro processo cognitivo exposto, não se está mudando nenhum dos elementos de cognição, apenas retirando a credibilidade daquele que provocou a dissonância.

Por fim, o terceiro processo indicado por Festinger<sup>199</sup> é o da adição de novos elementos cognitivos consoantes com a cognição existente. Se a mudança de elementos nem sempre é possível, uma alternativa é buscar novas informações que venham a confirmar ou a reforçar um dos elementos de cognição existentes, visando à redução da dissonância. Ritter<sup>200</sup> vai além e acrescenta um quarto processo relacionado a este último, o qual denomina de evitação ativa do aumento de elementos

---

<sup>198</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 92. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>199</sup> FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance**. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 21-24. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>200</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 90. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

dissonantes.

Lançando mão, mais uma vez do exemplo do fumante, ele pode pesquisar avidamente por matérias críticas à pesquisa que concluiu pelos danos que o cigarro causa à saúde, ao passo que pode evitar aquelas matérias que enalteçam a pesquisa. Ele pode, ainda, procurar informações sobre os números de mortes provocadas por acidentes automobilísticos, o que poderia levar à conclusão que andar de carro causa maior risco de morte do que fumar. Neste caso, haveria uma associação entre o terceiro e o segundo processo, pois estar-se-ia acrescentando elementos cognitivos consonantes enquanto se desvaloriza os elementos cognitivos dissonantes.

Pode-se traçar um paralelo destes dois últimos processos com a atual conjuntura política pela qual o país passa. As pessoas de uma determinada corrente ideológica tendem a procurar se informar por sites de notícias e canais de redes sociais que estejam alinhados com essa ideologia, ao mesmo tempo em que evitam acessar aqueles sites de correntes ideológicas diversas. Essa postura está intrinsicamente ligada ao processo de mudança de elementos cognitivos dissonantes, no qual a pessoa passa a excluir de suas redes sociais os adeptos de correntes ideológicas diversas, o que lhe transmite a falsa, porém reconfortante, impressão de que a maioria das pessoas pensam como ela.

Esses dois últimos processos são caracterizados pela voluntariedade do agente, seja na busca por informações consonantes ou na evitação de elementos que possam aumentar a dissonância. Todavia, há ocasiões em que o indivíduo é exposto involuntariamente a dissonâncias, em que o contato com as informações que levam a esse estado é forçado, como ocorre, por exemplo, quando um interlocutor lhe transmite uma informação dissonante de sua cognição, esteja o indivíduo procurando por elementos consonantes ou não. Nessa hipótese, Festinger<sup>201</sup> sugere algumas técnicas para repelir a dissonância.

A primeira é a técnica do desentendimento<sup>202</sup> ou percepção errônea, como

---

<sup>201</sup> FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 131-137. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>202</sup> *Misunderstanding*. FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 135. Tradução livre do autor da pesquisa.

aponta Ritter<sup>203</sup>, pela qual o indivíduo, ao compreender corretamente uma informação que lhe causa dissonância, busca meios de distorcer o seu sentido para adequá-la ao seu estado cognitivo prévio e pôr fim à dissonância. A segunda é a técnica da invalidação, na qual o indivíduo é submetido à uma informação dissonante para a sua cognição, mas que não permite interpretações e distorções como na técnica anterior. Nesse caso, o sujeito pode afirmar que a informação dissonante comporta exceções, dentre as quais se encaixaria sua cognição prévia, ou que a informação dissonante, em si, constitui uma exceção, não a regra<sup>204</sup>. Assim, repelir-se-ia a dissonância sem confrontar a correção da informação dissonante. Por fim, a terceira técnica é a do esquecimento seletivo<sup>205</sup>. A expressão é autoexplicativa, cabendo frisar apenas que são os elementos dissonantes que são esquecidos e que esse esquecimento aumenta com o passar do tempo.

Para esta última técnica, Festinger<sup>206</sup> relata um experimento no qual cada participante recebeu uma lista com quarenta adjetivos e deveria marcar aqueles que o descreviam. Na semana seguinte, o sujeito recebia a mesma lista novamente, mas supostamente preenchida por um terceiro, como se estivesse descrevendo o participante. Contudo, as marcações foram meticulosamente alteradas, de modo que metade correspondia às respostas do próprio participante e metade não. Quarenta e oito horas depois, os participantes foram convidados para relembrar as respostas conforme a segunda lista, recebida uma semana depois daquela que eles mesmos preencheram. Enquanto o esquecimento das marcações dissonantes girou em torno de 25%, o esquecimento das marcações consonantes girou em torno de 15%, comprovando que o transcurso do tempo propicia a redução da dissonância por meio do esquecimento seletivo.

---

<sup>203</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 95. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>204</sup> FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance**. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 135. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>205</sup> FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance**. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 156-157. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>206</sup> FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance**. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 156-157. Tradução livre do autor da pesquisa.

De todos os processos cognitivo-comportamentais expostos, a mudança de elementos cognitivos dissonantes é o que tem menor relevância para esta pesquisa. A desvalorização de elementos cognitivos dissonantes e a adição de novos elementos cognitivos consoantes com a cognição existente, além da evitação ativa do aumento desses elementos dissonantes (este último em menor escala), serão tratados com maior atenção nos próximos itens.

### 2.2.5 Dissonância pós-decisão

Até agora, foram analisadas as situações que provocam a dissonância cognitiva no indivíduo a ponto de acionar, involuntariamente, mecanismos para sua própria extirpação ou redução, seja ela decorrente de um contato fortuito com elementos cognitivos conflitantes com a cognição então existente ou de uma tomada de decisões, em razão dos pontos positivos e negativos das alternativas postas. Nesta segunda hipótese, pré-tomada de decisão, ainda que a dissonância e seus mecanismos de extirpação/redução influenciem a escolha do indivíduo, ela dará ensejo a um novo estado de conflito interno, provocado justamente pela tomada de decisão.

Retomando o exemplo do indivíduo que está analisando carros para comprar, após efetuar a escolha e adquirir um dos modelos, ele passará a se questionar se efetivamente fez a escolha correta. Da mesma forma que a pessoa que teve de escolher entre dois empregos se questionará se o preterido não era melhor. Essa dissonância pode ocorrer, inclusive, após a escolha de um prato em um jantar, sem se olvidar que a importância da decisão refletirá na magnitude da dissonância, conforme já se discorreu.

A respeito do tema, Festinger<sup>207</sup> cita um estudo desenvolvido por Danuta Erlich, Isaiah Guttman, Peter Schonbach e Judson Mills sobre a exposição a informações relevantes após a tomada de decisões. O estudo teve como base uma série de entrevistas com proprietários de veículos recém adquiridos. Uma das

---

<sup>207</sup> ERLICH, Danuta; GUTTMAN, Isaiah; SCHONBACH, Peter; e, 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. *In* FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 50-51. Tradução livre do autor da pesquisa.

conclusões do estudo é que essas pessoas experimentam um estado de dissonância, seja porque deram enfoque aos pontos positivos dos carros que consideraram, mas deixaram de comprar, seja porque se apegaram aos pontos negativos do carro que efetivamente compraram. De uma forma ou de outra, o sujeito busca reduzir essa dissonância, tendo o estudo discorrido a esse respeito.

A pesquisa apontou que proprietários de novos carros tendem a procurar avisos publicitários do veículo comprado ao mesmo tempo que tendem a evitar os avisos publicitários dos demais veículos considerados. A razão é simples. Avisos publicitários realçam os pontos positivos do produto, haja vista que tem o objetivo de atrair potenciais consumidores. Pela mesma razão, nenhum fornecedor incluirá na sua propaganda eventuais pontos negativos do seu produto, seja ele qual for. Logo, ao procurar avisos publicitários do carro que comprou, o sujeito encontrará (novos) elementos cognitivos consoantes com a cognição existente. Por outro lado, evitando avisos publicitários dos veículos preteridos, evitará ativamente o aumento de elementos dissonantes, deixando de ter contato com os aspectos positivos desses veículos. Pode-se acrescentar, por essa linha de raciocínio, que o comprador evitará as reportagens sobre seu veículo em revistas especializadas, pois poderá se deparar com informações negativas, a não ser que ele saiba, de antemão, que as considerações foram mais positivas do que negativas.

O que importa salientar, para os fins dessa pesquisa, são os procedimentos cognitivo-comportamentais colocados em prática para reduzir essa dissonância pós-decisão, os quais, conquanto guardem semelhança com aqueles analisados anteriormente, possuem algumas particularidades. São os seguintes: mudança ou revogação da decisão, mudança da cognição sobre as alternativas e sobreposição cognitiva entre as alternativas<sup>208</sup>.

A mudança ou revogação da decisão, como se pode inferir, desde que tal medida esteja disponível, dificilmente impactará no nível de desconforto cognitivo sentido, apenas mudando o polo entre os elementos consonantes e dissonantes,

---

<sup>208</sup> FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 42-47. Tradução livre do autor da pesquisa.

especialmente quando essa reavaliação é feita pouco tempo após a tomada de decisão. Esse quadro muda à medida que o tempo vai passando e que a pessoa vai experimentando os efeitos e consequências da sua escolha, o que pode reforçar a soma de dissonâncias até o momento em que ela supera a soma de consonâncias. O que acaba tendo mais influência na redução da dissonância é a revogação psicológica da decisão, consistente na admissão de ter feito uma má escolha, na internalização de que não havia decisão melhor ou na atribuição da responsabilidade a outrem. Na primeira hipótese, o sujeito simplesmente passa a conviver com o fato de que ele fez uma má escolha. Na segunda, ele tende a pensar que ficaria ainda mais insatisfeito com as demais alternativas. Por fim, na última hipótese, ele passa a considerar que foi forçado por terceiros, ainda que de forma velada, para tomar aquela decisão, de modo a não se sentir tão culpado pela má escolha.

O segundo procedimento é a mudança da cognição sobre as alternativas, chamada por Ritter<sup>209</sup> de primazia da cognição favorável à decisão. Partindo do pressuposto de que a dissonância é causada pela coexistência de características positivas na alternativa preterida e de características negativas na alternativa escolhida, este procedimento cognitivo-comportamental consiste na subvalorização de algum desses elementos ou na adição de novos elementos consonantes com a decisão tomada. O resultado seria um aumento proporcional de elementos consonantes em comparação aos elementos dissonantes, seja em termos de quantidade (adição de elementos consonantes) ou de qualidade (subvalorização dos elementos dissonantes).

O exemplo dado por Festinger<sup>210</sup> é do indivíduo que precisa escolher entre ir a um concerto e aceitar um convite para jantar na casa de um amigo, sendo ambas as alternativas agradáveis para ele. Na hipótese de ele ter escolhido jantar com o

---

<sup>209</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 102. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023. Ritter utilizou, em sua pesquisa, a versão traduzida da obra de Festinger (FESTINGER, Leon. Teoria da dissonância cognitiva. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975), o que justifica algumas nomenclaturas diversas, uma vez que a presente pesquisa utilizou a obra original, traduzida livremente pelo autor da pesquisa.

<sup>210</sup> FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance**. Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 45. Tradução livre do autor da pesquisa.

amigo, ele tenderá a pensar em aspectos negativos sobre o concerto, o que reforçaria a ideia de que acertou ao preterir essa opção. Ele pode pensar que já conhece bastante as músicas que serão tocadas e que já assistiu outros concertos daquela orquestra. Ou, ao contrário, ele pode pensar que não conhece tanto o trabalho daquela orquestra e que, por experiências anteriores, não lhe agrada ir a um concerto sem conhecer o que será tocado, preferindo os espetáculos cujas músicas ele ouviu anteriormente. Inclusive, ele pode procurar por críticas negativas feitas a esse concerto. Concomitantemente, o sujeito pode realçar os pontos positivos do jantar com o amigo, como se atualizar sobre a vida pessoal ou profissional dele, repartir uma garrafa de vinho que estava guardando para uma ocasião como esta, dentre outros. É claro que essas tentativas podem ser infrutíferas. A crítica negativa pode destacar alguns pontos positivos do concerto que não haviam sido considerados anteriormente. O vinho aberto durante o jantar pode estar estragado. Tudo dependerá da eficácia dessas tentativas.

Ao comentar este procedimento, Ritter<sup>211</sup> afirma que a tendência nessa situação é gostar mais da alternativa escolhida e menos da alternativa preterida. Quando essa tendência é colocada à prova, por meio do contato involuntário com informações dissonantes, entrará em ação a adição de elementos cognitivos consonantes, que poderá se utilizar das técnicas da percepção errônea, da invalidação e do esquecimento seletivo, todas explicadas no item anterior. Complementa o autor que tudo isso reforça a tese de que há um compromisso com as decisões que se toma, como se o indivíduo se sentisse na obrigação de não apenas justificar, mas defender a sua escolha, o que o faria procurar, de forma contínua, por elementos consonantes com a escolha feita.

O terceiro e último procedimento cognitivo-comportamental para reduzir a dissonância pós-decisão é o da sobreposição cognitiva entre as alternativas. Nele, o indivíduo estabelece uma conexão entre elementos positivos das alternativas

---

<sup>211</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 102-103. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

analisadas, fazendo uma fusão, uma sobreposição de uma sobre a outra. Voltando ao exemplo da escolha entre o concerto e o jantar na casa de um amigo, tendo escolhido o jantar, o indivíduo pode sugerir que ele e o amigo ouçam música antes ou durante o jantar, inclusive da orquestra que iria tocar no concerto. Por outro lado, caso escolha o concerto, ele pode considerar jantar em um bom restaurante localizado próximo ao local do show, inclusive chamando alguns amigos que tenham ido ao espetáculo.

A importância deste assunto específico para a presente pesquisa consiste na forma como as decisões anteriormente tomadas pelo juiz influenciarão nas posteriores, impactando seu equilíbrio cognitivo, assunto central da imparcialidade judicial sob o aspecto subjetivo, conforme discorrido no primeiro capítulo. De acordo com Ritter<sup>212</sup>, “[...] “decidir” não é apenas fazer uma escolha. [...], é assumir (fiel e involuntariamente) o compromisso de conservar uma posição que decisivamente vinculará o seu responsável por prazo indeterminado, [...]”. O que contrariar essa posição, causará dissonância ao indivíduo e, sempre que possível, será por ele evitado ou deturpado. Esse assunto será visitado mais uma vez, ainda neste capítulo, quando for analisada a associação entre a teoria da dissonância cognitiva e o processo penal.

### 2.2.6 Críticas à Teoria da Dissonância Cognitiva

Antes de se avançar para a aplicação da teoria ao processo penal, na mesma linha do que fizera Ritter<sup>213</sup>, mas sem exaurir a discussão, é de rigor indicar que a teoria da dissonância foi e é alvo de críticas, não se constituindo uma verdade absoluta e inquestionável. O autor cita três críticas principais: vagueza dos conceitos propostos, excessiva utilização de generalizações e escasso rigor metodológico das

---

<sup>212</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 106. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>213</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 128-131. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

pesquisas experimentais.

Sobre a primeira crítica, Elliot Aronson<sup>214</sup> aponta que o núcleo da teoria é a inconsistência psicológica, a qual consiste na sua maior força e, ao mesmo tempo, na sua maior fraqueza. A maior força porque muitas das hipóteses dela derivada não poderiam ter se originado de outra teoria. A maior fraqueza decorre da falta de definição dos limites da teoria. Nessa linha, aponta que algumas dúvidas só poderiam ser tiradas com o próprio Festinger, pois as respectivas respostas não poderiam ser extraídas do que fora escrito. Ritter<sup>215</sup> acrescenta que a falta de clareza sobre termos como cognição abre uma ampla margem para interpretações diversas, o que contraria a lógica formal que daria mais rigidez à teoria.

A ausência dessa rigidez formal, lançando mão de bases psicológicas, teria deixado a teoria inconsistente, na medida em atribuiu padrões idênticos de valoração das informações a todas as pessoas, desconsiderando suas particularidades, o que está diretamente conectado com a segunda crítica, do uso excessivo de generalizações. A teoria partiria da premissa que de que todas as pessoas são consistentes, permanentemente, em suas ações, de modo que sempre buscariam extirpar ou reduzir as dissonâncias cognitivas, ignorando as influências socioculturais que agem sobre o indivíduo.

Por fim, a falta de rigor metodológico estaria relacionada à exclusão de alguns participantes em certos experimentos, sob a justificativa de que não teriam sentido dissonância, e à menor atenção conferida à interpretação de alguns dados

---

<sup>214</sup> ARONSON, Elliot. *The Theory of Cognitive Dissonance: A current perspective. In Advances in experimental social psychology - Vol. 4. Organizador: L. Berkowitz. New York, NY (EUA): Academic Press, p. 5. Disponível em: <<https://www2.psych.ubc.ca/~schaller/Psyc590Readings/Aronson1969.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2023. Tradução livre do autor da pesquisa*

<sup>215</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 129. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

que invalidariam as hipóteses de determinados experimentos<sup>216</sup>. Aronson<sup>217</sup> afirma que os principais problemas metodológicos decorrem da falta de técnicas padronizadas e comprovadas para operacionalizar variáveis conceituais em psicologia social, de modo que as falhas percebidas são mais atribuíveis aos procedimentos adotados nos experimentos do que a erros de conceito da teoria.

Trinta anos após o lançamento da obra, pouco antes de morrer, o próprio Festinger<sup>218</sup> fez uma breve reflexão sobre ela, inclusive sobre como ela repercutiu no meio acadêmico. Ele afirmou que foi feita uma série de experimentos que demonstraram a existência de um processo de redução da dissonância que ocorre sob certas circunstâncias. Embora considere que eram necessários, reconheceu que constituiu um imenso desperdício de esforço de pessoas talentosas, que deveriam ter se concentrado no esclarecimento dos conceitos e na melhoria das definições, concordando com algumas das críticas. Nada obstante, ele ressaltou que as teorias são feitas para serem criticadas e modificadas. A única possibilidade de uma teoria não ser modificada é ela não ser testável. Se for testável, mais cedo ou mais tarde, ela será modificada e, provavelmente, melhorada.

Nesse ponto, acompanha-se a análise feita por Ritter<sup>219</sup>, segundo o qual, a

---

<sup>216</sup> RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. Psicologia social. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 110. **In** RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 130. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>217</sup> ARONSON, Elliot. *The Theory of Cognitive Dissonance: A current perspective*. **In Advances in experimental social psychology** - Vol. 4. Organizador: L. Berkowitz. New York, NY (EUA): Academic Press, p. 9. Disponível em: <<https://www2.psych.ubc.ca/~schaller/Psyc590Readings/Aronson1969.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2023. Tradução livre do autor da pesquisa

<sup>218</sup> FESTINGER, Leon. *Reflections on Cognitive Dissonance: 30 years later*. Não publicado anteriormente. 1987. **In COGNITIVE DISSONANCE: Reexamining a Pivotal Theory in Psychology**. 2ª ed. Organizador: Eddie Harmon-Jones. Washington, DC (EUA): American Psychological Association, 2019. Versão para Kindle, p. 289-291. Tradução livre do autor da pesquisa. Este texto consiste na transcrição de apontamentos feitos por Festinger no simpósio *Reflections on Cognitive Dissonance: 30 Years Later* (Reflexões sobre dissonância cognitiva: 30 anos depois – tradução livre do autor da pesquisa), na 95ª Convenção Anual da *American Psychology Association*, o que explica o fato de não ter sido publicado anteriormente.

<sup>219</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 130-131. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

despeito das críticas, os experimentos e estudos levados a cabo demonstraram a existência de um estado de dissonância cognitiva antes e, principalmente, após a tomada de uma decisão e como ele desencadeia mecanismos involuntários de redução ou eliminação desse estado. Outrossim, a relevância da teoria pode ser inferida da própria escolha de Festinger como um dos cinco psicólogos mais importantes do século passado, segundo a *American Psychological Association*<sup>220</sup>, bem como do fato que ela deu origem a diversos estudos que buscaram explorar e aprofundar os conhecimentos por ela trazidos. Prova disso é a obra “*Cognitive Dissonance: Reexamining a Pivotal Theory in Psychology*”<sup>221</sup>, de 2019, organizada pela *American Psychological Association* e que reuniu diversos artigos escritos por psicólogos estadunidenses, tratando desde análises sobre a teoria original até desdobramentos dela.

O intuito desta pesquisa, contudo, não é exaurir a teoria da dissonância nem endossar ou rebater todas as críticas feitas a ela, mas demonstrar sua validade como teoria da psicologia clínica e sua aplicação ao processo penal, o que será feito na sequência. Suficiente, portanto, esclarecer que ela foi e continua sendo passível de críticas e que continua a ser desenvolvida, como toda teoria testável, reforçando as palavras do próprio Festinger<sup>222</sup>.

### **2.3 APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA AO PROCESSO PENAL**

As bases jurídicas e psicológicas desta pesquisa estão estabelecidas. De um lado, tem-se que a imparcialidade judicial, tanto do ponto de vista subjetivo quanto objetivo, é um direito fundamental diretamente decorrente do estado democrático de direito, considerando o aspecto material da democracia, na qual o poder emana do povo, é dividido entre órgãos distintos e limitado pela Constituição e pelas leis, sempre

---

<sup>220</sup> Item 2.2.1. Associação americana de psicologia. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>221</sup> **COGNITIVE DISSONANCE: Reexamining a Pivotal Theory in Psychology**. 2ª ed. Organizador: Eddie Harmon-Jones. Washington, DC (EUA): American Psychological Association, 2019. Versão para Kindle.

<sup>222</sup> FESTINGER, Leon. *Reflections on Cognitive Dissonance: 30 years later*. Não publicado anteriormente. 1987. In **COGNITIVE DISSONANCE: Reexamining a Pivotal Theory in Psychology**. 2ª ed. Organizador: Eddie Harmon-Jones. Washington, DC (EUA): American Psychological Association, 2019. Versão para Kindle, p. 289-291. Tradução livre do autor da pesquisa.

visando o resguardo dos direitos fundamentais individuais e coletivos eleitos pelo constituinte. De outro lado, discorreu-se sobre as heurísticas e os respectivos vieses, bem como, e principalmente, sobre a teoria da dissonância cognitiva, além da forma como esses institutos impactam na tomada de decisões e provocam reflexos involuntários no ser humano, inclusive após as decisões. É chegada a hora de fundir esses dois horizontes.

Conforme escrito no primeiro capítulo<sup>223</sup>, grande parte da doutrina brasileira classifica o sistema processual vigente como misto, sendo predominantemente inquisitorial na fase pré-processual e predominantemente acusatório na fase processual<sup>224</sup>, o que será objeto de uma análise mais acurada no terceiro capítulo. O que basta, para este momento, é apontar que, como regra, a persecução penal no Brasil é dividida em duas fases, quais sejam a da investigação preliminar e a do processo judicial<sup>225</sup>.

A primeira consiste, via de regra, no inquérito policial, sobre o qual trata o Título II do Livro I do CPP, e que, de acordo com Badaró<sup>226</sup>, é um procedimento administrativo, de natureza inquisitória, escrito e sigiloso. De acordo com o autor, a inquisitorialidade, para o fim deste item, está relacionada à ausência de contraditório, nada obstante sustente existir ampla defesa, pois o investigado tem direito a falar ou, se preferir, a ficar em silêncio, pode requerer diligências à autoridade policial e pode se utilizar dos remédios constitucionais, como mandado de segurança e *habeas corpus*, para contrapor eventuais ilegalidades. Contudo, é fato que, contra a decisão da autoridade policial indeferindo eventual pedido de diligência do investigado<sup>227</sup>, não há nenhum recurso previsto em nosso ordenamento, restando apenas os remédios constitucionais mencionados. É escrito porque seus atos devem ser devidamente documentados, conforme prevê o art. 9º do CPP. O sigilo, por sua vez, está expressamente previsto no art. 20, *caput*, do CPP, ficando a cargo da autoridade

---

<sup>223</sup> Item 1.3.2.

<sup>224</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 75-76.

<sup>225</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 123.

<sup>226</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 125-126.

<sup>227</sup> Art. 14 do CPP.

policial o juízo de necessidade para elucidação do fato ou de exigência do interesse da sociedade.

A segunda etapa, por sua vez, é a da ação penal, tratada no Título III do Livro I do CPP - mas, assim como o inquérito policial, não apenas no respectivo título, pois há diversos dispositivos ao longo do CPP pertinentes às duas fases, como aqueles que tratam sobre a competência, a produção de provas e a aplicação de medidas cautelares. A ação penal pode ser pública, condicionada ou incondicionada, ou privada, originária ou subsidiária da pública, iniciando-se a primeira com o recebimento da denúncia e a segunda com o recebimento da queixa-crime<sup>228</sup>. Em linhas gerais, é um processo judicial, de natureza acusatória – ponto este polêmico e que será melhor analisado no terceiro capítulo -, e público, via de regra, podendo ser sigiloso em algumas hipóteses previstas em lei<sup>229</sup>.

Para este momento, suficiente salientar que o juízo competente para atuar na fase do inquérito policial, resguardando sua legalidade, deferindo medidas de investigação sujeitas à reserva judicial ou deferindo medidas cautelares em desfavor do investigado, será também competente para receber a denúncia, presidir a instrução processual e julgar o caso. É o que dispõe o parágrafo único do art. 75, combinado com o art. 83, ambos do CPP, que trata da fixação de competência por prevenção, segundo o qual, havendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, será competente aquele que tiver antecedido aos outros na prática de algum ato processual ou de medida a ele relativo, ainda que em momento anterior ao oferecimento da denúncia ou queixa. Ou seja, o juiz que tiver atuado na fase de investigação será competente para instrução e julgamento da ação penal. Ao prever que a competência será definida pela prevenção quando houver mais de um juiz competente, pode-se inferir que, havendo um único juiz competente, ele atuará em ambas as fases da persecução penal. A fixação da competência por prevenção

---

<sup>228</sup> A classificação das ações e as particularidades de cada peça inicial não serão objeto de estudo nesta pesquisa, uma vez que referidas diferenças são irrelevantes para as hipóteses que a embasam. Nada obstante, deixa-se claro que referidas hipóteses estão relacionadas principalmente aos casos em que o inquérito policial é instaurado, considerando que pode ser dispensado, a teor do § 5º do art. 39 do CPP.

<sup>229</sup> A título de exemplo, art. 201, § 6º, do CPP.

voltará a ser assunto no terceiro capítulo.

Considere-se que um inquérito policial para apuração de um crime que demanda ação penal pública incondicionada tenha sido iniciado de acordo com qualquer hipótese prevista em lei. O delegado pautará sua conduta dentro da legalidade para apurar a infração penal cuja comunicação deu ensejo ao inquérito e a respectiva autoria. Cumprirá as diligências previstas no art. 6º do CPP e em outros dispositivos, sem que o investigado possa exercer o contraditório, de maneira sigilosa, se assim entender necessário, e, ao final, elaborará minucioso relatório do que tiver sido apurado, encaminhando tudo ao juiz competente<sup>230</sup>, que remeterá os autos ao Ministério Público. Caso o Ministério Público se convença da presença de indícios de materialidade e autoria e entenda que não se fazem necessárias novas diligências, ele oferecerá a denúncia cujo recebimento irá instaurar o processo penal, a qual virá acompanhada do inquérito policial que lhe serviu de base, conforme art. 12 do CPP.

Neste caso, o recebimento da denúncia constituirá o primeiro ato decisório do juiz, para o qual ele tomará ciência do que está sendo apurado a partir de um procedimento produzido sem contraditório e provavelmente de forma sigilosa, ficando estabelecida sua primeira impressão. Logo, quando tiver contato com a resposta à acusação, provavelmente impugnando as conclusões do inquérito e os indícios nele levantados, à luz da teoria da dissonância cognitiva, o juiz enfrentará um estado de incoerência entre sua prévia cognição e a versão apresentada pela defesa. Afinal de contas, aquela primeira impressão, que embasou o recebimento da denúncia, está sob ataque.

Imagine-se um outro cenário derivado desse primeiro. Ao longo das investigações, o delegado de polícia conclui pela necessidade de efetuar uma busca e apreensão na residência do investigado, a fim de obter eventuais documentos que estejam diretamente relacionados ao crime em apuração. Ou, ainda, entende que uma interceptação telefônica do investigado poderá levar ao encontro do produto do crime, tendo em conta indícios de que o bem chegou até o investigado, mas que não se encontra em sua residência. Referidas medidas estão sujeitas à reserva judicial, pois

---

<sup>230</sup> Art. 10, § 1º, do CPP.

só poderão ser autorizadas por decisão do juiz competente<sup>231</sup> após oitiva do Ministério Público.

O art. 240, § 1º, do CPP, prevê as hipóteses em que a busca domiciliar pode ser realizada, exigindo, para tanto, a existência de fundadas razões. Aury Lopes Júnior<sup>232</sup> afirma que o juiz deve fundamentar o deferimento da medida na necessidade e na finalidade da busca, esclarecendo que a prova visada não pode ser obtida de forma menos invasiva. Por sua vez, o art. 2º da Lei 9.296/96<sup>233</sup> dispõe que a interceptação telefônica, que depende de ordem do juiz competente (art. 1º, *caput*), não será admitida se não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal nem se a prova puder ser feita por outros meios disponíveis.

Ou seja, nestes dois casos, o juiz precisará fundamentar sua decisão abordando, ainda que de forma preliminar, a materialidade e a autoria dos fatos investigados a partir de uma perspectiva exclusiva do aparato estatal (Polícia Judiciária e Ministério Público), sem a participação da defesa. Não se questiona a ausência de manifestação da defesa, sob pena de tornar tais medidas inócuas. O que se pretende ressaltar é que, nestas hipóteses, o juiz passa a formar uma cognição dos fatos não mais somente a partir da perspectiva do delegado de polícia e do Ministério Público, mas a partir da sua decisão, do seu convencimento ao deferir os pedidos.

Idêntico raciocínio se aplica no caso de deferimento de prisão preventiva, pois o juiz deve fundamentar o acolhimento na prova da existência do crime e em indícios suficientes de autoria, além do perigo gerado pela liberdade do investigado, nos termos do art. 312 do CPP.

Morais da Rosa<sup>234</sup> afirma que, por uma questão lógica, o primeiro ato cognitivo do julgador sobre os fatos se dará a partir da versão acusatória, de modo

---

<sup>231</sup> Art. 5º, XI e XII, da CRFB.

<sup>232</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 812-813.

<sup>233</sup> BRASIL. Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. Diário Oficial da União, Brasília, 25.7.1996. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm)>. Acesso em 24 jul. 2023.

<sup>234</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 202-203.

que a defesa já larga atrasada, devendo buscar técnicas de criação de dissonância cognitiva no julgador que causem nele um incômodo suficiente para fazê-lo abandonar a versão acusatória, o que é uma tarefa árdua. O autor ainda faz uma associação entre os vieses e a dissonância cognitiva, objeto de estudo neste capítulo. O efeito halo<sup>235</sup> indica que a primeira impressão será o ponto de partida para as relações de consonância/dissonância, haja vista a tendência de conservação da ideia inicial<sup>236</sup>. Da mesma forma, a heurística da representatividade<sup>237</sup> costuma ser empregada quando se analisa a prova, tendo como ponto de partida os indícios da fase de investigação, haja vista a tendência à consonância cognitiva<sup>238</sup>. Em outras palavras, o juiz pode se convencer que a prova é boa porque ela reflete os indícios produzidos, ainda que não exista uma identidade perfeita entre eles ou que tenham sido produzidas provas que infirmam, ainda que parcialmente, o material indiciário.

Nessa linha, importante mencionar a pesquisa de Ricardo Jacobsen Gloeckner<sup>239</sup> sobre a relação entre as prisões cautelares e o viés de confirmação. Em análise a 90 sentenças e os respectivos acórdãos, prolatados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entre 3.10.2012 e 31.12.2013, chegou-se à conclusão de que a prisão processual, via de regra iniciada com prisão em flagrante, foi utilizada, direta ou indiretamente, para formação da convicção judicial. Com isso, concluiu que a declaração de uma prisão processual acaba se transformando em uma verdadeira resolução de mérito e que, em todos os casos, houve menção à prisão nos fundamentos da decisão. Segundo o autor, essa tendência de confirmação é um atalho cognitivo ou heurístico que está diretamente relacionado à tendência de uma consonância cognitiva, do que se extrairia a necessidade de retirar o julgamento do mérito das mãos do juiz que decretou a prisão cautelar.

---

<sup>235</sup> Item 2.1.1.

<sup>236</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 206.

<sup>237</sup> Item 2.1.1.1.

<sup>238</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 212.

<sup>239</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, jan./fev. 2015, p. 7-9. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servi\\_cos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RBCCrim\\_n.117.08.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servi_cos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.117.08.PDF)>. Acesso em 2 jul. 2023.

Esses são apenas alguns exemplos de como as heurísticas e os respectivos vieses e, principalmente, a teoria da dissonância cognitiva já estão incorporadas ao processo penal<sup>240</sup>. Contudo, é preciso buscar a fonte dessa associação entre os referidos campos da psicologia e o processo penal, para o que se analisará, nesta parte final do capítulo, a pesquisa de Bernd Schünemann.

### 2.3.1 O juiz como terceiro manipulado no processo penal: os efeitos perseverança e busca seletiva de informações

Nascido em 1º de novembro de 1944 em Braunschweig, Alemanha, Bernd Schünemann estudou direito em Göttingen, Berlin e Hamburgo entre 1963 e 1967, tendo se doutorado em Göttingen, sob a orientação de Claus Roxin, em 1971. Em 1990, tornou-se catedrático de direito penal, direito processual penal, filosofia do direito e sociologia do direito da Faculdade de Direito da Universidade de Ludwig Maximilian, Munique, tendo se tornado, a partir de 2013, professor emérito<sup>241</sup>.

Conforme realça Marcus Vinicius Pimenta<sup>242</sup>, Schünemann publicou, em coautoria com Wolfgang Bandilla, o ensaio chamado “*Perseverance in courtroom decisions*”<sup>243</sup> no qual conceituou perseverança como a tendência de a informação que o julgador considerou crucial para fundamentar sua decisão continuar lhe influenciando ainda que tenha se mostrado irrelevante. Na mesma obra, o autor atribuiu ao sistema inquisitório a característica de o juiz ter completo conhecimento dos resultados das investigações preliminares, ou seja, de materiais que incriminem o acusado produzidos antes do início do processo. Em contrapartida, o sistema adversarial seria caracterizado pelo fato de os juízes ou membros do júri não terem

---

<sup>240</sup> Outros exemplos já mencionados nesta pesquisa: LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 103-120; RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>241</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 7.

<sup>242</sup> SCHÜNEMANN, Bernd; BANDILLA, Wolfgang. *In* WEGENER, H. **et. Al. Criminal behavior and the justice system**. New York: Springer-Verlag. 1989, p. 181-192. *In* PIMENTA, Marcus Vinicius. **Poder-saber inquisitório**: observações sobre o inquérito e a dissonância cognitiva. 1. Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 41.

<sup>243</sup> Perseverança nas decisões judiciais. Tradução livre do autor da pesquisa.

conhecimento desses resultados, ficando a apresentação das provas nas mãos do acusador e do defensor. Assim, as informações seriam recebidas pelo julgador de forma mais viciada no primeiro sistema do que no segundo.

Mas a grande contribuição de Schünemann para o estudo da relação entre imparcialidade do juiz e estrutura procedimental do processo penal foi a pesquisa empírica que deu origem ao artigo “O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança”<sup>244</sup>. Antes, porém, de adentrar na análise da pesquisa, necessário esclarecer que Schünemann utilizou a versão da teoria da dissonância cognitiva elaborada por Martin Irle<sup>245246</sup>, a qual merece ser brevemente analisada.

### 2.3.1.1 A teoria da dissonância cognitiva na versão de Martin Irle<sup>247</sup>

O primeiro ponto que merece destaque seria o fato de que, para Irle, Festinger não teria explicado a contento como se dá o relacionamento entre elementos cognitivos que os colocariam em situação de irrelevância, consonância ou dissonância, razão pela qual ele apresentou o conceito de hipótese. Segundo Irle, quando uma pessoa espera um evento decorrente de outro, ela formula uma hipótese, ainda que de forma implícita sobre essa inter-relação, o que seria, em verdade, uma terceira cognição, cuja violação seria necessária e suficiente para resultar na

<sup>244</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança.** *In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 205-221.

<sup>245</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança.** *In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 208.

<sup>246</sup> FREY, Dieter; IRLE, Martin, *et al. Cognitive Dissonance: experiments and theory.* *In*: IRLE, Martin; KATZ, Lawrence (orgs.). **Studies in Decision Making. Social Psychological and Socio-Economic Analyses.** New York: de Gruyter, 192, p. 281-310. *In*: PIMENTA, Marcus Vinicius. **Poder-saber inquisitório: observações sobre o inquérito e a dissonância cognitiva.** 1. Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 49-51. Conforme afirma Pimenta, a teoria da dissonância cognitiva teve diversas releituras, sendo essencial apontar as diferenças da versão de Irle por ter sido a utilizada por Schünemann.

<sup>247</sup> FREY, Dieter; IRLE, Martin, *et al. Cognitive Dissonance: experiments and theory.* *In*: IRLE, Martin; KATZ, Lawrence (orgs.). **Studies in Decision Making. Social Psychological and Socio-Economic Analyses.** New York: de Gruyter, 192, p. 281-310. *In*: PIMENTA, Marcus Vinicius. **Poder-saber inquisitório: observações sobre o inquérito e a dissonância cognitiva.** 1. Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 49-51.

dissonância. Pimenta<sup>248</sup> lança mão do exemplo de o indivíduo que vai comprar um automóvel e está em dúvida entre dois, A e B. A é mais luxuoso e B tem melhor preço. Ao optar por A, ela formularia a hipótese de que A é melhor do que B. Contudo, se ela vier a se deparar, um tempo depois, com a notícia de que B possui um modelo parecido com A em termos de luxo e, ainda assim, mais barato, a hipótese formulada ficará abalada, e é isso que causaria a dissonância cognitiva.

O segundo destaque é que, enquanto na versão original a resistência à mudança seria proporcional à magnitude da dissonância, Irle trata a magnitude como categoria separada, como uma probabilidade subjetiva ligada à violação da hipótese. Ou seja, a magnitude da dissonância será proporcional à violação da hipótese formulada.

Em terceiro lugar, a resistência à mudança não é analisada somente na relação entre elementos de cognição isoladamente considerados. Em outras palavras, qualquer eventual nova dissonância que possa advir da mudança de um elemento de cognição é considerada quando se trata da análise sobre a resistência à mudança.

Por fim, o último ponto que merece destaque foi o fato de Irle relacionar a teoria da dissonância cognitiva com outras teorias da psicologia social, como as teorias da atribuição, da comparação social, da percepção e da curiosidade e comportamento exploratório. Considerando o que o objeto desta pesquisa exige, não se aprofundará a análise das mencionadas teorias.

Outra questão que também merece destaque é a diferença entre os processos cognitivo-comportamentais de redução da dissonância e busca da retomada do equilíbrio cognitivo. Festinger<sup>249</sup> listava três processos, quais sejam a mudança de elementos cognitivos dissonantes, a desvalorização de elementos cognitivos dissonantes e a adição de novos elementos cognitivos consoantes com a

---

<sup>248</sup> FREY, Dieter; IRLE, Martin, *et al.* **Cognitive Dissonance: experiments and theory.** In: IRLE, Martin; KATZ, Lawrence (orgs.). **Studies in Decision Making. Social Psychological and Socio-Economic Analyses.** New York: de Gruyter, 192, p. 281-310. In: PIMENTA, Marcus Vinicius. **Poder-saber inquisitório: observações sobre o inquérito e a dissonância cognitiva.** 1. Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 49-51.

<sup>249</sup> FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance.** Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957, p. 21-24. Tradução livre do autor da pesquisa.

cognição existente, tendo Ritter<sup>250</sup> extraído deste último a evitação ativa do aumento de elementos dissonantes<sup>251</sup>. Schünemann<sup>252</sup>, ao tratar da versão de Irlle, lista dois processos. O primeiro, chamado de “efeito inércia ou perseverança”, consiste na autoconfirmação de hipóteses. Ou seja, o indivíduo supervaloriza as informações que confirmam a hipótese considerada correta e desvaloriza aquelas que infirmam referida hipótese. O segundo, chamado de “busca seletiva de informações”, consiste na busca de informações consonantes com a hipótese considerada correta e de informações dissonantes, desde que possam ser facilmente refutadas.

À exceção do processo de mudança de elementos cognitivos dissonantes de Festinger, é possível relacionar os demais processos com aqueles indicados por Irlle. O efeito inércia ou perseverança está diretamente ligado ao processo de desvalorização de elementos cognitivos dissonantes. A busca seletiva de informações, por sua vez, está vinculada ao processo de adição de novos elementos cognitivos consoantes com a cognição existente, bem como à evitação ativa do aumento de elementos dissonantes, já que o indivíduo só buscaria elementos dissonantes facilmente refutáveis.

Sem descuidar que a teoria de Festinger é ponto fundamental desta pesquisa, mas reconhecendo que Schünemann foi o responsável por aplicá-la ao processo penal, deste ponto em diante, tomar-se-ão por base os processos de redução da dissonância cognitiva da versão de Irlle e que foram consagrados por Schünemann em seus estudos.

### 2.3.1.2 As hipóteses formuladas por Schünemann

Considerando a posição e a função do juiz no processo penal alemão e a

---

<sup>250</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 90. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>251</sup> Item 2.2.4.

<sup>252</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. *In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 208.

teoria da dissonância cognitiva, Schünemann<sup>253</sup> declara que a leitura dos autos do inquérito faz surgir para o julgador uma primeira impressão sobre o fato, uma primeira hipótese, a qual ele tentará confirmar superestimando as informações consonantes e menosprezando as dissonantes. Em razão disso, formulou quatro hipóteses para sua pesquisa.

A primeira seria que os magistrados condenam com maior frequência quando, antes da audiência de instrução e julgamento, tomam conhecimento do inquérito policial, se comparados com aqueles que não tem acesso ao procedimento preliminar. Esse quadro seria agravado pela possibilidade de o magistrado inquirir os sujeitos da prova.

A segunda hipótese, por sua vez, é que juiz que detém conhecimento prévio do inquérito policial comete mais erros na retenção das informações, produzidas em audiência de instrução e julgamento, que contrariem o caderno investigativo do que o juiz que não teve contato com este.

Pela terceira hipótese, no caso de o juiz não ter conhecimento dos autos do inquérito, haverá uma redução no quantitativo de erros, a qual será ainda maior na hipótese de o juiz poder inquirir pessoalmente os sujeitos da prova.

Por fim, a quarta hipótese é de que o juiz que detém conhecimento prévio do inquérito policial tenderá a elaborar mais perguntas aos sujeitos da prova por ocasião da audiência de instrução e julgamento.

As duas primeiras hipóteses estão relacionadas à perseverança da imagem inicial sobre os fatos, originada da leitura do inquérito policial, e como o magistrado lidará com as informações a ela relacionadas. A terceira cuida da atenção do juiz quando ele inquire pessoalmente os sujeitos da prova, ao passo que a quarta está relacionada à busca de informações que ratifiquem a imagem inicial. Schünemann<sup>254</sup>

---

<sup>253</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. *In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 208-209.

<sup>254</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. *In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons,

afirma que, em conjunto com a segunda hipótese, a quarta trata da suposição que a maior quantidade de questionamentos feitos pelo juiz, que tem por origem sua parcialidade cognitiva, fruto do conhecimento prévio dos autos do inquérito, não importa em aumento qualitativo no processamento das informações.

### 2.3.1.3 O experimento

Com o intuito de testar as hipóteses formuladas, a pesquisa de Schünemann<sup>255</sup> teve por base um processo criminal real pelo crime de libertação de preso, o qual permitiria tanto um provimento condenatório quanto absolutório sem incorrer o julgador em erro técnico. Duas variáveis, independentes, caracterizaram a pesquisa: o (des)conhecimento dos autos do inquérito e a (im)possibilidade de inquirir testemunhas.

Os participantes que tiveram acesso aos autos do inquérito o receberam de forma concentrada e por escrito. Quanto à ata da audiência de instrução e julgamento, embora todos tenham tido acesso ao mesmo conteúdo, a forma de disponibilização variou. Aqueles que podiam formular perguntas às testemunhas, após receber um breve relato destas, na tela do computador, podiam formular suas próprias perguntas, as quais eram respondidas a partir de um banco de perguntas e respostas previamente organizadas. Ao final, aqueles questionamentos que estavam no banco e não foram efetuados pelo participante eram disponibilizados, como se fossem depoimentos testemunhais de outras pessoas envolvidas no caso. De outro lado, aqueles que não podiam formular perguntas recebiam, antecipadamente e também pelo computador, todas as perguntas e respostas contidas no referido banco, o que garantiu que todos, podendo ou não inquirir as testemunhas, tivessem acesso ao mesmo conteúdo produzido na audiência de instrução e julgamento. O objetivo era averiguar a diferença de comportamento dos profissionais na audiência, mantendo a igualdade do conteúdo disponibilizado. Conforme destacado por Schünemann<sup>256</sup>, a

---

2013, p. 209.

<sup>255</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. *In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 209-212.

<sup>256</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. *In Estudos de direito penal, direito*

simulação da audiência, conquanto feita de forma escrita, via computador, foi tão bem-sucedida que alguns participantes, interagindo com as testemunhas virtuais, chegaram a se irritar com determinadas respostas.

Os participantes que puderam formular perguntas tiveram essas contabilizadas durante o experimento. Ao final da audiência de instrução e julgamento, todos deveriam proferir uma sentença devidamente fundamentada. Na sequência, foi feita uma série de perguntas por meio das quais se testava a apreensão e armazenamento, pelos participantes, do conteúdo da audiência de instrução e julgamento.

Os 58 participantes, juízes criminais ou membros do Ministério Público, foram divididos em quatro grupos: no primeiro (Grupo A), os 14 participantes (8 juízes e 6 promotores) tiveram acesso aos autos do inquérito policial e puderam inquirir as testemunhas; no segundo (Grupo B), os 14 participantes (9 juízes e 5 promotores) tiveram acesso aos autos do inquérito policial, mas não puderam inquirir as testemunhas; no terceiro (Grupo C), os 17 participantes (11 juízes e 6 promotores) não tiveram acesso aos autos do inquérito policial, mas puderam inquirir testemunhas; e, no quarto (Grupo D), os 13 participantes (7 juízes e 6 promotores) não tiveram acesso aos autos do inquérito policial nem puderam inquirir as testemunhas.

#### 2.3.1.4 Resultados<sup>257</sup>

No que diz respeito à sentença, todos os 17 juízes integrantes dos grupos A e B (ambos com acesso aos autos do inquérito policial, tendo, o primeiro, possibilidade de inquirir testemunhas) condenaram o acusado. Quanto aos promotores, 2 do grupo A e 1 do grupo B condenaram o acusado, ao passo que os 8 restantes, quatro de cada grupo, absolveram o acusado.

No grupo C (sem acesso aos autos do inquérito policial, mas com

---

**processual penal e filosofia do direito.** Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 210.

<sup>257</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. *In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.* Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 211-212.

possibilidade de inquirir testemunhas), 3 juízes condenaram o acusado e 8 absolveram, ao passo que 1 promotor o condenou e os outros 5 o absolveram.

Por fim, no grupo D (sem acesso aos autos do inquérito policial nem possibilidade de inquirir testemunhas), 5 juízes condenaram o acusado e 2 o absolveram, ao passo que 1 promotor o condenou e os outros 5 o absolveram.

Com esses números, em especial o fato de todos os juízes dos grupos A e B terem condenado o acusado, Schünemann<sup>258</sup> confirmou a primeira hipótese, segundo a qual o conhecimento dos autos do inquérito policial leva o juiz a condenar o acusado, ainda que a prova produzida na audiência de instrução e julgamento forneça fundamentos tanto para uma sentença condenatória quanto absolutória.

No que diz respeito à segunda hipótese<sup>259</sup>, os participantes com conhecimento dos autos do inquérito (Grupos A e B) recordaram com acerto, em média, de 6,59 respostas de um total de 11 perguntas formuladas às testemunhas, contra uma média de 7,69 respostas corretas dos participantes sem conhecimento (Grupos C e D). Considerando apenas os que condenaram nos Grupos A e B, a média cai para 6,35 de respostas corretas, ao passo que, entre os que absolveram dos Grupos C e D, a média foi de 7,63 respostas corretas, aumentando um pouco mais a diferença. Assim, ficou demonstrado o efeito inércia ou perseverança, pelo qual o indivíduo supervaloriza as informações que confirmam a hipótese considerada correta (retratada no inquérito policial) e desvaloriza aquelas que infirmam referida hipótese (apresentada pela defesa ou, eventualmente, pelas testemunhas). Isso justifica o fato de as respostas das testemunhas serem menos recordadas pelos participantes que tiveram acesso aos autos do inquérito, pois estes deixaram de assimilar, principalmente, aquelas respostas que destoavam do apurado na investigação

---

<sup>258</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. *In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 211. O autor destaca que a avaliação mais crítica dos promotores de justiça, os quais, na sua maioria, absolveram o acusado, não influencia na confirmação da hipótese, pois focada na conduta dos magistrados criminais.

<sup>259</sup> Item 2.3.1.2. O juiz que detém conhecimento prévio do inquérito policial comete mais erros na retenção das informações, produzidas em audiência de instrução e julgamento, que contrariem o caderno investigativo do que o juiz que não teve contato com este.

preliminar.

A terceira hipótese, de acordo com a qual haverá uma redução quantitativa de erros quando o juiz não tem conhecimento dos autos do inquérito, redução esta que será ainda maior no caso de ele poder inquirir pessoalmente os sujeitos da prova, também ficou demonstrada. Os participantes que não puderam inquirir as testemunhas (Grupos B e D) recordaram com acerto, em média, 6,33 respostas de um total de 11 perguntas formuladas às testemunhas contra 8,65 dos participantes que puderam inquirir as testemunhas (Grupos A e C). Entre os 8 juízes do Grupo C (sem conhecimento dos autos do inquérito, mas podendo inquirir as testemunhas) que absolveram o acusado, a média de respostas corretas foi de 9,25<sup>260</sup>.

Por fim, a quarta e última hipótese, que relaciona o conhecimento do inquérito policial pelo juiz com a elaboração de mais perguntas aos sujeitos da prova por ocasião da audiência de instrução e julgamento, se comparado ao juiz sem conhecimento do inquérito policial, também foi comprovada. Os participantes que tinham conhecimento do inquérito (Grupos A e B) e condenaram o acusado elaboraram, em média, 11,4 perguntas. Os que não tinham conhecimento prévio (Grupos C e D) e condenaram o acusado elaboraram, em média, 7,25 perguntas. Aqueles com conhecimento do inquérito (Grupos A e B) que absolveram o acusado elaboraram, em média, 4,75 perguntas, ao passo que aqueles que não tinham conhecimento do inquérito (Grupos C e D) e absolveram o acusado elaboraram, em média, 2,69 perguntas.

Schünemann<sup>261</sup> destaca que, em comparação com a segunda hipótese, que tratou da memorização das respostas, aqueles que mais perguntaram tiveram o pior resultado no teste de memorização, contrastando com os que menos

---

<sup>260</sup> Pertinente a observação feita por Pimenta ao comentar esta hipótese, o qual afirma que a melhor memorização do juiz é irrelevante se ela implica na perda da legitimidade da decisão. PIMENTA, Marcus Vinicius. **Poder-saber inquisitório: observações sobre o inquérito e a dissonância cognitiva**. 1. Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 55. Conforme exposto no primeiro capítulo, item 1.3.3, se a absolvição é o resultado esperado diante da dúvida, o juiz que adota condutas para extirpar as dúvidas, como formular perguntas que vão além esclarecimentos, favorece a acusação.

<sup>261</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. *In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 212.

perguntaram, que apresentaram o melhor resultado no mesmo teste. Ou seja, o maior número de perguntas não significa qualidade de processamento das informações, pois a tendência é que o magistrado vise confirmar a versão apresentada no inquérito policial, o que comprova a busca seletiva de informações.

### 2.3.1.5 Efeito Aliança

O efeito aliança teria como razão de ser, segundo Lopes Júnior<sup>262</sup>, dentre outros motivos, as semelhanças entre as carreiras da magistratura e do Ministério Público, como, por exemplo, em relação à investidura e às promoções/remoções, bem como o estereótipo de que o advogado de defesa seria um “defensor de bandido”.

A conclusão sobre a sua demonstração pode ser extraída dos resultados da pesquisa<sup>263</sup>, de acordo com a qual, dentre os 23 promotores participantes, 5 condenaram o acusado enquanto 18 o absolveram. Entre os 35 juízes participantes, 25 condenaram o acusado enquanto 10 o absolveram. Ou seja, os promotores foram muito mais criteriosos na análise do caso do que os juízes, os quais acabaram se deixando levar, em alguma medida, pela manifestação do órgão de acusação, que requereu a condenação do acusado.

Em paralelo com o experimento principal, Schünemann<sup>264</sup> desenvolveu outro experimento para testar o efeito aliança. Tomou-se por base uma investigação relacionada a um crime de estelionato, cujo conteúdo era ambivalente, ou seja, poderia comportar, sem erro técnico, o oferecimento da denúncia ou o arquivamento. Metade dos participantes deveria decidir se oferecia ou não a denúncia. A outra metade recebia os autos com uma denúncia pronta, devendo decidir, fundamentadamente, se a recebia ou não. Ambos os grupos foram orientados a decidir com base em um mesmo critério, qual seja a probabilidade de uma futura sentença condenatória.

---

<sup>262</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 109-110.

<sup>263</sup> Item 2.3.1.4.

<sup>264</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. *In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 213-214.

Entre os promotores encarregados de oferecer ou não a denúncia, 6 a ofereceram e 19 não. Entre os juízes, 13 a ofereceram contra 19 que não a ofereceram. Quanto aos encarregados do recebimento da denúncia, 20 promotores a receberam contra 17 que a rejeitaram. Entre os juízes, 23 a receberam e 18 a rejeitaram. A conclusão de Schünemann<sup>265</sup> foi a seguinte: quando o promotor, numa situação ambivalente, toma uma decisão duvidosa, o juiz, via de regra, não a corrige, apenas lhe dá seguimento.

### 2.3.1.6 Interpretação dos resultados

Dentre as conclusões apresentadas pelo autor da pesquisa<sup>266</sup>, destaca-se a comprovação do efeito inércia ou perseverança, do efeito redundância e do efeito aliança. O primeiro está ligado ao apego à versão conhecida a partir do inquérito policial e o menosprezo às informações que vão em sentido contrário. O segundo se relaciona com a busca/preferência por informações redundantes, ou seja, já conhecidas, que impliquem na confirmação da versão inicial. Em outros termos, está diretamente ligado à busca seletiva de informações. Por fim, o efeito aliança diz respeito à importância que o juiz atribui à avaliação do promotor de justiça, muitas vezes se pautando pela manifestação deste.

A conjunção desses efeitos, segundo Schünemann<sup>267</sup>, importa na inversão do princípio *in dubio pro reo*, pois o advogado fica incumbido de provar a incorreção da denúncia, quando, em verdade, seria papel da acusação comprovar a sua correção. Ou seja, a presunção de inocência se torna, na prática, uma presunção de culpa, pois o juiz entra na fase de instrução tendente a condenar o acusado.

---

<sup>265</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. *In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 213-214.

<sup>266</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. *In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 215-221.

<sup>267</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. *In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 216.

Por fim, ao retomar à pergunta que dá nome à pesquisa, Schünemann<sup>268</sup>, embora diga que não a responde em caráter definitivo, afirma que o juiz, ainda que de forma inconsciente, não faz nada além de chancelar, em uma trabalhosa encenação, as conclusões adiantadas pelo órgão de acusação. Em outras palavras, ainda que esteja agindo de boa-fé, o magistrado é influenciado pela forma como a persecução penal se desenrola, especialmente pelo contato com os autos do inquérito policial, o que afeta a sua imparcialidade subjetiva, subvertendo o princípio da presunção de inocência.

Encerrada a análise do direito e da psicologia – nos pontos que importam –, que dão base à presente pesquisa, resta analisar, no terceiro e último capítulo desta dissertação, se essa preocupação com a influência dos efeitos inércia ou perseverança e com a busca seletiva de informações, à luz da teoria da dissonância cognitiva, é aplicável ao juiz criminal brasileiro e, em caso positivo, quais mecanismos de manutenção do equilíbrio cognitivo podem ser implementados, com um enfoque especial sobre o juiz das garantias.

---

<sup>268</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. *In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 219.

## CAPÍTULO 3

### O JUIZ DAS GARANTIAS COMO INSTRUMENTO DE MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO COGNITIVO DO JUIZ CRIMINAL

#### 3.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

No primeiro capítulo, tratou-se sobre como a imparcialidade judicial decorre do Constitucionalismo, especialmente daquele de matriz garantista, e do Estado Democrático de Direito, como Direito Fundamental do cidadão que limita o poder do Estado, detentor do monopólio da violência legítima, que só poderá exercê-la respeitando o devido processo legal e por intermédio de um órgão julgador independente, imparcial e competente. Na sequência, discorreu-se sobre a imparcialidade, sob os aspectos objetivo e subjetivo, e tratou-se sobre os sistemas processuais, apresentando uma breve evolução histórica no âmbito externo e interno. Ainda, assentou-se que, no sistema acusatório, a iniciativa probatória é restrita às partes; o juiz, como terceiro imparcial, é alheio à investigação e deve tratar ambas as partes de igual forma; o contraditório é pleno, inclusive com duplo grau de jurisdição; o procedimento é predominantemente oral e, como regra, público; adota-se a coisa julgada; e, por fim, a prova é valorada pelo livre convencimento motivado do órgão julgador. Por último, analisou-se a valoração da prova no processo penal.

Do que foi visto no mencionado capítulo, destaca-se a conclusão de que o a imparcialidade do juiz, seja sob o aspecto objetivo ou subjetivo, é característica própria do sistema acusatório<sup>269</sup>. Ainda, pertinente salientar que, para grande parte da doutrina, o sistema processual vigente no Brasil é misto, sendo predominantemente inquisitório na fase pré-processual e predominantemente acusatório na fase processual<sup>270</sup>, nada obstante a impossibilidade de existência de um sistema misto, conforme defendido por Moraes da Rosa<sup>271</sup>, o qual sustenta que a compreensão de

---

<sup>269</sup> Item 1.3.3.

<sup>270</sup> Item 1.3.2. LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 76-79.

<sup>271</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4 ed. rev.

sistema decorre da existência de um princípio unificador, sendo inviável a coexistência de princípios em seu núcleo. Logo, um sistema pode ser predominantemente inquisitório ou acusatório, com traços do outro sistema, mas isso não faz dele um sistema misto.

Seguindo esta linha de raciocínio, analisar-se-á, no início deste último capítulo, se o sistema processual penal brasileiro é predominantemente inquisitório ou predominantemente acusatório, tomando por base dispositivos do CPP, alguns de questionável compatibilidade com a CRFB, e suas aplicações práticas. Atentar-se-á, especialmente sobre como eles influenciam o equilíbrio cognitivo do julgador à luz da teoria da dissonância cognitiva, na linha do experimento de Schünemann<sup>272</sup>, analisado no segundo capítulo.

Na sequência, debruçar-se-á sobre algumas medidas que podem ensejar a manutenção do equilíbrio cognitivo do julgador, considerando as principais sugestões encontradas na doutrina, com destaque ao Juiz das Garantias, introduzido no ordenamento pátrio pela Lei 13.964, de 2019<sup>273</sup>, cuja vigência permanece parcialmente suspensa por decisão de mérito exarada nas Ações Diretas de Constitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305<sup>274</sup>.

### 3.1.1 Predominantemente inquisitório ou predominantemente acusatório?

De início, convém salientar que não se pretende exaurir a discussão, muito menos desacreditar aqueles que defendem a classificação do sistema como misto. O objetivo é apontar eventuais incongruências entre o que se considera um sistema acusatório, especialmente à luz do que foi tratado no primeiro capítulo desta pesquisa,

---

atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 286-287/290-291.

<sup>272</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. *In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 205-221.

<sup>273</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 5 mar. 2023.

<sup>274</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Ata de Julgamento). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Relator: Min. Luiz Fux. 24 de agosto de 2023. Publicado DJE em 1.9.2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5850380&ext=RTF>>. Acesso em 12 set. 2023. Até a finalização desta dissertação, a decisão não havia transitado em julgado.

e alguns dispositivos do Código de Processo Penal, em especial dentre aqueles que tratam da fase processual, após o recebimento da peça inicial (denúncia ou queixa), haja vista que, inclusive para os defensores do sistema misto, esta fase seria, de forma predominante, acusatória.

Gustavo Badaró<sup>275</sup> não vê incompatibilidade entre o sistema acusatório e a iniciativa probatória do julgador. Havendo a separação das funções de acusar e julgar, o juiz ter ou não poderes instrutórios seria algo secundário, não relacionado à essência do sistema, segundo o autor. Na mesma linha, Guilherme Madeira Dezem<sup>276</sup>, ensina que o traço seguro de diferenciação entre os sistemas é a concentração ou separação das funções de acusar, defender e julgar. Além disso, as diferenças são tênues, não sendo possível considerar inquisitivo qualquer coisa da qual se discorde, sob pena de vulgarização do termo.

Conforme já foi apresentado anteriormente<sup>277</sup>, Alexandre Morais da Rosa<sup>278</sup> defende que o sistema processual penal brasileiro deve ser visto a partir da CRFB, ciente de que esta não é um documento coeso e produto de um único sujeito pensante. Ela representa a fusão de horizontes diversos e foi o resultado possível da confluência de fatores políticos, econômicos e sociais de então. Esses fatores levam a alguns paradoxos, principalmente quando analisada a legislação processual penal à luz da CRFB, haja vista que boa parte dela foi produzida anteriormente.

Em sua obra mais recente, Aury Lopes Júnior<sup>279</sup> endossa as críticas ao chamado sistema misto, seja porque todos assim o são, por conterem características inquisitórias e acusatórias, seja pela impossibilidade da existência de mais de um princípio fundante em seu núcleo. Afirma que, até 2020, considerava o processo penal brasileiro inquisitório ou neoinquisitório, para não o confundir com o sistema histórico medieval, uma vez que o princípio informador era inquisitivo, haja vista a gestão da

---

<sup>275</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 102-103.

<sup>276</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 112-113.

<sup>277</sup> Item 1.3.3.

<sup>278</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 290-292.

<sup>279</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 84-88.

prova estar nas mãos do juiz. A mudança de panorama, na visão do autor, teria se dado em razão da aprovação da Lei 13.964 de 2019<sup>280</sup>, a qual, por meio do art. 3º-A, por ela inserido no CPP, teria revogado, tacitamente, alguns artigos incompatíveis com o sistema acusatório, como os arts. 156 e 385 do CPP. Contudo, por ocasião da publicação da obra, as Ações Diretas de Constitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 ainda não haviam sido analisadas no mérito, o que foi devidamente alertado pelo autor. Por ocasião da redação final deste capítulo, as ações já foram julgadas e, conforme será analisado posteriormente, a redação do art. 3º-A do CPP foi modificada, de modo que as premissas que embasaram as considerações do autor não correspondem ao resultado do julgamento.

Geraldo Prado<sup>281</sup> ensina que, se a CRFB assegura ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, garante a todos o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória e o julgamento por um juiz competente e imparcial, ela adotou, tacitamente, o princípio acusatório. Entretanto, levando em conta o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que os entrelaça, incluindo as posições predominantes nos tribunais, seria o caso de reconhecer que prevalece, no Brasil, a teoria da aparência acusatória, haja vista que a prática jurídica estaria repleta de práticas e elementos opostos ao sistema acusatório.

Por sua vez, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>282</sup> é direto: “[...], mostrar que o Sistema Processual Penal brasileiro é inquisitório é despreciando: hoje ninguém mais, em sendo sério, duvida disso! ”. Coutinho se filia à corrente que defende a gestão da prova como parâmetro para classificação do sistema como inquisitório ou acusatório. Se o juiz prevalece em relação às partes na busca do conhecimento do processo penal, isto é, se ele possui iniciativa probatória, o sistema é inquisitório.

---

<sup>280</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 5 mar. 2023.

<sup>281</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 300-301.

<sup>282</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Advocacia criminal e a deterioração do sistema inquisitorial atual. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; e, SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (ogs.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina – volume 3**, p. 97-113. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 103-106.

Nessa hipótese, o juiz decidiria, inicialmente, sobre o mérito e buscaria as provas que comprovariam sua conclusão, o que ficou consagrado por Cordero<sup>283</sup> como *primato dell'ipotesi sui fatti*<sup>284</sup>. Coutinho ainda lembra que o CPP é cópia do Código de Processo Penal Italiano de 30, dito *Codice Rocco*, época em que a Itália era comandada pelo regime fascista de Mussolini, razão pela qual o autor classifica o CPP como fascista.

Cinco são as marcas inquisitoriais do Processo Penal brasileiro apontadas por Nereu José Giacomolli<sup>285</sup>. A primeira é a busca da verdade material, que permite ao juiz agir de ofício na requisição de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP), na determinação da produção de provas (art. 156 do CPP), na inquirição de testemunhas (art. 209 do CPP), na decretação da prisão preventiva (art. 311 do CPP<sup>286</sup>), na possibilidade de condenar o acusado ainda que o acusador tenha opinado por sua absolvição (art. 385 do CPP), na aplicação de qualificação típica diversa daquela apresentada pela acusação, sem abrir vista ao acusado (art. 383 do CPP), além das hipóteses de recurso de ofício (arts. 574 e 746 do CPP). A segunda é a prevalência da punitividade sobre o *status libertatis*, o que hoje é representado pela manifestação obrigatória do órgão de acusação em segundo grau, após a apresentação de razões ou contrarrazões pelo referido órgão em primeiro grau, sem nova abertura de prazo para manifestação da defesa. A terceira é a presunção de culpa, decorrente simplesmente do fato de existir uma acusação contra o sujeito, o que é agravado no caso de prisão preventiva. A quarta é o protagonismo judicial, o qual tem plenos poderes instrutórios e pode agir de ofício. A quinta é a transformação do sujeito em objeto de prova, podendo produzir provas autoincriminatórias e devendo provar sua inocência, além de ser dócil e obediente ao juízo, colaborando para o bom andamento

---

<sup>283</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 51. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Advocacia criminal e a deterioração do sistema inquisitorial atual*. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; e, SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (ogs.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina – volume 3**, p. 97-113. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 104.

<sup>284</sup> Primado das hipóteses sobre os fatos. Tradução de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

<sup>285</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 1, n. 1, 2015, p. 5-7. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/8>. Acesso em: 7 set. 2023.

<sup>286</sup> Referido dispositivo foi alterado pela Lei 13.964, de 2019, posterior, portanto, ao artigo de Giacomolli, não havendo mais a previsão da prisão preventiva de ofício.

do processo.

Ricardo Jacobsen Gloeckner<sup>287</sup> afirma que o sistema processual brasileiro passou a ser pós-acusatório com o advento da CRFB. Ou seja, com a nova carta constitucional, as práticas punitivistas autoritárias estariam banidas do Processo Penal brasileiro e o sistema acusatório, “como que num passe de mágica”, estaria implementado. Ironia à parte, o autor defende que, com uma nova linguagem, o sistema processual continuou impregnado do autoritarismo anterior à CRFB.

Gloeckner<sup>288</sup> sustenta que o autoritarismo dominante por ocasião da entrada em vigor do CPP, era da ditadura Vargas, sobreviveu à promulgação da CRFB pela recepção constitucional de uma legislação oriunda de período ditatorial, em conjunto com novas leis igualmente antidemocráticas, com uma prática jurídica que não se separou das funções autocompreendidas a partir da ideologia da segurança nacional e com a atuação do Poder Judiciário, o qual não se separou do regime de supressão de Direitos Fundamentais. Menciona, ainda, o Ministério Público desvinculado do Poder Executivo e, portanto, sem se sujeitar a um órgão de controle, como uma das causas da adoção, pela referida instituição, de posturas teóricas e práticas que se confundem com a defesa da ordem antidemocrática, o que teria contribuído para o destaque negativo do Brasil dentre as maiores populações carcerárias do mundo (terceira absoluta e décima terceira em taxa de presos por cem mil habitantes, conforme dados de 2023<sup>289</sup>).

Recorrendo à ideologia da defesa social de Alessandro Baratta<sup>290</sup> para

---

<sup>287</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 504.

<sup>288</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 71-72.

<sup>289</sup> **WORLD PRISION BRIEF. Highest to Lowest.** Disponível em <<https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total>>. Acesso em 7 set. 2023. Em sua obra, Gloeckner utiliza os dados de 2016, em que o Brasil era o quarto em população total e o trigésimo em presos por cem mil habitantes. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 72.

<sup>290</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. **In**: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I, p. 130.

tratar do autoritarismo processual penal, Gloeckner<sup>291</sup> sintetiza os elementos dessa ideologia no papel que o direito deve cumprir na prevenção de delitos e da criminalidade, qual seja, na interpretação de Francisco Campos<sup>292</sup>, defender a sociedade contra os sujeitos perigosos que ameaçam a segurança da sociedade<sup>293</sup>. O Processo Penal brasileiro recepciona essa ideologia por intermédio do conceito de instrumentalidade do processo, ou seja, o processo seria um instrumento de defesa da sociedade contra o crime, razão pela qual essa instrumentalidade jamais poderia servir, concomitantemente, à defesa de Direitos e Garantias Fundamentais.

Convém salientar que Francisco Campos, além de participar na redação da Constituição de 1934 e do Ato Institucional n. 1, de 1964, foi o autor da, segundo adjetivou Gloeckner<sup>294</sup>, “virulenta exposição de motivos” do CPP, a qual já foi abordada no item 1.3.2 desta pesquisa. Campos<sup>295</sup> defendia o Processo Penal como um imperativo da Constituição de 1937, assim como já era da Constituição de 1934, de modo a conferir ao Estado uma maior energia repressiva. Segundo ele, as leis então vigentes (antes do atual CPP) asseguravam aos réus um catálogo tão extenso de garantias e favores que representavam, em verdade, um estímulo indireto à criminalidade. Era necessário abolir o primado do interesse individual sobre o da tutela social. Neste emprego do Processo Penal para combater a criminalidade, Campos<sup>296</sup> pregava os poderes instrutórios de ofício aos magistrados e o princípio da livre apreciação da prova, concedendo aos julgadores ampla e irrestrita liberdade no campo semântico e pragmático para produzir e interpretar as provas em conformidade

---

<sup>291</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 130.

<sup>292</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. EbboksBrasil, 2002, p. 199. *In*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I, p. 115.

<sup>293</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 115-116.

<sup>294</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 102.

<sup>295</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. EbboksBrasil, 2002, p. 193. *In*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 116.

<sup>296</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. EbboksBrasil, 2002, p. 227. *In*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 116.

com sua própria consciência. Ou seja, o monopólio da prova era do juiz, coadunando-se com sua concepção de um processo como instrumento de investigação da verdade e de distribuição de justiça<sup>297</sup>.

Conforme analisa Gloeckner<sup>298</sup>, o processo nada mais é que uma máquina reprodutora de fatos passados<sup>299</sup>, o que justifica a preocupação de Campos com os poderes instrutórios do juiz, alçando-o à posição de detentor do monopólio processual. Portanto, a concepção autoritária do processo está intrinsicamente ligada ao juiz, e não a quem exerce o papel de acusador. O CPP teria estabelecido uma tríade composta pelos princípios da liberdade de prova e da livre convicção do julgador com a verdade real<sup>300</sup>, esta última como reitora na organização do sistema, pois justificaria os dois primeiros elementos<sup>301</sup>, assegurando ao juiz o papel de protagonista. Para a maioria da doutrina, complementa Gloeckner, a função do processo seria a descoberta da verdade material, da certeza sobre materialidade e autoria, de forma que a iniciativa probatória do juiz não poderia ser limitada, sob pena de o impedir de realizar a justiça no caso concreto.

Assim, extraem-se três consequências da adoção do princípio da verdade real: a atribuição ao inquérito de buscar a verdade, o que equipara os elementos de informação colhidos no inquérito ao mesmo nível das provas, permitindo a utilização daqueles para fundamentar uma condenação; o repúdio a sistemas de controle sobre os meios probatórios, reforçando a já mencionada instrumentalidade; e, o dever de o juiz não se contentar com as provas produzidas pelas partes se essas não aparentarem refletir a verdade real, o que justificaria uma iniciativa probatória ilimitada<sup>302</sup>.

---

<sup>297</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. EbboksBrasil, 2002, p. 261. *In*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 117.

<sup>298</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 117.

<sup>299</sup> Conforme já foi dito no item 1.3.3 desta pesquisa.

<sup>300</sup> A qual foi abordada no item 1.4.

<sup>301</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 369-370.

<sup>302</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias

Dessa forma, pode-se afirmar que o CPP foi moldado em um regime ditatorial e que o autoritarismo deste permeou sua elaboração, constando inclusive na sua exposição de motivos, a qual prega a prevalência do interesse social sobre o individual e critica os excessos de formalismos<sup>303</sup>. Na linha do que fora analisado da obra de Gloeckner, há dispositivos no Processo Penal brasileiro que refletem esse autoritarismo, contrastando com um regime substancialmente democrático, comprometido com a garantia dos Direitos Fundamentais de seus cidadãos. Esses instrumentos, alguns deles expressamente previstos no CPP, provocam o desequilíbrio cognitivo do julgador em favor da acusação, atentando contra a imparcialidade do juiz e, por consequência, contra o sistema acusatório, uma vez que, conforme visto no primeiro capítulo<sup>304</sup>, a imparcialidade se coaduna apenas com este, sendo incompatível com o sistema inquisitório.

Passa-se, então, à análise de alguns desses dispositivos, sem os exaurir, para, na sequência, analisar os instrumentos de manutenção do equilíbrio cognitivo do julgador.

### **3.1.2 Dispositivos do CPP que contribuem para o desequilíbrio cognitivo do juiz em favor da acusação**

O primeiro dispositivo que merece destaque é o art. 12 do CPP, segundo o qual o “Inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”. Conforme fora analisado no segundo capítulo<sup>305</sup>, o inquérito é um procedimento administrativo, de natureza inquisitória, escrito e sigiloso<sup>306</sup>, não havendo previsão de exercício do contraditório e tendo o grau de sigilo determinado pela autoridade policial, conforme art. 20, *caput*, do CPP. Não se olvida que a análise do inquérito se faz fundamental para o recebimento ou não da acusação, sem o qual não seria possível fazer tal juízo.

---

autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 371-372.

<sup>303</sup> Conforme trecho transcrito no item 1.3.2.

<sup>304</sup> Item 1.3.3.

<sup>305</sup> Item 2.3.

<sup>306</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 125-126.

Contudo, por constituir o primeiro contato cognitivo do julgador com os fatos, configura-se o efeito halo ou primazia<sup>307</sup>, ponto de partida para as relações de consonância/dissonância, haja vista a tendência de conservação da impressão inicial<sup>308</sup>, sem mencionar que pode influenciar a análise do magistrado acerca da prova produzida em juízo, em razão da heurística da representatividade<sup>309</sup>. Em outras palavras, o juiz tende a considerar boa a prova que se coaduna com o que consta no inquérito e a refutar aquela que vai em sentido contrário.

O segundo dispositivo é o art. 83 do CPP, de acordo com o qual a competência será fixada por prevenção quando, havendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de qualquer medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa. Nessa linha, o parágrafo único do art. 75 dispõe que a distribuição para fins de concessão de fiança, decretação da prisão preventiva ou qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa fixará a competência para a ação penal. Esses dispositivos também foram objeto de análise no capítulo anterior<sup>310</sup>, bastando, para o presente momento, lembrar que o juiz que atuou na fase do inquérito policial, tomando decisões sobre medidas cautelares, pessoais ou reais, ou deferindo a utilização de meios de prova sujeitos à reserva judicial, como a busca e apreensão, sem o exercício do contraditório, será responsável por analisar o mérito da futura ação penal. Ou seja, não apenas formará sua primeira impressão dos fatos a partir de um procedimento inquisitório, como é o inquérito policial, mas a partir do próprio convencimento formado para deferir as medidas sujeitas à reserva judicial.

Salutar lembrar, neste ponto, a afirmação de Ritter<sup>311</sup> de que “[...] “decidir” não é apenas fazer uma escolha. [...], é assumir (fiel e involuntariamente) o

---

<sup>307</sup> Item 2.1.1.

<sup>308</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 206.

<sup>309</sup> Item 2.1.1.1.

<sup>310</sup> Item 2.3.

<sup>311</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 106. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023. Item 2.2.5.

compromisso de conservar uma posição que decisivamente vinculará o seu responsável por prazo indeterminado, [...]”. O que vier aos autos em sentido contrário ao que fora decidido anteriormente tem o potencial de causar dissonância cognitiva no juiz, o que ensejará os processos cognitivo-comportamentais de redução daquela, quais sejam o efeito inércia ou perseverança e a busca seletiva de informações, conforme a teoria da dissonância cognitiva na versão de Irle<sup>312</sup>.

Os arts. 155, *caput*, e 156, incisos I e II, serão analisados em conjunto.

Com redação dada pela Lei 11.690 de 2008<sup>313</sup>, a qual promoveu algumas mudanças importantes no CPP, o art. 155, *caput*, prescreve:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Do transcrito artigo, extrai-se que o sistema de valoração da prova adotado pelo CPP é do livre convencimento motivado, pelo qual o julgador deverá considerar a prova produzida em contraditório judicial, não podendo utilizar, de forma exclusiva, os elementos informativos colhidos na fase de investigação, exceto as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Sobre o livre convencimento, já se tratou no primeiro capítulo<sup>314</sup>. O que importa, para a presente análise, é a possibilidade de utilização, para formação de um juízo de mérito, de elementos colhidos na fase do inquérito policial, ainda que de forma conjunta com elementos produzidos na fase processual.

---

<sup>312</sup> FREY, Dieter; IRLE, Martin, *et al. Cognitive Dissonance: experiments and theory*. In: IRLE, Martin; KATZ, Lawrence (orgs.). *Studies in Decision Making. Social Psychological and Socio-Economic Analyses*. New York: de Gruyter, 192, p. 281-310. In: PIMENTA, Marcus Vinicius. **Poder-saber inquisitório**: observações sobre o inquérito e a dissonância cognitiva observações sobre o inquérito e a dissonância cognitiva. 1. Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 49-51. Reitera-se a opção feita no item 2.3.1.1 pela nomenclatura e classificação dos processos cognitivos comportamentais feita por Irle, uma vez que a sua versão foi a utilizada por Schünemann em sua pesquisa. SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança**. In **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 208.

<sup>313</sup> BRASIL. Lei 11.690, de 9 de junho de 2008. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1)>. Acesso em 10 set. 2023.

<sup>314</sup> Item 1.4.

Segundo Lopes Júnior<sup>315</sup>, a inclusão da palavra “exclusivamente” subverteu o sentido inicial do dispositivo. É como se o legislador dissesse: o juiz deve usar a prova produzida sob o contraditório, mas pode utilizar, em conjunto, aquela produzida sem o pleno contraditório. Tanto Lopes Júnior<sup>316</sup> quanto Gloeckner<sup>317</sup> mencionam o famoso “cotejo” do inquérito policial com os autos processuais, o que permitiria, nas palavras deste, uma condenação baseada no inquérito “maquiada” pelo uso, na fundamentação, de trechos, recortes ou quaisquer técnicas de bricolagem de elementos produzidos na fase judicial. Complementando esta análise, Gloeckner<sup>318</sup> afirma que tal permissividade dá ensejo a um contraditório deformado, de modo que os elementos orais colhidos na fase do inquérito servem de baliza para analisar a prova oral, produzida em juízo. Se a testemunha ou o acusado apresentam versão diferente daquela exposta perante a Autoridade Policial, basta a leitura do que foi dito anteriormente para, com o intuito de “refrescar a memória”, fazer o depoente retomar a narrativa inicial.

Por consequência, também são aplicáveis aqui as críticas feitas ao art. 12 do CPP, pois permite a utilização depoimentos produzidos sem o pleno exercício da defesa como balizadores da verdade, o que dificulta a tarefa do réu de contestar tais elementos, representando uma verdadeira inversão do ônus da prova e, por consequência, da presunção de inocência, conforme prega Schünemann<sup>319</sup>, cuja pesquisa teve as quatro hipóteses - todas confirmadas - relacionadas ao conhecimento do inquérito policial pelo juiz<sup>320</sup>.

---

<sup>315</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 273.

<sup>316</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 273.

<sup>317</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 374-376.

<sup>318</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 374-376.

<sup>319</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 216. Conforme já analisado no item 2.3.1.6.

<sup>320</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons,

Sobre as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, Badaró<sup>321</sup> leciona que, aparentemente, o legislador permite que o juiz as valore diretamente, sem a necessidade de corroboração pela prova judicial, razão pela qual é importante diferenciá-las.

Segundo Badaró<sup>322</sup>, a prova cautelar é produzida sem a observância do contraditório, o qual é exercido de forma diferida, na fase processual. A prova irrepetível não é produzida nem submetida ao contraditório. Por sua vez, as provas antecipadas são produzidas em juízo e, caso ainda se trate da fase do inquérito policial, com contraditório igualmente antecipado.

Como exemplo de prova cautelar, Badaró<sup>323</sup> cita o exame necroscópico ou a perícia no caso de lesões corporais. Pode-se acrescentar a perícia no local do crime e a avaliação da coisa furtada/roubada. Em muitos casos, não se tem certeza sobre a autoria ou o suspeito está foragido. Não é razoável aguardar que este seja devidamente encontrado e citado para constituir defesa a fim de permitir a produção de referidas provas sob o crivo da defesa técnica, sob pena da provável perda da fonte de prova ou, pelo menos, de uma considerável deterioração. A cautelaridade também pode estar relacionada ao meio de prova, com é o caso das interceptações telefônicas ou das buscas e apreensões, em que a abertura ao contraditório pode inviabilizar a produção. O exercício do contraditório deferido, em juízo, com a possibilidade de

---

2013, p. 208-213. Itens 2.3.1.2 e 2.3.1.4. A primeira é que os magistrados condenam com maior frequência quando, antes da audiência de instrução e julgamento, tomam conhecimento do inquérito policial, se comparados com aqueles que não tem acesso ao procedimento preliminar, quadro este agravado pela possibilidade de o magistrado inquirir os sujeitos da prova. A segunda hipótese, por sua vez, é que juiz que detém conhecimento prévio do inquérito policial comete mais erros na retenção das informações, produzidas em audiência de instrução e julgamento, que contrariem o caderno investigativo do que o juiz que não teve contato com este. Pela terceira hipótese, no caso de o juiz não ter conhecimento dos autos do inquérito, haverá uma redução no quantitativo de erros, a qual será ainda maior na hipótese de o juiz poder inquirir pessoalmente os sujeitos da prova (relembrando, aqui, a nota de rodapé do capítulo anterior, item 2.3.1.4, pela qual o juiz que tem a iniciativa probatório de perguntar às testemunhas, exceto no caso de esclarecimentos, perde sua imparcialidade e, por consequência, sua legitimidade). Por fim, a quarta hipótese é de que o juiz que detém conhecimento prévio do inquérito policial tenderá a elaborar mais perguntas aos sujeitos da prova por ocasião da audiência de instrução e julgamento, visando obter elementos de confirmação da primeira hipótese (versão acusatória) formada em sua cognição.

<sup>321</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 412.

<sup>322</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 412-414.

<sup>323</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 412-413.

levantamento de nulidades, formulação de quesitos complementares ou solicitação de esclarecimentos ao perito, não é ideal, mas é o que as circunstâncias permitem.

Por provas antecipadas, Badaró<sup>324</sup> categoriza aquelas em que a urgência de sua produção decorre de risco conhecido e previsível de perecimento da fonte de prova ou, ainda, da grande dificuldade de produzi-la no momento processual adequado. É o caso da testemunha que seja muito idosa ou que esteja acometida de grave risco de morte, conforme, inclusive, prevê o art. 225 do CPP, que trata das hipóteses de depoimento antecipado, com a presença de defensor, ainda que na fase de investigação. O autor lembra que, neste exemplo, o contraditório, ainda assim, não seria pleno, pois a acusação em si ainda não está delimitada, o que afeta a atuação defensiva.

A questão mais problemática está relacionada às provas irrepetíveis. Badaró<sup>325</sup> as classifica em irrepetíveis por causa natural ou pelo comportamento ilícito do acusado ou de terceiros. No primeiro caso, o exemplo é a morte da testemunha por circunstância imprevisível e sem relação com os fatos sob investigação, como morte natural ou em um acidente de trânsito. No segundo, pode-se citar a morte de testemunha causada pelo acusado ou por terceiro, seu sumiço devido a um suborno recebido, dentre outros. O autor salienta que, tratando-se de circunstância previsível, como a morte de testemunha gravemente enferma, deve ser produzida a prova antecipadamente, não sendo permitida a utilização, neste caso, do depoimento produzido na fase policial. É necessário que a circunstância da morte seja imprevisível e não relacionada com os fatos em apuração.

Ainda assim, o autor aponta que o CPP estaria em confronto com a CADH<sup>326</sup>, a qual, no art. 8º, 2, “f”, dispõe que é garantia mínima do acusado inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento daquelas que

---

<sup>324</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 413.

<sup>325</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 413-414.

<sup>326</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em 20 fev. 2023.

possam lançar luz sobre os fatos. Logo, uma condenação do acusado baseada exclusivamente em provas irrepitíveis, sobre as quais não pôde exercer o contraditório, seria incompatível com a CADH.

Lopes Júnior<sup>327</sup> define as provas irrepitíveis ou não renováveis como aquelas que, pela própria natureza, devem ser produzidas no momento do descobrimento, sob pena de perecimento ou impossibilidade de posterior análise. O autor defende que estas deveriam ser colhidas com respeito à ampla defesa, com a presença fiscalizante da defesa técnica, haja vista a impossibilidade de repetição em iguais condições. De acordo com a causa da irrepitibilidade, elas podem ser de três espécies: pela natureza, por circunstâncias específicas e por circunstâncias supervenientes.

Pela natureza, são aquelas que devem ser coletadas no momento específico de sua ocorrência, não sendo possível a repetição, como é o caso da perícia no local do crime e o exame de corpo de delito. Nesta também se inserem os casos de provas irrepitíveis em função do meio de prova, como é o caso da interceptação telefônica e da escuta ambiental. Por circunstâncias específicas, são aquelas repetíveis a princípio, mas que se tornam irrepitíveis por uma característica previsível, própria do caso, como a testemunha que reside fora do país, em local de difícil comunicação, ou em estado terminal de doença grave, hipóteses que autorizariam a produção antecipada da prova. Por fim, são irrepitíveis por circunstâncias supervenientes aquelas repetíveis de início, mas que se tornam irrepitíveis por circunstâncias inesperadas e imprevisíveis, como o falecimento da testemunha por fato superveniente, desconhecido no momento em que se obteve a ciência de que ela poderia contribuir para a elucidação dos fatos. Neste último caso, Lopes Júnior entende possível a utilização da prova no processo, devendo o juiz da causa avaliar sua credibilidade e seu valor probatório, considerando que o contraditório será exercido de forma diferida e limitada, vista a impossibilidade de a defesa fazer questionamentos.

---

<sup>327</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 280-282.

Percebe-se, portanto, que Badaró e Lopes Júnior defendem que a prova antecipada ou irrepitível por circunstâncias específicas, segundo as respectivas classificações, deve ser produzida pelo rito da produção antecipada de prova, sob pena de não ser considerada válida. As cautelares ou irrepitíveis por sua natureza e a irrepitível (propriamente dita) ou irrepitível por circunstâncias supervenientes, conforme as respectivas classificações, devem ser admitidas, devendo o julgador sopesar o valor probatório.

O que não se pode perder de vista – e este foi o objetivo desta extensa análise – é que tais provas, produzidas sem contraditório, com o contraditório exercido de forma diferida e limitada, influenciam tanto a formação da primeira impressão do julgador, através da versão acusatória apresentada nos autos, quanto servem de ancoragem para a análise das demais provas que serão produzidas sob pleno contraditório, influenciando o equilíbrio cognitivo do juiz. Ademais, essa classificação foi contemplada também na Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019<sup>328</sup>, o que reafirma a pertinência da análise.

De todos os dispositivos analisados até agora, o art. 156 CPP pode ser considerado aquele mais atentatório ao sistema processual penal acusatório, tomando por base a definição adotada nesta pesquisa<sup>329</sup>, que considera a iniciativa probatório restrita às partes, não se contentando com a simples divisão das tarefas de acusar, defender e julgar.

Com redação dada pela Lei 11.690, de 9 de junho de 2008<sup>330</sup>, o art. 156 assim dispõe:

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,

---

<sup>328</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 5 mar. 2023.

<sup>329</sup> Itens 1.3.3 e 3.1.1.

<sup>330</sup> BRASIL. Lei 11.690, de 9 de junho de 2008. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1)>. Acesso em 10 set. 2023.

adequação e proporcionalidade da medida;

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

Importante salientar que a redação atual, consistente na única modificação da redação original do dispositivo, ampliou os poderes instrutórios do juiz, visto que o dispositivo inicialmente dispunha que “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Ou seja, não só manteve os poderes instrutórios do magistrado no curso da instrução ou antes de proferir sentença, como acrescentou, expressamente, a possibilidade de o juiz determinar, ainda na fase de investigação, a produção das provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Em outras palavras, a letra fria da lei, elaborada já sob a égide da CRFB, permitiu que o juiz direcione a investigação, porquanto pode determinar a produção de provas de ofício.

Analisando globalmente o dispositivo, o CPP atribui às partes a prova das próprias alegações e concedeu ao juiz um poder superior, podendo determinar as provas que entende pertinentes, ainda que na fase do inquérito. Não se pode olvidar, diante desse contexto, as palavras de Cordero <sup>331</sup>anteriormente citadas, de acordo com o qual o juiz instrutor trabalha solitário, elaborando hipóteses e buscando as provas necessárias para as confirmar. Na mesma linha, é o retrato do autoritarismo mencionado por Gloeckner<sup>332</sup>, que sobreviveu à promulgação da CRFB por meio de novas leis antidemocráticas, ao lado de uma legislação oriunda de período ditatorial recepcionada pela nova ordem constitucional.

Lopes Júnior<sup>333</sup> declara que “o art. 156 do CPP é um monumento à cultura inquisitória que se quer ver abandonada e deveria ter sido declarado substancialmente

---

<sup>331</sup> CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 9 ed. Milão: Giuffrè Editore, 2012, p. 50-56. Tradução livre do autor da pesquisa. Item 1.3.3.

<sup>332</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 71-72. Item 3.1.1.

<sup>333</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 581-584.

inconstitucional após a CF/1988, [...]”. Prossegue afirmando que o dispositivo carimba o processo penal brasileiro como inquisitório, pois permite ao juiz produzir as provas que ele mesmo irá valorar, formando a decisão, em um primeiro momento, e indo buscar as provas que ele entende necessárias para subsidiar tal decisão, o que fere de morte o sistema acusatório, o contraditório e a imparcialidade. Trata-se da legalização do processo cognitivo-comportamental (involuntário) de busca seletiva de informações, com o intuito de aplacar a dissonância cognitiva provocada pelas informações contrárias à hipótese (decisão) formada pelo julgador.

Continuando na análise, Lopes Júnior<sup>334</sup> afirma que o inciso I cria a figura do “juiz-delegado”, que vai definir as provas necessárias e que será o responsável por definir se a situação é urgente e relevante. Ou seja, atuará como o fiscal das próprias ações, aglutinando as funções de investigar e fiscalizar a investigação. O inciso II, por sua vez, fere de morte o *in dubio pro reo*, pois, se o juiz está com dúvida, ele deve decidir pela presunção de inocência, a favor do acusado, e não determinar novas provas, o que só trará eventuais benefícios à acusação<sup>335</sup>.

Este artigo será revisitado na parte final deste capítulo, quando serão analisadas as alterações trazidas pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019<sup>336</sup>, após o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305<sup>337</sup>.

Na mesma linha do art. 156, o art. 209 do CPP dispõe, em seu *caput*, que o juiz, quando entender necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. Referido dispositivo foi expressamente citado por Giacomolli<sup>338</sup> dentre aqueles que permitia ao juiz agir de ofício em busca da malfadada

---

<sup>334</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 583-584.

<sup>335</sup> Na mesma linha do que foi abordado no item 1.3.3.

<sup>336</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 5 mar. 2023.

<sup>337</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Ata de Julgamento). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Relator: Min. Luiz Fux. 24 de agosto de 2023. Publicado DJE em 1.9.2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5850380&ext=RTF>>. Acesso em 12 set. 2023. Até a finalização desta dissertação, a decisão não havia transitado em julgado.

<sup>338</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro

verdade real, o que caracterizaria, em conjunto com outros elementos, a inquisitorialidade do processo penal brasileiro. Lopes Júnior<sup>339</sup> defende que referido dispositivo seria substancialmente inconstitucional, por violação do sistema acusatório constitucional.

Sem se estender na análise do dispositivo, posto ser-lhe aplicáveis idênticas considerações àquelas feitas sobre o art. 156, não há como sustentar a adequação ao sistema acusatório da faculdade de o julgador arrolar testemunhas por conta própria. Se as próprias partes, a quem cabe a produção de provas, especialmente a acusação, entendem que tal oitiva é desnecessária, não cabe ao julgador tomar para si a iniciativa probatória.

Idêntico raciocínio se aplica ao art. 242 do CPP, segundo o qual a busca e apreensão poderá ser deferida de ofício pelo juiz ou mediante requerimento de qualquer das partes. Na mesma linha do escrito sobre o art. 209, se a Autoridade Policial e o Ministério Público não entenderem que tal medida é pertinente, não se infere uma razão adequada ao sistema acusatória que subsidiaria tal agir de ofício do juiz. Da mesma forma, ao prever que o juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento, a interceptação das comunicações telefônicas, o art. 3º, *caput*, da Lei 9.296, de 24 de julho<sup>340</sup>, confere poderes instrutórios ao juiz. Aliás, confere-lhe os mesmos poderes do Ministério Público, conforme inciso II do referido artigo, que tem a faculdade de representar pela medida tanto na fase de investigação quanto na fase de instrução processual.

Ademais, conforme análise feita no capítulo anterior<sup>341</sup>, caso defira tais medidas a pedido ou por representação de outro órgão, o juiz precisará fundamentar sua decisão abordando, ainda que de forma preliminar, a materialidade e a autoria dos fatos investigados a partir de uma perspectiva exclusiva do aparato estatal (Polícia

---

e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 1, n. 1, 2015, p. 5-7. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/8>. Acesso em: 7 set. 2023. Já analisado no item 3.1.1.

<sup>339</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 760.

<sup>340</sup> BRASIL. Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. Diário Oficial da União, Brasília, 25.7.1996. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm). Acesso em 24 jul. 2023.

<sup>341</sup> Item 2.3.

Judiciária e Ministério Público), sem a participação da defesa, formando uma cognição dos fatos a partir da sua decisão, do seu convencimento ao deferir os pedidos, o que obsta a originalidade cognitiva para julgar o mérito de uma eventual ação penal decorrente dessa investigação.

Seguindo a marcha processual, avança-se ao art. 399, § 2º, do CPP, incluído pela Lei 11.719, de 2008<sup>342</sup>, pelo qual “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”, consagrando o chamado princípio do juiz natural. Em artigo escrito em conjunto, Matheus Felipe de Castro e Daniel Ghilardi<sup>343</sup> defendem que citado dispositivo atenta contra a imparcialidade do julgador. Ao permitir que um mesmo juiz atue na fase de investigação de forma ativa, inclusive determinando a produção de provas, receba a peça acusatória inicial, formando uma convicção prévia sobre os fatos, instrua o processo, inclusive podendo exercer iniciativa probatória visando à confirmação da hipótese inicial, e profira sentença conforme seu entendimento já formado, reforça-se o poder de gestão da prova do julgador e, por consequência, um processo preponderantemente inquisitório<sup>344</sup>. E tal conclusão não importa na afirmação de malícia dos juízes, mas apenas que o sistema, conforme está moldado, induz esse comportamento, pois quanto mais profundo o conhecimento do magistrado sobre a causa, maior a possibilidade de enviesamento cognitivo, prejudicando a imparcialidade do julgador.

Indo além da proposta do Juiz das Garantias, os autores<sup>345</sup> defendem um modelo de descontinuidade entre inquérito e processo, tendo este duas fases. A descontinuidade entre inquérito e processo implicaria na impossibilidade de o juiz que acompanhou/fiscalizou a investigação atuar na ação penal. Por sua vez, na fase processual, atuariam dois juízes em momentos distintos: um seria responsável pela

---

<sup>342</sup> BRASIL. Lei 11.719, de 20 de junho de 2008. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1)>. Acesso em 12 set. 2023.

<sup>343</sup> CASTRO, Matheus Felipe de; GHILARDI, Daniel. Precisamos falar sobre “identidade física” do juiz: modelos de imparcialidade objetiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 174, ano 28, p. 255-282. São Paulo: Ed. RT, dez. 2020, p. 264.

<sup>344</sup> O artigo não considerou as mudanças legislativas trazidas pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, cuja vigência, quanto aos dispositivos que criaram a figura do Juiz das Garantias, estava suspensa por ocasião da publicação.

<sup>345</sup> CASTRO, Matheus Felipe de; GHILARDI, Daniel. Precisamos falar sobre “identidade física” do juiz: modelos de imparcialidade objetiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 174, ano 28, p. 255-282. São Paulo: Ed. RT, dez. 2020, p. 273-274.

instrução, ao passo que outro seria responsável somente pelo julgamento. Assim, seriam três juízes atuando no feito, com o intuito de manter a imparcialidade daquele que instrui, evitando seu contato com a fase de investigação, e daquele que julga, evitando seu contato com a condução processual.

Por fim, analisar-se-ão os artigos 383 a 385 do CPP.

O art. 383 trata do instituto da *emendatio libelli*, dispondo que “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave”. Com redação dada pela Lei 11.719, de 2008<sup>346</sup> - ou seja, posterior à CRFB -, admite que, na sentença, o juiz tipifique os fatos narrados na exordial acusatória de forma diversa desta, podendo, inclusive, aplicar uma pena mais grave.

Como explica Guilherme Madeira Dezem<sup>347</sup>, a justificativa, encampada pela jurisprudência<sup>348</sup>, é que o acusado se defende dos fatos, e não da qualificação jurídica atribuída pela acusação. Para o autor, o dispositivo fere o contraditório e a ampla defesa, pois a qualificação também é parte da acusação, de modo que é natural a defesa tomar a qualificação atribuída pela acusação como base para sua estratégia. Acrescenta, a surpresa seria sempre inimiga do contraditório, tanto que o Código de Processo Civil<sup>349</sup>, nos artigos 9º e 10, prevê a proibição da decisão surpresa, a qual é tomada com base em fundamento sobre o qual as partes não foram instadas a se manifestar, conquanto se trate de matéria de ordem pública. Ou seja, o Código de Processo Civil, que rege, prioritariamente, os processos que tratam de relações privadas, contém uma garantia ao contraditório, neste ponto, maior que o CPP, que regulamenta os procedimentos que poderão resultar na aplicação de penas restritivas

---

<sup>346</sup> BRASIL. Lei 11.719, de 20 de junho de 2008. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1)>. Acesso em 12 set. 2023.

<sup>347</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1137.

<sup>348</sup> A título de exemplo: “Segundo pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação legal nela contida, sendo permitido ao órgão julgador conferir-lhes definição jurídica diversa, conforme dispõe o art. 383 do Código de Processo Penal” (STJ, T5, RJC 131086/PB, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 14.9.2020).

<sup>349</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 16 set. 2023.

de liberdade. Na mesma análise, Dezem acrescenta que o dispositivo viola o art. 8º, 2, “b” e “c”, da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>350</sup>, que prevê ao acusado as garantias de comunicação prévia e pormenorizada sobre a acusação formulada e a concessão do tempo e dos meios adequados para a preparação da defesa.

Para o propósito deste trabalho, sem desconsiderar a mencionada inconveniência do dispositivo e que a capitulação define o rito processual e a competência, o que importa é o fato de o juiz se imiscuir no papel da acusação, ao definir qual o tipo penal aplicável na hipótese, indo além daquilo que foi trazido aos autos pelas partes. Conforme observa Lopes Júnior<sup>351</sup>, o art. 41 do CPP dispõe que a denúncia ou queixa conterá, dentre outros elementos, a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, e a classificação do crime, de modo que estar-se-ia falando de fato processual, que abrange o fato natural e o fato penal. Portanto, a alteração da qualificação jurídica na prolação da sentença não se adequa ao sistema acusatório. Outrossim, lembra que uma descrição fática sem a respectiva tipificação penal importa na inépcia da peça de acusação, mas que o art. 383 permite uma condenação por um dispositivo legal que sequer for mencionado anteriormente.

Por sua vez, o art. 384 do CPP trata da chamada *mutatio libelli*, por meio da qual o juiz, encerrada a instrução, entendendo ser cabível nova definição jurídica do fato, em razão da prova existente nos autos sobre elemento ou circunstância da infração penal não contida na peça acusatória, encaminha os autos ao Ministério Público para aditar a denúncia ou queixa, com a reabertura da instrução. Se o Ministério Público discordar, o juiz poderá aplicar o art. 28 do CPP<sup>352</sup>. Para evitar repetições desnecessárias, são aqui aplicáveis as críticas ao art. 383 do CPP, à exceção da questão da surpresa, haja vista que o § 2º do art. 384 do CPP prevê expressamente a manifestação do acusado antes de eventual recebimento do

---

<sup>350</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>351</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 1372.

<sup>352</sup> Na redação anterior à Lei 13.964, de 2019. Optou-se por não tratar do art. 28 do CPP porque ele sofreu alterações provocadas pela mencionada lei. Nada obstante sejam mudanças relevantes, entende-se que não estão relacionadas ao cerne do trabalho.

aditamento.

Para fins de análise sobre o equilíbrio cognitivo do julgador, o ponto principal é que, se o juiz determina que o Ministério Público adite a acusação, acrescentando elementos ou circunstâncias na infração penal a ponto de lhe aplicar outra definição jurídica, é porque ele está tendente à condenação nos termos desta nova definição. Afinal, como questiona Dezem<sup>353</sup> “[...], o que esperar da posição do juiz nesta situação? Que ele irá determinar o aditamento para, depois, absolver o acusado do crime de roubo? Não parece ser esta a situação normal”.

Por fim, o art. 385 do CPP dispõe que “Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”. De início, destaca-se uma inadequação da redação, original de 1941, ao usar o termo “opinado”. Ou seja, o Ministério Público, a quem cabe promover, privativamente, a ação penal pública, conforme dispõe o art. 129, I, da CRFB, apresentaria mera opinião antes do julgamento.

Badaró<sup>354</sup>, que defende a incompatibilidade do dispositivo em tela com a CRFB, sustentando que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público se manifesta pela absolvição, explica que, no regime originário do código, o juiz era a figura central, senhor e dono do processo. Logo, exercida a pretensão processual pelo Ministério Público, ela seguiria inabalável até o término do processo, podendo o juiz condenar o acusado inclusive contra o pedido (ou contra a opinião, para usar a redação do dispositivo) de absolvição feito pelo Ministério Público. A partir da CRFB, a centralidade passou a ser das partes, cabendo ao Ministério Público não apenas acusar, mas promover a pretensão processual penal. Logo, se o Ministério Público retira a sua pretensão processual, não caberia outra saída ao julgador senão absolver o acusado.

---

<sup>353</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1138. O autor usou como exemplo um processo em que houve oferecimento de denúncia pelo crime de furto e que, na diante de elementos que apontavam, em verdade, a ocorrência do crime de roubo, o juiz teria determinado o aditamento da denúncia.

<sup>354</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 413-414/563-567.

Na mesma linha, Lopes Júnior<sup>355</sup> defende que o Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, sem a qual não pode o Estado exercer o poder de punir. Em outras palavras, o poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo Ministério Público por meio da pretensão acusatória. O pedido de absolvição pelo Ministério Público equivale ao não exercício da pretensão acusatória. Logo, nesta hipótese, não haveria a possibilidade de o juiz condenar, por falta de um condicionante ao poder punitivo estatal. O autor estende as críticas ao reconhecimento de agravantes não alegadas pelo Ministério Público, o que configuraria incongruência entre acusação e sentença e idêntica violação à imparcialidade, pois estaria o juiz atuando de ofício, sem ser provocado para tanto.

Como todos os dispositivos expostos neste item, o art. 385 do CPP continua plenamente em vigor. Inclusive, foi objeto de recente julgamento pela 6ª Turma do STJ<sup>356</sup>, no qual ficou decidido que o dispositivo não foi tacitamente revogado pela Lei 13.964, de 2019<sup>357</sup>, que introduziu o art. 3º-A no CPP. Sem exaurir a análise do julgado, em linhas gerais, ficou assentado que o sistema processual vigente no Brasil é o acusatório, não o adversarial, de origem anglo-saxônica, no qual a retirada da acusação pelo promotor vincula o juiz. O Ministério Público tem o dever de conduzir a ação penal até seu desfecho e, se entender que é o caso, postular a absolvição do acusado, o que não obriga o juiz. A praxe jurídica comporta atividades judiciais com “inclinação inquisitorial”, como os poderes instrutórios residuais do juiz, sendo mais adequado falar em um sistema com tendência acusatória. Isso se justificaria pelo fato de o processo penal não proteger apenas o acusado em face de eventual abuso do Estado, mas os interesses da vítima e da sociedade em geral, resguardando a verdade e a justiça. Assim, ainda que o Ministério Público se manifeste pela absolvição, a pretensão acusatória inicialmente formulada resiste, cabendo ao

---

<sup>355</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 1393-1395.

<sup>356</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma (Acórdão). Recurso Especial n. 2.022.413/PA. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Data de Julgamento: 14.2.2023. Publicado no DJe 7.3.2023. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%202022413>>. Acesso em 17 set. 2023.

<sup>357</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 5 mar. 2023.

Estado-juiz dizer o direito, e não ser mero homologador dos pedidos ministeriais, sob pena de tornar o órgão de acusação como o verdadeiro julgador da causa, afrontando a independência funcional da magistratura e a indeclinabilidade e a indelegabilidade da jurisdição. Por fim, a falta de sindicabilidade dos atos dos membros do Ministério Público importaria na imutabilidade das decisões ensejadas por eventuais erros praticados por estes (ao pedir a absolvição do acusado), haja vista a impossibilidade de revisão criminal *pro societate*.

O julgado justifica a análise feita no item anterior<sup>358</sup>, porquanto foi declarado ser mais correto falar em um modelo com tendência acusatória, reconhecendo como válidas algumas atividades judiciais com inclinação inquisitória. Ainda, inferem-se elementos da ideologia da defesa social de Alessandro Baratta<sup>359</sup>, já analisada neste capítulo, justificando um autoritarismo processual penal, posto o processo ser um instrumento de defesa da sociedade contra o crime.

Ainda, não se concorda com o a alegação de que o juiz seria mero homologador das pretensões ministeriais se fosse obrigado a acolher o pedido de absolvição feito pelo Ministério Público, nem que haveria ofensa à sua independência funcional. Em primeiro lugar, a vinculação é restrita à hipótese em que o órgão de acusação, detentor da pretensão acusatória, condicionante ao exercício do direito de punir pelo Estado, afirma que ela não mais existe. Sempre que ele insistir na sua aplicação, caberá ao julgador efetivamente decidir o caso, exercendo efetivamente a jurisdição. Em segundo lugar, a independência funcional não pode ser tratada como um artifício para o julgador fazer o que bem entender, a despeito da constituição e dos tratados internacionais de Direitos Humanos. A independência funcional não se sobrepõe à lei, não sendo afrontada pelo simples fato de a legislação impor restrições à atividade judicial.

Continuando, sustentar referida decisão na falta de sindicabilidade dos atos dos membros do Ministério Público, posto ser a revisão criminal instrumento exclusivo

---

<sup>358</sup> Item 3.1.1.

<sup>359</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. *In*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 130. Item 3.1.1.

do acusado, configura uma tentativa de “igualar” os direitos da acusação e da defesa em uma hipótese em que o legislador intencionalmente os tratou de forma distinta. É como se dissesse: já que o erro a favor do acusado não pode ser revisto, permite-se que o juiz atue como revisor do Promotor de Justiça, aumentando as possibilidades de uma sentença condenatória, já que esta pode ser objeto de revisão criminal.

Nos moldes analisados no item anterior<sup>360</sup>, trata-se de exemplo do que Gloeckner<sup>361</sup> disse ao afirmar que o autoritarismo dominante por ocasião da entrada em vigor do CPP sobreviveu à promulgação da CRFB, dentre outras coisas, por meio de uma prática jurídica que não se separou das funções autocompreendidas a partir da ideologia da segurança nacional, atuando o Poder Judiciário num regime de supressão de Direitos Fundamentais.

Desse modo, ainda que se defenda um sistema tendencialmente acusatório, com o que não se concorda, considerando que, conforme analisado no presente item, o CPP contém diversos dispositivos que afrontam referido sistema, sob a ótica apresentada neste trabalho, não se vê a possibilidade de conciliar a imparcialidade judicial com a prolação de sentença condenatória ao arrepio do pedido final de absolvição do Ministério Público. Essa atuação de ofício do juiz, sem a devida provocação do órgão de acusação, que requereu a improcedência da pretensão inicial, fere de morte a imparcialidade judicial, indicando que o comprometimento cognitivo do julgador é tamanho que ele sequer consegue se desvincular da impressão formada a respeito do caso, independentemente da “opinião” final do Ministério Público.

### **3.2 MEDIDAS DE MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO COGNITIVO DO JUIZ CRIMINAL**

Estabelecido que o Código de Processo Penal brasileiro, com raízes autoritárias que remetem ao período ditatorial em que entrou em vigência, contém dispositivos que atentam contra o sistema acusatório, principalmente afetando o

---

<sup>360</sup> Item 3.1.1.

<sup>361</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 71-72.

equilíbrio cognitivo do julgador. Via de consequência, a imparcialidade judicial é completamente comprometida, tanto no aspecto subjetivo, dada a contaminação do juiz da causa pelos elementos produzidos no inquérito, inclusive pelas próprias decisões nesta fase, quanto no aspecto objetivo, pois permite-se que o juiz tome atitudes próprias das partes, como produzir provas e condenar o acusado ainda que o Ministério Público tenha requerido sua absolvição.

Ruiz Ritter<sup>362</sup> apresenta quatro medidas “anti-inquisição”, que demandariam quatro revisões no ordenamento processual penal brasileiro: a prevenção como critério excludente (e não como critério fixador) da competência; a implantação do Juiz das Garantias; a necessidade de exclusão física dos autos do inquérito policial do processo; e, a incompatibilidade da iniciativa probatória do julgador com o princípio da imparcialidade.

Sustenta, o autor, a ideia de imparcialidade judicial a partir do sistema acusatório, cujo núcleo corresponde à gestão da prova e cujo princípio informador é o dispositivo, colocando-a exclusivamente na mão das partes, bem como da teoria da dissonância cognitiva, pela qual a tomada de decisões, inclusive dos juízes criminais, é influenciada pela incongruência que os elementos contrários à cognição existente causam no indivíduo. Assim, tendencialmente, ele empregará, inconscientemente, processos cognitivo-comportamentais para aplacar o desequilíbrio provocado pelas novas informações (teses defensivas, depoimentos de testemunhas diferente daqueles anteriormente informados, etc.) diante daquelas que já detinha (versão acusatória, baseada no inquérito policial). Com base neste arcabouço teórico, defende tais medidas como a solução para os problemas relacionados à imparcialidade judicial, pelo menos a título de redução de danos.<sup>363</sup>

---

<sup>362</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 131-180. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>363</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 131-133. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

A análise de Ritter se baseou no PL 8.045, de 2010<sup>364</sup>, em tramitação na Câmara dos Deputados, o qual trata do novo Código de Processo Penal<sup>365</sup>. Aprovado no Senado Federal<sup>366</sup>, teve como Coordenador da Comissão o Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, e como Relator-Geral Eugênio Pacelli de Oliveira. Referida comissão contou ainda com Antônio Corrêa, Antônio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

Com o intuito de homenagear o trabalho de Ritter<sup>367</sup>, que serviu de base para a presente pesquisa, mas também de trazer-lhe uma inovação, propõe-se, a partir deste momento, analisar as quatro medidas “anti-inquisição” à luz da Lei 13.964, de 2019<sup>368</sup>, a qual fora sancionada pelo Presidente da República no referido ano, mas não entrou em vigência completamente em razão de decisão monocrática exarada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade de n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305<sup>369</sup>. Ao término da redação desta dissertação, mencionadas ações já haviam sido julgadas no mérito, conquanto apenas a ata de julgamento<sup>370</sup> tenha sido publicada, pendendo

---

<sup>364</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 8.045, de 22 de dezembro de 2010. Código de Processo Penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/490263>>. Acesso em 18 set. 2023.

<sup>365</sup> Referido PL ficou mais conhecido como PL do Senado 156, de 2009, em cuja casa legislativa tramitou e foi aprovado. Desde que chegou à Câmara, o Projeto recebeu mais de 300 emendas, as últimas apresentadas em 2019. Havendo a aprovação de qualquer delas, o texto deverá retomar ao Senado Federal. Ou seja, não há perspectivas de que um novo Código de Processo Penal se torne realidade em curto prazo.

<sup>366</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 156, de 22 de abril de 2009. Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em 18 set. 2023.

<sup>367</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>368</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 5 mar. 2023.

<sup>369</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Prolator: Min. Luiz Fux. 3 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em 5 mar. 2023.

<sup>370</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Ata de Julgamento). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Relator: Min. Luiz Fux. 24 de agosto de 2023. Publicado DJE em 1.9.2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5850380&ext=RTF>>. Acesso em 12 set. 2023.

ainda a publicação do acórdão e dos votos dos Ministros.

Esclarece-se a utilização da expressão “manutenção do equilíbrio cognitivo” ao invés de “retomada do equilíbrio cognitivo”. As medidas que serão analisadas propõem obstáculos cujo intuito é evitar (ou, ao menos, reduzir) a contaminação cognitiva do juiz da ação penal, haja vista que, uma vez formada a cognição inicial sobre um determinado fato, qualquer informação em sentido contrário será potencialmente causadora de dissonância cognitiva. Por isso, tais medidas devem atuar antes que o desequilíbrio aconteça. Contudo, é importante salientar que não se tratam de medidas infalíveis nem se espera que resolvam todos os percalços do Processo Penal brasileiro. Apenas constituem tentativas de adequar o Processo Penal ao sistema acusatório, à CRFB e às convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos, como a CADH.

### 3.2.1 A Lei 13.964, de 2019: a introdução do Juiz das Garantias no Processo Penal brasileiro

A Lei 13.964, de 2019<sup>371</sup>, popularmente conhecida como Pacote Anticrime<sup>372</sup>, é fruto de dois Projetos de Lei distintos: Projetos de Lei 10.372, de 2018, e 882, de 2019<sup>373</sup>, além de diversas alterações implementadas durante sua

<sup>371</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 5 mar. 2023.

<sup>372</sup> Desde a tramitação, o PL 882, de 2019, passou a ser chamado nos meios de comunicação de “Projeto de Lei Anticrime”. Lênio Streck apresentou a seguinte crítica: “Pergunto: alguém, afinal, é a favor do crime? Que projeto legislativo não é “anticrime”? Mas, enfim, eis o nome da coisa”. STRECK, Lenio. O “pacote anticrime” de Sergio Moro e o Martelo dos Feiticeiros. *Senso Incomum. Consultor Jurídico*. São Paulo, 7.2.2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-sergio-moro-martelo-feiticeiros>>. Acesso em 18 set. 2023.

<sup>373</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 10.372, de 6 de junho de 2018. Introdz modificações na legislação penal e processual penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>>. Acesso em 18 set. 2023; e, Projeto de Lei n. 882, de 19 de fevereiro de 2019. Introdz modificações na legislação penal e processual penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>. Acesso em 18 set. 2023. Optou-se por mencionar os Projetos de Lei que tramitaram na Câmara dos Deputados, onde se concentrou o trâmite, haja vista que, remetido o texto aprovado naquela Casa ao Senado Federal, este o aprovou em um dia. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 6.341, de 10 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em 18 set. 2023.

tramitação. Ambos os Projetos de Lei tinham, de início, a proposta de aprovar alterações mais rígidas na legislação penal e processual penal. A ementa do PL 10.372, de 2018, por exemplo, tinha o seguinte conteúdo:

Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal<sup>374</sup>.

Por sua vez, a ementa do PL 882, de 2019<sup>375</sup>, indicava a alteração de diversas leis “para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa”.

Os Projetos de Lei foram apensados em 18 de março de 2019 e a redação final foi aprovada em 4 de dezembro daquele ano. No Senado Federal, o Projeto foi aprovado em 11 de dezembro de 2019, um dia após seu recebimento<sup>376</sup>. Sancionada, a Lei 13.964, de 2019, foi publicada no dia 24 de dezembro de 2019, prevendo, em seu artigo 20, uma *vacatio legis* de 30 dias a partir da publicação.

O texto aprovado trouxe alterações e/ou revogações em dezoito leis diferentes, dentre as quais estão o Código Penal e o Código de Processo Penal. Neste, foram acrescentados alguns dispositivos e modificados outros. Para os fins desta pesquisa, deter-se-á na análise dos arts. 3º-A a 3º-F, inseridos no título “Juiz das Garantias”<sup>377</sup>, os quais, diga-se, não constavam em nenhum dos textos originais

<sup>374</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 10.372, de 6 de junho de 2018. Introduz modificações na legislação penal e processual penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>>. Acesso em 18 set. 2023.

<sup>375</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 882, de 19 de fevereiro de 2019. Introduz modificações na legislação penal e processual penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>. Acesso em 18 set. 2023.

<sup>376</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 6.341, de 10 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em 18 set. 2023.

<sup>377</sup> Em verdade, conforme consta na versão atual do CPP, disponível no site da Presidência da República, foi inserido, ao final do Título I – Disposições Preliminares, o Título “Juiz das Garantias, o qual, contudo, não recebeu numeração. BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em 20 fev. 2023.

dos Projetos que deram origem à lei. Ou seja, são frutos de emendas apresentadas, do que se extrai que não se trata de uma alteração na legislação penal e processual penal sistematizada, aprofundando a percepção de que o CPP é uma colcha de retalhos, fruto de diversas alterações pontuais feitas nas últimas décadas, por diferentes comissões e sem qualquer rigor técnico, inclusive com confusões terminológicas, conforme critica Lopes Júnior<sup>378</sup>.

Antes do término da *vacatio legis*, foram ajuizadas quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade outrora mencionadas, n. 6.298<sup>379</sup>, 6.299<sup>380</sup>, 6.300<sup>381</sup> e 6.305<sup>382</sup>, com pedido cautelar de suspensão da eficácia dos arts. 3º-A a 3º-F, inseridos pela novel legislação. Após uma primeira decisão prolatada, em regime de plantão<sup>383</sup>, pelo então Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, em 22 de janeiro de 2020, o qual deferiu em parte os pedidos cautelares, suspendendo a implantação do Juiz das Garantias pelo prazo de 180 dias, o Relator das quatro ações e então Vice-Presidente do STF, Ministro Luiz Fux, proferiu nova decisão, revogando a anterior e suspendo a implantação do instituto por prazo indeterminado.

Sustentou, em resumo, a inconstitucionalidade formal da inovação legislativa, por entender que tratava de regra de organização judiciária, de modo que a iniciativa legislativa seria própria do Poder Judiciário. Materialmente, fundamentou que o instituto provocará impacto financeiro relevante ao Poder Judiciário, não havendo prévia dotação orçamentária para sua implantação. Por fim, acrescentou que, apesar dos estudos comportamentais sobre o desenvolvimento de vieses nos processos decisórios dos seres humanos, não seria possível presumir, de forma generalizada, que os juízes criminais brasileiros têm tendências de favorecimento à acusação, muito menos inferir “que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre

---

<sup>378</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 794.

<sup>379</sup> Ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil.

<sup>380</sup> Ajuizada pelos partidos políticos Podemos e Cidadania.

<sup>381</sup> Ajuizada pelo partido político União Brasil.

<sup>382</sup> Ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp.

<sup>383</sup> Tratava-se do período de recesso do Supremo Tribunal Federal.

o juiz das garantias e o juiz da instrução”<sup>384</sup>.

Ao prolatar seu voto no julgamento do mérito<sup>385</sup>, o Ministro Relator reforçou os argumentos apresentados na decisão monocrática. Disse que o instituto viola o pacto federativo, a reserva constitucional de iniciativa de lei em matéria de organização judiciária e não respeita a exigência de prévia dotação orçamentária, além de não cumprir o devido processo legislativo. Defendeu que o instituto seja de implementação facultativa, cabendo a cada Tribunal decidir ou não pela implementação<sup>386</sup>. Sobre tais fundamentos, de cuja relevância não se descarta, não se pretende discorrer, posto serem secundários ao objeto desta pesquisa. Basta expor que não prevaleceram no julgamento. As deliberações sobre a redação dos artigos que compõe o título “Juiz das Garantias” (em especial, arts. 3º-A a 3º-D do CPP) serão abordadas na medida em que estes forem analisados, de acordo com as respectivas medidas de manutenção do equilíbrio cognitivo do juiz criminal.

O art. 3º-A trata da adoção do sistema acusatório e da vedação da atividade probatória do juiz, ao que se relaciona a incompatibilidade da iniciativa probatória do julgador com o princípio da imparcialidade. O art. 3º-B prevê as atribuições do Juiz das Garantias. O art. 3º-C, *caput* e §§ 1º e 2º, e o art. 3º-D, tratam da competência do Juiz das Garantias, inclusive do momento em que deixa de atuar, ao que está relacionada prevenção como critério excludente (e não fixador) da competência. Os §§ 3º e 4º do art. 3º-C estão relacionados à exclusão física dos autos do inquérito policial do processo.

O art. 3º-E<sup>387</sup> está relacionado à forma de designação do Juiz das Garantias

---

<sup>384</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Prolator: Min. Luiz Fux. 3 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em 5 mar. 2023.

<sup>385</sup> O qual ainda não foi disponibilizado.

<sup>386</sup> Por fim, o Ministro Fux disse que, nos moldes impostos pela lei, o Juiz das Garantias não passa “de um nome sedutor, para uma cláusula que atentar contra a concretização da garantia constitucional da duração razoável dos processos, do acesso à justiça, para normatividade dos direitos fundamentais”. FUX VOTA CONTRA IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NO BRASIL. **Jota**. São Paulo, 28.6.2023. Processo Penal. Disponível em: < <https://www.jota.info/stf/do-supremo/fux-vota-contra-implementacao-do-juiz-de-garantias-no-brasil-28062023>>. Acesso em: 18 set. 2023.

<sup>387</sup> CPP, Art. 3º-E. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal. BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3

e o art. 3º-F<sup>388</sup> trata da obrigação de o Juiz das Garantias assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, evitando ajustes de qualquer autoridade com órgãos de imprensa para explorar a imagem de pessoa presa. Ambos dispositivos receberam interpretação conforme à Constituição<sup>389</sup>, mas não demandam maior análise nesta pesquisa.

Passa-se, então, à análise das medidas de manutenção do equilíbrio cognitivo do juiz criminal em espécie, as quais, conforme será exposto, foram contempladas pelas mudanças promovidas pela Lei 13.964, de 2019<sup>390</sup>. Analisar-se-ão, em primeiro lugar, aquelas que acabaram rejeitadas no julgamento das ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF<sup>391</sup>, quais sejam a incompatibilidade da iniciativa probatória do julgador com o princípio da imparcialidade e a exclusão física dos autos do inquérito policial do processo. Na sequência, aquelas que foram declaradas

---

de outubro de 1941. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>388</sup> CPP, Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal. Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no caput deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão. BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>389</sup> Pela interpretação conforme dada ao art. 3º-E, ficou decidido que “[...] o juiz das garantias será investido, e não designado, conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal”. Sobre o art. 3º-F, ficou decidido que: “[...] a divulgação de informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso pelas autoridades policiais, ministério público e magistratura deve assegurar a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Ata de Julgamento). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Relator: Min. Luiz Fux. 24 de agosto de 2023. Publicado DJE em 1.9.2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5850380&ext=RTF>>. Acesso em 12 set. 2023.

<sup>390</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 5 mar. 2023.

<sup>391</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Ata de Julgamento). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Relator: Min. Luiz Fux. 24 de agosto de 2023. Publicado DJE em 1.9.2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5850380&ext=RTF>>. Acesso em 12 set. 2023.

constitucionais, ainda que desfiguradas em relação ao texto da lei, quais sejam a prevenção como critério excludente da competência e o Juiz das Garantias.

### 3.2.2 A incompatibilidade da iniciativa probatória do julgador com o princípio da imparcialidade

Conforme já foi exposto anteriormente<sup>392</sup>, Ritter<sup>393</sup> defende o sistema acusatório constitucional, tendo a gestão da prova como seu núcleo e o dispositivo como princípio informador, o qual atribui às partes a tarefa de produzir provas e, por consequência, veda a produção de provas pelo julgador. Discorreu-se, no início deste capítulo<sup>394</sup>, que Lopes Júnior<sup>395</sup> e Coutinho<sup>396</sup> compartilham desta visão, defendendo que o sistema ainda vigente<sup>397</sup> é neoinquisitório ou inquisitório. No mesmo sentido, Giacomolli<sup>398</sup> aponta, como uma das marcas inquisitoriais do Processo Penal brasileiro, a busca da verdade real, que permite ao magistrado determinar, de ofício, a produção de provas, nos moldes do art. 156 do CPP, classificado por Lopes Júnior<sup>399</sup> como “um monumento à cultura inquisitória”.

Ainda, cumpre lembrar que esse dispositivo pode provocar no juiz

---

<sup>392</sup> Itens 1.3.3 e 3.2.

<sup>393</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 169. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>394</sup> Item 3.1.1.

<sup>395</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 84-88.

<sup>396</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Advocacia criminal e a deterioração do sistema inquisitorial atual. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; e, SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (ogs.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina – volume 3, p. 97-113. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 103-106.

<sup>397</sup> Conforme ainda será abordado, o STF decidiu que a implantação do Juiz das Garantias deverá ser feita no prazo de 12 meses, a contar da ata do julgamento, prorrogáveis, uma única vez, por igual prazo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Ata de Julgamento). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Relator: Min. Luiz Fux. 24 de agosto de 2023. Publicado DJE em 1.9.2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5850380&ext=RTF>>. Acesso em 12 set. 2023.

<sup>398</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 1, n. 1, 2015, p. 5-7. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/8>. Acesso em: 7 set. 2023.

<sup>399</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 581-584.

criminal o processo cognitivo-comportamental (involuntário) de busca seletiva de informações, com o intuito de aplacar a dissonância cognitiva que as informações contrárias (argumentos defensivos e quaisquer provas que infirmem a versão acusatória) à hipótese (previamente) formada pelo julgador causam nele<sup>400</sup>. Por fim, pertinente lembrar da quarta hipótese do experimento de Schünemann<sup>401</sup>, confirmada tal qual as outras três, segundo a qual o juiz que detém prévio conhecimento do inquérito policial tenderá a elaborar mais perguntas aos sujeitos da prova na audiência de instrução e julgamento. Isso ocorre porque ele busca confirmar a hipótese previamente conhecida, reforçando a ideia da busca seletiva de informações. E conforme já foi dito anteriormente<sup>402</sup>, esse quadro se agrava quando o juiz já tomou outras decisões no caso, seja ainda na fase do inquérito ou já na fase processual.

Ritter<sup>403</sup> afirma que, ao determinar a produção de uma prova de ofício, o magistrado assume a sua parcialidade para conduzir o caso, ainda que de forma inconsciente, esteja sua conduta vinculada à busca da (inatingível) verdade real ou tenha o intuito de tutelar o interesse coletivo. Logo, os poderes instrutórios do juiz são inconciliáveis com o princípio da imparcialidade, razão pela qual deveriam ser extirpados do ordenamento processual penal.

O art. 3º-A do CPP dispõe 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”. Antes de analisar a questão da iniciativa probatória, necessário salientar a adoção explícita da estrutura acusatória no sistema processual penal brasileiro.

De início, conforme já foi dito neste capítulo<sup>404</sup>, a CRFB já havia adotado

---

<sup>400</sup> Item 3.1.2.

<sup>401</sup> Item 2.3.1.2. SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. *In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 208-209.

<sup>402</sup> Item 3.1.2.

<sup>403</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 175. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>404</sup> Item 3.1.1.

tacitamente o sistema acusatório ao assegurar ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, além de garantir o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória e o julgamento por um juiz competente e imparcial, segundo Geraldo Prado<sup>405</sup>.

Nada obstante, Lopes Júnior<sup>406</sup> defende que o art. 3º-A provocaria uma ampla reformulação no Processo Penal brasileiro, revogando tacitamente todos os dispositivos que atentam contra o sistema acusatório, como é o caso daqueles que permitem a iniciativa probatória e a adoção de medidas cautelares de ofício pelo juiz, dentre os quais se encontram os arts. 156, 127, 242, 209 e 385 do CPP. Entretanto, não se trata de opinião unânime na doutrina, muito menos do Judiciário, vide a já analisada decisão do Recurso Especial 2.022.413/PA<sup>407</sup>, na qual restou assentado que o art. 385 do CPP não foi tacitamente revogado pelo art. 3º-A no CPP. Partindo da premissa que não houve a revogação tácita de nenhum dispositivo do CPP com o advento da Lei 13.964, de 2019<sup>408</sup>, seria o art. 3º-A compatível com dispositivos que preveem a iniciativa probatória do juiz, como o art. 156 do CPP?

A parte final do art. 3º-A dispõe que é vedada a “iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Em relação ao termo investigação, Dezem<sup>409</sup> defende que, pelo espírito da reforma, ele não estaria restrito apenas ao âmbito pré-processual, aplicando-se também na fase processual, já que é possível, ainda que excepcionalmente, o deferimento de medidas de investigação nesta fase, como o deferimento de busca e apreensão. Quanto à

---

<sup>405</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 300-301.

<sup>406</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 110-111.

<sup>407</sup> Item 3.1.2. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma (Acórdão). Recurso Especial n. 2.022.413/PA. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Data de Julgamento: 14.2.2023. Publicado no DJe 7.3.2023. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%202022413>>. Acesso em 17 set. 2023.

<sup>408</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 5 mar. 2023.

<sup>409</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 114-116.

substituição da atuação probatória, o autor argumenta que poderia ser considerado inconstitucional, pelo tratamento anti-isonômico conferido às partes, já que veda a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, bem como questiona o fato de que o juiz não teria como saber, de antemão, se a prova favoreceria a acusação<sup>410</sup>. Nada obstante, defende que o dispositivo seria constitucional, pois o fator de discriminação seria a maior força do órgão estatal (Ministério Público) em comparação ao indivíduo acusado, o que justificaria eventual atuação do Estado-juiz em substituição à atuação probatória deste.

E por entender que a redação do art. 3º-A está em conformidade com a CRFB, Dezem<sup>411</sup> defende que ele teria revogado parcialmente o art. 156 do CPP<sup>412</sup>, de modo que ao juiz só seria permitido agir de ofício em substituição à atuação probatória do acusado ou que não poderia mais agir de ofício, devendo sempre aguardar a provocação de alguma das partes. Lopes Júnior<sup>413</sup> é mais incisivo ao afirmar que o art. 156 do CPP, que, já em sua redação original, não deveria sequer ter sido recepcionado pela CRFB, tendo mantido sua essência inquisitória após a reforma de 2008<sup>414</sup>, teria sido tacitamente revogado pelo art. 3º-A do CPP. Se o juiz não pode substituir a iniciativa probatória do órgão de acusação e se a dúvida deve sempre favorecer o acusado, não há porque o julgador ter iniciativa probatória.

Ambos os entendimentos expostos encontram respaldo no art. 2º, § 1º, da

---

<sup>410</sup> Conforme analisado no item 3.1.1, Dezem defende que o sistema acusatório é definido pela separação das funções de acusar, defender e julgar, de modo que não vê ofensa ao sistema acusatório na concessão de iniciativa probatória ao julgador. DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 112-113.

<sup>411</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 116.

<sup>412</sup> Para auxiliar a compreensão, transcreve-se o dispositivo: 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; e, II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>413</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 581-583.

<sup>414</sup> BRASIL. Lei 11.690, de 9 de junho de 2008. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1)>. Acesso em 10 set. 2023.

Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>415</sup>, segundo o qual a lei posterior revoga a anterior, dentre outras hipóteses, quando seja com ela incompatível. Entende-se que, considerado constitucional o art. 3º-A do CPP, o art. 156 do CPP se resumiria a “A Prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, ficando todo o resto revogado. Mas não foi assim que decidiu o STF.

Por maioria, o STF atribuiu interpretação conforme à Constituição ao art. 3º-A para afirmar que o “juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito, [...]”<sup>416</sup>. Em outras palavras, manteve-se inalterado o regramento sobre a produção de provas por parte do julgador.

Ao afirmar que o juiz pode determinar a realização de diligências suplementares “nos limites legalmente autorizados”, o STF decidiu que, nas hipóteses em que a lei permite a iniciativa probatória do juiz, como é o caso do art. 156 do CPP, ela permanecerá vigente. É o que defendem Coutinho, Lopes Júnior e Moraes da Rosa<sup>417</sup>, para quem o STF teria salvado a matriz inquisitória e autoritária do CPP, fazendo da alteração legislativa um “faz-de-contas-acusatório”. Para os autores, a atuação do juiz na produção de provas é incompatível com o sistema acusatório, configurando sempre a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Ressalvam que o juiz pode, por exemplo, questionar testemunhas, ofendidos e/ou informantes, mas apenas para esclarecer algo na linha de indagação aberta por uma das partes, nunca para ampliar as linhas de indagação.

O que importa, para fins de impacto na prática processual penal, é que a

---

<sup>415</sup> BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em 25 nov. 2023.

<sup>416</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Ata de Julgamento). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Relator: Min. Luiz Fux. 24 de agosto de 2023. Publicado DJE em 1.9.2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5850380&ext=RTF>>. Acesso em 12 set. 2023.

<sup>417</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JUNIOR, Aury; e, ROSA, Alexandre Moraes da. O que sobrou do sistema acusatório após a decisão do STF? *Criminal Player*. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 19.9.2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-set-19/criminal-player-sobrou-sistema-acusatorio-decisao-stf?fbclid=PAaai7mP6tYVfvLIUVaszYheapxLUT8cpfcLLO-SZbbWbSus4NsAZZZzssPI>>. Acesso em: 26 set. 2023.

decisão do STF manteve o atual estado de coisas, permitindo a iniciativa probatória do julgador, apesar de não sobressair nenhuma inconstitucionalidade flagrante do dispositivo. Conforme já mencionado, até a redação final desta pesquisa, o acórdão e os votos não haviam sido publicados, o que limita a análise da fundamentação da decisão, mas não de seu impacto na prática.

Importante, de todo modo, salientar o que escreveu Lênio Streck<sup>418</sup> ao analisar o voto do Ministro Relator. De acordo com o autor, ao fazer interpretações conforme à Constituição, o Relator teria reescrito a lei, o que seria vedado ao Judiciário. Lembra que a interpretação conforme não altera o texto, apenas a norma. Dar interpretação conforme é dar sentido que conforma a lei à Constituição, mas sem alterar seu texto. Logo, pode-se concluir que, ao conferir ao juiz o poder de determinar a realização de diligências suplementares, o STF teria reescrito o texto, o qual, conforme já dito, não aparentava contrariar a CRFB.

### 3.2.3 A exclusão física dos autos do inquérito policial do processo<sup>419</sup>

No segundo capítulo<sup>420</sup>, assim como no início deste terceiro<sup>421</sup>, foi analisado que o inquérito é um procedimento administrativo, de natureza inquisitória, escrito e sigiloso<sup>422</sup>, não havendo previsão de exercício do contraditório e tendo o grau de sigilo determinado pela autoridade policial, conforme art. 20, *caput*, do CPP. Ademais, por constituir o primeiro contato cognitivo do julgador com os fatos, configura-se o efeito halo ou primazia<sup>423</sup>, ponto de partida para as relações de consonância/dissonância, ante a tendência de conservação da cognição inicial<sup>424</sup>,

---

<sup>418</sup> STRECK, Lenio. Juiz das garantias e interpretação desconforme com a Constituição. Senso Incomum. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 6.7.2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-jul-06/senso-incomum-juiz-garantias-interpretacao-desconforme-constituicao>>. Acesso em 26 set. 2023.

<sup>419</sup> Conquanto em tempos de processo digital não seja propriamente adequado utilizar a expressão “exclusão física”, optou-se por manter a nomenclatura utilizada por Ruiz Ritter. Nada obstante, a fim de extirpar qualquer dúvida, trata-se, neste item, de deixar de anexar à ação penal os autos do inquérito policial.

<sup>420</sup> Item 2.3.

<sup>421</sup> Item 3.1.2.

<sup>422</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 125-126.

<sup>423</sup> Item 2.1.1.

<sup>424</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 206.

podendo influenciar a análise do magistrado sobre a prova produzida em juízo em decorrência da heurística da representatividade<sup>425</sup>.

Ainda nessa linha, pertinente lembrar que as quatro hipóteses do experimento de Schünemann – todas confirmadas - estão relacionadas ao conhecimento prévio do juiz sobre o inquérito policial<sup>426</sup>. Resumidamente: os juízes condenam com maior frequência quando tomam conhecimento do inquérito policial antes da audiência de instrução e julgamento; quando detém conhecimento prévio do inquérito, cometem mais erros na retenção de informações, produzidas em audiência de instrução e julgamento, que contrariem o caderno investigativo; a quantidade de erros será menor quando o juiz não tem conhecimento prévio do inquérito; e, o juiz que detém conhecimento do inquérito policial tenderá a perguntar mais aos sujeitos da prova na audiência de instrução e julgamento, com o intuito de obter informações que confirmem a versão previamente formada (acusatória). Logo, o inquérito policial é, ao mesmo tempo, o substrato para o efeito perseverança, pois são as informações do inquérito que serão supervalorizadas em face das informações novas e contrárias, e o ponto de partida para a busca seletiva de informações, pois o julgador que produz provas terá como objetivo, ainda que inconsciente, confirmar a versão já formada.

Com base nessas premissas, e no efeito primazia<sup>427</sup> provocado pelo inquérito policial no julgador, Ritter<sup>428</sup> pergunta se essa contaminação do juiz pelo

---

<sup>425</sup> Item 2.1.1.1.

<sup>426</sup> Item 2.3.1.2. A primeira seria que os magistrados condenam com maior frequência quando, antes da audiência de instrução e julgamento, tomam conhecimento do inquérito policial, se comparados com aqueles que não tem acesso ao procedimento preliminar. Esse quadro seria agravado pela possibilidade de o magistrado inquirir os sujeitos da prova. A segunda hipótese, por sua vez, é que juiz que detém conhecimento prévio do inquérito policial comete mais erros na retenção das informações, produzidas em audiência de instrução e julgamento, que contrariem o caderno investigativo do que o juiz que não teve contato com este. Pela terceira hipótese, no caso de o juiz não ter conhecimento dos autos do inquérito, haverá uma redução no quantitativo de erros, a qual será ainda maior na hipótese de o juiz poder inquirir pessoalmente os sujeitos da prova. Por fim, a quarta hipótese é de que o juiz que detém conhecimento prévio do inquérito policial tenderá a elaborar mais perguntas aos sujeitos da prova por ocasião da audiência de instrução e julgamento. SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 208-209.

<sup>427</sup> Item 2.2.5.

<sup>428</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva.** Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 167-169. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso

produto da investigação policial, produzida unilateralmente e tendenciosamente, possibilita a permanência da imparcialidade do juiz ou a inviabiliza, considerando os efeitos perseverança e a busca seletiva de informações. Segue o autor, claramente escolhendo a segunda alternativa como aquela que corresponde à realidade, dizendo que esse contato com o inquérito policial é o que permite condenações baseadas na prova judicial cotejada com a do inquérito<sup>429</sup>, em razão do disposto no art. 155 do CPP. Conclui dizendo que são nefastas as consequências, para a imparcialidade do julgador, decorrentes de seu contato, ainda que apenas visual<sup>430</sup>, com os autos do inquérito policial, razão pela qual defende a exclusão destes dos autos do processo, exceto quanto às provas de natureza cautelar, antecipadas e não repetíveis<sup>431</sup>.

Os parágrafos 3º e 4º do art. 3º-C do CPP provocariam uma verdadeira mudança nesse panorama, implicando na revogação tácita do art. 12 do CPP e na derrogação do art. 155 do CPP, no ponto em que permite a utilização de elementos informativos colhidos na investigação – exceção feita às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas - para fundamentar uma condenação.

De acordo com o § 3º, os “autos que compõem as matérias do juiz das garantias”, ou seja, os autos do inquérito policial, serão mantidos na secretaria do Juiz das Garantias, à disposição do Ministério Público e da defesa, mas não serão apensados aos autos do processo, os quais serão enviados ao juiz da fase de instrução e julgamento. A exceção fica por conta dos documentos relativos às provas irrepitíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que serão apensados em apartado à ação penal, os quais, de acordo com Lopes Júnior<sup>432</sup>, destinam-se às partes, que poderão utilizá-los na audiência de instrução e julgamento. Por fim, o § 4º dispõe que as partes terão amplo acesso aos autos do inquérito, ainda que acautelados na secretaria do juízo das garantias, o que, contudo, não autorizaria a juntada desses ao processo a pedido de qualquer das partes, sob pena de

---

em 20 fev. 2023.

<sup>429</sup> Tratou-se dessa expressão no item 3.1.2, por ocasião da análise do art. 155 do CPP.

<sup>430</sup> Isto é, sem tomar decisões na fase de investigação, apenas tendo acesso aos autos do inquérito policial.

<sup>431</sup> Ritter não especifica o que seriam, no seu entendimento, provas de natureza cautelar, antecipadas e não repetíveis. Remete-se ao item 3.1.2, mais especificamente à análise do art. 155 do CPP.

<sup>432</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 216-217.

desrespeito à vedação legal<sup>433</sup>.

Assim, não seria mais possível a utilização da fórmula da condenação com base na prova judicial cotejada com a produzida no inquérito. Ainda que uma testemunha tenha sido ouvida pela Autoridade Policial, tal depoimento de nada servirá para análise do mérito, servindo apenas para subsidiar o recebimento da denúncia ou queixa. Uma vez recebida a peça acusatória, só teriam valor probatório as provas produzidas na fase processual, observada a exceção trazida pelo § 3º do art. 3º-C do CPP. Contudo, o uso do futuro do pretérito nos dois últimos parágrafos, bem como neste, denuncia que os dispositivos não ficaram incólumes à decisão nas ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF<sup>434</sup>.

De acordo com o item 14 da ata de julgamento, por unanimidade, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade, com redução de texto, dos §§ 3º e 4º do art. 3º-C do CPP e lhes atribuiu interpretação conforme para entender que os autos que compõem as matérias de competência do Juiz das Garantias serão remetidos ao Juiz da Instrução e Julgamento. Em resumo: mantiveram-se incólumes os arts. 12 e 155 do CPP, sem qualquer alteração prática sobre a regulamentação atual da destinação do inquérito e uso dos elementos de prova produzidos nesta fase para reforçar os fundamentos de uma sentença condenatória.

A indisponibilidade dos votos proferidos obsta a melhor análise dos fundamentos dessa redução parcial de texto. Mas adere-se à análise de Rômulo de Andrade Moreira<sup>435</sup>, para quem o dispositivo legal, que estava longe de ser inconstitucional, visava justamente evitar a contaminação do juiz da causa pelos autos da investigação criminal. Logo, a decisão da Suprema Corte, com a devida vênia,

---

<sup>433</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 218.

<sup>434</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Ata de Julgamento). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Relator: Min. Luiz Fux. 24 de agosto de 2023. Publicado DJE em 1.9.2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5850380&ext=RTF>>. Acesso em 12 set. 2023.

<sup>435</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. O STF e o Juiz das Garantias: crônica de uma morte anunciada. **Empório do Direito**. São Paulo, 30.8.2023. Disponível em: <<https://emporiოდireito.com.br/leitura/o-stf-e-o-juiz-das-garantias-chronica-de-uma-morte-anunciada>>. Acesso em 30 set. 2023.

contribuiu para a permanência do processo penal inquisitivo em vigor no Brasil.

### 3.2.4 A prevenção como critério de exclusão da competência

Sobre a prevenção como critério fixador da competência, discorreu-se<sup>436</sup> que, conforme o artigo 83 do CPP, havendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, aquele que tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de qualquer medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa, será competente. Assim, o juiz que atuou na fase do inquérito policial, tomando decisões sobre medidas cautelares, pessoais ou reais, ou deferindo a utilização de meios de prova sujeitos à reserva judicial, como a busca e apreensão, sem o exercício do contraditório, será responsável por analisar o mérito da futura ação penal. Logo, não apenas formará sua primeira impressão dos fatos a partir de um procedimento inquisitório, como é o inquérito policial, mas a partir do próprio convencimento formado para deferir as medidas sujeitas à reserva judicial.

A implementação do Juiz das Garantias, com a definição de dois juízes distintos para atuar na apuração de um mesmo crime, sendo um na fase de investigação e outro na fase de instrução e julgamento, acabaria, em tese, com a contaminação, por meio do contato com os elementos de informação e das decisões tomadas na primeira fase, do magistrado responsável pela instrução e julgamento. As particularidades do Juiz das Garantias, suas competências e o momento em que deixa de atuar no processo, assim como a repercussão da decisão das ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF<sup>437</sup> sobre os arts. 3º-B e 3º-C, *caput* e §§ 1º e 2º, do CPP, serão examinadas no próximo item.

Por ora, restringe-se à análise do impacto da decisão sobre o art. 3º-D. O *caput* assim dispõe: “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

---

<sup>436</sup> Itens 2.3 e 3.1.2.

<sup>437</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Ata de Julgamento). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Relator: Min. Luiz Fux. 24 de agosto de 2023. Publicado DJE em 1.9.2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5850380&ext=RTF>>. Acesso em 12 set. 2023.

processo”. Por sua vez, prevê o parágrafo único: “Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo”. Ambos os dispositivos foram declarados inconstitucionais.

A declaração de inconstitucionalidade do *caput* abriu uma brecha para que o Juiz de Instrução e Julgamento atue, ainda que de forma parcial, na fase de investigação. Pense-se no exemplo do juiz titular de uma Vara Criminal que, no exercício de plantão judiciário, realiza audiência de custódia de um preso em flagrante, homologa sua prisão e a converte em preventiva, podendo, ainda, deferir o uso de meios de prova sujeitos à reserva judicial. Como a atuação se deu em caráter excepcional, e não havendo mais a vedação prevista no dispositivo, ele não ficará, a princípio, impedido de atuar no processo, nada obstante esteja contaminado pelo auto de prisão em flagrante e pelas decisões tomadas nessa fase.

Sobre o parágrafo único do art. 3º-D, remete-se à breve análise do impacto do julgamento das ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF<sup>438</sup> sobre o art. 3º-E<sup>439</sup>, bastando ressaltar que o Juiz das Garantias será investido, e não designado, conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, trate-se de comarca de Vara Única ou não. Ou seja, para não se desprezar o juiz natural, deverá estar definido, de antemão, quem exercerá as competências do Juiz das Garantias em cada caso concreto.

### 3.2.5 O Juiz das Garantias

Conforme escrito no segundo capítulo<sup>440</sup>, a atuação do juiz na fase do inquérito policial tem por objetivo resguardar sua legalidade, deferindo eventuais medidas de investigação sujeitas à reserva judicial ou medidas cautelares em desfavor do investigado, sempre zelando por seus direitos fundamentais. Ou seja,

---

<sup>438</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Ata de Julgamento). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Relator: Min. Luiz Fux. 24 de agosto de 2023. Publicado DJE em 1.9.2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5850380&ext=RTF>>. Acesso em 12 set. 2023.

<sup>439</sup> Item 3.2.1.

<sup>440</sup> Item 2.3.

deve atuar como garantidor dos direitos do investigado, conforme leciona Lopes Júnior<sup>441</sup>. O autor, que afirma defender a implementação do instituto, consagrado em diversos países, desde 1999, sugere que a melhor nomenclatura seria “juiz da investigação”, dada a costumeira e errônea confusão existente no Brasil entre garantias e impunidade, a qual acaba gerando uma certa resistência ao instituto.

André Machado Maya<sup>442</sup> ensina que, movidos pelo movimento reformista europeu do final do Século passado, bem como pela necessidade de adequação das legislações penais à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, quase a totalidade dos países latino-americanos de colonização espanhola iniciaram, no final dos anos noventa e na primeira década deste século, reformas visando à estruturação do processo penal acusatório. O ponto de partida deste movimento reformista teria sido o Código de Processo Penal da Província de Córdoba, na Argentina, sancionado ainda em 1939, o qual superou a inquisição de matriz espanhola e constituiu a base para o Código processual penal modelo ibero-americano, no qual se pautou a reforma processual da Costa Rica, em 1973, e de outros países já nos anos noventa, dentre os quais Venezuela (1998), Paraguai (1998), Bolívia (1999) e Chile (2000). Como traço comum, esses países optaram por uma fase preliminar, investigatória, a cargo do Ministério Público e sob o controle de um juiz de garantias, responsável por controlar eventuais ilegalidades da atividade persecutória, decidir eventuais conflitos entre as partes, garantir o respeito às garantias constitucionais e decidir sobre eventuais questões quando for instado para tal.

Seja como for chamado, o sistema do *doblo juez* ou duplo juiz, como também é conhecido, estabelece que dois juízes devem atuar nos autos: um primeiro na fase pré-processual, até o recebimento da denúncia, conforme redação do art. 3º-C do CPP<sup>443</sup>; e, um segundo após o recebimento da denúncia, responsável por instruir

---

<sup>441</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 195-196.

<sup>442</sup> MAYA, André Machado. O Juizado de Garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí(SC), v. 23, n. 1, p. 71–88, 2018, p. 77-79. Disponível em: <<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/13036>>. Acesso em: 3 out. 2023.

<sup>443</sup> A alteração promovida pela decisão das ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF será analisada ainda neste item.

e julgar, sem estar contaminado, sem pré-julgamentos e com sua originalidade cognitiva preservada<sup>444</sup>.

Ao sustentar a necessidade do instituto ou, em outras palavras, por que um mesmo juiz não pode “fazer tudo”, Lopes Júnior<sup>445</sup> lista: a) a incompatibilidade da aglutinação de funções na mão do juiz e a atribuição de poderes instrutórios ao julgador com o sistema acusatório<sup>446</sup>; b) as decisões do TEDH nos casos Piersack<sup>447</sup> e de Cubber<sup>448</sup>, que concluíram pela violação à garantia do juiz imparcial quando o julgador, na fase pré-processual, lançou mão de seus poderes investigatórios, ficando contaminado por seus “pré-juízos”; c) a distinção, a partir desses julgados, entre imparcialidade objetiva e imparcialidade subjetiva, sendo essencial a estética de imparcialidade do julgador para confiança do público em geral nas decisões judiciais em uma Ação Penal<sup>449</sup>; d) a originalidade cognitiva como elemento essencial da imparcialidade do juiz criminal<sup>450</sup>; e), por consequência, a inviabilidade de ter a Ação Penal analisada por quem já formou uma imagem mental (cognição) sobre os fatos a partir da versão acusatória (e inquisitória), porquanto buscará, inconscientemente, confirmar essa imagem mental; f) a Teoria da Dissonância Cognitiva, com o contributo do efeito perseverança (autoconfirmação das hipóteses) e da busca seletiva de informações, que explica a alínea anterior<sup>451</sup>; e, g) a pesquisa de Schünemann que comprovou, empiricamente, que o nível de conhecimento/envolvimento do juiz criminal com a investigação preliminar é inversamente proporcional ao interesse deste

<sup>444</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 195-196.

<sup>445</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 196-200.

<sup>446</sup> Item 1.3.3.

<sup>447</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Piersack vs. Belgium: Application** nº 8692. 1.10.1982. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-%2057557#{%22fulltext%22:\[%22piersack%22\],%22itemid%22:\[%22001-57557%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-%2057557#{%22fulltext%22:[%22piersack%22],%22itemid%22:[%22001-57557%22]}>)>. Acesso em: 26 fev. 2023. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>448</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of De Cubber vs. Belgium: Application** nº 9186/80. 26.10.1984. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-%2057557#{%22fulltext%22:\[%22de%20cubber%22\],%22itemid%22:\[%22001-57465%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-%2057557#{%22fulltext%22:[%22de%20cubber%22],%22itemid%22:[%22001-57465%22]}>)>. Acesso em: 26 fev. 2023. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>449</sup> Item 1.2.2.

<sup>450</sup> Item 2.3. Ainda que não se tenha mencionado expressamente “originalidade cognitiva”, discorreu-se sobre como o Processo Penal brasileiro, atualmente, propicia a formação de um quadro mental, uma cognição inicial do juiz criminal, a partir da versão acusatória, a qual se origina de um procedimento inquisitório, não submetido ao crivo do contraditório, dificultando a recepção de informações contrárias a essa cognição inicial.

<sup>451</sup> Itens 2.2 e 2.3, em especial item 2.3.1.1.

nas perguntas que a defesa venha a fazer às testemunhas e diretamente proporcional à probabilidade de condenação<sup>452</sup>. Finaliza afirmando que é evidente a incompatibilidade psíquica, ou erro psicológico, conforme nomenclatura de James Goldschmidt, de uma única pessoa atuar na fase de investigação e, posteriormente, ser considerada imparcial para o julgamento da causa.

Percebe-se, conforme notas de rodapé, que esta pesquisa analisou, de antemão, todos os argumentos apresentados por Lopes Júnior para sustentar a necessidade da implantação do Juiz das Garantias, razão pela qual não serão revisadas detalhadamente neste momento.

Ritter<sup>453</sup> acrescenta que o instituto não trata da implementação de uma função jurisdicional inédita, mas do reconhecimento da ausência de condições para se considerar imparcial o julgador do mérito que atuou na fase de investigação. Promove-se, assim, uma prestação jurisdicional efetiva e conforme à CRFB, dando efetivas condições de imparcialidade e autonomia ao julgador sem se exigir dele um comportamento inumano, como ocorre atualmente, que deve se manter imparcial mesmo sem as necessárias condições objetivas para tanto, posto que deve se “contaminar”, obrigatoriamente, com os elementos produzidos na fase de investigação, seja deferir alguma medida sujeita à reserva judicial, seja para fazer a análise sobre o recebimento da denúncia.

O PL do Senado n. 156, de 22 de abril de 2009<sup>454</sup>, que trata do novo Código de Processo Penal, prevê a figura do Juiz das Garantias, ainda que não nos exatos moldes da Lei 13.964, de 2019<sup>455</sup>. Da exposição de motivos do PL do Senado n.

---

<sup>452</sup> Item 2.3.1.

<sup>453</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 149-151. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>454</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 156, de 22 de abril de 2009. Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em 18 set. 2023.

<sup>455</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 5 mar. 2023.

156<sup>456</sup>, Ritter<sup>457</sup> destaca algumas justificativas que servem de fundamento e disciplina ao Juiz das Garantias: o inestimável valor das garantias individuais e o equívoco de se relacionar a eficácia da intervenção penal à restrição ou diminuição daquelas; a positivação do princípio acusatório, com a otimização da função jurisdicional, priorizando-se a imparcialidade do julgador; e, o respeito à divisão das tarefas de acusar, defender e julgar, vedando-se a atuação de ofício do Juiz das Garantias, que só deverá agir mediante requerimento da Polícia ou do Ministério Público.

### 3.2.5.1 O Juiz das Garantias e a decisão do STF nas ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF

Iniciando a análise do instituto conforme implementado pela Lei 13.964, de 2019<sup>458</sup>, consta no *caput* do art. 3º-B que “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, [...]”. Na sequência, dezoito incisos listam as competências específicas do Juiz das Garantias.

Dentre elas, receber a comunicação imediata da prisão, receber o auto de prisão em flagrante para controle de sua legalidade, zelar pela observância dos direitos do preso, ser informado sob a instauração de qualquer investigação criminal, decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como sobre sua prorrogação, substituição ou revogação. Ainda, cabe ao Juiz das Garantias decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas urgentes e não repetíveis, prorrogar o prazo de duração do inquérito se o investigado estiver preso,

---

<sup>456</sup> BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto/Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009, p.15-17/24. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182956/000182956.pdf?sequence=10&isAllowed=y>. Acesso em 3 out. 2023.

<sup>457</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 153-154. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\_RUIZ\_RITTER\_COMPLETO.pdf>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>458</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 5 mar. 2023.

determinar o trancamento do inquérito por falta de fundamento razoável, requisitar documentos, laudos e informações ao delegado sobre o andamento da investigação e decidir sobre os requerimentos de meios de obtenção de prova submetidos à reserva judicial, como interceptação telefônica e busca e apreensão. Por fim, também é de competência do Juiz das Garantias julgar *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia, determinar a instauração do incidente de insanidade mental, decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, assegurar o direito do investigado e seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidas no âmbito da investigação, exceto quanto às diligências ainda em andamento, deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar perícia e decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou de colaboração premiada, se formalizado durante a investigação. O inciso XVIII prevê, ainda, outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput*<sup>459</sup>.

O dispositivo ainda conta com dois parágrafos. O primeiro atribui ao Juiz das Garantias a realização da audiência de custódia, ao passo que o segundo prevê a prorrogação do inquérito policial, por até quinze dias, em caso de o investigado estar preso, findo o qual, não estando a investigação concluída, a prisão será relaxada.

Passa-se agora à análise das alterações decorrentes do julgamento das ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF<sup>460</sup>.

O primeiro ponto que merece destaque é o *caput* do art. 3º-B, o qual foi declarado constitucional por maioria, vencido apenas o Ministro Relator, sendo fixado, entretanto, por unanimidade, o prazo de 12 meses, a contar da publicação da ata do julgamento, para adoção das medidas legislativas e administrativas necessárias à adequação das leis de organização judiciária, para efetiva implantação e funcionamento do Juiz das Garantias, conforme diretrizes e supervisão do Conselho

---

<sup>459</sup> Optou-se por não discorrer, detalhadamente, sobre cada um dos incisos porque não trouxeram grandes novidades ou competências até então inexistentes. Receberão uma análise mais acurada aqueles que sofreram modificação a partir da decisão das ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF,

<sup>460</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Ata de Julgamento). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Relator: Min. Luiz Fux. 24 de agosto de 2023. Publicado DJE em 1.9.2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5850380&ext=RTF>>. Acesso em 12 set. 2023.

Nacional de Justiça. Este prazo poderá ser prorrogado, por uma única vez, por no máximo 12 meses, mediante justificativa apresentada ao referido Conselho.

De início, cumpre salientar que uma crítica pertinente à Lei 13.964, de 2019<sup>461</sup>, mais especificamente à implantação do Juiz das Garantias, foi a exígua *vacatio legis*, de apenas 30 dias, conforme art. 20 da referida lei. Este dispositivo, inclusive, foi declarado parcialmente inconstitucional, por arrastamento, no que diz respeito à instalação dos Juízes das Garantias. A lei foi publicada no dia 24 de dezembro de 2019, em pleno recesso forense, escoando quase metade da *vacatio* neste período, em que apenas os serviços atinentes ao plantão judiciário são mantidos em funcionamento. Ainda que se possa argumentar que o recesso judiciário não poderia ser utilizado como justificativa para, pelo menos, um atraso na implementação do instituto, o prazo de trinta dias seria insuficiente ainda que o Poder Judiciário estivesse em pleno funcionamento.

Nada obstante, os arts. 3º-A a 3º-F do CPP ficaram suspensos por mais de três anos e meio e ainda podem ficar de 12 a 24 meses sem entrar em vigor, prazo este que pode ser considerado muito extenso. Se, por um lado, não era exigível que os Tribunais se organizassem antes de a lei efetivamente ser declarada constitucional, ainda que de forma parcial, é de se questionar se o prazo de 12 meses, prorrogável por até mais 12 meses, é necessário. Cabe lembrar que, na primeira decisão liminar prolatada, em regime de plantão<sup>462</sup>, pelo então Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, em 22 de janeiro de 2020, o deferimento em parte dos pedidos cautelares importou na suspensão da implantação do Juiz das Garantias pelo prazo de 180 dias.

Avançando, alguns dos incisos do art. 3º-B receberam interpretação conforme.

---

<sup>461</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 5 mar. 2023.

<sup>462</sup> Tratava-se do período de recesso do Supremo Tribunal Federal.

Os incisos IV<sup>463</sup>, VIII<sup>464</sup> e IX<sup>465</sup> receberam interpretação conforme para que todos os atos praticados pelo Ministério Público, quando este for condutor da investigação penal, sejam submetidos ao controle judicial, sendo fixado, ainda, o prazo de 90 dias, a partir da publicação da ata, para que todos os procedimentos de investigação criminal, independentemente da nomenclatura, conduzidos pelo Ministério Público, sejam remetidos ao respectivo juiz natural, sem importar que o Juiz das Garantias não esteja efetivamente implementado ao final desse prazo. Nesse caso, houve o reforço do papel do juiz como garantidor dos direitos do investigado, o que se vê como algo positivo, evitando a tramitação de procedimentos investigativos no Ministério Público sem o devido conhecimento do Poder Judiciário.

O art. VI foi outro que recebeu interpretação conforme. De acordo com o dispositivo, cabe ao Juiz das Garantias prorrogar, substituir ou revogar a prisão provisória ou qualquer outra medida cautelar, assegurando, na primeira hipótese, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma disposta no CPP ou em legislação especial aplicável. A decisão do STF estabeleceu que o contraditório será exercido preferencialmente em audiência pública e oral. Ou seja, tornou a imposição legal da realização da audiência em algo facultativo, à escolha do juiz. De forma semelhante, o inciso VII, que atribui ao Juiz das Garantias “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”, recebeu interpretação conforme para estabelecer que o juiz pode deixar de realizar a referida audiência, quando houver risco para o processo, ou diferi-la em caso de

---

<sup>463</sup> Art. 3º-B. [...] IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; [...]. BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>464</sup> Art. 3º-B. [...] 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; [...]. BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>465</sup> Art. 3º-B. [...] IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; [...]. BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em 20 fev. 2023.

necessidade.

Conforme leciona Lopes Júnior<sup>466</sup>, a intenção do legislador com estes dispositivos foi reforçar o contraditório e a cultura de audiência, ainda na fase da investigação, decorrente da oralidade, chancelando às partes o acesso direto ao magistrado para se manifestar antes das mencionadas decisões. A aplicação da técnica da interpretação conforme à Constituição, segundo sustentou o Ministro Dias Toffoli na sessão do Órgão Pleno do dia 9.8.2023<sup>467</sup>, teria como fundamento a salvaguarda da efetividade a investigação, sob pena de se tornar inútil eventual medida de obtenção de prova que venha a ser requerida.

No que diz respeito ao inciso VI, a audiência, de acordo com a lei, seria obrigatória no caso de pedido de prorrogação da prisão provisória ou outra medida cautelar, do que se depreende que a medida já estaria implementada e não seria, portanto, novidade ao investigado, não havendo, com a devida vênia, risco à efetividade da decisão. Perdeu-se, assim, a oportunidade de cancelar uma participação mais efetiva do investigado e da defesa nas decisões sobre as medidas cautelares na fase de investigação, de modo que, considerando que é permitida a utilização desses elementos pelo Juiz de Instrução e Julgamento, contar-se-ia com elementos produzidos sob o crivo do contraditório, e não de forma meramente inquisitória, o que aliviaria os reflexos do efeito inércia ou perseverança.

O inciso VII, por sua vez, assegurava o exercício do contraditório e ampla defesa em audiência pública e oral antes da decisão sobre pedido de produção de provas antecipadas. Na sessão de julgamento<sup>468</sup>, o Ministro Dias Toffoli citou, dentre outros exemplos, que os pedidos de interceptação telemática e busca e apreensão, como “prova antecipada”, tornar-se-iam inócuos se houvesse o respeito ao contraditório. Todavia, a interpretação do que seria uma prova antecipada destoa do

---

<sup>466</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle, p. 205-206.

<sup>467</sup> STF. **Pleno (AD) – Bloco 2 – Ministro Toffoli considera que juiz de garantias é opção legítima** - 9/8/23. YouTube, 10.8.2023. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=hhiR2GKSsYoRc>>. Acesso em 4 out. 2023.

<sup>468</sup> STF. **Pleno (AD) – Bloco 2 – Ministro Toffoli considera que juiz de garantias é opção legítima** - 9/8/23. YouTube, 10.8.2023. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=hhiR2GKSsYoRc>>. Acesso em 4 out. 2023.

que foi defendido nessa pesquisa.

Conforme lição de Badaró<sup>469</sup>, já citada neste trabalho<sup>470</sup>, a prova cautelar é produzida sem a observância do contraditório, o qual é exercido de forma diferida, na fase processual, ao passo que as provas antecipadas são produzidas em juízo, ainda que se esteja na fase do inquérito policial, com contraditório igualmente antecipado. A cautelaridade da prova pode estar relacionada ao meio de prova, com é o caso das interceptações telefônicas ou das buscas e apreensões, em que a abertura ao contraditório pode inviabilizar sua produção. Por provas antecipadas, Badaró<sup>471</sup> categoriza aquelas em que a urgência de sua produção decorre de risco conhecido e previsível de perecimento da fonte de prova ou da grande dificuldade de produzi-la no momento processual adequado, como é o caso da testemunha que seja muito idosa ou que esteja acometida de grave risco de morte.

Ou seja, segundo o ensinamento de Badaró, o inciso VII não colocaria em risco a efetividade de interceptações telefônicas nem de mandados de busca e apreensão, visto se tratarem de provas cautelares. Esta interpretação é reforçada pelo fato de que o CPP já trazia as provas cautelares e antecipadas como autônomas, vide o *caput* do art. 155<sup>472</sup>, bem como pelo fato de o § 3º do art. 3º-C do CPP<sup>473</sup>, introduzido pela Lei 13.964, de 2019<sup>474</sup>, diferenciar os documentos relativos às medidas de

---

<sup>469</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 412-413.

<sup>470</sup> Item 3.1.2.

<sup>471</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 413.

<sup>472</sup> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>473</sup> Art. 3º-C. [...] § 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. BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>474</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 5 mar. 2023.

obtenção de provas dos documentos relativos à antecipação de provas. Portanto, entende-se que a decisão do STF freou, por imprecisão técnica, um avanço legislativo relativo ao pleno exercício do contraditório. Aplicável, outrossim, a mesma análise do inciso VI, ou seja, a previsão legal amenizaria as consequências do efeito inércia ou perseverança, pois os elementos produzidos, ainda na fase de investigação, teriam uma maior participação da defesa.

De todas as modificações promovidas pela decisão do STF, a que se destaca por atentar contra a efetiva imparcialidade do julgador, em conjunto com a permanência da iniciativa probatória do juiz e do inquérito policial nos autos do processo penal, de acordo com o sustentado ao longo deste trabalho, está relacionada ao inciso XIV do art. 3º-B. Referido dispositivo atribuiu ao Juiz das Garantias a decisão sobre o recebimento da denúncia, nos termos do art. 399 do CPP, o qual se basearia nos autos do inquérito policial para averiguar se ela preenche os requisitos do art. 41 do CPP e se possui justa causa para a deflagração da ação penal.

Conforme leciona Badaró<sup>475</sup>, o legislador teria acertado ao indicar o momento exato do recebimento da denúncia, considerando a contradição existente entre o art. 396 e o art. 399 do CPP. Assim, pela redação do inciso XIV do art. 3º-B, a denúncia seria oferecida ao Juiz das Garantias, o qual determinaria a citação do acusado e, diante da resposta à acusação, decidiria pela rejeição da denúncia, pela absolvição sumária ou pelo recebimento da denúncia, hipótese em que determinaria a remessa dos autos ao Juiz da Instrução e Julgamento, conforme, aliás, dispõe o *caput* do art. 3º-C. Assim, este magistrado não precisaria ter contato com o inquérito policial, mantendo a sua originalidade cognitiva sobre o caso, sem se influenciar pelos elementos de prova produzidos em procedimento inquisitório, como já foi explicado anteriormente<sup>476</sup>, tendo contato com os fatos, simultaneamente, a partir das versões da acusação e da defesa.

O STF, contudo, declarou a inconstitucionalidade do inciso XIV, atribuindo-lhe interpretação conforme para assentar que a competência do Juiz das Garantias

---

<sup>475</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 164-165.

<sup>476</sup> Itens 2.3 e 3.1.2.

cessa com o oferecimento da denúncia, vencido neste ponto somente o Ministro Edson Fachin. Assim, uma vez oferecida a denúncia, tanto a citação do acusado quanto a decisão sobre o recebimento ou rejeição da denúncia ou, ainda, eventual absolvição sumária, ficará a cargo do Juiz da Instrução e Julgamento, o qual, necessariamente, deverá ter contato com o inquérito policial, a fim de constatar se a denúncia preenche os requisitos legais, o que importa na sua contaminação cognitiva pelos elementos produzidos na referida fase, conforme defende Rômulo de Andrade Moreira<sup>477</sup>.

Para o Ministro Toffoli<sup>478</sup>, não seria possível presumir que o contato do Juiz da Instrução e Julgamento com o material produzido no inquérito vulneraria sua imparcialidade, mesmo reconhecendo a importância do trabalho de Schünemann e a aplicação da Teoria da Dissonância Cognitiva ao Processo Penal. Para o Ministro, considerando que o ordenamento consagrou o juiz natural e o livre convencimento do juiz na valoração da prova, seria desproporcional limitar o alcance da competência do juiz natural (Juiz de Instrução e Julgamento), sacrificando sua independência funcional, em busca de uma suposta imparcialidade resultante da originalidade cognitiva. A violação da independência funcional se daria em razão da liberdade do magistrado em valorar a prova, segundo o livre convencimento motivado e a busca da verdade material. Outrossim, sob a justificativa de que o Juiz das Garantias já estaria contaminado cognitivamente para realizar o juízo de recebimento da denúncia, atribuiu-se ao Juiz de Instrução e Julgamento referida atribuição. Assim, defendeu a interpretação eficiente da legislação processual, garantindo-se a preservação da ordem e da segurança pública como objetivos constitucionais que não colidem com a defesa dos direitos fundamentais.

Já se discorreu o suficiente sobre a pesquisa de Schünemann e suas conclusões, especialmente sobre os efeitos negativos do contato do juiz da causa com

---

<sup>477</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. O STF e o Juiz das Garantias: crônica de uma morte anunciada. **Empório do Direito**. São Paulo, 30.8.2023. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-stf-e-o-juiz-das-garantias-chronica-de-uma-morte-anunciada>>. Acesso em 30 set. 2023.

<sup>478</sup> STF. **Pleno (AD) – Bloco 2 – Ministro Toffoli considera que juiz de garantias é opção legítima** - **9/8/23**. YouTube, 10.8.2023, 15'. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=hhiR2GKSSyYoRc>>. Acesso em 4 out. 2023.

os autos do inquérito policial<sup>479</sup>. Também já se tratou do livre convencimento motivado e sobre verdade no processo penal, tendo-se dado ênfase ao fato de que a verdade material (real) é inalcançável e que a verdade formal ou processual é mais condizente com o sistema processual acusatório<sup>480</sup>. Da mesma forma, já se tratou sobre a independência funcional como condição necessária à imparcialidade judicial<sup>481</sup>. Importante pontuar, ainda, a alegada necessidade da garantia da ordem e da segurança pública, na linha do que Gloeckner<sup>482</sup> chama de autoritarismo processual penal, ao que é atribuído o papel que o direito deve cumprir na prevenção da prática de crimes, ao arripio dos direitos e garantias individuais<sup>483</sup>.

Contudo, não se considera acertado o fundamento de que a independência funcional daria ao Juiz de Instrução e Julgamento ampla liberdade para buscar todos os elementos que entenda necessário à análise do mérito, ao invés de se limitar ao que for produzido pelas partes durante o Processo Penal. Pelo que se pode inferir da explanação do Ministro Toffoli<sup>484</sup>, a lei não poderia impor limitações ao livre convencimento motivado do juiz da causa, com o que não se concorda. A permissão ao Juiz de Instrução e Julgamento ir atrás das provas que entende necessárias dá ensejo à busca seletiva de informações, cujo pressuposto é a formação de uma cognição inicial sobre os fatos enviesada pela versão acusatória (inquisitória). Em outras palavras, o juiz, que já formou sua primeira impressão sobre os fatos partindo apenas da versão elaborada pela acusação, continuará tendo a liberdade de buscar os elementos necessários à confirmação dessa hipótese de partida.

Por fim, atribuir ao Juiz de Instrução e Julgamento o recebimento da denúncia, sob a justificativa de que o Juiz das Garantias já estaria contaminado pelo inquérito, mostra-se incongruente. Se, por um lado, é fato que o Juiz das Garantias está contaminado por ocasião do recebimento da denúncia, tendo acompanhado o

---

<sup>479</sup> Itens 2.3.1 e 3.1.2.

<sup>480</sup> Item 1.4.

<sup>481</sup> Item 1.2.1

<sup>482</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 130.

<sup>483</sup> Item 3.1.1.

<sup>484</sup> STF. **Pleno (AD) – Bloco 2 – Ministro Toffoli considera que juiz de garantias é opção legítima** - **9/8/23**. YouTube, 10.8.2023, 15'. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=hhiR2GKSsYoRc>>. Acesso em 4 out. 2023.

desenrolar do inquérito policial, podendo ter decidido sobre meios de obtenção de prova e aplicação de medidas cautelares, pode-se concluir que a opção do legislador foi, na medida do possível, preservar a originalidade cognitiva do Juiz de Instrução e Julgamento para decidir o mérito. Afinal de contas, por tudo que for exposto, sendo necessário escolher entre uma e outra situação, entende-se mais razoável zelar pela imparcialidade do Juiz no momento da prolação da sentença, franqueando-lhe acesso apenas do que foi produzido na fase processual, ressalvadas as provas cautelares, antecipadas e irrepetíveis, do que no momento do recebimento da denúncia, o que o tornaria tendencialmente parcial durante a instrução processual e o julgamento da causa.

Os parágrafos 1º e 2º do art. 3º-B preveem, respectivamente, a realização da audiência de custódia, pelo Juiz das garantias, no prazo de 24 horas a contar da prisão, vedado o uso da videoconferência, e a prorrogação do inquérito policial, por até quinze dias, em caso de o investigado estar preso, findo o qual, não estando a investigação concluída, a prisão será relaxada. Atribuindo interpretação conforme, o STF decidiu que a audiência de custódia será realizada em 24 horas, salvo impossibilidade fática, sendo possível o uso excepcional de videoconferência, desde que este permita a verificação da integridade do preso e da garantia de todos os seus direitos. Ainda, decidiu a Suprema Corte que, de forma fundamentada, podem haver novas prorrogações do inquérito policial, ainda que se trate de investigado preso, não sendo automática a revogação da prisão pelo simples descumprimento do prazo legal. Sem se olvidar da importância dos dispositivos tratados e das alterações provocadas pela decisão do STF, o que resultou, ao fim e ao cabo, na manutenção do *status quo*, não se analisará os dispositivos de forma detalhada por não estarem intrinsecamente ligados ao objeto da pesquisa.

O art. 3º-C, por sua vez, definiu que a competência do Juiz das Garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, cessando com o recebimento da denúncia ou queixa, nos moldes do art. 399 do CPP. O § 1º dispõe que, recebida a peça acusatória, as questões pendentes serão decididas pelo Juiz da Instrução e Julgamento, o qual, nos termos do § 2º, não está vinculado às decisões do Juiz das Garantias, devendo reexaminar a necessidade das medidas

cautelares em curso no prazo de dez dias após o recebimento da denúncia<sup>485</sup>.

Quanto ao *caput* e ao § 1º do art. 3º-C, a questão do recebimento da denúncia já foi estudada, bastando afirmar que foi atribuída interpretação conforme aos dispositivos, cessando competência do Juiz das Garantias com o oferecimento da denúncia. A vedação de aplicação aos processos das infrações de menor potencial ofensivo foi estendida aos processos de competência originária dos tribunais, regidos pela Lei 8.038, de 1990, aos processos de competência do Tribunal do Júri e aos processos que tratam de violência doméstica e familiar.

Para o Ministro Toffoli, ao não fazer referência explícita aos processos de competência originária dos tribunais, o legislador teria exercido um silêncio eloquente, permanecendo íntegra a Lei 8.038, de 1990. Outrossim, o julgamento por órgão colegiado já significaria um reforço da imparcialidade do órgão julgador. Em relação aos processos do Tribunal do Júri, sustentou que, por ficar o veredito a cargo do Conselho de Sentença, órgão colegiado que só é formado por ocasião da Sessão do Tribunal do Júri, não haveria razão para aplicação do Juiz das Garantias, porquanto a imparcialidade já estaria reforçada. Por fim, quanto aos processos que tratam da violência doméstica e familiar, defendeu que a cisão rígida entre as fases de investigação e instrução impediria o conhecimento da dinâmica das relações familiares pelo julgador da causa, a qual é complexa e demanda disciplina processual mais dinâmica, visando o amparo das vítimas desta espécie de crime.<sup>486</sup>

Moreira<sup>487</sup> criticou a extensão da vedação do instituto a procedimentos não previstos no *caput* do art. 3º-C. Para ele, não há qualquer razão, seja pelas novas disposições, seja em razão da Constituição Federal, para limitar a competência do Juiz das Garantias aos processos da primeira instância, de modo que seria possível,

---

<sup>485</sup> Os §§ 3º e 4º do art. 3º-C já foram examinados no item 3.2.3.

<sup>486</sup> STF. **Pleno (AD) – Bloco 2 – Ministro Toffoli considera que juiz de garantias é opção legítima** - **9/8/23**. YouTube, 10.8.2023, 30'30". Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=hhiR2GKSsYoRc>>. Acesso em 4 out. 2023. O Ministro Toffoli ainda defendeu que a vedação do Juiz das Garantias deveria ser estendida aos processos de crimes eleitorais, o que não foi acatado pelo colegiado.

<sup>487</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. O STF e o Juiz das Garantias: crônica de uma morte anunciada. **Empório do Direito**. São Paulo, 30.8.2023. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-stf-e-o-juiz-das-garantias-chronica-de-uma-morte-anunciada>>. Acesso em 30 set. 2023.



conhecimento da dinâmica das relações familiares pelo julgador da causa, a qual é complexa e demanda disciplina processual mais dinâmica, visando o amparo das vítimas desta espécie de crime.

Não se descarta da sensibilidade do tema e da atenção que demanda, especialmente considerando que, dada a clandestinidade que rotineiramente caracteriza esses crimes, por vezes tem-se a palavra da vítima contra a do seu agressor. Contudo, não se infere, de plano, a inconstitucionalidade da opção feita pelo legislador em manter tais fatos sujeitos ao Juiz das Garantias. Aliás, poder-se-ia suscitar a falta de isonomia com outros crimes, como os estupros de vulnerável, que são muitas vezes praticados em contexto doméstico por parentes ou pessoas próximas da família, que se utilizam da confiança dos responsáveis legais da vítima. Não se está defendendo uma extensão das exceções ao Juiz das Garantias, apenas sustentando que a opção do legislador foi por um reforço do equilíbrio cognitivo do Juiz Criminal, independentemente do tipo de crime que esteja em julgamento, à exceção daqueles de menor potencial ofensivo.

Sobre o § 2º do art. 3º-C, a única adequação feita pelo STF foi que o termo inicial do prazo de dez dias para o reexame, pelo Juiz de Instrução e Julgamento, da necessidade das medidas cautelares em curso seria o oferecimento da denúncia, e não mais o recebimento, o que não demanda, para os fins desta pesquisa, análise mais aprofundada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A imparcialidade judicial é um elemento essencial da jurisdição, sem a qual não se pode falar, propriamente, em jurisdição. Por consequência, um juiz parcial seria equivalente a um “não juiz”, posto não apresentar os requisitos convencional, constitucional e legal para efetivamente dizer o direito sobre um determinado caso concreto. E conforme se discorreu ainda no primeiro capítulo, a imparcialidade não se resume a uma obrigação dos juízes singulares daqueles que integram órgãos julgadores colegiados, mas, principalmente, de uma garantia dos cidadãos, nacionais ou estrangeiros, que estejam submetidos à tutela estatal.

Dada a importância deste atributo, mostra-se adequado discutir não apenas as hipóteses de rompimento intencional ou presumido da parcialidade, dentre as quais se encaixam os casos de impedimento ou suspeição do julgador, mas, e principalmente, aquelas que ocorrem de forma involuntária, inconsciente. Como seres humanos que são, juízes e juízas estão sujeitos às vicissitudes que qualquer pessoa encara em sua vida ao tomar uma decisão, seja ela de grande impacto, como trocar de emprego ou comprar um novo veículo ou uma nova casa, seja ela corriqueira, como decidir o que irá almoçar ou qual roupa vestir.

O grande diferencial é que, no exercício de suas funções, dado o grande volume de processos em andamento, juízes e juízas tomam diversas decisões importantes para a vida das partes envolvidas, diretamente ou indiretamente, em um único dia. Logo, acabam, involuntariamente, utilizando das heurísticas, que são atalhos de pensamento, ficando mais expostos aos vieses, que são erros sistemáticos que o cérebro humano comete ao tomar decisões com base nas heurísticas.

Outrossim, são afetados também pela ordem em que tomam conhecimento das versões das partes. Em outras palavras, formam uma ideia inicial sobre os fatos a partir da versão apresentada pela parte autora, o que, no caso do Processo Penal, trata-se do Ministério Público nas ações penais públicas, as costumam ser subsidiadas pelo inquérito policial, procedimento investigatório de caráter inquisitório, sem pleno exercício do contraditório. Com isso, forma-se uma tendência, diante de novas informações em sentido divergente da ideia inicial, de realçar o valor desta, bem

como de recepcionar apenas as novas informações que reforcem a mencionada ideia, desprezando-se as demais, à luz da Teoria da Dissonância Cognitiva. Bernd Schünemann<sup>489</sup> demonstrou, em seu experimento, a aplicação da Teoria da Dissonância ao Processo Penal, confirmando que o conhecimento prévio dos autos do inquérito pelo Juiz Criminal afeta o seu equilíbrio cognitivo, tornando-o mais receptivo à versão acusatória a ponto, inclusive, de subverter a carga probatória e o princípio da presunção de inocência.

Diante desse contexto, entendeu-se adequada a análise do sistema processual penal brasileiro, se inquisitório ou acusatório, ainda que de forma preponderante, tomando por bússola a (in)existência de poderes instrutórios do juiz, a partir da análise de alguns dispositivos do CPP. Finalizando, analisaram-se as alterações legislativas provocadas pela Lei 13.964, de 2019, a qual inseriu alguns instrumentos de manutenção do equilíbrio cognitivo do juiz criminal, dentre os quais se destaca o Juiz das Garantias.

Assim, o objetivo científico desta pesquisa foi analisar se o conhecimento prévio dos autos do Inquérito Policial, por parte do juiz responsável pela instrução pelo julgamento da ação penal, contamina sua cognição a ponto de dificultar o tratamento isonômico das partes do Processo Penal. Especificamente, buscou-se tratar da Imparcialidade Judicial e da valoração racional das provas no Processo Penal à luz do Constitucionalismo e da Democracia Substancial. Na sequência, analisou-se as heurísticas e os respectivos vieses e a Teoria da Dissonância Cognitiva, com destaque para os efeitos perseverança e busca seletiva de informações, além de sua aplicação ao Processo Penal. O último objetivo consistiu em classificar do Sistema Processual brasileiro entre predominantemente inquisitório e predominantemente acusatório, bem como verificar os instrumentos de manutenção do equilíbrio cognitivo do juiz criminal.

Antes de avançar à revisão dos problemas estabelecidos e da apreciação das respectivas hipóteses, proceder-se-á a uma síntese dos capítulos.

No primeiro capítulo, estabeleceu-se o Constitucionalismo e o Estado

---

<sup>489</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

Democrático de Direito como os fundamentos da existência do Direito Processual Penal, instrumento por meio do qual o Estado exerce o direito de punir. Dentre as diversas correntes do constitucionalismo, é possível extrair alguns elementos comuns, quais sejam a separação dos poderes, a limitação dos poderes e a proteção dos Direitos Fundamentais. Por sua vez, o Estado Democrático de Direito está relacionado à Democracia Substancial, a qual, como evolução da Democracia meramente plebiscitária, exige a proteção de um núcleo mínimo de Direitos das minorias, os quais não podem ser objeto de alteração pelo Estado nem por maiorias eventuais. Diga-se, as leis, incluídas aquelas que tipificam condutas, são produzidas pelos representantes do povo, devidamente eleitos para integrar o Poder Legislativo, assim como as leis que ditam os procedimentos a serem observados para o exercício do poder de punir. Portanto, em um Estado que se declara Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, conforme art. 1º da CRFB, o Processo Penal será ditado pelos representantes do povo observados os limites constitucionais.

A imparcialidade judicial tanto é uma limitação ao exercício do poder estatal quanto é um direito fundamental do cidadão. O primeiro aspecto pode ser inferido tanto das hipóteses em que um determinado magistrado é impedido de atuar quanto daquelas em que ele é considerado suspeito, não sendo exigível que seja imparcial. Por sua vez, constitui um direito fundamental tacitamente previsto nos incisos XXXVII e LIII da CRFB. Contudo, não se resume a um direito fundamental, encontrando previsão expressa em normas internacionais de Direitos Humanos, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>490</sup>, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>491</sup> e a CADH. Ainda, foi inserido dentre os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore<sup>492</sup> como essencial ao cumprimento dos deveres do cargo de

---

<sup>490</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.** Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 2 fev. 2023.

<sup>491</sup> BRASIL. Decreto 592, de 6 de julho de 1992. Diário Oficial da União, Brasília, 7.7.1992. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em 20 fev. 2023. Trata-se do Decreto que promulgou o Pacto.

<sup>492</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial.** Tradução de Marlon da Silva Malha e Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_corruption/Publicacoes/2008\\_Comentarios\\_aos\\_Principios\\_de\\_Bangalore.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf)>. Acesso em 21 ago. 2023, p. 65



Ráo<sup>496</sup>, que reconheceu os problemas do chamado sistema “mixto”, em que a formação do conteúdo do processo se dava, em verdade, na fase de investigação, servindo o processo apenas para ratificar o que fora produzido no inquérito. Contudo, poucos anos depois, em 1941, foi decretado o CPP, o qual insistiu no sistema bifásico e em cuja exposição de motivos<sup>497</sup> ficou assentado que as leis vigentes concediam um extenso catálogo de favores aos réus, o que implicava em um verdadeiro incentivo à criminalidade.

Assentou-se, prosseguindo, que a principal diferença entre os sistemas inquisitório e acusatório não é a simples divisão das tarefas, mas a gestão da prova. Enquanto, no primeiro, o juiz concentraria ou dividiria a iniciativa probatória com as partes, no segundo apenas estas teriam iniciativa probatória, ficando o juiz inerte, não podendo atuar de ofício. Isso decorreria do fato que o processo consiste numa atividade de acerto de significantes, no presente, de condutas do passado, de modo que a gestão da prova influenciará diretamente na forma como essa história será recontada. Assim, se o juiz pretende produzir provas, ele imagina os resultados que podem advir delas e, portanto, já teria uma convicção previamente formada, não sendo mais imparcial sob o aspecto subjetivo. Logo, a imparcialidade seria característica apenas do sistema acusatório.

Por fim, discorreu-se que o processo deve se preocupar com a busca da verdade formal ou processual, e não real, visto que esta é praticamente inatingível e dá ensejo à prática de arbitrariedades. Assim, para se ter um sistema efetivamente acusatório, seria necessário vedar a atividade probatória do juiz, porquanto, se estiver em dúvida, deverá julgar em favor do acusado, bem como eleger a verdade formal como objetivo, para que as partes busquem o convencimento, a captura psíquica do juiz, sempre respeitando as regras processuais e as garantias do investigado/acusado.

---

<sup>496</sup> RÁO, Vicente, FARIA, Antônio Bento de, & CASADO, Plínio de Castro. Projeto do Código do Processo penal da República dos Estados Unidos do Brasil, 1938. **Revista Da Faculdade De Direito**. São Paulo: Universidade De São Paulo, 34(3), p. 137-292. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65837>>. Acesso em 26 fev. 2023.

<sup>497</sup> BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto Lei nº. 3.689 de 3 de outubro de 1941.

No segundo capítulo, discorreu-se, de início, sobre os sistemas de julgamento mental, à luz da obra “Rápido e devagar: duas formas de pensar”<sup>498</sup>, de Daniel Kahnemann, com enfoque especial às heurísticas e vieses. Enquanto as heurísticas seriam atalhos de pensamento, os quais são acionados quando se depara com questões de difícil resolução, para as quais não há resposta prontas, os vieses constituem erros sistemáticos que o cérebro humano comete ao tomar decisões com base nas heurísticas. Analisaram-se as espécies de heurísticas e os respectivos vieses.

Procedeu-se, então, à análise da Teoria da Dissonância Cognitiva, elaborada pelo psicólogo estadunidense Leon Festinger, objeto da obra *A Theory of Cognitive Dissonance*<sup>499</sup>. De acordo com Festinger, o ser humano possui a tendência de sempre buscar uma consistência interna entre suas cognições, ou seja conhecimentos, opiniões, crenças e atitudes. Quando há um conflito entre dois desses elementos de cognição, ele enfrenta uma situação de dissonância. O exemplo que o autor utiliza, repetidas vezes, é o do fumante que, ao tomar conhecimento dos males do cigarro, enfrenta uma situação de conflito entre o seu conhecimento (malefícios do cigarro) e sua atitude (fumar).

Tal qual a fome, a dissonância aciona mecanismos involuntários que visam à própria eliminação ou redução, para reestabelecer o equilíbrio cognitivo. Esses mecanismos se constituem em processos cognitivo-comportamentais e seriam três, segundo Festinger<sup>500</sup>: mudança de elementos cognitivos dissonantes, desvalorização de elementos cognitivos dissonantes e a adoção de novos elementos cognitivos consoantes com a cognição existente. Ritter<sup>501</sup> acrescenta a evitação ativa do

---

<sup>498</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 25-33.

<sup>499</sup> “Uma teoria da dissonância cognitiva”. Tradução livre do autor da pesquisa. FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance**. Stanford, California (EUA): Stanford University Press, 1957.

<sup>500</sup> FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance**. **Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957**, p. 19-24. Tradução livre do autor da pesquisa.

<sup>501</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 90. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

aumento de elementos dissonantes.

Também se tratou sobre a dissonância cognitiva pós-decisória, porquanto a tomada de decisões não significa uma simples escolha, mas a assunção de um compromisso fiel e involuntário de conservar a posição nela expressa, conforme ensina Ritter<sup>502</sup>. Logo, uma decisão anterior provavelmente influenciará aquelas que vierem a ser tomadas na sequência sobre o mesmo assunto. Nesse caso, os processos cognitivo-comportamentais acionados seriam a mudança ou revogação da decisão anterior, a mudança da cognição sobre as alternativas consideradas e a sobreposição cognitiva entre as alternativas.

Na sequência, tratou-se da aplicação da Teoria da Dissonância Cognitiva ao Processo Penal, sendo salientado que, na forma como está estabelecido o Sistema Processual brasileiro, o Juiz Criminal fica exposto aos efeitos da Dissonância Cognitiva. Com uma primeira fase inquisitória, constituída pelo inquérito policial, cujos elementos ficam à disposição do Juiz da causa, posto acompanharem a inicial acusatória, podendo inclusive servir à fundamentação da sentença. Ademais, até a efetiva entrada em vigência da Lei 13.964, de 2019<sup>503</sup>, um mesmo Juiz acompanhará o andamento do inquérito policial, podendo deferir medidas cautelares e meios de obtenção de prova sujeitos à reserva judicial, ele não apenas formará uma primeira cognição sobre os fatos a partir da versão acusatória (inquisitória), mas também a partir das próprias decisões. A aplicação da Teoria da Dissonância Cognitiva ao Processo Penal foi testada e devidamente comprovada por Bernd Schünemann<sup>504</sup>.

Tomando por base a Teoria da Dissonância Cognitiva na versão de Martin Irle, que resumia os procedimentos cognitivos comportamentais a dois, quais sejam o efeito inércia ou perseverança e a busca seletiva de informações, Schünemann

---

<sup>502</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016, p. 106. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

<sup>503</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 5 mar. 2023.

<sup>504</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

demonstrou que o conhecimento dos autos do inquérito pelo Juiz Criminal influencia o julgamento da causa. Isso se daria porque, ao formar a cognição inicial sobre os fatos exclusivamente a partir da versão acusatória, o contato com a versão defensiva ou provas que venham a contestar aquela versão resultam em dissonância cognitiva, fazendo com que, involuntariamente, supervalorize as informações iniciais e selecione, dentre as novas informações, somente aqueles que ratifiquem a ideia inicial ou que, sendo contrárias, sejam de fácil refutação. Por consequência, haveria, inconscientemente, uma inversão do ônus probatório e, como corolário, da presunção de inocência.

Foram quatro as hipóteses testadas e comprovadas por Schünemann. A primeira, é que os magistrados condenam com maior frequência quando, antes da audiência de instrução e julgamento, tomam conhecimento do inquérito policial, se comparados com aqueles que não tem acesso ao procedimento preliminar, o que é agravado pela possibilidade de o magistrado inquirir os sujeitos da prova. A segunda hipótese, por sua vez, é que juiz que detém conhecimento prévio do inquérito policial comete mais erros na retenção das informações, produzidas em audiência de instrução e julgamento, que contrariem o caderno investigativo do que o juiz que não teve contato com este. Pela terceira hipótese, no caso de o juiz não ter conhecimento dos autos do inquérito, há uma redução no quantitativo de erros, que será ainda maior na hipótese de o juiz poder inquirir pessoalmente os sujeitos da prova. Por fim, a quarta hipótese é de que o juiz que detém conhecimento prévio do inquérito policial tende a elaborar mais perguntas aos sujeitos da prova por ocasião da audiência de instrução e julgamento, mas com o intuito de confirmar a cognição previamente formada. Ou seja, pergunta mais porque sabe exatamente o que procura.

O terceiro capítulo iniciou com a análise do Sistema Processual brasileiro. Expôs-se que, conquanto a maioria da doutrina considere o sistema brasileiro misto ou predominantemente acusatório, há vozes relevantes em sentido contrário. De início, conforme já havia sido analisado no primeiro capítulo, afastou-se a possibilidade de existência de um sistema misto. Em continuidade, relatou-se que, aqueles que consideram o Sistema brasileiro predominantemente acusatório, se satisfazem com a divisão das tarefas de acusar, defender e julgar, considerando uma

característica secundária a iniciativa probatória do juiz.

Dentre aqueles que consideram o Sistema Processual brasileiro inquisitório, destaca-se Ricardo Jacobsen Gloeckner<sup>505</sup>, que discorre sobre a formação autoritária do CPP, decretado em regime de exceção e inspirado no *Codice Rocco*, o Código de Processo Penal italiano do período fascista. Expõe-se, conforme pensamento do autor, que a adoção da ideologia da defesa social atribuiu ao Processo Penal o papel de defender a sociedade dos criminosos. Logo, seria um instrumento de defesa da sociedade contra esses inimigos, o que justificaria a adoção da busca da verdade real, atribuindo aos elementos do inquérito policial força probante própria dos elementos produzidos sob o contraditório, repudiando os sistemas de controle sobre os meios de prova, reforçando a instrumentalidade do processo, e dotando o juiz de poderes instrutórios. Tal panorama não teria sido alterado pelo advento da CRFB, tendo ocorrido apenas uma adequação da linguagem utilizada, mantendo-se a raiz autoritária, o que resulta no fato de uma das maiores populações carcerárias do mundo estar no Brasil.

Na sequência, analisaram-se alguns dispositivos do CPP que contribuem para o desequilíbrio cognitivo do Juiz Criminal, reforçando a ideia de que o Sistema brasileiro é inquisitório, ainda que de forma predominante. Dentre eles, destacam-se o art. 12, que prevê a integração do inquérito policial aos autos da Ação Penal; o art. 83, que trata da prevenção como critério de fixação da competência; os arts. 155 e 156, que permitem a utilização de elementos do inquérito para reforçar a fundamentação de uma sentença condenatória e a iniciativa probatória de ofício do juiz, inclusive na fase de investigação; e o art. 385, que permite ao Juiz proferir uma sentença condenatória ainda que o Ministério Público, em suas alegações finais, tenha se manifestado pela absolvição.

Por fim, foram abordadas as medidas de manutenção do equilíbrio cognitivo do Juiz Criminal, as quais teriam sido contempladas pela Lei 13.964, de

---

<sup>505</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital.

2019<sup>506</sup>, que ficou popularmente conhecida como Pacote Anticrime. Seriam quatro as medidas: a vedação da iniciativa probatória do julgador, dada a sua incompatibilidade com o princípio da imparcialidade; a exclusão dos autos do inquérito policial da Ação Penal; a prevenção como critério de exclusão da competência, e não de fixação; e o Juiz das Garantias.

As duas primeiras medidas, embora contempladas pela nova lei, acabaram sendo refutadas pelo STF nas ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF<sup>507</sup>, mantendo-se a iniciativa probatória do juiz e o inquérito policial nos autos da Ação Penal. A prevenção como critério de exclusão da competência acabou prevalecendo, uma vez que, com a implantação do Juiz das Garantias, haverá dois juízes em cada feito, sendo um na fase de investigação e na fase processual.

Por sua vez, o Juiz das Garantias, inovação que acabou puxando as demais a reboque, inclusive dando nome ao novo título do CPP, prevaleceu, conquanto tenha sofrido alterações severas pelo julgamento do STF. Inovação já adotada em outros países, com destaque para os latino-americanos de colonização espanhola, implica na divisão de funções entre dois juízes, conforme exposto no parágrafo anterior.

O objetivo foi evitar que o Juiz de Instrução e Julgamento tenha contato com os elementos produzidos na fase do inquérito policial, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas. Assim, o Juiz de Garantias conduziria o feito até o recebimento da denúncia, nos termos do art. 399 do CPP, quando assumiria o Juiz de Instrução e Julgamento. Assim, tomaria ele conhecimento dos autos com as versões de acusação e defesa já apresentadas, não havendo a formação de uma cognição inicial somente com base na primeira. Todavia, o STF decidiu que o Juiz de Garantias deverá atuar

---

<sup>506</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 5 mar. 2023.

<sup>507</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Ata de Julgamento). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Relator: Min. Luiz Fux. 24 de agosto de 2023. Publicado DJE em 1.9.2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5850380&ext=RTF>>. Acesso em 12 set. 2023.

até o oferecimento da denúncia, momento em que o Juiz de Instrução e Julgamento assumiria o feito, antes mesmo da apresentação de resposta à acusação, o que diminui sua efetividade como instrumento de manutenção do equilíbrio cognitivo do julgador da causa.

Apresentada a síntese dos capítulos, passa-se à apreciação das hipóteses.

No projeto de pesquisa, foram apresentados três problemas:

a) O conhecimento prévio das informações trazidas nos autos da Investigação Preliminar de Processo Penal aproxima o juiz, cognitivamente, da hipótese acusatória para desvalorizar os elementos de processos cognitivos dissonantes?

b) O conhecimento prévio das informações trazidas nos autos da Investigação Preliminar de Processo Penal aproxima o juiz, cognitivamente, da hipótese acusatória para adicionar novos elementos cognitivos consonantes com a cognição pré-existente ao Processo Penal?

c) A implementação do Juiz de Garantias auxiliaria na valoração racional e imparcial da Prova em Processo Penal e ajudaria a descontaminar o estado psicológico do magistrado e a sua vinculação psíquica com a hipótese acusatória?

Diante dos problemas apresentados, foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) Configura-se o chamado efeito inércia ou perseverança, nos moldes da Teoria da Dissonância Cognitiva, pelo qual o Juiz superestima o conhecimento prévio, qual seja a hipótese acusatória, desvalorizando os elementos dissonantes, ou seja, a hipótese defensiva.

b) Configura-se a chamada busca seletiva de informações, nos moldes da Teoria da Dissonância Cognitiva, pela qual o Juiz valoriza, dentre as novas informações que aportam as autos, aquelas que confirmam seu entendimento prévio, alinhado à hipótese acusatória.

c) A designação de um Juiz para a instrução e julgamento do feito, diverso daquele responsável pelas decisões da fase do inquérito policial até o recebimento da denúncia, auxiliará a estabelecer a originalidade e o equilíbrio cognitivos do Julgador.

Considera-se que as duas primeiras hipóteses estão demonstradas, considerando-se as conclusões do experimento de Schünemann aplicáveis ao Processo Penal brasileiro.

Especificamente sobre a primeira hipótese, ao permitir o contato do Juiz responsável pelo julgamento com os autos do inquérito policial, o qual, reforça-se, produzido sem o exercício do contraditório, inclusive para utilizar seus elementos para, “cotejada” com a prova produzida na fase processual, fundamentar uma sentença condenatória, forma-se uma cognição inicial enviesada, sem a devida participação da defesa técnica. Logo, tem-se um cenário em que o juiz tende a considerar boa a prova que se coaduna com o que consta no inquérito e refutar aquela que vai em sentido contrário. Isso ocorre porque seu ponto de ancoragem é a versão acusatória, da qual ele parte para apreciar as demais informações que vierem aos autos.

Destaca-se, neste ponto, a pesquisa de Gloeckner<sup>508</sup> sobre a relação entre as prisões cautelares e o viés de confirmação, por meio da qual chegou à conclusão de que a prisão processual, via de regra iniciada com prisão em flagrante, é utilizada, direta ou indiretamente, para formação da convicção judicial. Ou seja, a declaração de uma prisão processual acaba se transformando em uma verdadeira resolução de mérito. Essa tendência de confirmação seria um atalho cognitivo ou heurístico que está diretamente relacionado à tendência de uma consonância cognitiva, razão pela qual defendeu a necessidade de retirar o julgamento do mérito das mãos do juiz que decretou a prisão cautelar. Ainda, pode-se inferir que a contaminação cognitiva do magistrado é maior à medida em que toma decisões na fase preliminar, como a conversão/decretação de uma prisão cautelar.

---

<sup>508</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, jan./fev. 2015, p. 7-9. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RBCCrim\\_n.117.08.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.117.08.PDF)>. Acesso em 2 jul. 2023.

Em relação à segunda hipótese, pode-se extrair que a manutenção de poderes instrutórios do magistrado é incompatível com o processo acusatório, pois permite que o magistrado procure aquilo que já está formado em sua mente. É o que Franco Cordero<sup>509</sup> chama de *primato dell'ipotesi sui fatti*<sup>510</sup>. Ou seja, o juiz formula uma hipótese sobre os fatos tratados no processo e, na sequência, vai buscar as provas que confirmarão sua hipótese. De forma mais simplista, decide primeiro e vai buscar a prova depois.

Considerando que o Processo busca reconstituir, no presente, fatos ocorridos no passado, faz toda a diferença quem vai contar essa história ou quem vai providenciar os meios de contar essa história. Afinal de contas, quem busca uma prova ou um meio de prova, imagina o que pode encontrar. Outrossim, não se pode olvidar que a dúvida deve sempre favorecer o acusado. Logo, não se considera adequado o argumento, daqueles que defendem a compatibilidade dos poderes instrutórios do juiz com o sistema acusatório, que não é possível saber o conteúdo de uma prova antes da sua produção. Se a parte à qual cabe o ônus ou a carga probatória, o que, no processo penal, é sempre a acusação, especialmente quanto à materialidade e à autoria do fato delituoso, entende que não são necessárias outras provas, não cabe ao juiz substituí-la em sua atuação probatória.

Por fim, a busca seletiva de informações está em perfeita consonância com a condenação baseada em elementos do inquérito “cotejado” com as provas do processo. Basta que o juiz utilize apenas aqueles elementos produzidos durante o processo que se coadunam com a versão inicial, exposta no inquérito policial, e desconsidere ou não confira igual valor àqueles que contrariam a versão acusatória.

A terceira hipótese merece uma atenção especial.

Pode-se afirmar, diante de todo o pesquisado, que a designação de um Juiz

---

<sup>509</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penal*. Torino: UTET, 1986, p. 51. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Advocacia criminal e a deterioração do sistema inquisitorial atual*. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; e, SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (ogs.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina – volume 3**, p. 97-113. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 104.

<sup>510</sup> Primado das hipóteses sobre os fatos. Tradução de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

de Instrução e Julgamento do processo, diverso daquele responsável pelas decisões da fase do inquérito policial, auxiliaria a estabelecer a originalidade e manter o equilíbrio cognitivos do julgador. Não se defende que seria um instrumento infalível, mas certamente um redutor de danos. Contudo, o momento em que ocorre a mudança de condução do processo, do Juiz das Garantias para o Juiz de Instrução de Julgamento, faz uma grande diferença.

De início, cabe destacar que a reforma legislativa foi muito mais avançada no intuito de estabelecer um sistema acusatório de fato do que aquilo que restou dela após a decisão do STF. A declaração de inconstitucionalidade, ainda que por meio da técnica de interpretação conforme à Constituição, da vedação de poderes instrutórios do juiz e da exclusão dos autos do inquérito representaram um grande retrocesso. Relembrando o que escreveu Streck<sup>511</sup> ao analisar o voto do Ministro Relator das ADI n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF<sup>512</sup>, ao fazer interpretações conforme à Constituição, o STF teria reescrito a lei, o que seria vedado ao Judiciário, pois a interpretação conforme não altera o texto, apenas a norma. Assim, mantiveram-se dois traços inquisitórios do Processo Penal brasileiro, perdendo-se uma grande oportunidade de avanço.

De outro lado, de igual magnitude, em termos de retrocesso, foi a decisão de mudar o termo final da atuação do Juiz das Garantias, do recebimento da denúncia para o seu oferecimento.

Pela redação do inciso XIV do art. 3º-B, a denúncia seria oferecida ao Juiz das Garantias, o qual determinaria a citação do acusado e, diante da resposta à acusação, decidiria pela rejeição da denúncia, pela absolvição sumária ou pelo recebimento da denúncia, hipótese em que determinaria a remessa dos autos ao Juiz da Instrução e Julgamento, nos moldes do *caput* do art. 3º-C. Logo, este magistrado

---

<sup>511</sup> STRECK, Lenio. Juiz das garantias e interpretação desconforme com a Constituição. Senso Incomum. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 6.7.2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-jul-06/senso-incomum-juiz-garantias-interpretacao-desconforme-constituicao>>. Acesso em 26 set. 2023.

<sup>512</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Ata de Julgamento). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Relator: Min. Luiz Fux. 24 de agosto de 2023. Publicado DJE em 1.9.2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5850380&ext=RTF>>. Acesso em 12 set. 2023.

não precisaria ter contato com o inquérito policial, mantendo a sua originalidade cognitiva sobre o caso, sem se influenciar pelos elementos de prova produzidos em procedimento inquisitório, tendo contato com os fatos, simultaneamente, a partir das versões da acusação e da defesa.

Ao declarar a inconstitucionalidade do inciso XIV, o STF decidiu que a competência do Juiz das Garantias cessa com o oferecimento da denúncia, de modo que, tanto a citação do acusado quanto a decisão sobre o recebimento ou rejeição da denúncia ficará a cargo do Juiz da Instrução e Julgamento, que deverá, necessariamente, ter contato com o inquérito policial, contaminando-se pelos elementos produzidos na referida fase.

Ademais, atribuir ao Juiz de Instrução e Julgamento o recebimento da denúncia, sob a justificativa de que o Juiz das Garantias já estaria contaminado pelo inquérito, mostra-se incongruente. Afinal de contas, havendo a necessidade de escolher entre uma e outra situação, entende-se mais razoável zelar pela imparcialidade do Juiz no momento da sentença, franqueando-lhe acesso apenas do que foi produzido na fase processual, ressalvadas as provas cautelares, antecipadas e irrepetíveis, do que no momento do recebimento da denúncia, o que o tornaria tendencialmente parcial durante a instrução processual e o julgamento da causa.

Portanto, pode-se considerar que a terceira hipótese, em consonância com a redação do art. 3º-B, XIV, e do art. 3º-C, *caput*, ou seja, ao prever que o Juiz das Garantias atuará até o recebimento da denúncia, ficou demonstrada. Contudo, em razão da decisão do STF nas ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF<sup>513</sup>, a hipótese deixou de corresponder ao que será implementado na prática. De todo modo, a implantação do Juiz das Garantias representa um avanço, mas muito menor do que aparentava ser.

Feitas essas considerações, inevitável se recordar dos ensinamentos de

---

<sup>513</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Ata de Julgamento). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Relator: Min. Luiz Fux. 24 de agosto de 2023. Publicado DJE em 1.9.2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5850380&ext=RTF>>. Acesso em 12 set. 2023.

Gloeckner<sup>514</sup> sobre o autoritarismo que permeia o Processo Penal brasileiro em praticamente toda a sua história, mas com especial destaque para o período pós CPP, com sua “virulenta exposição de motivos”<sup>515</sup>.

Nessa linha de raciocínio, entende-se que se enquadram as declarações do Ministro Luiz Fux, para quem o Juiz das Garantias não passaria “de um nome sedutor, para uma cláusula que atentará contra a concretização da garantia constitucional da duração razoável dos processos, do acesso à justiça, para normatividade dos direitos fundamentais”<sup>516</sup>.

Acrescentam-se as palavras do Ministro Dias Toffoli<sup>517</sup>, para quem não seria possível presumir que o contato do Juiz da Instrução e Julgamento com o material produzido no inquérito vulneraria sua imparcialidade, mesmo reconhecendo a importância do trabalho de Schünemann e a aplicação da Teoria da Dissonância Cognitiva ao Processo Penal. Para ele, seria desproporcional limitar o alcance da competência do juiz natural (Juiz de Instrução e Julgamento), sacrificando sua independência funcional, em busca de uma suposta imparcialidade resultante da originalidade cognitiva.

Pertinente também lembrar o que disse a então Presidente da Associação dos Magistrados do Brasil, Renata Gil, por ocasião da propositura da ADI n. 6.298<sup>518</sup>:

O escopo do juiz de garantias é garantir essa imparcialidade. O problema é a forma como esse juízo se apresentou. [...] E dizer que há parcialidade durante todos esses anos é a mesma coisa que dizer que todos esses anos nós

---

<sup>514</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 130.

<sup>515</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 102.

<sup>516</sup> FUX VOTA CONTRA IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NO BRASIL. **Jota**. São Paulo, 28.6.2023. Processo Penal. Disponível em: < <https://www.jota.info/stf/do-supremo/fux-vota-contrainplementacao-do-juiz-de-garantias-no-brasil-28062023>>. Acesso em: 18 set. 2023.

<sup>517</sup> STF. **Pleno (AD) – Bloco 2 – Ministro Toffoli considera que juiz de garantias é opção legítima** - 9/8/23. YouTube, 10.8.2023, 15'. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=hhiR2GKSsYoRc>>. Acesso em 4 out. 2023.

<sup>518</sup> Ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil.

erramos, fomos contaminados pelas provas<sup>519</sup>.

Pretende-se mostrar, com as manifestações acima, que há considerável resistência entre muitos operadores do direito, especialmente magistrados, às mudanças do Processo Penal brasileiro, ainda que estas tenham o intuito de adequá-lo à Constituição e às Convenções e Tratados internacionais de Direitos Humanos.

Considerar que o a duração razoável do processo deve se sobrepor ao direito a um julgamento por um juiz imparcial não parece, com o perdão da repetição, razoável. Se for necessário sacrificar a imparcialidade do julgador ou a duração razoável do processo, não aparenta ser difícil optar pela segunda. Outrossim, o instituto do Juiz das Garantias não importará (nem importaria, pela redação aprovada pelo Congresso Nacional) num acréscimo de procedimentos ou etapas processuais.

Ademais, não se considera válido o fundamento de que a independência funcional daria ao Juiz de Instrução e Julgamento ampla liberdade para buscar todos os elementos que entenda necessário à análise do mérito, ao invés de limitá-lo ao que for produzido pelas partes durante o Processo Penal. A independência funcional é uma condição necessária da imparcialidade, mas não se sobrepõe aos limites que uma nova lei venha a impor sobre o juiz.

Por fim, todas as mudanças que se façam com o intuito de aprimorar o Processo Penal, adequando-o às garantias previstas nos tratados e convenções internacionais e/ou na CRFB, não podem ser considerados como uma afronta aos magistrados.

Até 2008, o interrogatório do acusado consistia no primeiro ato processual, realizado logo após o recebimento da denúncia. Ou seja, o acusado, se assim desejasse, deveria se manifestar no processo, exercendo sua defesa direta, antes mesmo de saber o conteúdo das provas testemunhais que seriam produzidas em Juízo. Passados 15 anos, referida previsão legal aparenta ser, sem necessidade de grande discussão, flagrantemente inconstitucional, por ofender o contraditório e a

---

<sup>519</sup> NUNES, Walter. Juiz das Garantias é como dizer que erramos todos esses anos, diz presidente da AMB. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 12.1.2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/01/juiz-das-garantias-e-como-dizer-que-erramos-todos-esses-anos-diz-presidente-da-amb.shtml>>. Acesso em 11 out. 2023.

ampla defesa. Contudo, não se considera que o problema eram os juízes de outrora, e sim a o procedimento legalmente previsto.

Logo, não se pode concordar com o argumento de que aceitar o Juiz das Garantias implicaria dizer que os juízes erraram durante todo esse tempo. O que se está dizendo é que os juízes foram e continuam sendo afetados pela forma como o processo se desenvolve. Não porque são despreparados ou porque são ruins, mas porque o procedimento é falho e os juízes, como todos os seres humanos, estão sujeitos a formar uma versão enviesada sobre os fatos, considerando a forma como obtêm o contato inicial com os fatos criminosos.

Pode-se dizer, portanto, que a resistência de operadores do direito à implantação do Juiz das Garantias é mais uma demonstração da validade da Teoria da Dissonância Cognitiva. Por estar cristalizada a sistemática atual, uma mudança radical, como prometia promover a redação da Lei 13.964, de 2019<sup>520</sup>, é tratada com resistência, dando-se uma ênfase exagerada à cognição previamente formada. Ou seja, de acordo com essa visão contrária à mudança, não se poderia presumir que a imparcialidade dos Juízes Criminais foi e continua sendo afetada pelo contato com os autos do inquérito policial e pela própria iniciativa provatória.

A questão é que, com a decisão do STF, reduzindo muito o alcance da reforma legislativa aprovada pelo Congresso Nacional, fica evidente uma das retóricas da intransigência, descritas por Albert Hirschmann e lembradas por Gloeckner<sup>521</sup>, que refletem o modo de se pensar o autoritarismo do Processo Penal. Seria o que Hirschmann chama de tese da futilidade, na mesma dinâmica do clássico // *Gattopardo* de Lampedusa: “para que tudo mude, tudo tem que permanecer como está”. Em outras palavras, defende-se a postergação da mudança para que se possa preparar as condições necessárias à mudança, estendendo-se essa postergação,

---

<sup>520</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 5 mar. 2023.

<sup>521</sup> HIRSCHMANN, Albert. *The Rethoric of Reaction: perversity, futility, jeopardy*. Cambridge: Massachussets: London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital, p. 132-133.

normalmente, por muito mais tempo do que o necessário.

Em vista disso, conclui-se que o Juiz das Garantias, na forma prevista na Lei 13.964, de 2019<sup>522</sup> representa um grande avanço em direção a um Processo Penal verdadeiramente acusatório. A decisão do STF nas ADI n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF<sup>523</sup> representa, neste cenário, um grande retrocesso. Não se perdeu tudo, haja vista que, por exemplo, o Juiz das Garantias permaneceu, ainda que consideravelmente desfigurado, mas a expectativa de avanço, pelo que previa a lei, era muito maior.

A pesquisa se adequa à produção científica que tem como escopo a observância dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS's), eis que dialoga com o conteúdo dos objetivos e suas metas, em especialmente com a meta 10 do ODS n. 16: Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais. Afinal de contas, zelar por um processo penal efetivamente acusatório, conforme a CRFB e os tratados internacionais de Direitos Humanos, aparenta ser a forma mais eficaz de garantir as liberdades fundamentais de todo cidadão em face de eventuais arbitrariedades do Estado.

Conforme exposto na introdução, a relevância da dupla titulação para esta pesquisa consistiu no contato com um sistema jurídico diverso do brasileiro, com fundamentos constitucionais e doutrinários diferentes, com alguns pontos em comum. Conquanto não se tenha elaborado um estudo de direito comparado, o que demandaria muito mais tempo de pesquisa do que o mestrado oferece, nem se tenha feito uma pesquisa específica do sistema estadunidense, por não ser requisito à obtenção da dupla titulação, propiciou a análise da evolução dos sistemas processuais de outros países a partir de perspectivas diferentes, não apenas vinculadas ao

---

<sup>522</sup> BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 5 mar. 2023.

<sup>523</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Ata de Julgamento). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Relator: Min. Luiz Fux. 24 de agosto de 2023. Publicado DJE em 1.9.2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5850380&ext=RTF>>. Acesso em 12 set. 2023.

sistema processual brasileiro, enriquecendo as considerações e conclusões deste trabalho. Outrossim, permitiu uma melhor compreensão da Teoria da Dissonância Cognitiva por meio do estudo da obra de Leon Festinger<sup>524</sup> em sua língua original, além das obras de autores de língua inglesa sobre ela<sup>525</sup>.

Por fim, é importante salientar que o tema não foi totalmente explorado, sendo possível aperfeiçoar novos estudos sobre o assunto e monitorar as mudanças legislativas que ocorrerão em decorrência da recente legislação. Além disso, é necessário aguardar a implantação do instituto na prática e os reflexos que trará ao Processo Penal, o que poderá ocorrer somente no ano de 2025. Entende-se, assim, que os próximos anos serão fundamentais para se saber quais os próximos passos que serão dados em direção a um Sistema Processual verdadeiramente acusatório.

---

<sup>524</sup> FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford, California (EUA): Stanford University Press, 1957.

<sup>525</sup> Por todas: **COGNITIVE DISSONANCE: Reexamining a Pivotal Theory in Psychology**. 2ª ed. Organizador: Eddie Harmon-Jones. Washington, DC (EUA): American Psychological Association, 2019. Versão para Kindle.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARONSON, Elliot. *The Theory of Cognitive Dissonance: A current perspective*. In **Advances in experimental social psychology** - Vol. 4. Organizador: L. Berkowitz. New York, NY (EUA): *Academic Press*, p. 1–34. Disponível em: <<https://www2.psych.ubc.ca/~schaller/Psyc590Readings/Aronson1969.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023.

BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano; e, VECA, Salvatore. **Crisis de la democracia**. 1ª ed. *Traducción de Jordi Marfa*. Barcelona: Editorial Ariel, 1985.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2023.

BRASIL. Código do Processo Criminal de primeira instância. Lei de 29 de novembro de 1832. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2023.

BRASIL. Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim261.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%20261%2C%20DE%203%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201841.&text=Reforma%20o%20Codigo%20do%20Processo,e%20Defensor%20Perpetuo%20do%20Brasil.>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%20261%2C%20DE%203%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201841.&text=Reforma%20o%20Codigo%20do%20Processo,e%20Defensor%20Perpetuo%20do%20Brasil.>)>. Acesso em: 25 fev. 2023.

BRASIL. Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim2033.htm#:~:text=Carta%20de%20Lei%20pela%20qual,Judiciaria%2C%20como%20acima%20se%20declara.>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2033.htm#:~:text=Carta%20de%20Lei%20pela%20qual,Judiciaria%2C%20como%20acima%20se%20declara.>)>. Acesso em: 25 fev. 2023.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2023.

BRASIL. Decreto n. 16.751, de 31 de dezembro de 1924. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D16751impresao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D16751impresao.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2023.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2023.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2023.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em 20 fev. 2023.

BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto Lei nº. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpcglclefindmkaj/https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpcglclefindmkaj/https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf)>. Acesso em 26 fev. 2023.

BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em 25 nov. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. Decreto 592, de 6 de julho de 1992. Diário Oficial da União, Brasília, 7.7.1992. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em 20 fev. 2023.

BRASIL. Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Diário Oficial da União, Brasília, 30.12.1992. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8560.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.560%2C%20DE%2029,casamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.>](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.560%2C%20DE%2029,casamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.>)>. Acesso em 5 mar. 2023.

BRASIL. Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. Diário Oficial da União, Brasília, 25.7.1996.

Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm)>. Acesso em 24 jul. 2023.

BRASIL. Lei 11.690, de 9 de junho de 2008. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1)>. Acesso em 10 set. 2023.

BRASIL. Lei 11.719, de 20 de junho de 2008. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1)>. Acesso em 12 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 94.641/BA. Relatora: Min. Ellen Gracie. Redator para o acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma. 11 de novembro de 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579556>>. Acesso em 5 mar. 2023.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 156, de 22 de abril de 2009. Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em 18 set. 2023.

BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto/Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfmkaj/https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182956/000182956.pdf?sequence=10&isAllowed=y>>. Acesso em 3 out. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 8.045, de 22 de dezembro de 2010. Código de Processo Penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/490263>>. Acesso em 18 set. 2023.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 16 set. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 10.372, de 6 de junho de 2018. Introduz modificações na legislação penal e processual penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>>. Acesso em 18 set. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 882, de 19 de fevereiro de 2019. Introduz modificações na legislação penal e processual penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>. Acesso em 18 set. 2023.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 6.341, de 10 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em 18 set. 2023.

BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 5 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Prolator: Min. Luiz Fux. 3 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em 5 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma (Acórdão). Recurso Especial n. 2.022.413/PA. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Data de Julgamento: 14.2.2023. Publicado no DJe 7.3.2023. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%202022413>>. Acesso em 17 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Ata de Julgamento). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF. Relator: Min. Luiz Fux. 24 de agosto de 2023. Publicado DJE em 1.9.2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5850380&ext=RTF>>. Acesso em 12 set. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARBONELL, Miguel. *El NeoConstitucionalismo: significado y niveles de análisis*. In: CARBONELL, Miguel, e JARAMILLO, Leonardo García (orgs.). **El canon neoconstitucional**, Madrid: Trotta, 2010, n. I-II, p. 153-164.

CASTRO, Matheus Felipe de; GHILARDI, Daniel. Precisamos falar sobre “identidade física” do juiz: modelos de imparcialidade objetiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 174, ano 28, p. 255-282. São Paulo: Ed. RT, dez. 2020.

CHAVES JUNIOR, Airto; GRACHINSKI, Victor Luiz Ceregado. Imparcialidade subjetiva do juiz no Processo Penal como elemento estruturante do sistema acusatório: análise a partir a teoria da dissonância cognitiva. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, v. 9, n. 1, 2023. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/author/proofGalley/9512/6716>>. Acesso em: 22 ago. 2023.

**COGNITIVE DISSONANCE: Reexamining a Pivotal Theory in Psychology**. 2<sup>a</sup> ed. Organizador: Eddie Harmon-Jones. Washington, DC (EUA): *American Psychological Association*, 2019. Versão para Kindle.

**Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.** 3.9.1953. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 4 mar. 2023.

COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O Paradigma Constitucional Garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do Constitucionalismo político para o Constitucionalismo jurídico. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 14, n. 14, Jul./Dez. 2013. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/423/349>>. Acesso em: 14 ago. 2022.

CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 9 ed. Milão: Giuffrè Editore, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Advocacia criminal e a deterioração do sistema inquisitorial atual, **In**: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; e, SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (ogs.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina – volume 3, p. 97-113; Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JUNIOR, Aury; e, ROSA, Alexandre Moraes da. O que sobrou do sistema acusatório após a decisão do STF? **Criminal Player**. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 19.9.2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-set-19/criminal-player-sobrou-sistema-acusatorio-decisao-stf?fbclid=PAAaai7mP6tYVfvLIUVaszYheapxLUT8cpcfLLO-SZbbWbSus4NsAZZZzssPI>>. Acesso em: 26 set. 2023.

**DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO**, 1789. Universidade Federal de Santa Maria, 2018. Disponível em: <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2023.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DURÃO, Aylton Barbieri. Direito e democracia em Habermas. **Argumentos Revista de Filosofia**, Fortaleza, ano 7, n. 14, p. 22-35, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/24153>>. Acesso em: 24 ago. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Constitutionalism and democracy**. *European Journal of Philosophy*, n. 3, v. 1, p. 2-11, abril, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, MA (USA): Harvard University Press, 1986.

**ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de**

*delitos dolosos, menos graves y flagrantes.* Disponível em: <<https://vlex.es/vid/enjuiciamiento-delitos-dolosos-flagrantes-254708074>>. Acesso em: 4 mar. 2023.

*EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Piersack vs. Belgium: Application* nº 8692. 1.10.1982. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-2057557#{%22fulltext%22:\[%22piersack%22\],%22itemid%22:\[%22001-57557%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-2057557#{%22fulltext%22:[%22piersack%22],%22itemid%22:[%22001-57557%22]})>. Acesso em: 26 fev. 2023.

*EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of De Cubber vs. Belgium: Application* nº 9186/80. 26.10.1984. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-2057557#{%22fulltext%22:\[%22de%20cubber%22\],%22itemid%22:\[%22001-57465%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-2057557#{%22fulltext%22:[%22de%20cubber%22],%22itemid%22:[%22001-57465%22]})>. Acesso em: 26 fev. 2023.

*EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Hauschildt vs. Denmark: Application* nº 10486/83. 24.5.1989. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22HAUSCHILDT%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22\],%22chamber%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-57500%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22HAUSCHILDT%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22],%22chamber%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57500%22]})>. Acesso em: 4 mar. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés.* Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoConstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade *In: Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst.* – Curitiba, PR: ABDConst., 2011. Disponível em <<https://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em 14 ago. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. *A construção da Democracia: teoria do garantismo constitucional.* Coordenador da tradução Sérgio Cademartori. 1. Ed. Florianópolis: Emais, 2023.

FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance.* Stanford, CA (EUA): Stanford University Press, 1957.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución de la antigüedad a nuestros días.* Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FUX VOTA CONTRA IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NO BRASIL. *Jota*, São Paulo, 28.6.2023. Processo Penal. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/fux-vota-contrainplementacao-do-juiz-de-garantias-no-brasil-28062023>>. Acesso em: 18 set. 2023.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, [S. l.], v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/8>. Acesso em: 7 set. 2023.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, jan./fev. 2015. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RBCCrim\\_n.117.08.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.117.08.PDF)>. Acesso em 2 jul. 2023.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023. Recurso digital.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. Translated by William Rehg. Maiden, MA (USA): Polity Press, 1996. Edição do Kindle.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2ª ed. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KHALED Jr., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 4 ed. Belo Horizonte, MG: Letramento; Casa do Direito, 2023.

KHALED Jr., Salah H.; e, DIVAN, Gabriel Antinolfi. A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 395-423, junho de 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MAYA, André Machado. O Juizado de Garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí(SC), v. 23, n. 1, p. 71-88, 2018. Disponível em: <<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/13036>>. Acesso em: 3 out. 2023.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O STF e o Juiz das Garantias: crônica de uma morte anunciada. **Empório do Direito**. São Paulo, 30.8.2023. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-stf-e-o-juiz-das-garantias-chronica-de-uma-morte-anunciada>>. Acesso em 30 set. 2023.

MORVAN, Camille; O'CONNOR, Alexander. **An Analysis of Leon Festinger's A Theory of Cognitive Dissonance**. Londres (Inglaterra): Macat Library. Edição do Kindle.

NUNES, Walter. Juiz das Garantias é como dizer que erramos todos esses anos, diz presidente da AMB. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 12.1.2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/01/juiz-das-garantias-e-como-dizer-que-erramos-todos-esses-anos-diz-presidente-da-amb.shtml>>. Acesso em 11 out. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 2 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Tradução de Marlon da Silva Malha e Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_corruption/Publicacoes/2008\\_Comentarios\\_aos\\_Principios\\_de\\_Bangalore.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf)>. Acesso em 21 ago. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em 20 fev. 2023.

PIMENTA, Marcus Vinicius. **Poder-saber inquisitório**: observações sobre o inquérito e a dissonância cognitiva. 1. Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RÃO, Vicente, FARIA, Antônio Bento de, & CASADO, Plínio de Castro. Projeto do Código do Processo penal da República dos Estados Unidos do Brasil, 1938. **Revista Da Faculdade De Direito**. São Paulo: Universidade De São Paulo, 34(3), 137-292. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65837>>. Acesso em 26 fev. 2023.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Porto Alegre, 2016. Disponível em: <[https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS\\_RUIZ\\_RITTER\\_COMPLETO.pdf](https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2023.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 1ª Ed. 2ª Reimp. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional** / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e. Daniel Mitidiero. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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

STF. **Pleno (AD) – Bloco 2 – Ministro Toffoli considera que juiz de garantias é opção legítima - 9/8/23**. YouTube, 10.8.2023. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=hhiR2GKSsYoRc>>. Acesso em 4 out. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – o Constitucionalismo contemporâneo. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis (SC), v. 1, n. 2, p. 27–41, 2014. Disponível em: <<https://cejur.emnuvens.com.br/cejur/article/view/64>>. Acesso em: 23 mai. 2023.

STRECK, Lenio. O “pacote anticrime” de Sergio Moro e o Martelo dos Feiticeiros. Senso Incomum. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 7.2.2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-sergio-moro-martelo-feiticeiros>>. Acesso em 18 set. 2023.

STRECK, Lenio. Juiz das garantias e interpretação desconforme com a Constituição. Senso Incomum. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 6.7.2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-jul-06/senso-incomum-juiz-garantias-interpretacao-desconforme-constituicao>>. Acesso em 26 set. 2023.

TEUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

**THE NOBEL PRIZE**. Daniel Kahneman - Facts. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2002/kahneman/facts/>. Acesso em: 28 mai. 2023.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Livro II: sentimentos e opiniões. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. STC 145/1988**. 12.7.1988. Disponível em: <<https://vlex.es/vid/1-2-24-c-54-12-l-3-15034000>>. Acesso em: 4 mar. 2023.

TRUJILLIO, Isabel. Imparcialidade. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Editora Unisinos/Editora Renovar, 2006.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Tradução Artur Morão, Teresa e Marian Toldy. Lisboa: Edições 70, 2022. Edição do Kindle.

**WORLD PRISION BRIEF**. Highest to Lowest. Disponível em <<https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total>>. Acesso em 7 set. 2023.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil: Ley, derechos y justicia**. 10 Ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011.