



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito
Programa de Graduação em Direito

ENZO VITOR NOVACKI

**CONTRAPONTO AO IMPEDIMENTO DO JUIZ PREVENTO: desafios à base
teórica da regra de impedimento do juiz das garantias**

Brasília - DF

2024

ENZO VITOR NOVACKI

**CONTRAPONOTOS AO IMPEDIMENTO DO JUIZ PREVENTO: desafios à base
teórica da regra de impedimento do juiz das garantias**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Professor Orientador: Professor Doutor Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília – DF

2024

ENZO VITOR NOVACKI

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Professor Orientador: Professor Doutor Reynaldo Soares da Fonseca.

Banca Examinadora

Professor Doutor Reynaldo Soares da Fonseca
(Orientador)

Professor Mestre Alexandre Satyro de Medeiros

Professor Mestre Pedro Victor Porto Ferreira

Professor Doutor Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
(Suplente)

Ao querido Pai Celestial, que insiste neste frágil servo, educando-o pela vida, confortando-o nas tempestades, acompanhando o caminhar que empreende, terrivelmente sóbrio, pelas solitárias trilhas do saber jurídico.

Aos chefes Eumar e Rapahel, sem cujos desafios não me imaginaria capaz de concluir este trabalho, no exíguo prazo estipulado, após a inversão de minhas conclusões sobre o tema.

À minha mãe, exemplo absoluto de mulher e de um amor puro, altruísta.

RESUMO

A proposta desta monografia é avaliar a pertinência ou adequação das teorias comumente manejadas na defesa da regra de impedimento do juiz das garantias - prevista no art. 3º-D do Código de Processo Penal. Para tanto, efetuou-se revisão bibliográfica: examinou-se uma ampla gama de fontes primárias (dispositivos legais) e secundárias (obras doutrinárias, artigos científicos, decisões judiciais, entre outros). Inicialmente, cria-se, pela abordagem de obras doutrinárias, cenário adequado da investigação preliminar e instrução brasileiras. Nesse ponto, o magistrado das garantias é efetivamente situado na sistemática do processo penal brasileiro. Em seguida, são tecidas considerações acerca da imparcialidade judicial e de suas condições estruturais; tudo para introduzir-se a regra de impedimento e as teorias da psicologia que se costuma empregar em sua defesa. Os eixos conceituais das teorias são, então, cuidadosamente analisados. Logo após, todavia, eles são refinados, entre menções a importantes estudos da psicologia, e cotejados com a lógica da atuação do juiz das garantias. A partir do confronto, é demonstrado que as teorias não são fundamento idôneo para a defesa do impedimento, porque não permitem induzir contaminação cognitiva pelo exercício das funções do magistrado das garantias.

Palavras-chave: juiz das garantias; imparcialidade; regra de impedimento; contaminação cognitiva.

ABSTRACT

The purpose of this work is to evaluate the pertinence or appropriateness of theories that are commonly handled in the defense of the judge of guarantees' impediment rule, the one that prevents said judge from presiding the legal trials evoked by the investigations he supervised. To that goal, an extensive bibliographical review was carried out: a wide variety of primary and secondary sources were examined. Initially, a complete framework of Brazil's preliminary investigation and judicial instruction was created. Here, the guarantees judge is effectively inserted into the circuit of Brazil's criminal prosecution. After that, judicial impartiality and its structural conditions are considered; all for the introduction of the impediment rule and the theories that are commonly used in its defense. The conceptual axis of these theories are, then, carefully analyzed. Shortly after, however, they are refined, in between the review of some psychology studies, and set against important properties of the country's criminal procedure. From this, its concluded that the theories in question are not adequate basis for the defense of the impediment rule, as they simply don't allow for the induction that one can be cognitively contaminated from acting as a judge of guarantees.

Key-words: guarantees judge; impartiality; impediment rule; cognitive contamination.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E INSTRUÇÃO BRASILEIRAS.....	12
2.1. Distinção preparatória.....	12
2.2. Investigação preliminar brasileira.....	14
2.3. Inquérito policial.....	15
2.4. Audiência de instrução e julgamento.....	23
3. SISTEMA ACUSATÓRIO E IMPARCIALIDADE.....	26
3.1. Noções introdutórias.....	26
3.2. Opção do Brasil pelo sistema acusatório.....	29
4. TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA.....	31
4.1. Introdução e o estudo da “impressão inicial”.....	31
4.2. O estudo da tomada de decisões.....	33
5. VIÉS DA CONFIRMAÇÃO.....	34
5.1. Breve introdução.....	34
5.2. <i>Associative memory</i>	38
5.3. <i>Confirmation bias</i>	39
6. DA PSICOLOGIA AO PROCESSO PENAL.....	39
6.1. Contextualização.....	39
6.2. Juiz das garantias no inquérito.....	40
6.3. Dissonância cognitiva.....	44
6.4. Viés da confirmação.....	47
7. CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	50

1. INTRODUÇÃO

A reforma do juiz das garantias, suscitada pelo pacote anticrime - a Lei 13.964/2019, foi, sem sombra de dúvidas, um grande passo do país na direção do progresso. Com o giro, nem os setores mais céticos da doutrina pátria puderam manter-se fiéis àquele padrão pessimista e cauteloso de investigação. Era simplesmente inegável uma histórica aproximação entre o processo penal brasileiro e a cediça opção constitucional pelo sistema acusatório¹.

O professor Aury Lopes Jr., nesse contexto, indicou ser possível a caracterização do sistema processual penal pátrio como um sistema constitucional e legalmente acusatório. E ainda fixou, na ocasião, que bastaria, à incorporação prática da transição: a supressão dos remanescentes inquisitoriais do Código de Processo Penal (CPP); e a readequação das práticas judiciárias.²

De qualquer forma, logo após a promulgação da Lei 13.964/2019, entidades tais como a Associação dos Magistrados Brasileiros e os partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA ajuizaram, em face de dispositivos dela, Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Ao todo, foram ajuizadas quatro ADIs. A partir delas, foram questionadas: a instituição e disciplina do juiz das garantias (artigos 3º-A a 3º-F do CPP); a modificação do procedimento de arquivamento do inquérito policial (art. 28, *caput*, do CPP); a instituição e disciplina do Acordo de Não Persecução Penal (art. 28-A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º, 8º, do CPP); a inclusão da regra segundo a qual ficaria impedido de proferir a sentença o magistrado que tivesse conhecido do conteúdo de uma prova ilícita (art. 157, § 5º, do CPP); a inclusão da regra que reputava ilegal a prisão cuja audiência de custódia fosse reitradamente omitida (art. 310, §4º, do CPP); e o dispositivo da lei que fixava o prazo de 30 dias para a sua entrada em

¹Badaró explica corretamente que “o processo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresenta um juiz sobreposto a ambas.” Em face da premissa, não se pode negar a opção da Constituição pelo sistema acusatório. Afinal, o art. 5, LV, da Carta Magna ressalva que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Vale, no entanto, lembrar que não há sistema plenamente acusatório ou inquisitório - ambos são modelos inalcançáveis pelos concretos, todos mistos. É, aliás, o que defende o professor Badaró. (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 129).

² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 24.

vigor (art. 20 da Lei 13.964/2019).³

No julgamento das ações em comento, a grande maioria dos dispositivos impugnados ou ganharam interpretação conforme a Constituição ou foram declarados inconstitucionais, total ou parcialmente. E muitas das aplicações da referida técnica, a interpretação conforme, modificaram significativamente o sentido original dos respectivos artigos.

Parece ter sido conservado, contudo, o alinhamento do sistema pátrio com o tipo acusatório. As modulações e supressões promovidas pela Suprema Corte não afetaram o núcleo da estrutura desenhada pela Lei 13.964/2019. O art. 3º-A do CPP, por exemplo, foi modulado para conferir ao juiz alguma iniciativa probatória. A Corte, todavia, limitou bem o escopo dessa iniciativa. No final das contas, não seria dado ao agente empreender busca por novas fontes de prova; sua iniciativa limitar-se-ia a diligências suplementares, pontualmente determinadas para o esclarecimento de dúvida acerca de questão relevante ao mérito. Assim, pode-se dizer que a decisão não prejudicou a capacidade do sistema brasileiro para gestar a imparcialidade judicial.

De toda forma, logo após o acórdão do Supremo Tribunal Federal, a imparcialidade tornou-se um grande foco de discussões. Setores doutrinários expressivos não receberam muito bem o *decisum*; consideraram-no, de plano, uma afronta à isenção judicial, passando a discuti-la com afinco, no contexto de uma severa crítica ao acórdão.

É que uma das propostas da reforma era impedir o julgamento do processo ao juiz que tivesse atuado em contato com os elementos de informação não contraditórios da investigação, manejando-os para as decisões do contexto - a decretação de medidas invasivas sujeitas à reserva de jurisdição, o recebimento da denúncia e a rejeição da absolvição sumária, por exemplo. Imaginava-se que tal atuação poderia excluir, de plano, a capacidade do magistrado para uma deliberação isenta, uma que partisse da indefinição, deixando-se influenciar apenas por elementos produzidos na lógica contraditória do processo, em prestígio ao art. 155 do CPP⁴.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298. Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros e Outro (A/S). Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 24 ago. 2023. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 19 dez. 2023.

⁴ Da interpretação gramatical do art. 155 do CPP, extrai-se facilmente que é dado ao juiz fundamentar as suas sentenças em elementos informativos da investigação, quaisquer que sejam. Só não seria permitida, pelo dispositivo, a fundamentação exclusiva em atos da investigação. Os §§ 3º e 4º do art. 3º-C do Código de Processo Penal indicam, no entanto, que a intenção do legislador da Lei 13.964/2019 era modular o art. 155 do CPP, suprimindo a sua permissão à utilização dos resultados da investigação na sentença. É, aliás, o entendimento para o qual aponta obra do professor Gustavo Badaró, publicada antes da decisão final do Supremo

Os arts. 3º-B, XIV, 3º-C, *caput* e § 3º, e 3º-D, do Código de Processo Penal eram os que asseguravam a prevalência da diretriz. O art. 3º-D do CPP previa o impedimento, para o processo, daquele que tivesse atuado como juiz das garantias na respectiva investigação. Os arts. 3º-B, XIV e 3º-C, *caput*, do diploma, por sua vez, estendiam a competência da nova espécie de magistrado ao procedimento do art. 399. Quanto ao art. 3º-C, § 3º, ele vedava a remessa dos autos da investigação ao juiz da instrução, com necessárias ressalvas, impondo que ficassem acautelados na secretaria do magistrado das garantias, à disposição do Ministério Público e da defesa.

E eles (os dispositivos) foram completamente tolhidos pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao artigo 3º-D, foi declarado inconstitucional por uma ampla gama de razões. Entre elas, destaca-se um incisivo desprezo aos efeitos de um eventual viés de confirmação, pela apreciação do livre-arbítrio e da racionalidade como propriedades básicas do ser humano e pressupostos do sistema jurídico vigente.

A pretensão do escrito está afeta a esse ponto especificamente; é essencialmente avaliar a base teórica pela qual se defende a regra do art. 3º-D do CPP, aquela que tornava impedido para o processo o que atuasse como juiz das garantias na respectiva investigação.

O texto principiará com um panorama da investigação e instrução brasileiras. Elas serão cuidadosamente analisadas, em um confronto com os pertinentes dispositivos do Código de Processo Penal, após o estabelecimento de uma importante escolha metodológica, atinente ao escopo deste trabalho.

Em seguida, serão abordadas, com foco no processo cognitivo das decisões, as duas teorias que se costuma empregar na defesa da regra de impedimento do juiz das garantias.

As conclusões extraídas das teorias e estudos serão cotejadas com as considerações de outros, que bem explicam a aplicabilidade e o escopo dos seus vários ditames. A partir dos resultados desse cotejo, verificar-se-á se as teorias analisadas comportam a sistemática do juiz das garantias, servindo de fundamento idôneo à defesa da conclusão do legislador - a de que

Tribunal Federal nas ADIs ajuizadas contra a Lei 13.964/2019 (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 129). Dessa forma, o art. 155 de que se fala aqui, numa discussão sobre a intenção do legislador do pacote anticrime, é exatamente o que impõe deliberação fundamentada exclusivamente em elementos produzidos sob o contraditório ou em provas cautelares, antecipadas e irrepetíveis.

as funções do agente em tela lhe retiram a necessária isenção.

2. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E INSTRUÇÃO BRASILEIRAS

2.1. Distinção preparatória

Define-se o processo como uma sequência organizada de atos, causalmente ligados, que tenciona a incidência do direito sobre o caso concreto. E o direito, como se sabe, incide pela autoridade de agente investido em cargo público especificamente para esse fim: o magistrado. Poder-se-ia dizer, portanto, que o termo processo é corretamente utilizado quando empregado em referência ao complexo de eventos que antecede a aplicação, pelo juiz, do direito objetivo.⁵

O procedimento, todavia, é descrito como a lógica de desenvolvimento do processo. Ou seja, como o padrão de desenvolvimento da cadeia de atos à qual está sempre condicionada a incidência do direito objetivo.

É a conclusão para a qual aponta o célebre doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em seu Manual de Processo Penal:

Enquanto o processo é uma sequência de atos, vinculados entre si, tendentes a alcançar a finalidade de propiciar ao juiz a aplicação da lei ao caso concreto, o procedimento é o modo pelo qual se desenvolve o processo, no seu aspecto interno.⁶

O CPP equivocadamente fala em “processo comum” e “processos especiais”. O que se queria dizer, realmente, era procedimento, e não processo. Isso porque não há processos comuns ou especiais, mas processos de conhecimento e de execução. As categorias “comum” e “especial”, na verdade, deveriam ter recaído sobre os regramentos do processo, ou seja, sobre procedimentos, a depender de sua particular natureza.⁷

A doutrina pátria e o legislador, cientes da clara incoerência, extraíram do Código que o processo penal pode seguir um procedimento comum ou um especial. Os procedimentos ordinário, sumário e sumaríssimo, todos descritos no CPP (Código de Processo Penal), seriam os procedimentos comuns disponíveis. Os procedimentos especiais, em contrapartida, seriam aqueles incompatíveis com os moldes dos procedimentos comuns, sejam eles procedimentos

⁵ NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal - Volume Único**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. p. 431. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647385/>. Acesso em: 16 jun. 2024.

⁶ Idem.

⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 110.

previstos no CPP ou em um outro diploma.⁸

Os ritos ordinário e sumário são bastante semelhantes. As variações mais marcantes entre os dois dizem respeito a meros detalhes: o prazo para a realização da audiência de instrução e julgamento, a extensão máxima do rol de testemunhas e a possibilidade de um pedido de diligências ao fim da audiência de instrução e julgamento.⁹

Quanto ao prazo da audiência de instrução e julgamento, o rito ordinário estabelece o período de 60 dias, contados da efetiva rejeição da possibilidade de uma absolvição sumária, enquanto o rito sumário prevê a metade desse período, 30 dias. Em relação à extensão do rol de testemunhas, o rito ordinário admite até sete testemunhas, contrastando com o sumário, que só admite cinco. Finalmente, no que toca ao pedido de diligências do fim da audiência de instrução e julgamento, a lei só o admite expressamente no rito ordinário, prevalecendo, em relação aos demais ritos, um ensurdecido silêncio. Esse silêncio é, no entanto, interpretado por uma parte expressiva da doutrina como omissão não impeditiva do pleito por diligências. O doutrinador Aury Lopes Jr., por exemplo, é adepto dessa corrente, apesar de reconhecer que o silêncio do legislador é proposital, um silêncio motivado pelo imperativo de simplificação processual¹⁰.

É o procedimento sumaríssimo que realmente difere dos demais. Entre os pontos de contraste, destaca-se a audiência preliminar de conciliação e a sistemática do art. 81 da Lei 9.099/1995 - o dispositivo por força do qual o recebimento da denúncia é ato a ser praticado na audiência de instrução, após a efetiva resposta da defesa, com a alegação de razões para a rejeição ou absolvição sumária.¹¹

De toda sorte, a incidência das espécies de procedimento comum define-se em uma análise da pena privativa de liberdade máxima do crime. O rito ordinário recai sobre os delitos de pena máxima igual ou superior a quatro anos. O rito sumário, sobre aqueles de pena máxima inferior a quatro anos, mas superior a dois anos. E o sumaríssimo, sobre os de menor potencial ofensivo, assim definidos aqueles de pena máxima igual ou inferior a dois anos.

Diante dessas questões, opta-se pela limitação do escopo do texto ao rito ordinário. As colocações do trabalho provavelmente serviriam aos demais procedimentos, sobretudo os

⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 879.

⁹ *Ibidem*, p. 897 e 898.

¹⁰ *Ibidem*, p. 898.

¹¹ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. *E-book*. p. 755. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559647774/>. Acesso em: 05 nov. 2024.

comuns. Como visto, eles diferem pouco uns dos outros. Um escrito de proposta tão ousada requer, todavia, precisão. E será necessária, ao desenrolar do texto, uma base de referências às nuances do processo penal brasileiro.

2.2. Investigação preliminar brasileira

O fato criminoso chega ao conhecimento do poder público por diversas vias. Para a sistematização do fenômeno, a melhor doutrina fala na *notitia criminis* e na *delatio criminis*. A *notitia criminis* seria a simples ciência dos fatos criminosos pela autoridade pública com poderes investigatórios; e ela se dividiria em direta - aquela que se dá no exercício regular de funções institucionais - e indireta - a que ocorre por provocação da vítima ou de autoridades tais como o juiz e o membro do Ministério Público. A *delatio criminis*, nessa linha, seria a delação assinada, por cidadão qualquer, dos fatos criminosos observados.¹²

Na maioria das vezes, o fato objeto da *delatio* ou da *notitia* chega ao poder público sem indicativos confiáveis das circunstâncias que o rodeiam ou de sua própria materialidade. Nesses casos, não é possível um processo de imediato. Os efeitos indesejáveis da persecução criminal não admitiriam que fosse desencadeada a despeito da completa contingência do que se pretende apurar e reprimir.

É aí que jaz a razão de ser da investigação preliminar. A impossibilidade de um processo, pela ausência de indícios suficientes da autoria e materialidade do fato alegado, não permite que se ignore completamente a legítima provocação da *notitia* ou da *delatio*. É necessário que o poder público confirme a inexistência de indícios legitimadores em uma exploração minuciosa do mundo fenomênico. A investigação serve de meio a esse fim particular.

Ela (a investigação) é definida, dessa forma, como o procedimento administrativo, anterior à persecução ou processo penal, em que se perscruta a materialidade, a autoria e as circunstâncias da narrativa de uma *notitia* ou de uma *delatio*¹³. E o seu destinatário, por óbvio,

¹² NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*. p. 181. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649280/>. Acesso em: 29 out. 2024.

¹³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 107.

é o titular da ação penal, o que primeiro decidirá acerca do cabimento do processo, optando entre a apresentação e a omissão da peça acusatória.

O procedimento da investigação admite, entre outras espécies, o inquérito policial, as sindicâncias e as Comissões Parlamentares de Inquérito. Ante essa variedade, opta-se pela adoção de diretriz extremamente corriqueira na doutrina em processo penal: o estudo da investigação nos termos do que se prescreve ao inquérito policial. Isso porque interessam ao presente escrito as nuances da investigação; elas precisam ser analisadas pela influência que têm sobre a suscetibilidade do magistrado da investigação ao fenômeno da contaminação cognitiva. E é certo que o trabalho, analisando minuciosamente cada uma das modalidades de investigação existentes, fugiria ao seu escopo principal.

2.3. Inquérito policial

No país, as polícias exercem duas funções: a polícia judiciária e a polícia preventiva. A polícia preventiva compreende a atuação ostensiva permanente das polícias militares; a judiciária, a apuração de infrações - a investigação preliminar. Em regra, a polícia judiciária é efetuada pela Polícia Federal, nos crimes de competência da Justiça Federal, e pela Polícia Civil dos Estados, nos crimes de competência da respectiva Justiça Estadual. Nada impede, contudo, a atuação de Polícia Civil em crimes inseridos no âmbito de competência da Polícia Federal e vice-versa. O que não se admite, ressalvado os casos de crime militar, é o exercício da polícia judiciária por uma polícia militar.¹⁴

A polícia judiciária materializa-se no procedimento administrativo do inquérito policial. É a partir dele que a polícia investiga: explora o mundo, a partir do descrito numa *notitia* ou *delatio criminis*, em busca do *fumus commissi delicti*.

O inquérito pauta-se na autonomia policial. As polícias, como as legítimas dirigentes do procedimento, definem discricionariamente os atos de investigação que irão desenvolver para a elucidação dos fatos¹⁵. Isso não significa dizer, porém, que a investigação policial é fenômeno interno completamente inalcançável, imune a influxos institucionais externos. Na

¹⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 109.

¹⁵ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. *E-book*. p. 83. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559647774/>. Acesso em: 05 nov. 2024.

verdade, o Ministério Público e o poder judiciário influenciam decisivamente alguns de seus aspectos.

Em relação ao Ministério Público, sua ingerência decorre da posição institucional que ocupa - a de titular da ação penal pública. E ela compreende, essencialmente, três facetas: a requisição de inquéritos policiais; o acompanhamento dos procedimentos já instaurados; o requerimento de diligências, em investigações correntes.¹⁶

Quanto ao poder judiciário, a sua influência tem relação com a ideia de reserva de jurisdição, consectária da tradicional premissa da separação dos poderes. Vale desenvolver.

Alguns atos de investigação, em prol do interesse do Estado na elucidação e repressão do crime, limitam direitos individuais do acusado. E as decisões restritivas de direitos, especificamente, compõem o núcleo essencial indelegável da atividade judicial. Admite-se, assim, para a resolução do impasse, que o juiz intervenha na investigação, suplementando pontualmente a atividade das polícias.¹⁷

A necessidade de se respeitar o “núcleo indelegável” da atividade judicial é fruto, sobretudo, da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional. Não tem grande respaldo, no país, a reserva implícita de jurisdição - o que, aliás, é comprovado pela recente permissão legal a requisições diretas do Ministério Público e dos delegados de polícia, em certos crimes, para a identificação e localização de vítimas e suspeitos (arts. 13-A e 13-B, do CPP). Ressalta-se, contudo, que é, de um modo geral, interessante proteger a reserva de jurisdição. Isso em razão: da aptidão do judiciário, como órgão independente e imparcial, para a tutela de direitos; e do imperativo, relativo à liberdade, de se preservar o devido apartamento das funções do Estado, em um sistema funcional de pesos e contrapesos¹⁸.

De qualquer forma, a intervenção do judiciário nos procedimentos de apuração preliminar dá-se pelo juiz das garantias.

O juiz das garantias foi implementado, pela Lei 13.019/2019, para a sistematização dos influxos judiciais sobre o procedimento da investigação preliminar. A figura foi associada a eixos finalísticos que refletem e, inclusive, superam a ideia de reserva da jurisdição: a tutela dos direitos individuais do acusado e o controle da legalidade do procedimento (art. 3º-B,

¹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 110.

¹⁷ *Ibidem*, p. 117.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 551, 552 e 658.

CPP). As competências do agente, expressas logo após a enunciação dos aludidos “eixos”, no próprio art. 3º-B, guardam, com eles, estrita pertinência. A decisão do pedido pela produção antecipada de provas, por exemplo, toca a necessidade de se efetivar o direito à constituição de provas urgentes e não repetíveis, surgidas na investigação, com a plena realização das garantias que acompanham a ideia de “prova” (subsídio da instrução definitiva). As decisões daquelas medidas invasivas, por sua vez, são inseparáveis da noção de franqueamento de direitos individuais.

As medidas de que se fala são, é claro, aquelas diligências investigatórias do art. 3º-B, XI, do Código de Processo Penal e as medidas cautelares penais, tanto as assecuratórias como as pessoais. Por restringirem direitos fundamentais, elas se submetem à reserva de jurisdição, devendo ser decididas pelo magistrado, depois de devidamente suscitadas por sujeito com legitimidade para tanto.

Quanto a essas medidas, aliás, vale destacar que ensejam, via de regra, contraditório, seja ele prévio ou diferido. As medidas cautelares pessoais, por exemplo, nos termos do artigo 282, § 3º, do CPP, exigem contraditório prévio, admitindo o diferido quando o outro lhes comprometeria a eficácia. O sequestro, por sua vez, uma medida cautelar real, permite a interposição de embargos, após o deferimento (art. 130, CPP).

O inquérito, todavia, de um modo geral, não se orienta por essa lógica. Os atos da investigação policial, em contraste com o contraditório das medidas invasivas, se submetem a um regime de limitação do debate e da publicidade; não são produzidos “em contraditório”, como os atos de prova do processo. Possível, portanto, dizer que o inquérito não se coaduna com o direito, presente no processo, ao enfrentamento individualizado de atos oficiais.¹⁹

A circunstância é bem explicada pela doutrina. Uma parcela da academia destaca que o inquérito restringe o contraditório ao seu “primeiro momento” - a “informação” (do binômio informação-reação)²⁰. Isso porque o defensor, por imposição da Súmula Vinculante 14, é livre para acessar os elementos de provas do inquérito, já documentados, que digam respeito ao exercício do direito de defesa. Um outro setor doutrinário simplesmente rejeita a possibilidade do contraditório, no inquérito, em sintonia com o que fixou o Supremo Tribunal Federal, no inquérito 2.266:

O inquérito não possui contraditório, mas as medidas invasivas deferidas

¹⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 167.

²⁰ *Ibidem*, p. 181.

judicialmente devem se submeter a esse princípio, e a sua subtração acarreta nulidade. Obviamente não é possível falar-se em contraditório absoluto quando se trata de medidas invasivas e redutoras da privacidade. Ao investigado não é dado conhecer previamente — sequer de forma concomitante — os fundamentos da medida que lhe restringe a privacidade. Intimar o investigado da decisão de quebra de sigilo telefônico tornaria inócua a decisão. Contudo, isso não significa a ineficácia do princípio do contraditório. Com efeito, cessada a medida, e reunidas as provas colhidas por esse meio, o investigado deve ter acesso ao que foi produzido, nos termos da Súmula Vinculante 14. Os fundamentos da decisão que deferiu a escuta telefônica, além das decisões posteriores que mantiveram o monitoramento, devem estar acessíveis à parte investigada no momento de análise da denúncia e não podem ser subtraídas da Corte, que se vê tolhida na sua função de apreciar a existência de justa causa da ação penal. Trata-se de um contraditório diferido, que permite ao cidadão exercer um controle sobre as invasões de privacidade operadas pelo Estado.²¹

Para todos os efeitos, ao fim do inquérito, o delegado responsável terá de descrever minuciosamente e objetivamente o que foi apurado em um relatório.²²

Com a juntada da peça aos autos do inquérito policial, eles serão remetidos ao foro competente, para distribuição, juntamente com os instrumentos do delito eventualmente encontrados e quaisquer outros objetos que possam servir à instrução. Não haverá, no entanto, distribuição imediata ao Ministério Público. O inquérito policial será atribuído ao juiz da investigação (o juiz das garantias), para posterior concessão de vista.²³

Em face dos autos, o Ministério Público poderá: (a) manifestar-se pelo arquivamento do inquérito; (b) oferecer denúncia; (c) solicitar outras diligências; ou (d) realizar, ele próprio, novas diligências. Não vinculam o *Parquet* as conclusões do delegado, aí incluídas aquelas relativas à tipificação do fato noticiado.²⁴

Admitida a validade do art. 28 do CPP, na redação que lhe impôs a Lei 13.964/2019, o membro do *Parquet*, julgando cabível o arquivamento do inquérito, ordenaria a diligência. Seria obrigatória, todavia, a submissão da matéria ao órgão de revisão ministerial, com a devida comunicação à autoridade policial, ao investigado e à vítima. E o ofendido poderia suscitar diretamente a reanálise da matéria, por instância ministerial superior. Acontece que o STF decidiu, no julgamento das ADIs contra a Lei 13.964, conferir interpretação conforme ao art. 28, *caput* e § 1º, do CPP, para garantir a sujeição da diligência de arquivamento ao juízo do magistrado da investigação (o juiz das garantias). Dessa forma, o membro do Ministério

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Inquérito 2.266. Investigado: F de S F R. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 26 mai. 2011. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 13 mar. 2012.

²² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 191.

²³ Idem.

²⁴ Idem.

Público, atualmente, não ordena, mas manifesta-se pelo arquivamento do inquérito policial, que só é efetivado com a decisão do magistrado competente. O membro do *Parquet* pode, porém, submeter a questão à instância de revisão ministerial. E a possibilidade de a vítima provocar diretamente a reanálise, pela instância de revisão, não foi suprimida; só foi estendida naturalmente à autoridade judicial.²⁵

O Ministério Público não é, entretanto, o único legitimado para as ações penais. Ele divide essa função com a vítima.

O ofendido será o titular da ação penal nos crimes cuja persecução a lei condicionar, expressamente, a uma ação de sua iniciativa. O Ministério Público, por sua vez, será o titular da ação penal nos crimes cuja persecução a lei ignorar, omitindo-se a respeito, ou condicionar a uma representação do ofendido ou a uma requisição do Ministério da Justiça. A ação penal do primeiro (o ofendido) terá o nome de queixa-crime; a do segundo (MP), o de denúncia.²⁶

Nos casos de queixa-crime, especificamente naqueles relativos a crime que não se submete aos Juizados Especiais Criminais, poderá haver inquérito policial. Ele dependerá, contudo, de requerimento expresso da vítima, nos termos do art. 5, § 5º, do CPP. E, finalizado, ficará acautelado junto ao juiz das garantias, aguardando a iniciativa do ofendido, que também poderá requerer vista dos autos²⁷.

De toda sorte, apresentada a exordial (a denúncia ou a queixa-crime), em virtude das apurações do inquérito policial, encerrar-se-á a atuação do juiz das garantias, com o início da do juiz da instrução, que já ingressará no feito incumbido da decisão acerca do recebimento da ação penal.²⁸

No juízo do recebimento, verificar-se-á a presença das hipóteses dirimentes do art. 395 do CPP: a inépcia, a ausência de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação e a falta de justa causa.

A hipótese da inépcia diz respeito ao art. 41 do CPP. Restará configurada quando se observar omissão incontornável e contextualmente significativa de algum dos elementos previstos no dispositivo, como aspectos da denúncia ou queixa: uma exposição minuciosa do

²⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 192-193.

²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 305-306.

²⁷ LOPES JR., Aury, op. cit., p. 191.

²⁸ *Ibidem*, p. 881.

fato criminoso, a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas.²⁹

A segunda hipótese refere-se a condições da ação e pressupostos processuais. Se perfaz na inicial que pretende desenvolver-se sem o preenchimento desses “requisitos”. Vale, pois, uma rápida abordagem dos conceitos.

Os pressupostos processuais são as unidades estruturantes da relação processual, os fatores sem os quais não poderia ser reputada válida ou até existente. A doutrina, no tema, costuma se aproveitar do que se tem produzido em processo civil; indica, como pressupostos, os fatores que doutrinadores da disciplina vizinha tradicionalmente inserem na categoria: a jurisdição, a competência, a imparcialidade, a inexistência de litispendência e coisa julgada, entre outros.³⁰ As condições da ação, por sua vez, são, nada obstante controvérsias quanto à redundância e inutilidade da última: a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido³¹.

A possibilidade jurídica depende da narrativa da ação penal; só existirá quando o fato narrado for, em tese, típico, ilícito e culpável. A legitimidade tem relação com a posição dos sujeitos processuais; perfaz-se quando ocupam o polo ativo e passivo, respectivamente, um membro do Ministério Público, legalmente habilitado (ou, no caso de ação penal privada, o ofendido, devidamente representado), e o autor do delito. O interesse, por fim, divide-se em utilidade, necessidade e adequação. A necessidade é presumida, dada a completa inexistência de caminhos alternativos para a administração da sanção penal. A utilidade traduz-se na prestabilidade da persecução para a efetivação da pretensão punitiva estatal. E a adequação, conforme a melhor doutrina, sobrevém no concurso de dois fatores: o respeito às regras que regem a promoção da persecução penal; e um “lastro probatório mínimo”, assim considerado aquele que permite deduzir a plausibilidade ou verossimilhança das teses da ação acerca da autoria e materialidade do fato.³²

Ausente qualquer desses fatores, pressupostos ou condições, é certa a caracterização da hipótese do inciso II do art. 395 do CPP.

Quanto à hipótese do inciso III, a ausência de justa causa, concretizar-se-á nos casos

²⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 885.

³⁰ NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*. p. 228. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649280/>. Acesso em: 29 out. 2024.

³¹ *Ibidem*, p. 230.

³² *Ibidem*, p. 231-233.

em que os elementos probatórios angariados não permitirem deduzir a verossimilhança do que se alega a respeito da autoria e materialidade do fato narrado³³. Há quem entenda, é claro, que a justa causa equivale ao interesse, singularmente considerado, ou à somatória das condições da ação³⁴. Dentre estes, todavia, prevalece a percepção, aqui prestigiada, de que o interesse compreende a existência de uma base probatória mínima, capaz de subsidiar o entendimento pela plausibilidade das teses sobre a autoria e materialidade³⁵.

De toda sorte, constatando a presença de alguma das hipóteses delineadas - a inépcia ou a ausência de justa causa, condição da ação ou pressuposto processual, o juiz da instrução, naturalmente, rejeitará a ação. A decisão poderá, entretanto, ser revertida, pela via do Recurso em Sentido Estrito, nos termos do art. 581, I, do CPP.

Afastando-se a rejeição da ação, pela ausência de vícios relevantes, ela será, de imediato e sem qualquer contraditório, recebida, em decisão irrecurável³⁶. Nesse momento, porém, citar-se-á o acusado, com a consequente instauração do processo, para a apresentação de razões.

Na resposta à acusação, o acusado, tornado réu, ou o defensor nomeado ante o seu silêncio, poderão veicular tudo o que interessar à defesa, inclusive documentos, preliminares, especificações de provas e um rol de testemunhas³⁷. É o que dispõe o art. 396-A do CPP.

Apresentadas as razões, o magistrado da instrução cuidará de avaliar a possibilidade da absolvição sumária do art. 397 do CPP, instituto paralelo ao julgamento antecipado da lide do processo civil³⁸. Serão casos de absolvição aqueles onde ficar evidenciada: a existência de causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade, em grau de certeza; a atipicidade do fato; e a extinção da punibilidade do agente³⁹.

Absolvido o réu, será aberta oportunidade para a interposição de apelação ou, no caso de absolvição sumária pela extinção da punibilidade, Recurso em Sentido Estrito, em linha com os arts. 581, VIII e 593, I, do CPP. Rejeitando-se a absolvição, já no processo,

³³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 229.

³⁴ NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*. p. 235. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649280/>. Acesso em: 29 out. 2024.

³⁵ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. *E-book*. p. 220. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559647774/>. Acesso em: 05 nov. 2024.

³⁶ LOPES JR., Aury, op. cit., p. 884.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 717.

³⁸ *Ibidem*, p. 718.

³⁹ AVENA, Norberto, op. cit., p. 713.

ter-se-á o princípio da fase de instrução.

Vigente a sistemática imposta pela Lei 13.964/2019, a atuação do juiz das garantias encerrar-se-ia assim que deliberasse o cabimento da absolvição sumária⁴⁰. É o que se retira de uma interpretação sistemática da referência do art. 3º-B, XIV, do CPP ao art. 399 do mesmo diploma. E, encerrada a atuação desse magistrado, quedar-se-ia impedido para o processo resultante da investigação supervisionada, por força do art. 3º-D do Código de Processo Penal:

Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.⁴¹

Isso tudo por preocupações acerca do impacto cognitivo das funções do “juiz das garantias”. Afinal, antes do processo, o agente não só toma ciência, como também maneja, para decisões pontualmente vinculadas ao mérito, atos de investigação - atos produzidos, via de regra, pela polícia, em uma consciente busca por narrativas incriminadoras, sem a garantia do contraditório.

Para todos os efeitos, a categoria do juiz das garantias foi mantida, mas o projeto de reforma da Lei 13.964/2019, no ponto, foi expressamente rejeitado pelo Supremo Tribunal Federal (acórdão das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305). A atuação do juiz das garantias, agora, cessa com a mera apresentação da ação penal. O juiz do processo instrui e julga depois de decidir, a partir dos inquisitoriais atos da investigação, o recebimento da denúncia e absolvição do réu. Destaca-se, ademais, que não há impedimento pela atuação na fase de investigação. Na verdade, prevalece uma sistemática completamente contrária à orientação dessa regra. Isso porque a indeterminação da competência judicial, quando sobrevive aos critérios primários de fixação de competência (*ratione personae, ratione materiae e ratione loci*) e à pertinente lei de organização judiciária, resolve-se pela regra de prevenção do art. 83 do CPP - a regra segundo a qual a sobreposição de competências deve ser solucionada em favor do magistrado que primeiro tiver atuado no caso, ainda que antes do oferecimento da denúncia ou queixa⁴².

⁴⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 116.

⁴¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 13 out. 1941.

⁴² AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. *E-book*. p. 628-629. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559647774/>. Acesso em: 05 nov. 2024.

A bem da verdade, não é difícil contornar a regra da prevenção. No acórdão que se debruçou sobre a Lei 13.964/2019, aliás, foi reconhecida a constitucionalidade da experiência paulistana com o Departamento de Inquéritos Policiais da Capital (DIPO). E essa experiência, arrimada na lei de organização judiciária do Estado de São Paulo, trabalhava com sistemática de distribuição que cingia, por via transversa, as funções de juiz das garantias e juiz da instrução. O inquérito, com a distribuição e a fixação de prevenção, era encaminhado do juiz sorteado ao DIPO, retornando somente após o oferecimento da denúncia.

2.4. Audiência de instrução e julgamento

Com o recebimento da denúncia, citar-se-á o acusado, para a apresentação de sua resposta à acusação, instaurando-se, conseqüentemente, um processo judicial (art. 396, CPP). Apresentadas as razões (a resposta do réu), caberá ao magistrado avaliar a possibilidade da absolvição sumária (art. 397, CPP)⁴³. Há quem diga que, nesse momento, é perfeitamente possível a desconstituição do recebimento efetuado, para a rejeição da ação, nos termos do art. 395. Parece prevalecer, no entanto, a corrente que suscita, na hipótese, preclusão *pro iudicato*, em que pesem os diversos pontos de sobreposição entre as hipóteses de absolvição sumária e as de rejeição⁴⁴.

Descartadas, pelo juiz, a rejeição da ação e a absolvição sumária, será marcada, para algum momento dos próximos 60 dias, a audiência de instrução e julgamento. É o que se interpreta dos arts. 399 e 400 do Código de Processo Penal.

O ato foi projetado para sediar toda a produção probatória do feito (art. 400, § 1). Aury Lopes Jr.⁴⁵ associa a diretriz ao princípio da identidade física do juiz - aquele segundo o qual deve sentenciar o feito o magistrado que presidiu a respectiva instrução probatória. Alguns processos, contudo, são complexos demais para terem todas as suas contingências fáticas resolvidas num único ato. Em relação a estes, cede a pretensão original do legislador; a prudência recomenda e a lei admite a realização de múltiplas audiências.

De qualquer forma, marcada a audiência, as partes serão devidamente intimadas para

⁴³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 881-882.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 893.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 894

o ato. O acusado, se estiver preso, será, no entanto, requisitado.⁴⁶

O art. 400, do CPP, rege a ordem dos trabalhos. Iniciada a audiência de instrução, serão ouvidos, sucessivamente, o ofendido, as testemunhas da acusação, as testemunhas da defesa, os peritos, as acareações e os reconhecimentos de pessoas e coisas. Depois dessas diligências, e somente então, ter-se-á o interrogatório do réu. A posição dos atos realmente importa. O interrogatório, por exemplo, se não sucedesse as demais diligências, jamais poderia servir o seu desígnio maior - o de habilitar uma autodefesa, positiva ou negativa, plena, perante todo o material da instrução. O mesmo vale para a inquirição das testemunhas; a inversão da ordem prevista, aliás, com uma prévia oitiva das testemunhas da defesa, leva a defeito insanável⁴⁷.

Ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante, o assistente e o acusado poderão requisitar as diligências que, ante os fatos ou circunstâncias apurados na instrução, julgarem necessárias. É o que consta do art. 402 do CPP.

Cabe, por óbvio, ao juiz o deferimento das medidas requeridas; não tem dizer no processamento do pedido, como tem em relação aos pedidos de diligência do inquirido, a polícia. Pode-se dizer, assim, que o processo equilibra, em grande medida, o poder das partes sobre a narrativa oficial.

Após essa fase intermediária, em que se disponibiliza oportunidade para a feitura de diligências adicionais, serão apresentadas as alegações finais.

As alegações finais são declarações que as partes deverão manifestar antes de os autos serem conclusos para a prolação de sentença. Elas admitem um escopo extremamente amplo de matérias; de um modo geral, comportam tudo que se poderia querer alegar acerca de fatos e de direito. E, como ato posterior à instrução propriamente dita, poderão manipular livremente o acervo probatório erigido. É o que Aury Lopes Jr., em seu completo tratado de Direito Processual Penal, estabelece, ressaltando a importância do ato:

Os memoriais (ou alegações finais orais) constituem um momento crucial do processo, onde cada uma das partes fará uma minuciosa análise do material probatório e fará sua última manifestação no processo. Após elas, os autos irão conclusos para sentença do juiz. É a oportunidade de desenvolver as teses acusatória e defensiva, nas dimensões fáticas e jurídicas, buscando a captura psíquica do julgador. As alegações finais defensivas podem arguir questões preliminares e de

⁴⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 894.

⁴⁷ Idem.

mérito, fazendo, ao final, os respectivos pedidos.⁴⁸

Caso não tenham sido determinadas diligências adicionais, as alegações finais serão completamente orais. As partes, nessa hipótese, terão, cada uma, vinte minutos, prorrogáveis por outros dez minutos, para a apresentação oral das suas respectivas teses. E é logo após essas exposições orais que o juiz deverá proferir a sentença do caso. É o que se extrai do art. 403 do CPP.

Outra será a lógica se tiverem sido determinadas diligências adicionais. Na hipótese, as diligências serão primeiramente concluídas. A partir daí, a acusação e a defesa, nessa ordem, terão, sucessivamente, cinco dias para apresentar memorial escrito com as suas alegações finais. Apresentados os memoriais, o magistrado sentenciará o caso, em até 10 dias. É o que estabelece o art. 404 do CPP.

Vê-se, porém, que o § 3 do art. 403 do CPP prevê a possibilidade de o juiz aplicar a sistemática das alegações finais escritas aos casos em que prevaleceria, normalmente, a lógica dos debates orais, seja pela ausência de um pedido expresso de diligências, seja pelo indeferimento dos pedidos veiculados. Basta que se trate de um caso complexo ou com muitos acusados.

⁴⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 896.

3. SISTEMA ACUSATÓRIO E IMPARCIALIDADE

3.1. Noções introdutórias

A investigação preliminar, na forma do inquérito policial, e a instrução não podem ser plenamente compreendidas sem referências ao sistema processual penal que integram, ou melhor, compõem.

A doutrina, atualmente, trabalha com três tipos processuais penais: o sistema misto, o sistema acusatório e o inquisitivo.

O inquisitivo ou inquisitório parte da aglomeração das funções processuais de acusar, julgar e defender. Prevê, em sua estrutura, um juiz acusador - o inquisidor, conferindo-lhe, de um modo geral, todos os atos necessários ao feito: a iniciação da persecução penal, a busca por meios e fontes prova e o julgamento do processo. Não admite, dessa forma, os postulados do contraditório e da ampla defesa; não se coaduna com aquela tradicional “dialética entre acusação e defesa”.⁴⁹

E o sistema, vale frisar, tem se materializado, no curso da história, em processos escritos e sigilosos - características potencializadoras de abusos de autoridade.⁵⁰

O sistema acusatório, por sua vez, é a completa antítese do inquisitivo. Além de dar grande valor à presunção de inocência, ele estipula, como ponto de partida, uma incisiva separação entre as funções de acusar, julgar e defender; quer dizer, ele atribui a sujeitos diferentes os referidos encargos. Nessa linha, o sistema prescreve, para o processo, o contraditório, estabelecendo, ainda, para a sua efetivação, a igualdade entre acusação e defesa e um magistrado equidistante e inerte.⁵¹

É nesse tipo que se realiza plenamente a imparcialidade judicial. Ela não poderia prosperar noutra lógica. É o que bem explica o professor Aury Lopes Jr.:

Em última análise, é a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura

⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 129.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 129-130.

⁵¹ *Ibidem*, p. 129.

processual.⁵²

E a imparcialidade judicial, embora não conste expressamente dos títulos e capítulos da Constituição Federal, é considerada, para todos fins, garantia constitucional e um elemento integrante do próprio conceito de juiz⁵³. Essa ideia tem arrimo, inclusive, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai do seguinte trecho do acórdão do HC 164.493:

3. Imparcialidade como pedra de toque do processo penal. A imparcialidade judicial é consagrada como uma das bases da garantia do devido processo legal. Imparcial é aquele que não é parte, que não adere aos interesses de qualquer dos envolvidos no processo. Há íntima relação entre a imparcialidade e o contraditório. A imparcialidade é essencial para que a tese defensiva seja considerada, pois em uma situação de aderência anterior do julgador à acusação, não há qualquer possibilidade de defesa efetiva; é prevista em diversas fontes do direito internacional como garantia elementar da proteção aos direitos humanos (Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e Convenção Europeia de Direitos Humanos), além de ser tal garantia vastamente consagrada na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Duque Vs. Colômbia, 2016) e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Castillo Algar v. Espanha, 1998, e Morel v. França, 2000).⁵⁴

Historicamente, o sistema acusatório tem se associado à oralidade, à publicidade, e a uma incisiva vedação à iniciativa probatória do juiz.⁵⁵

Tem-se admitido, entretanto, em sistemas processuais acusatórios, a possibilidade de o juiz iniciar provas concorrentemente às partes. Ou seja, tem-se negado a existência de “um direito das partes a que o convencimento judicial se forme exclusivamente com base nas provas produzidas por iniciativa delas, e não do juiz”. Aos olhos da melhor doutrina, essa tendência, por si só, não constitui problema. Estudiosos pensam a questão à luz da distinção entre os meios e as fontes de prova. Ameaçadora à estrutura acusatória seria somente a busca judicial por novas fontes; a propositura judicial da produção de meios de prova, após notícia orgânica da respectiva fonte - surgida normalmente no curso da instrução, seria plenamente compatível com os princípios fundantes do sistema acusatório.⁵⁶

A classificação em que consiste o sistema misto, finalmente, diz respeito à divisão do

⁵² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 13.

⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 74.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Habeas Corpus n. 164.493. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em 23. mar. 2021. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 04 jun. 2021.

⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., p. 129.

⁵⁶ Ibidem, p. 132.

Código Napoleônico de 1808 entre as fases pré-processual e processual; refere-se a sistemas em que elas contrastam entre si, pautando-se, respectivamente, nas sistemáticas inquisitiva e acusatória.⁵⁷

A categoria, de um modo geral, não tem razão de ser. Os sistemas processuais penais dizem respeito a processo, gênero estranho ao procedimento administrativo preparatório em que consiste a investigação⁵⁸. As propriedades da fase pré-processual, assim, não deveriam interessar aos fins de categorização das estruturas de processo penal. Ademais, todos os sistemas processuais penais poderiam ser reputados “mistos”. Isso porque não há um que se encaixe perfeitamente no tipo ideal acusatório ou inquisitivo⁵⁹.

O modelo de atuação judicial na investigação preliminar acaba influenciando, porém, a percepção geral acerca da essência do sistema observado. É o que se retira do seguinte excerto do acórdão do Supremo Tribunal Federal no HC 164.493:

O STF reconheceu explicitamente a quebra da imparcialidade do magistrado, destacando que, ao condenar o doleiro Paulo Roberto Krug, ainda no âmbito da chamada Operação Banestado, o ex-Juiz Sergio Moro “se investiu na função persecutória ainda na fase pré-processual, violando o sistema acusatório” (RHC 144.615 AgR, Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 25.8.2020, DJe 27.10.2020).⁶⁰

3.2. Opção do Brasil pelo sistema acusatório

Com a reforma do juiz das garantias, operacionalizada pela Lei 13.964/2019, o Brasil efetivou a cediça opção constitucional pelo sistema acusatório de processo. O Código de Processo Penal passou a contar com enunciação expressa da escolha pelo modelo. A substituição da atuação probatória do órgão acusador, pelo magistrado, foi proibida. E o inquisitivo juiz-instrutor⁶¹ foi completamente extirpado do ordenamento: sistematizou-se a atuação judicial na investigação, com a previsão do juiz das garantias, vedando-se a iniciativa do magistrado na fase pré-processual, para medidas cautelares e diligências investigatórias.

⁵⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 14.

⁵⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 120.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 119.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Habeas Corpus n. 164.493. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em 23. mar. 2021. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 04 jun. 2021.

⁶¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury, *op. cit.*, p. 119.

O art. 3º-A, é certo, foi modulado, para permitir ao magistrado determinar, de ofício, diligências para a resolução de dúvida acerca de questão relevante ao mérito. Como suscitado, todavia, a questão não afeta o alinhamento do sistema vigente com o tipo acusatório e o imperativo da imparcialidade. O real perigo seria permitir ao juiz, sobretudo na investigação, buscar e explorar fontes de prova inéditas.⁶²

Assim, nesses termos, não restariam mais dúvidas quanto à imparcialidade judicial, pela plena adequação do sistema ao tipo acusatório.

A reforma em questão, foi, porém, além disso tudo, instituindo regra de impedimento do juiz das garantias, em que pese a impossibilidade de caracterizá-lo como um juiz-instrutor.

Com a declaração de inconstitucionalidade do artigo desta regra de impedimento, emergiram dúvidas quanto à imparcialidade judicial.

Nesse debate, ganharam força julgados do TEDH, em especial o Caso de Cubber vs. Bélgica e o Piersack vs. Bélgica. Nenhum desses se aplica, no entanto, ao cenário brasileiro. O primeiro se debruçou sobre o impedimento do juiz-instrutor propriamente dito. O segundo, sobre a isenção de juiz que deliberava feito atinente a investigação por ele dirigida, antes de se tornar julgador, como membro do Ministério Público. O julgado do Tribunal em tona que melhor se aplicaria à temática é o Hauschildt vs. Dinamarca, onde se discutia a imparcialidade de juiz que atuava no processo, depois de ter intervindo na respectiva investigação, analisando a situação prisional do investigado e pedidos cautelares. E, nesse caso, especificamente, não houve conclusão pela parcialidade.⁶³

Tem-se invocado, entretanto, na defesa da regra de impedimento da nova classe de juiz, a teoria da dissonância cognitiva e o viés da confirmação⁶⁴. Estes especificamente não podem ser defletidos tão facilmente quanto os precedentes do TEDH. É indispensável uma análise de seus fundamentos teóricos, em confronto com as particularidades do sistema processual penal brasileiro.

⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 132.

⁶³ ANDRADE, Mauro Fonseca. O Juiz das Garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 40, p. 2-3, fev. 2011. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html. Acesso em: 25 de novembro de 2011.

⁶⁴ LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A IMPRESCINDIBILIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA UMA JURISDIÇÃO PENAL IMPARCIAL: REFLEXÕES A PARTIR DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA. **Revista Duc In Altum**, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 68, set-dez. 2016.

4. TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

4.1. Introdução e o estudo da “impressão inicial”

A teoria da dissonância cognitiva, que se tornou conhecida pela obra “A Theory of Cognitive Dissonance”, do psicólogo Leon Festinger, deduz um natural prestígio cognitivo ao denominado “estado de coerência”: o estado alcançado pelo indivíduo que não pode verificar, no complexo de suas opiniões e atitudes, uma contradição relevante.⁶⁵

Ela tem por fundamento básico a ideia de que humanos buscam, por um processo cognitivo involuntário e inevitável, a coerência entre as suas atitudes e pensamentos (opiniões ou convicções). A teoria admite, todavia, o estado de incoerência, apontando que acompanha o seu surgimento uma implacável pressão para a sua redução, bem como uma tendência a se evitar situações e informações que possam avultá-lo.⁶⁶

A doutrina indica, no entanto, que, em dois contextos específicos, é especialmente clara a presença do fenômeno descrito pela teoria da dissonância cognitiva. O primeiro diz respeito à impressão inicial sobre um estranho. O segundo, à tomada de decisões, em todas as suas acepções.⁶⁷

Para os estudiosos que discutem o tema, é cristalina a presença da lógica postulada pela teoria em questão no processo cognitivo daquele que fixa a sua impressão inicial sobre um terceiro desconhecido. Para eles (estudiosos), a impressão inicial de um indivíduo sobre um terceiro molda, inevitavelmente, a sua disposição para as demais informações, sobre o referido terceiro, que lhe vierem a alcançar. Diz-se que esse indivíduo não admite as novas informações sobre o terceiro de forma isenta, mas as adequa à sua percepção inicial sobre ele. A sua percepção ou impressão inicial sobre o terceiro seria, assim, um compromisso que ele estaria condicionado, pela ação de seu subconsciente, a conservar.⁶⁸

Essas afirmações, por óbvio, não são alegações vazias, despidas de qualquer *backing* científico. Não são construções retóricas essencialmente voltadas à promoção do condenado

⁶⁵ FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Tradução de Eduardo Almeida. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 11.

⁶⁶ *Ibidem*, p.12

⁶⁷ LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A IMPRESCINDIBILIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA UMA JURISDIÇÃO PENAL IMPARCIAL: REFLEXÕES A PARTIR DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA. **Revista Duc In Altum**, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 66, set-dez. 2016.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 70.

efeito sensacionalista. São considerações tecidas a partir das conclusões ou resultados de uma série de experimentos, estudos empíricos.

À título de exemplo, destaca-se um experimento conduzido pelo psicólogo Solomon Asch. No experimento, dois grupos distintos de pessoas foram instruídos a analisar uma sequência de adjetivos e a tecer considerações sobre uma pessoa que pudesse efetivamente ser caracterizada a partir deles. Os dois grupos receberam os mesmos adjetivos, mas em ordens diferentes. A sequência de um dos grupos começava com os atributos favoráveis (inteligente, trabalhador, impulsivo, crítico, teimoso e invejoso). A do outro grupo, com os desfavoráveis (invejoso, teimoso, crítico, impulsivo, trabalhador e inteligente). Em uma rápida análise das conclusões dos integrantes de ambos os grupos, ficou claro que o grupo ao qual havia sido distribuída a sequência que começava com os atributos favoráveis desenvolveu percepção muito mais positiva sobre a pessoa imaginada. Dos resultados, tirou-se justificativa simples: aqueles que foram inicialmente sujeitos às características positivas rapidamente criaram, com base nelas, uma impressão, também positiva, sobre a pessoa imaginada, de modo que os atributos negativos seguintes foram suavizados, para a evitação de dissonância; aqueles que receberam a sequência negativa, por outro lado, firmaram uma impressão negativa que os levou a diminuir os efeitos dos atributos positivos posteriormente observados.⁶⁹

Esse não foi, todavia, o único experimento realizado para confirmar a dissonância cognitiva no contexto estudado. Harold Kelley, psicólogo e professor norte-americano, depois de Asch, resolveu testar sua tese. A duas turmas de estudantes, distribuiu informações muito diferentes sobre o conferencista que lhes falaria. A uma turma, caracterizou o professor como um indivíduo frio, empreendedor, crítico, prático e decidido. À outra, como alguém afetuoso, empreendedor, crítico, prático e decidido. Como já era de se esperar, a turma perante a qual o professor foi caracterizado como afetuoso apresentou considerações muito mais favoráveis sobre o conferencista.⁷⁰

É, de fato, infantil a pretensão de explicar os resultados dos dois experimentos só pela teoria da dissonância cognitiva. A experiência humana, especialmente quando se discute a sua faceta cognitiva, não pode ser plenamente explicada por um simples processo causal. A sua complexidade não é algo que uma única teoria, qualquer que seja, possa, isoladamente,

⁶⁹ LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A IMPRESCINDIBILIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA UMA JURISDIÇÃO PENAL IMPARCIAL: REFLEXÕES A PARTIR DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA. *Revista Duc In Altum*, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 70-71, set-dez. 2016.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 71-72.

conter. Com efeito, a teoria da dissonância cognitiva não abarca, por exemplo, a possibilidade de os alunos do segundo experimento terem, por um processo cognitivo natural diverso deste que se discute, conferido menor atenção às últimas características, reduzindo os efeitos delas sobre o próprio processo cognitivo.

O texto utilizado para a elaboração desta seção do escrito, aliás, faz referência a essa progressiva queda do nível de atenção dos alunos. Menciona que, à formação do julgamento ou impressão inicial, se segue uma drástica queda no nível de atenção. No final das contas, é como se as informações adicionais já não fossem tão necessárias, porque estabelecido aquilo a que se pretendia com os dados, o julgamento.

Não há, no entanto, dúvidas de que os fenômenos descritos pela teoria da dissonância cognitiva tenham influenciado decisivamente o processo cognitivo dos indivíduos sujeitos ao experimento supracitado. Em face disso, vale prosseguir na discussão da teoria, analisando o que seus adeptos têm a dizer sobre a tomada de decisões, situação de grande importância para o presente estudo que, por sorte, também é tratada pelos estudiosos do tema como uma das situações em que os fenômenos analisados são especialmente perceptíveis.

4.2. O estudo da tomada de decisões

Para os que se debruçam sobre o tema, a tomada de decisões seria “causa inevitável de dissonância”. Seria, também, sobretudo, estabelecer uma espécie de compromisso com a alternativa escolhida.⁷¹

Nos escritos de adeptos da teoria da dissonância cognitiva, destaca-se, geralmente, que os aspectos positivos da alternativa preterida, bem como os negativos da escolhida, são, a partir da decisão ou opção, dissonantes, porque incompatíveis com o decidido. Frisa-se que tal “dissonância” gera, no processo cognitivo do optante, tendência à evitação das informações com potencial para avultar o quadro de discórdia. Destaca-se, ainda, que acompanham tal cenário uma série de pressões para a sua dissolução. Entre as manifestações possíveis dessa pressão, estariam a mudança ou revogação da decisão, a sobreposição cognitiva e a mudança

⁷¹ LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A IMPRESCINDIBILIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA UMA JURISDIÇÃO PENAL IMPARCIAL: REFLEXÕES A PARTIR DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA. *Revista Duc In Altum*, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 70, set-dez. 2016.

de cognição sobre as alternativas.⁷²

Essa última forma de redução da pressão, a mais comum, manifestaria-se de quatro formas diferentes: a adição, a eliminação, o realçamento e a minimização de cognições. O ponto comum entre todas as formas seria exatamente o prestígio da decisão feita, com o incremento da atratividade da alternativa escolhida ou uma redução desse quesito, na alternativa preterida. Uma forma de se resolver ou atenuar a dissonância, portanto, seria realçar os aspectos negativos da alternativa preterida. Também seria possível adicionar, ao balanço, pontos positivos não considerados da alternativa escolhida.⁷³

Feitas essas considerações, pode-se dizer que, para os adeptos da teoria em comento, aquele que decide de forma consciente, sopesando os aspectos positivos e negativos de cada alternativa, estaria, ainda assim, sujeito à sistemática da dissonância cognitiva. Ele decidiria criando, em seu próprio processo cognitivo, um estado de dissonância, já que não poderia simplesmente deixar de conhecer os aspectos negativos da alternativa escolhida e os positivos da preterida. E esse estado de dissonância teria como consequência natural inafastável uma pressão para a sua dissolução.

Como salientado em relação ao estudo da impressão inicial, todavia, essa conclusão não é uma tirada de elucubrações teóricas despidas de qualquer valor científico. As ideias já foram efetivamente testadas.

A título de exemplo, destaca-se um experimento conduzido pelos estudiosos Danuta Elrich, Isaiah Guttman, Peter Schönbach e Judson Mills. No experimento, foram selecionados indivíduos que haviam, pouco tempo antes, adquirido um novo veículo automotor. Os sujeitos foram submetidos a testes que buscavam avaliar a susceptibilidade de cada um a uma série de anúncios. Acontece que, para todos, alguns dos anúncios exploravam as qualidades de seu novo carro, enquanto outros tratavam das qualidades de outro. Findos os testes e analisados os resultados, conclui-se que as cobaias eram mais suscetíveis aos anúncios que exploravam as qualidades de seu próprio carro.⁷⁴

No final das contas, os resultados foram apontados como corroborativos da teoria da

⁷² FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Tradução de Eduardo Almeida. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 45-46.

⁷³ *Ibidem*, p. 45-49.

⁷⁴ LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A IMPRESCINDIBILIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA UMA JURISDIÇÃO PENAL IMPARCIAL: REFLEXÕES A PARTIR DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA. **Revista Duc In Altum**, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 69, set-dez. 2016.

dissonância cognitiva, tal como idealizada por Festinger. Escolhendo um carro, depois de uma avaliação dos pontos positivos e negativos de cada alternativa, os cobaias teriam provocado o surgimento, no próprio processo cognitivo, de um grave estado de dissonância. Afinal, não poderiam razoavelmente ignorar as vantagens das alternativas preteridas e os pontos negativos da alternativa escolhida. Em seguida, a pressão de redução naturalmente associada ao estado de dissonância os teria levado a privilegiar os anúncios que beneficiavam os seus esforços mentais, realçando pontos positivos da alternativa escolhida ou aspectos não considerados, mas igualmente positivos, da opção feita.⁷⁵

⁷⁵ LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A IMPRESCINDIBILIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA UMA JURISDIÇÃO PENAL IMPARCIAL: REFLEXÕES A PARTIR DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA. **Revista Duc In Altum**, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 69, set-dez. 2016.

5. VIÉS DA CONFIRMAÇÃO

5.1. Breve introdução

Daniel Kahneman, vencedor do Nobel de Economia, começa as suas explicações, na obra “Thinking, Fast and Slow”, por uma breve introdução àqueles que ele define como os dois “personagens da vida individual cognitiva”: os Sistemas 1 e 2.⁷⁶

O autor explica que os termos referem-se aos dois modos de pensamento humano, e não a segmentos específicos do cérebro. O Sistema 1 seria aquele por trás do pensamento rápido, instintivo, involuntário e pouco dispendioso. Seria um que as pessoas engajariam automática e inconscientemente, antes as diversas situações do quotidiano, para um processamento rápido e fácil (pouco dispendioso) de informações. O Sistema 2, todavia, seria o exato contrário do Sistema 1. O seu engajamento exigira ação voluntária e consciente, no contexto de uma situação de maior complexidade. A atenção, bem como um razoável nível de esforço, seriam imprescindíveis ao pleno desenvolvimento de suas dinâmicas.⁷⁷

No escrito⁷⁸, Daniel refere-se a atividades que evidenciam o acionamento de ambos os sistemas; o Sistema 1 é associado às atividades de:

detectar que um objeto, em relação a um outro, encontra-se mais distante; orientar-se para a direção de um ruído; completar a frase “pão e...”; manifestar expressão de nojo perante uma imagem desagradável; detectar hostilidade na voz de um orador; dar a resposta da operação “2+2”; ler palavras escritas em um outdoor; dirigir uma carro numa estrada vazia; encontrar, enquanto um jogador avançado, um movimento bom em uma partida de xadrez; compreender frases simples; entender que representa um estereótipo ocupacional a frase “alma quieta e organizada com uma paixão pelo detalhe”.⁷⁹

O Sistema 2, por sua vez, é tido como o sistema por detrás dos seguinte conjunto de atividades:

se preparar para o tiro de largada de uma corrida; prestar atenção aos palhaços de um circo; concentrar-se na voz de uma pessoa específica, em um ambiente barulhento e

⁷⁶ KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, Fast and Slow**. 1. ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011, p. 24.

⁷⁷ Ibidem, p. 23-24 e 33.

⁷⁸ Ibidem, p. 24-26.

⁷⁹ No original: (...) *Detect that one object is more distant than another; orient to the source of a sudden sound; complete the phrase “bread and...”;* *make a “disgust face” when shown a horrible picture; detect hostility in a voice; answer to $2 + 2 = ?$; read words on large billboards; drive a car on an empty road; find a strong move in chess (if you are a chess master); understand simple sentences; recognize that a “meek and tidy soul with a passion for detail” resembles an occupational stereotype.*

repleto de pessoas; procurar por uma mulher de cabelos brancos; recorrer à própria memória para a identificação de um ruído inesperado; manter ritmo de caminhada superior ao que se tem por usual; monitorar a adequação do próprio comportamento em ocasiões sociais; contar os usos da letra “a” em uma página de texto; informar a alguém o próprio número de telefone; estacionar em um espaço estreito (para os que não executam a atividade profissionalmente); comparar o custo-benefício de duas máquinas de lavar; preencher um formulário fiscal; verificar a validade de um complexo argumento lógico.⁸⁰

Merece destaque, no entanto, um detalhe: o Sistema 2, apesar de entender-se o grande “protagonista” do processo cognitivo humano, é expressivamente influenciado pelos muitos pensamentos desordenados do Sistema 1.⁸¹

Segundo Kahneman, o Sistema 2 é, de fato, o único habilitado ao desenvolvimento ordenado de pensamento: à construção de pensamentos por uma sequência lógica e ordenada de passos. O autor entende, entretanto, que provêm do Sistema 1 a maioria dos elementos que o Sistema 2 articula, em suas dinâmicas; deduz, em suma, que a principal fonte das crenças, ações e decisões humanas - os produtos do Sistema 2 - são aquelas impressões e sentimentos que o Sistema 1 gera, sem grande esforço e com baixo (ou simplesmente nenhum) senso de controle voluntário.⁸²

Importante, porém, frisar que, segundo Kahneman, o funcionamento de um sistema não exclui o do outro. Em um ser humano plenamente consciente, ambos estariam, para todos os efeitos, ativos e em funcionamento. Um dos sistemas, no entanto, o Sistema 1, atuaria de forma completamente automática, enquanto o outro, o Sistema 2 permaneceria, até o chamado do Sistema 1, em um estado de hibernação, com uma pequena porção de sua capacidade total efetivamente engajada.⁸³

Em outras palavras, o Sistema 1 atua permanentemente na formação de sentimentos, impressões, intuições e intenções, enquanto o Sistema 2 continuamente admite esse produtos, para a formação de crenças e atitudes específicas. Só excepcionalmente o Sistema 1 seria confrontado com uma situação difícil, um problema ou questão para a qual não tenha resposta

⁸⁰ No original: (...) *Brace for the starter gun in a race; focus attention on the clowns in the circus; focus on the voice of a particular person in a crowded and noisy room; look for a woman with white hair; search memory to identify a surprising sound; maintain a faster walking speed than is natural for you; monitor the appropriateness of your behavior in a social situation; count the occurrences of the letter a in a page of text; tell someone your phone number; park in a narrow space (for most people except garage attendants); compare two washing machines for overall value; fill out a tax form; check the validity of a complex logical argument.*

⁸¹ KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, Fast and Slow**. 1. ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011, p. 24.

⁸² Idem.

⁸³ Ibidem, p. 27-28.

Nesse caso, todavia, ele demandaria uma atuação mais minuciosa do Sistema 2. E este, então, engajaria toda a sua capacidade para resolver a questão, fornecendo ao problema solução definitiva - a que deverá preponderar sobre quaisquer outras impressões ou indícios.⁸⁴

Ilustra muito bem essa configuração uma das situações fictícias descritas no livro de Kahneman: avistar, em uma quadra de basquete, um gorila. Na ocasião, o Sistema 1, incapaz de processar corretamente as circunstâncias avistadas, acionaria o Sistema 2, que, por sua vez, buscaria a memória do observador em busca de explicações plausíveis para o que, à primeira vista, parece inexplicável. Assim, por exemplo, se o observador tivesse tomado conta de uma grave intercorrência na administração do zoológico local, poderia solucionar, ainda que não definitivamente, o problema do gorila.⁸⁵

O gargalo do Sistema 1 e o consequente acionamento do Sistema 2 não exigem, no entanto, uma situação tão absurda. A confrontação com um problema matemático que foge do padrão “ $2+2$ ” ou “ $2x2$ ” já é, para muitas pessoas, situação suficiente ao referido fenômeno. Com efeito, perguntar a um sujeito qualquer o resultado da operação “ $17x24$ ” provavelmente perturbaria o funcionamento do seu Sistema 1, que, incapaz de raciocínios muito complexos e ordenados, recorreria ao Sistema 2 para uma resposta. Este, por sua vez, como o único apto a raciocínios organizados, solucionaria a situação, em tom de definitividade, pela aplicação de algum dos tradicionais modelos representativos da matemática. Com um pouco de esforço, é claro, forneceria ao processo cognitivo do sujeito a solução que provavelmente prevaleceria, em uma rápida comparação com as disponíveis.⁸⁶

Kahneman fixa, porém, que o Sistema 2 pode funcionar ante a mera possibilidade de erros. Segundo o célebre autor, o sistema, quando antevê um erro, engaja-se, para evitá-lo, em um contínuo monitoramento do comportamento do indivíduo. Assim, um motorista prudente que viaja tranquilamente por uma estrada escura teria o seu Sistema 2 acionado, logo que se atentasse na possibilidade de um acidente, para um cuidadoso monitoramento da forma como se dirige.⁸⁷

E a divisão do processamento cognitivo entre os “sistemas” discutidos é, para todos os efeitos, muito eficiente. É o que estabelece o autor do livro em tela, quando destaca que, ela minimiza os esforços necessários ao processamento de informações, além de impactar de

⁸⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, Fast and Slow**. 1. ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011, p. 27-28.

⁸⁵ Ibidem, p. 28.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ Idem.

forma positiva a performance da atividade. A explicação é simples: os modelos de situação do Sistema 1 e as suas previsões de curto prazo são extremamente precisos; para mais, as suas reações iniciais a desafios são rápidas e, na maioria dos casos, apropriadas.⁸⁸

Importante, contudo, observar que o autor, Kahneman⁸⁹, defende o seguinte quanto ao Sistema 1:

(...) o Sistema 1, todavia, tem vieses, erros sistemáticos que costuma repetir em certas circunstâncias. Como veremos, ele, por vezes, responde questões mais fáceis do que aquela efetivamente perguntada, e tem um baixo entendimento da lógica e estatística. Outro ponto de limitação do Sistema 1 é que ele não pode ser desligado. Você lerá, a não ser que sua atenção esteja completamente concentrada em outro lugar, a palavra de uma língua conhecida que lhe for apresentada em uma tela.⁹⁰

Ou seja, o Sistema 1 tem sérios problemas. É, de fato, indubitável a sua posição como um grande articulador do processo cognitivo. E não se questiona, de forma alguma, a sua direta influência sobre aquelas convicções e opiniões do Sistema 2. Observa-se, todavia, que o sistema repete sistematicamente uma ampla gama de erros.

5.2. *Associative memory*

Daniel Kahneman, na obra “Thinking, Fast and Slow”, discute, também, o caráter ou propriedade associativa da memória humana.

Na seção dedicada, principia-se pelo estabelecimento de uma premissa essencial. Aponta-se que o Sistema 1, quando sujeito a um estímulo, promove uma cascata incontrolável - até porque inconsciente - de ideias, memórias, emoções e ações pertinentes. Ressalta-se, então, como característica principal da sistemática em questão, a coerência; revela-se que os elementos continuamente suscitados dão suporte uns aos outros, reforçando-se mutuamente. A partir dessas considerações, explica-se que, pela cascata cognitiva, humanos processam

⁸⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, Fast and Slow**. 1. ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011, p. 28.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ No original: *System 1 has biases, however, systematic errors that it is prone to make in specified circumstances. As we shall see, it sometimes answers easier questions than the one it was asked, and it has little understanding of logic and statistics. One further limitation of System 1 is that it cannot be turned off. If you are shown a word on the screen in a language you know, you will read it—unless your attention is totally focused elsewhere.*

eventos inesperados, produzindo contextos que os tornam mais preparados para os futuros desenvolvimentos da situação presenciada. Alega-se, em suma, que a cascata cognitiva permite ao ser humano rapidamente informar-se do passado, preparando-se para o futuro.⁹¹

5.3. *Confirmation bias*

Para Daniel Kahneman, os mecanismos da memória associativa contribuiriam para uma espécie de viés de confirmação, aplicável ao processamento cognitivo de quaisquer hipóteses autônomas. E tal viés seria observado em ambos os sistemas. O Sistema 1 suscitaria cognições reforçadoras de hipótese considerada. O Sistema 2, por sua vez, empreenderia uma busca consciente por informações aptas à sua confirmação. No final das contas, haveria uma tendência real à confirmação das questões suscitadas.⁹²

Ilustrando o raciocínio, invoca o autor pergunta hipotética acerca da probabilidade de um tsunami atingir a Califórnia. Destaca, em suma, que a resposta de um indivíduo qualquer provavelmente superestimaria o valor real, por força das imagens de tsunamis que seu próprio Sistema 1 passaria a considerar.⁹³

⁹¹ KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, Fast and Slow**. 1. ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011, p. 55-56.

⁹² *Ibidem*, p. 87.

⁹³ *Idem*.

6. DA PSICOLOGIA AO PROCESSO PENAL

6.1. Contextualização

É consenso, inclusive entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, a necessidade de o magistrado adentrar a fase processual como sujeito imparcial. Não há quem defenda ser suficiente a participação, na fase de investigação preliminar, como sujeito imparcial. O grande impasse, na verdade, diz respeito à influência dos juízos daquela fase sobre o cognitivo do magistrado. Quer dizer, a discussão toda recai sobre as atribuições do juiz das garantias; indaga-se se elas retiram do agente a isenção de que precisaria caso lhe fosse atribuído o julgamento final.

E a discussão se deve à regra de impedimento insculpida no art. 3º-D do CPP. Afinal, ela seria completamente injustificável, sobretudo em face de seus efeitos práticos, se os juízos da investigação preliminar não impusessem ao magistrado daquela sede condicionamentos; ou, ainda, se tais condicionamentos pudessem ser contornados pela racionalidade humana.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs ajuizadas contra a reforma, sustentaram a possibilidade de a racionalidade humana se sobrepor aos vieses. É o que se retira do seguinte excerto, retirado da ementa do acórdão:

(i) Esta ordem de considerações não está em consonância com os pressupostos epistemológicos de criação e funcionamento das normas jurídicas, da justiça e dos regramentos necessários à organização da sociedade humana. Se, de um lado, a limitação do conhecimento e da própria racionalidade humana é um dos temas clássicos das reflexões filosóficas, que encontrou uma de suas primeiras e mais inspiradas expressões na Alegoria da Caverna, de Platão, por outro lado, a racionalidade limitada e os condicionamentos das heurísticas individuais não nos conduzem a pressupor que os seres humanos são irracionais e destituídos de livre-arbítrio. Ao contrário, a previsão de regras de comportamento e de sanção para sua violação, que caracteriza todo o sistema jurídico, erige-se sobre o pressuposto de que os indivíduos se comportam e decidem, em regra, como seres dotados de livre arbítrio e de racionalidade. (j) A presunção absoluta do viés de confirmação de decisões pretéritas, que inspirou o artigo 3º-D da Lei 13.964/2019, nutre-se de convicções opostas, admitindo, como regra, a irracionalidade do juiz e sua incapacidade para tomar decisões fundadas em dados e elementos objetivos de convicção, deixando-se guiar por heurísticas e vieses inconscientes de confirmação, sem quaisquer fundamentos.⁹⁴

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298. Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros e Outro (A/S). Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 24 ago. 2023. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 19 dez. 2023.

A justificativa, considerando-se a íntegra do acórdão, não é, porém, suficiente. Não explora os fundamentos teóricos manejados pelos que defendem arduamente a regra em tela. Diante disso, vale elaborar.

6.2. Juiz das garantias no inquérito

Como visto, não se trata o juiz das garantias de um juiz-instrutor.

O juiz instrutor, em sua acepção tradicional investigava, acusava, instruía e julgava, como um verdadeiro inquisidor. Em sua acepção moderna, este tipo, apesar de não julgar ou acusar, promove, de ofício, a investigação, bem como as diligências para a elucidação do fato, dispensando iniciativa das partes.⁹⁵

Não há dúvida de que o juiz instrutor, no exercício de suas funções, compromete a própria isenção. Ele se movimenta, afinal, como parte que busca ativamente a reconstrução de um fato criminoso, delimitado, via de regra, na sua própria pretensão. O próprio Tribunal Europeu dos Direitos Humanos reconheceu a necessidade de se proibir um juiz nesses moldes de julgar o processo. Trata-se, é claro, do caso de *Cubber vs. Bélgica*.⁹⁶

O juiz das garantias não se insere, contudo, na categoria de juiz-instrutor. É, em essência, magistrado equidistante e inerte; ele permite à investigação desenvolver-se sob a direção da polícia e do Ministério Público, com os pontuais influxos da defesa, intervindo em ocasiões excepcionais.⁹⁷

E os atos de sua competência, que antecedem e condicionam a decisão final, não exigem um intenso comprometimento com hipótese de mérito. Vale observar, a título de exemplo, o recebimento da denúncia.

O ato se dá quando se verifica, no caso, cumulativamente, a higidez formal da ação, a justa causa e o preenchimento de pressupostos processuais e condições da ação.

⁹⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 266-267.

⁹⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. O Juiz das Garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre*, n. 40, fev. 2011. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html. Acesso em: 25 de novembro de 2011. p. 2-3.

⁹⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 111.

A única dessas condições que se poderia considerar como ensejadora de hipótese material acerca do caso é a justa causa. As demais são atestadas, geralmente, *in statu assertionis*⁹⁸. A justa causa serve, porém, à necessidade de se filtrar as ações ilegais, manifestamente infundadas⁹⁹. Quer dizer, resta preenchida quando se considera presentes subsídios mínimos para as alegações acerca da autoria e materialidade do fato. Não induz, portanto, um prognóstico acerca do caso, mas a confirmação de que as alegações acusatórias não são infundadas, tendo algum lastro probatório. Nessa linha, reconhece-se, ao ato em questão, baixíssimo caráter decisório.

O STJ tem jurisprudência nesse sentido. Em um acórdão paradigmático mencionou a necessidade de se privilegiar o *in dubio pro societate*, evitando-se a rejeição nos casos em que não é manifesta a ausência de justa causa:

(...) Por certo, embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do *in dubio pro societate*. De igual modo, não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.

(...) Além do mais, no tocante à suposta ausência de fundamentação da decisão que recebeu a peça acusatória, tem-se que, em verdade, a decisão que recebe a denúncia (CPP, art. 396) e aquela que rejeita o pedido de absolvição sumária (CPP, art. 397) não demandam motivação profunda ou exauriente, considerando a natureza interlocutória de tais manifestações judiciais, sob pena de indevida antecipação do juízo de mérito, que somente poderá ser proferido após o desfecho da instrução criminal, com a devida observância das regras processuais e das garantias da ampla defesa e do contraditório.

(...) In casu, tendo havido a narração de fato típico, antijurídico e culpável, com a devida acuidade, suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime e, quando for o caso, o rol de testemunhas, viabilizando a aplicação da lei penal pelo órgão julgador e o exercício da ampla defesa pela denúncia, forçoso reconhecer que a peça acusatória permite a deflagração da ação penal.¹⁰⁰

A doutrina tem posicionamentos no mesmo sentido, conforme expressa o Curso de Processo Penal do professor Edilson Mougnot Bonfim, para quem “na fase do recebimento da denúncia vigora o princípio do *in dubio pro societate*, ou seja, caso haja dúvida sobre a pertinência da ação penal, deve ela ser admitida.”¹⁰¹

⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 299.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 293.

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Habeas Corpus n. 412.356. Impetrante: Edvaldo Luiz Francisco. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Julgado em 17 out. 2017. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 25 out. 2017.

¹⁰¹ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 472.

Diz-se, é claro, que o ato deve basear-se em um juízo de probabilidade. Ou seja, que deve ponderar as razões ou teses acusatórias e defensivas, concluindo pela preponderância das acusatórias¹⁰². Sob essa ótica, entretanto, a hipótese estabelecida no magistrado acenaria para uma superioridade pontual e contingente da versão acusatória - superioridade restrita à fase da investigação, onde se discute atos informativos hipotéticos e não contraditórios, inidôneos à geração de certeza. Não seria gerada uma hipótese firme sobre o caso. A hipótese estabelecida consubstanciaria mera confirmação da viabilidade da ação penal para um juízo de mérito condenatório.

De toda sorte, ainda que se formasse hipótese sobre o mérito, o Superior Tribunal de Justiça afasta, no recebimento da denúncia, a necessidade da fundamentação do art. 93, IX, da Constituição, vedando ao juiz uma análise minuciosa das teses e argumentos das partes¹⁰³. E o recebimento é decidido através dos precários atos de investigação, sob a noção de que haverá, em momento posterior, oportunidade para instrução propriamente dita e um juízo definitivo de mérito (em conformidade ou não com as conclusões anteriores). No limite, portanto, haveria uma hipótese de mérito, mas não propriamente um comprometimento do juiz com ela. A inversão das conclusões, se ocorresse, seria vista como consequência perfeitamente natural de uma apreciação contraditória, dialética e mais minuciosa dos fatos, na instrução.

Quanto à rejeição da absolvição sumária, constitui mera confirmação do juízo do recebimento, em face da resposta à acusação. E, em sintonia com o recebimento, não pode ter fundamentação exauriente dos argumentos manejados, sob pena de uma indevida antecipação do mérito.¹⁰⁴ Um juízo definitivo, no ponto, é exigido somente para os casos em que a intenção é proceder à absolvição do réu - decisão que não importa ao estudo, uma vez que impede o curso do processo, rechaçando quaisquer dúvidas acerca da imparcialidade do juiz.

Em relação às medidas cautelares, pedem o juízo de probabilidade estudado no recebimento, com a diferença de que o exigem, também, para o dano que se atribui a uma eventual omissão da tutela.¹⁰⁵ E, na investigação, tais medidas são decididas, naturalmente, com os atos precários daquela sede, sob a previsão de uma oportunidade posterior para juízo

¹⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 293-294.

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Habeas Corpus n. 410.747. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em 12 dez. 2017. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 19 dez. 2017.

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus 173.983. Agravante: A P C. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado em 27 mar. 2023. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 31 mar. 2023.

¹⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., p. 1.598-1.599.

definitivo. Vale, portanto, a lógica aplicada ao ato de recebimento: não há estabelecimento de hipótese sobre o caso; se houvesse, certamente não haveria um comprometimento do juiz com ela.

Diga-se, para mais, que o juiz das garantias não tem iniciativa probatória.

Conforme suscitado, a imparcialidade desse juiz restaria intocada caso lhe fosse permitido diligenciar para a obtenção de meios de prova, após notícia orgânica da respectiva fonte; perigoso seria permitir que perscrutasse novas fontes de prova. De qualquer forma, o Supremo Tribunal Federal, quando flexibilizou a vedação do art. 3º-A à iniciativa probatória judicial, o fez somente em relação ao juiz da instrução, para o fim do art. 156, I do CPP: a dissolução de dúvida em questão relevante ao mérito. Nesse ponto, portanto, são dispensáveis maiores considerações.¹⁰⁶

6.3. Dissonância cognitiva

Nas discussões acerca do impedimento do juiz das garantias, invoca-se geralmente as considerações da teoria da dissonância cognitiva relativas à tomada de decisões e à figura da “impressão inicial”.¹⁰⁷

Em relação à tomada de decisões, explora-se principalmente as pressões que acompanham a dissonância, forçando uma espécie de resistência ou evitação dos elementos aparentemente conflitantes com o juízo firmado.¹⁰⁸

Quanto à impressão inicial, costuma-se apontar a tendência humana de se avaliar novas informações à luz do que se apreendeu inicialmente, numa tentativa involuntária de se adequar a cognição nova à original.¹⁰⁹

A literatura científica mais recente, todavia, tem fornecido razões contundentes para se duvidar da importância desses fenômenos, certamente existentes, na lógica de atuação do

¹⁰⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 132.

¹⁰⁷ LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A IMPRESCINDIBILIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA UMA JURISDIÇÃO PENAL IMPARCIAL: REFLEXÕES A PARTIR DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA. **Revista Duc In Altum**, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 68, set-dez. 2016.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 74.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 70 e 74.

juiz das garantias que, pela regra da prevenção, acaba julgando o processo. Vale explicar.

Especialistas da área vêm trabalhando, por um bom tempo, com a noção de que a evitação de informações incompatíveis com a decisão tomada, na lógica da dissonância cognitiva, não se aplicam a todo e qualquer juízo. Vêm entendendo que ela depende da irrevogabilidade da decisão e da existência de um vínculo emocional relevante entre ela e o sujeito a quem diz respeito. E a percepção faz sentido. Afinal, um dos exemplos clássicos da aplicação da dissonância cognitiva, na tomada de decisões, é a compra de um carro, com uma pressão posterior para a redução da atratividade da decisão preterida. Nesse caso, o agente tende a evitar fontes de informações que desafiam seu juízo porque não é neutro quanto ao resultado da busca. Já que não pode revogar imediatamente a decisão, preferiria encontrar informações que indicassem ter empreendido da melhor forma possível os seus valiosos recursos financeiros.¹¹⁰

Para todos os efeitos, é consenso, na literatura especializada, o abandono da ideia de que a dissonância e as pressões para a sua redução surgem de um mero conflito de cognições conflitantes.¹¹¹ É indispensável, às pressões, uma espécie de vínculo subjetivo com a decisão.

Feitas essas considerações, destaca-se que tal vínculo não pode ser observado na atuação do juiz das garantias. O que ele decide, em tese, pelo menos, não afeta diretamente o complexo de suas relações pessoais. Suas decisões são tomadas objetivamente, em face de determinados indícios, para a propulsão ou balizamento de procedimentos oficiais. E os seus juízos não são irrevogáveis. Na verdade, são tomados, em grau de probabilidade - no máximo, sob a previsão de que posteriormente haverá específica oportunidade para juízo definitivo, com uma completa inversão das conclusões tiradas. Eis aí, a propósito, outra razão para a inexistência de vínculo subjetivo entre o juiz das garantias e suas decisões. Afinal, que motivo teria o magistrado para desejar a manutenção de juízo prolatado quando ainda lhe era dado cometer equívoco, pela própria natureza precária dos atos da investigação?

De toda sorte, parece prevalecer, na doutrina, o modelo da teoria da dissonância cognitiva conhecido como “action-based model”¹¹². E este modelo, o mais aceito, restringe os

¹¹⁰ POHL, Rudiger F. **Cognitive Illusions: A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgement and Memory**. 1. ed. Hove: Psychology Press, 2012, p.88.

¹¹¹ GARDNER, Wendi L.; SHAH, James Y. **Handbook of Motivation Science**. 1.ed. New York: The Guilford Press, 2007, p. 72-76.

¹¹² HARMON-JONES, Cindy; HARMON-JONES, Eddie; LEVY, Nicholas. An Action-Based Model of Cognitive Dissonance Processes. **Current Directions in Psychological Science**, Londres, n. 3, v. 24, p. 184-189, 2015.

efeitos da dissonância, nas decisões, aos casos em que os aspectos positivos e negativos das alternativas ponderadas são significativos e impõem padrões de atuação distintos. É como se seres humanos privilegiassem ação contundente e unívoca, possuindo uma tendência inata a extirpar os conflitos internos a respeito da adequação de seus próprios padrões de atuação.¹¹³

Assim, haveria dissonância nos casos em que se decide com impacto sobre a própria esfera de atuação. A título de exemplo, imagine-se homem que, apesar de seguir uma dieta rigorosa, escolhe pedir uma sobremesa. Tendo feito uma escolha relativamente irrevogável, o agente tenderá a incrementar a atratividade da opção pela sobremesa, rechaçando a de não encomendá-la. Isso porque a sua intenção intrínseca é proceder ao consumo sem conflitos internos acerca da adequação da própria atitude.

E o magistrado das garantias, reitere-se, toma decisões quando provocado, para o balizamento da investigação e o avanço da persecução penal. As decisões da investigação não são juízo do magistrado acerca de padrões de atuação seus.

Em relação às impressões iniciais, parece adequada a abordagem que as observa no contexto de custos, indicando boas razões para se duvidar de uma impensada confirmação delas nos casos de riscos exponenciais.¹¹⁴ A abordagem, aliás, é perfeitamente compatível com os experimentos acerca da temática. Afinal, pouco importa concluir ser alguém mais sério do que realmente é, pelo contato prévio com a informação de que seria extremamente calculista.

Impossível, portanto, afirmar que o juiz garantias deixar-se-ia levar cegamente, no julgamento, por impressão fixada ainda na investigação, perante cenário incompleto dos fatos. O risco de uma condenação errônea - por opção política, infinitamente mais dramático do que o de uma absolvição errônea¹¹⁵ - jamais permitiria ao agente em tela deixar de considerar detalhadamente razões contrárias a eventual impressão inicial.

6.4. Viés da confirmação

¹¹³ HARMON-JONES, Eddie. Cognitive Dissonance Theory. **Encyclopedia of Human Behavior**, Londres, v.1, p. 543-549, 2012.

¹¹⁴ POHL, Rudiger F. **Cognitive Illusions: A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgement and Memory**. 1. ed. Hove: Psychology Press, 2012, p.88.

¹¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021,, p. 663.

Em relação ao viés de confirmação, a doutrina dá conta de três formas de introduzi-lo, presumindo-se a existência de uma hipótese fixa: testes inócuos, que confirmariam a hipótese, independentemente dos resultados; a recordação seletiva de informações confirmatórias da hipótese; e a reinterpretção ou reavaliação das cognições disponíveis, em prol da hipótese inicial (de sua confirmação).¹¹⁶

Os testes inócuos dificilmente seriam utilizados. Nem sequer crianças os aplicariam, com frequência, no exame de hipóteses.¹¹⁷

Quanto à recordação seletiva de informações confirmatórias, simplesmente não há consenso. Alguns experimentos indicaram a sua existência; outros, a descartam inteiramente, frisando um processamento mais intensivo e um resgate mais fácil de dados contraditórios. Tem-se assumido, dessa forma, que os resultados dependem, em grande medida, dos métodos utilizados, não refletindo a realidade fática.¹¹⁸

A reinterpretção ou reavaliação de informações seria a única vertente realmente verificável do viés da confirmação. Alguns experimentos a confirmaram. A grande maioria deles, todavia, presumem vínculo subjetivo entre o agente e a hipótese. À título de exemplo, menciona-se experimento em que pessoas avaliaram mais criticamente cognições contrárias às suas percepções a respeito da pena de morte.¹¹⁹

Nos casos sem vinculação emocional, no entanto, também haveria alguma prova de sua existência, mas ela dependeria de um verdadeiro comprometimento do agente com uma determinada hipótese.¹²⁰

De qualquer forma, o viés da confirmação teria efeitos reduzidíssimos nos casos em que uma confirmação equivocada da hipótese teria custos muito altos. É por essa razão que um indivíduo retornaria à sua residência, após considerar a possibilidade de ter esquecido a porta destrancada. Ao agente, seria obviamente melhor que concluísse ter trancado a porta. Os prejuízos de se ter deixado a porta aberta, no entanto, instigam que se dê grande valor às informações que contradizem radicalmente a hipótese desejada.¹²¹

¹¹⁶ POHL, Rudiger F. **Cognitive Illusions: A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgement and Memory**. 1. ed. Hove: Psychology Press, 2012, p.88.

¹¹⁷ Ibidem, p. 87.

¹¹⁸ Ibidem, p. 88.

¹¹⁹ Ibidem, p. 89 e 93.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Ibidem, p. 90-91.

Feitas essas considerações, destaca-se que o juiz das garantias, além de não firmar hipótese acerca do caso, restringindo-se a juízos de probabilidade (no máximo), não tem, conforme discutido, vínculo subjetivo com suas decisões e juízos. Ele decide objetivamente, ante elementos precários e sem um dever de acertar, para o balizamento da investigação e a propulsão da sistemática estatal de repressão criminal.

Fixa-se, também, que são terríveis os custos de um juízo condenatório equivocado. Afinal, por força de escolha política do sistema vigente - fundada no princípio da presunção da inocência¹²², vigora o que estabeleceu Von Langenfeld¹²³, tal como citado por Aury Lopes Jr.¹²⁴: “é melhor liberar trinta ou mais homens culpados do que punir um homem inocente”¹²⁵. A tendência do juiz das garantias, portanto, seria, na verdade, um grande ceticismo quanto às informações confirmatórias da tese acusatória julgada provável.

Aponta-se, dessa forma, a impossibilidade de se deduzir, a partir do viés aqui tratado - o viés da confirmação, contaminação cognitiva, pelo exercício das funções de magistrado das garantias.

¹²² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 663.

¹²³ VON LANGENFELD, Friedrich Spee. **Cautio Criminalis**: or a Book on Witch Trials. Trad. Marcus Hellyer. London/Charlottesville: University of Virginia Press, 2003, p. 46.

¹²⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 137.

¹²⁵ No original: *It is better to let thirty or more guilty men go than to punish one innocent.*

7. CONCLUSÃO

Diante do exposto, parece temerário defender, a partir da dissonância cognitiva e do viés da confirmação, a necessidade da regra do art. 3º-D do Código de Processo Civil. Isso porque as teorias suscitadas, conforme explicado, não permitem induzir a contaminação do juiz das garantias, pelo exercício das funções que lhe cabem.

Em relação à dissonância cognitiva, melhor se adequa àquelas decisões com impacto direto sobre a esfera de atuação do agente optante, que teria, como ser humano, uma tendência inerente ao prestígio da ação unívoca, internamente segura. No limite, entretanto, teria efeitos na presença de vínculo subjetivo entre a decisão proferida e o agente optante. Quer dizer, seria necessário, ao seus efeitos, pelo menos, o desejo do agente em ver conservada a decisão prolatada. E tal circunstância não se pode verificar na atuação do magistrado das garantias.

Quanto ao viés de confirmação, grande parte de suas vertentes simplesmente não podem ser verificadas com certeza. No que toca à vertente observável, ela não se aplica ao juiz das garantias por uma série de razões. Entre tais razões, estaria a necessidade, para sua constatação, de vínculo subjetivo ou de genuíno comprometimento com hipótese. De toda sorte, os custos envolvidos na decisão final podariam os seus efeitos, na atuação do juiz das garantias, impondo ceticismo quanto às cognições já firmadas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. O Juiz das Garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 40, fev. 2011. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html. Acesso em: 25 de novembro de 2011.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559647774/>. Acesso em: 05 nov. 2024.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus 173.983. Agravante: A P C. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado em 27 mar. 2023. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 31 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Habeas Corpus n. 412.356. Impetrante: Edvaldo Luiz Francisco. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Julgado em 17 out. 2017. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 25 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Habeas Corpus n. 410.747. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em 12 dez. 2017. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 19 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298. Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros e Outro (A/S). Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 24 ago. 2023. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 19 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Habeas Corpus n. 164.493. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em 23. mar. 2021. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 04 jun. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Tradução de Eduardo Almeida. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HARMON-JONES, Cindy; HARMON-JONES, Eddie; LEVY, Nicholas. An Action-Based Model of Cognitive Dissonance Processes. **Current Directions in Psychological Science**, Londres, n. 3, v. 24, p. 184-189, 2015.

HARMON-JONES, Eddie. Cognitive Dissonance Theory. **Encyclopedia of Human Behavior**, Londres, v.1, p. 543-549, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A IMPRESCINDIBILIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA UMA JURISDIÇÃO PENAL IMPARCIAL: REFLEXÕES A PARTIR DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA. **Revista Duc In Altum**, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 55-91, set-dez. 2016.

KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, Fast and Slow**. 1. ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

VON LANGENFELD, Friedrich Spee. **Cautio Criminalis**: or a Book on Witch Trials. Trad. Marcus Hellyer. London/Charlottesville: University of Virginia Press, 2003.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649280/>. Acesso em: 29 out. 2024.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal - Volume Único**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647385/>. Acesso em: 16 jun. 2024.

POHL, Rudiger F. **Cognitive Illusions: A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgement and Memory**. 1. ed. Hove: Psychology Press, 2012.