



## JUIZ DAS GARANTIAS: dissonância cognitiva e imparcialidade objetiva. Uma apreciação sobre os fundamentos para a reestruturação do processo penal brasileiro

35

*JUDGE OF GUARANTEES: cognitive dissonance and objective impartiality. An appreciation on the reasons for the restructuring of the Brazilian criminal process*

Frederico Valdez Pereira

### RESUMO

Analisa o fundamento primordial na decisão normativa pela adoção do juiz das garantias. Aborda criticamente as principais elaborações doutrinárias que sustentam a necessidade do instituto. Reflete se a preservação da imparcialidade judicial é o fundamento principal para a adoção do juiz das garantias.

### PALAVRAS-CHAVE

Juiz das Garantias; dissonância cognitiva; imparcialidade judicial; processo penal.

### ABSTRACT

*This article assesses the main reason the normative decision to adopt the judge of guarantees. The main doctrinal elaborations that support the need of the institute are critically analyzed. It reflects whether the preservation of judicial impartiality is the cardinal basis for the adoption of the judge of guarantees.*

### KEYWORDS

*Judge of Guarantees; cognitive dissonance; objective impartiality; criminal process.*

## 1 INTRODUÇÃO

Instituto abordado há muito tempo nos debates acadêmicos, inclusive por ter figurado como a maior novidade durante a longa tramitação do Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal<sup>1</sup>, o juiz das garantias foi introduzido no ordenamento jurídico nacional pela Lei 13.964/2019. Trata-se, muito provavelmente, da inovação legislativa trazida pelo chamado “pacote anticrime” de maior relevância no processo penal, o que se confirma não só pelos seus reflexos na estrutura do sistema judiciário penal brasileiro, como por todas os debates, críticas e contravérsias doutrinárias envolvendo sua previsão<sup>2</sup>.

O objetivo deste artigo não é de desenvolver um estudo analítico sobre o conjunto de razões sustentadas pela doutrina para a introdução da separação funcional e/ou orgânica entre o órgão jurisdicional que atua na fase investigativa e o órgão jurisdicional da fase judicial de instrução e julgamento. O propósito é bem mais restrito. Busca-se identificar aquele que deveria ser o fundamento basilar na decisão pela adoção ou não do juiz de garantias, ou seja, o mérito que orienta a tomada de posição no tema.

Pela própria proposição, a abordagem será restrita, e deliberadamente incompleta. A decisão normativa, e estrutural, pela adoção de um juiz com atuação específica e limitada à fase preliminar de investigação penal tem variados fundamentos, e pode ser refletida de forma ampla, pelas múltiplas razões que recomendam, ou contraindicam, a separação funcional e orgânica entre os órgãos jurisdicionais com atuação no primeiro grau da jurisdição penal.

Essas causas também se alternam, a depender do contexto histórico e estrutural em questão. Na Itália, por exemplo, o relatório ao projeto preliminar do Código de Processo Penal de 1988 explicitava que a disciplina do novo código, atinente à investigação preliminar, tinha por finalidade solucionar uma das mais relevantes ambiguidades do sistema processual penal então vigente: a existência do juiz instrutor, ou seja, de um órgão jurisdicional com atuação inquisitória na investigação (GAZZETTA UFFICIALE, 1988). A modificação radical se deu com a substituição do juiz instrutor pelo “*giudice per le indagini preliminari*”, o qual passou a atuar na investigação apenas ocasionalmente, sem função instrutória, com atribuições de garantia e de controle sobre a legalidade da investigação (idem, p. 81)<sup>3</sup>, funções homólogas às do juiz das garantias.

Contrariando os argumentos mais partilhados pela doutrina<sup>4</sup>, e em parte ressoados na recente alteração legislativa que redundou na inclusão dos artigos 3º-B a 3º-F no Código de Processo Penal brasileiro, a hipótese básica levantada por este artigo é de que: considerações de imparcialidade do órgão julgador não são embasamento justificável para a transformação estrutural do sistema judicial penal de primeiro grau. Secundariamente: o fundamento primordial, e justificável, para a adoção do juiz das garantias é a qualificação da atuação jurisdicional no exercício das funções de controle da legalidade e de garantia dos direitos na investigação penal.

No percurso indicado pela hipótese de trabalho, será importante, logo no início, firmar algumas premissas básicas que embasam a reflexão. Logo na sequência do texto, passa-se a analisar, criticamente, as duas linhas doutrinárias mais prolíferas no cenário nacional para conferir argumentos à introdução do juiz

das garantias: a imparcialidade objetiva e os vieses cognitivos, caracterizados pela dissonância cognitiva. A dimensão do trabalho já exigiria tais limites de apreciação teórica. Além disso, a seleção dessa base doutrinária, entende-se, é ampla o suficiente para dar conta das justificativas mais relevantes, questioná-las e testar a hipótese, além de permitir a análise necessária à apreciação progressiva da hipótese indicada, sempre com apoio nas premissas expostas.

Esse percurso é importante, pois, a partir dele, será possível fazer uma reflexão embasada sobre os contornos normativos que o instituto do juiz das garantias deveria ter. A noção é a de que a configuração legislativa do juiz das garantias deveria corresponder às razões principais de seu acolhimento. Em outras palavras, somente a partir de uma identificação justificada dos fundamentos do instituto, é que será possível analisar o modo pertinente de sua regulação normativa<sup>5</sup>.

Neste estudo, trata-se apenas, parcialmente, da primeira questão: os fundamentos para a reformulação estrutural do sistema processual penal brasileiro. Referências pontuais à disciplina introduzida pela lei anticrime servirão apenas para demonstrar a importância da abordagem e a necessidade de futuros artigos específicos sobre o tema da regulação do juiz das garantias introduzida pela Lei n. 13.964/2019.

## 2 INDICAÇÃO DAS PREMISAS IMPORTANTES: A CONCEPÇÃO RACIONAL DA PROVA E O PROCESSO PENAL COMO ESFORÇO CONJUNTO DE SUCESSIVAS ETAPAS

Foi já sinalizado o recorte proposto como tema do artigo, e a impossibilidade de se fazer abordagem extensiva, abrangente de todos os argumentos referidos pela doutrina como fundamentos para a adoção do juiz das garantias. Até por isso, parece importante referir duas ideias de base, assumidas quase que implicitamente no desenvolvimento do texto, e que têm aqui a função de desbastar um pouco o terreno naturalmente complexo e intrincado da estrutura funcional do processo penal. Por óbvio, como será notado, essas noções serão inseridas de modo telegráfico, pela absoluta impossibilidade temática e espacial de tracejar minimamente o sumo dessas questões.

A primeira ideia está no acolhimento das concepções cognitiva e racional das atividades probatória e decisória em todas as etapas do procedimento penal. Dito de outro modo, desacolhem-se concepções do mecanismo probatório e das decisões no juízo penal como meros exercícios de captura psíquica do julgador<sup>6</sup>, orientados por algum critério de convencimento puramente psíquico do órgão judicial<sup>7</sup>. Ao contrário da base subjacente, sobretudo, nas referências da doutrina nacional à dissonância cognitiva, a premissa epistemológica aqui adotada é cognitiva, de busca do melhor acerto possível dos fatos no processo, a partir de uma exigência de verificação racional empírica, suscetível de controle intersubjetivo e posterior das atividades instrutórias e das conclusões motivadamente apresentadas<sup>8</sup>.

Embora reconheçam-se traços argumentativos e valorativos inegáveis nos atos de provar e de decidir<sup>9</sup>, assume-se a prova como instrumento racional de conhecimento. Aspecto que se complementa pela necessidade de as decisões judiciais serem racionalmente fundamentadas, e submetidas a controle intersubjetivo<sup>10</sup> com base, primordialmente, em critérios obje-

tivos e racionais de probabilidade lógica e de inferência indutiva consentidos pelas provas<sup>11</sup>. Mesmo considerando-se tão somente o enfoque das partes interessadas<sup>12</sup>, não seria possível dizer que o convencimento do juiz de primeiro grau exaure o propósito do esforço probatório, uma vez que o controle que as partes propugnam no desenrolar do procedimento ordinário busca evidenciar os elementos probatórios disponíveis no processo, cotejando racionalmente a prova e o acertamento fático com o *standard* de prova que orienta o juízo penal<sup>13</sup>.

A última referência já permite transitar para a segunda ideia de base, subjacente a este estudo. A sucessiva avaliação intersubjetiva das razões decisórias, na continuidade do procedimento, reafirma o aspecto cognitivo do processo penal. Esse controle se conduz por critérios reconhecíveis, de base objetiva e racional, levando em conta as provas legitimamente judicializadas. Tem por finalidade examinar se as provas alcançaram o grau de probabilidade lógica necessária à afirmação da culpabilidade, sempre com base em raciocínio inferencial e indutivo<sup>14</sup>. A concepção cognitiva do ato de provar no processo penal relaciona-se diretamente, por um lado, com a exigência de motivação racional das decisões, e, por outro, com o controle intersubjetivo sobre a apreciação da prova e as razões decisórias<sup>15</sup>.

A dinâmica processual em etapas sucessivas de reapreciação dos julgamentos assimila a falibilidade inerente às decisões judiciais<sup>16</sup>, racionalizando na estrutura do processo as possibilidades de erro na apreciação das provas em juízo<sup>17</sup>. As resoluções judiciais são todas passíveis de impugnação recursal exatamente para esconjurar eventuais desvios procedimentais e de juízos valorativos. A decisão da causa penal será aquela que sobrevier da última instância de julgamento, logo o processo ante o órgão decisório inicial é simplesmente um episódio de uma sequência contínua, sendo, portanto, ineficaz para descrever o esforço conjunto<sup>18</sup>. Como refere Haack, uma consideração completa, não facciosa, do processo judicial deveria incluir os graus recursais<sup>19</sup>.

Essas premissas assumidas previamente, é fácil perceber, terão importân-

cia nas ideias sustentadas no decorrer do artigo. Afastar-se de uma concepção irracional e subjetiva da prova, que sobrevaloriza o convencimento psíquico do julgador, para raciocinar tendo por referência o processo como atividade precipuamente cognitiva, e a prova com função demonstrativa<sup>20</sup>, já minimiza, de partida, convencimentos subjetivos provisórios e precoces do julgador de primeiro grau. Compreender o processo penal como um esforço contínuo, composto de etapas sucessivas, envolvendo controle racional e intersubjetivo de todas as decisões<sup>21</sup>, insere a questão dos possíveis erros de julgamento em um mecanismo previamente concebido para depurar as inerentes falhas humanas de julgamento<sup>22</sup>.

### 3 A COGITAÇÃO DE QUEBRA DA IMPARCIALIDADE OBJETIVA

Na fração da doutrina nacional que sustenta a necessidade do juiz das garantias, uma das primeiras, e talvez a mais desenvolvida, linhas de embasamento para a separação dos juizes com atuação no primeiro grau de jurisdição é a consideração da imparcialidade judicial. Em apertada síntese, pode-se considerar que o estímulo inicial de parte da doutrina brasileira para a defesa da separação orgânica entre juiz do inquérito e juiz do processo foi o desenvolvimento da doutrina da imparcialidade judicial impulsionada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos<sup>23</sup> – TEDH, principalmente pelos reflexos da distinção entre o significado subjetivo e o objetivo da imparcialidade judicial<sup>24</sup>.

Não cabe ingressar aqui em análise descritiva detalhada dessa elaboração. Importa, por ora, indicar os seus contornos básicos, a partir dos quais será possível conhecer o cerne da teoria e de seus possíveis reflexos no tema. Assim, uma observação criteriosa sobre o conjunto das decisões do TEDH no tema permitiu se identificar algumas linhas de força da elaboração interpretativa a respeito da noção de imparcialidade judicial (JIMÉNEZ ASENSIO, 2002, p. 185).

Sistematicamente, podem-se resumir assim as quatro pautas orientadoras básicas a respeito do direito ao juiz imparcial na jurisprudência da Corte europeia: a) a imparcialidade judicial tem duas dimensões, uma subjetiva e outra objetiva;

b) as aparências são importantes para valorar se um tribunal é imparcial; c) a resposta sobre se existe violação à imposição de imparcialidade não pode se dar senão mediante análise das peculiaridades do caso concreto; d) rejeita-se uma interpretação restritiva da imparcialidade (GARCÍA ROCA; VIDAL ZAPATERO, 2009, p. 378).

Dessas vertentes, a principal para o nosso estudo, e que parece ser a de maior projeção prática, é a aferição da imparcialidade pelo significado do controle objetivo. Nessa dimensão objetiva, o cerne é avaliar se atuações anteriores do juiz na persecução penal podem retirar sua imparcialidade para o julgamento do caso. No entanto, é fácil perceber que há uma interligação entre essas linhas de força, que se complementam mutuamente. A aferição da imparcialidade objetiva, em muitos casos, vai considerar a aparência de imparcialidade, com base nas peculiaridades do caso concreto.

Assim, no cerne da teoria do TEDH está a distinção entre a imparcialidade subjetiva e imparcialidade objetiva. Aproximadamente, a primeira diz respeito à consciência ou predisposição subjetiva do julgador em relação aos sujeitos processuais e ao interesse em litígio. E a segunda insere a ideia de que ao julgador não basta ser imparcial, deve parecer sê-lo no processo, sob pena de, ausente essa aparência, ou seja, emanando desconfianças de parcialidade tanto às partes como ao meio social, ver-se colocada em discussão a própria legitimidade do poder judiciário como órgão estatal de solução dos conflitos<sup>25</sup>.

O maior campo de pesquisa oriundo da análise dos julgados do TEDH está na aferição da imparcialidade pelo significado do controle objetivo<sup>26</sup>, no qual se deve valorá-la, muitas vezes, diante da fisiológica presença, no conjunto do procedimento penal, de diversas situações nas quais o juiz atua ou deve assumir uma valoração ou decisão, ainda que preliminar, mas suscetível de gerar questionamento quanto ao julgamento final. A indagação feita é se o juiz ofereceu garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima a respeito de sua imparcialidade<sup>27</sup>.

O TEDH auxiliou muito na densificação do direito ao juiz imparcial no âmbito do processo penal, sobretudo pelo

esforço em determinar até que ponto a imparcialidade judicial é atingida como consequência de o julgador já ter funcionado anteriormente no procedimento. Ficou destacada a importância de uma verificação criteriosa sobre o contato antecedente do juiz com o caso, decidindo, por exemplo, prisões cautelares, ou outras diligências investigativas de restrição aos direitos do acusado, ou então pelo fato de haver ocupado determinado cargo que lhe tivesse proporcionado contato com o objeto litigioso em outra condição pregressa ao julgamento.

Diz-se que se trata de apreciação objetiva da imparcialidade porque relacionada às funções exercidas e à organização interna do aparato judicial no qual o magistrado está inserido<sup>28</sup>. Leva em conta considerações de caráter funcional ou orgânico, portanto de aferição empírica, independentemente de questionamento sobre convicções pessoais, ideológicas ou relações subjetivas do juiz.

Em casos paradigmáticos esmiuçados seguidos amplamente pela doutrina<sup>29</sup> (casos Delcourt c. Bélgica<sup>30</sup>; Piersack c. Bélgica<sup>31</sup>; De Cubber c. Bélgica<sup>32</sup>; Hauschildt c. Dinamarca<sup>33</sup>; Castillo Algar c. Espanha<sup>34</sup>), o objeto de análise dos juízes do TEDH envolveu, de algum modo, a possível violação do direito ao juiz imparcial, no caso concreto, pelo fato de o mesmo julgador ter funcionado sucessivamente na fase de instrução e na fase de julgamento da causa.

Nesse contexto, é exemplar o posicionamento do TEDH, reiterado em algumas oportunidades<sup>35</sup>, no sentido de configurar violação do direito ao juiz imparcial a acumulação sucessiva das funções instrutora (investigatória) e julgadora pelo mesmo magistrado no mesmo procedimento. Tanto que esse posicionamento teve muita influência nas legislações internas de países que adotavam a figura do juiz de instrução e que, a partir da sedimentação do juízo da Corte europeia afastando a possibilidade de acumulação das funções de juiz de instrução e juiz da causa, por violação da imparcialidade objetiva, viram reforçadas as pretensões de reforma processual penal com vista a eliminar a figura do juiz de instrução<sup>36</sup>.

38

***No paradigmático caso Hauschildt, por exemplo, é feita a distinção, com a constatação de que a atuação do juiz na fase investigativa na Dinamarca não se confunde com as atribuições de um juiz de instrução [...]***

Diferente da situação anterior é o caso de o juiz da causa, na fase investigativa preparatória do processo, ter funcionado jurisdicionalmente, ocasionalmente, decidindo questões relacionadas a requerimentos de prisão cautelar ou outras medidas investigativas com caráter invasivo a direitos do investigado. Essa distinção foi feita de forma clara na jurisprudência do TEDH, bastando a leitura dos casos indicados acima.

No paradigmático caso Hauschildt, por exemplo, é feita a distinção, com a constatação de que a atuação do juiz na fase investigativa na Dinamarca não se confunde com as atribuições de um juiz de instrução, uma vez que ele não detém incumbência para conduzir investigação, sequer para decidir se o investigado deve ou não ser levado a julgamento. A tarefa investigativa está sob o domínio da Polícia e do Ministério Público, sendo

que a atuação jurisdicional, nesta fase preliminar, dá-se por provocação dos órgãos responsáveis pela investigação.

É a partir dessa distinção que o TEDH afirma que o fato de um juiz ter conhecido previamente determinado assunto e proferido decisão sobre alguma situação relacionada ao caso, não é suficiente, por si só, para afetar sua imparcialidade. Necessário será a apreciação detida de qual há sido a intensidade e a natureza dessa intervenção, modo a apreciar se efetivamente o grau da atuação judicial anterior tem influência sobre a sua imparcialidade<sup>37</sup>. Nas palavras do próprio TEDH: *O simples fato de que esse juiz já tenha tomado decisões na fase preliminar do caso, incluindo decisões relacionadas à prisão preventiva, não pode, por si só, justificar temores quanto à sua imparcialidade. Apenas circunstâncias especiais podem justificar conclusão diferente, como aconteceu no caso Hauschildt*<sup>38</sup>.

Apenas desse modo, mediante análise caso a caso, será possível apreciar, analiticamente, quais são as *atividades cujo curso prévio por parte do juiz afetam seu futuro juízo, e quais, pelo contrário, não representam prejuízo ou condicionamento da futura resolução* (JIMÉNEZ, 2002, p. 199). Pela indicação do TEDH, pode-se dizer, genericamente, que, em não sendo o caso de atuação como juiz investigador (juiz de instrução), apenas as decisões na fase preliminar da investigação que exijam fundamentação relacionada ao convencimento do julgador em relação à provável culpabilidade do investigado, ou seja, que aprofundem, em algum sentido, o convencimento sobre a responsabilidade penal, é que poderiam ensejar dúvidas legítimas de perda da imparcialidade objetiva para o julgamento do caso penal<sup>39</sup>.

De modo mais simples, a dúvida de imparcialidade objetiva do julgador por decisões nas fases anteriores somente se manifesta quando essas decisões prévias tenham se referido ao exame da responsabilização penal do agente pelo delito imputado<sup>40</sup>.

O TEDH acrescentou argumentação relevante no tema ora analisado, e que sinaliza claramente a sua posição. A Corte europeia foi expressa ao sustentar que as questões sob apreciação do julgador na fase investigativa são substancialmente diferentes daquelas que se põem na ocasião da decisão no julgamento final. Ao menos em princípio, ao pronunciar-se sobre a necessidade de detenção preventiva, ou outras matérias processuais relacionadas à apuração dos fatos com natureza invasiva a direitos individuais, o juiz analisa sumariamente os dados disponíveis a fim de averiguar se, *prima facie*, estão presentes os requisitos autorizadores dessas medidas restritivas de ordem processual.

Já na sentença, deverá ser avaliado se as provas produzidas sob o crivo do contraditório permitem a condenação do acusado<sup>41</sup>. Os requisitos da valoração, o conjunto do material analisado e o próprio objeto da valoração são distintos. Assim, o TEDH afirmou posição, reiterada em diversos julgados posteriores<sup>42</sup>, sob a base de que o simples fato de um juiz ou tribunal ter decidido questões processuais anteriores ao início do processo judicial, ou mesmo durante a fase processual, inclusive envolvendo a decretação da prisão do acusado, não pode ser considerado motivo suficiente a justificar temores a respeito de violação da imparcialidade<sup>43</sup>.

Nesse grupo de casos em análise, que pode ser considerado como envolvendo situações de natureza funcional, é possível depreender que somente nas situações em que haja uma distinção muito tênue entre os requisitos para a decretação da

medida invasiva na fase de investigação e a análise da responsabilidade penal do acusado no julgamento da causa em juízo, é que se reconhece violação da imparcialidade judicial. O que importa verificar, portanto, são as exigências legais para a tomada das decisões na fase preliminar e a profundidade da avaliação conduzida concretamente. Acaso se exija elevado grau de clareza em relação ao tema da responsabilidade penal do investigado ou haja coincidência entre o conteúdo da decisão preliminar e o mérito da causa, deve considerar-se comprometida a imparcialidade do julgador.

Em resumo, não há um princípio extraído da hermenêutica desenvolvida pelo TEDH, na sua extensa jurisprudência sobre imparcialidade judicial, que indique a impossibilidade de o juiz que decidiu questões jurisdicionais na fase de investigação preliminar assumir depois a instrução e julgamento do caso em juízo. Pelo contrário, a indicação genérica é de que tal situação, em regra, não viola o princípio da imparcialidade, o que pode ocorrer em situações excepcionais, a depender de peculiaridades do caso<sup>44</sup>.

Não poderia ser diferente, até mesmo por análise intuitiva. Acaso se considerasse que o simples fato de o julgador ter apreciado o cabimento de medidas investigativas e/ou cautelares na fase preliminar o tornaria parcial para o julgamento do caso, a conclusão inafastável, sob pena de flagrante contradição, seria reputar contaminados todos os magistrados que tivessem apreciado o cabimento das mesmas questões. Assim, os membros dos tribunais que tivessem analisado recursos, habeas corpus e impugnações em face de decisões tomadas na fase investigatória também estariam enquadrados na mesma situação, devendo ser afastados do julgamento da causa<sup>45</sup>.

A dinâmica processual, incluindo a fase preliminar investigativa, passando pela instrução judicial e pelas fases recursais, permite inúmeros casos nos quais terá ocorrido algum tipo de atuação, valoração ou pronunciamento do juiz antes da apreciação final do mérito da causa. E seria irrazoável imaginar que, em todos essas situações, os órgãos jurisdicionais deveriam alterar suas composições, substituindo o juiz constante e sucessivamente, o que seria, além de disfuncional

e irrazoável, incompatível com o respeito da duração razoável dos processos (CHIAVÁRIO, 2001, p. 187).

A extensão e a natureza das decisões tomadas na fase de investigação embasam-se em elementos indiciários e em dados provisórios, incompletos, acerca dos fatos em apuração. A análise a ser conduzida na fase de julgamento do caso penal, após toda a instrução judicial e o exercício do contraditório em juízo, é não apenas diferente na natureza e extensão, como recai em substrato probatório bem ampliado em relação aos dados da fase de investigação.

### *O norte dessa proposição de mudança, portanto, seria de um rearranjo legislativo na estrutura do sistema judicial com a finalidade de qualificar a inserção do órgão judiciário nas duas fases da persecução penal.*

Para fins de condenação, a recepção quase que genérica do *standard* de prova “para além da dúvida razoável” evidencia a diferença de critério decisório concernente às deliberações preliminares, em relação às quais há um reconhecido rebaixamento do *standard* decisório. O *standard* em questão, além de muito mais exigente que o utilizado para as deliberações da fase investigativa<sup>46</sup>, expõe também, de forma muito nítida, a diferença de profundidade da apreciação a ser conduzida no julgamento da causa.

#### 3.1 CONCLUSÕES PARCIAIS SOBRE O TEMA DA IMPARCIALIDADE OBJETIVA E A RECEPÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS

A conclusão parcial, relevante na análise, é a de que a elaboração da hermenêutica convencional sobre a imparcialidade objetiva do juiz penal não é determinante na decisão legislativa pela adoção do juiz das garantias<sup>47</sup>. A indicação genérica que se extrai do conjunto das decisões referidas pode ser considerada em sentido exatamente contrário, tendo em vista a afirmação contida em quase todos os casos analisados no sentido de que o simples fato de o juiz que julgou a matéria de fundo ter tomado decisões anteriores ao processo não é razão para concluir pelo comprometimento da imparcialidade<sup>48</sup>.

É verdade que alguns precedentes dessa já antiga e demasiado ampla cons-

trução jurisprudencial acerca da imparcialidade objetiva poderiam servir de inspiração para uma melhoria de conjunto do sistema de Justiça penal, como uma forma de estímulo para impulsionar proposições de mudanças legislativa com o viés de deixar mais demarcada a atuação jurisdicional nas fases de investigação preliminar e de julgamento da causa. Há duas razões básicas que poderiam servir de embasamento para esse estímulo de reforma, as quais estão interligadas.

Por um lado, já foi indicada a abundante afirmação do princípio geral de que a mera circunstância de o juiz já ter

deliberado questões na fase de inquérito não justifica, por si só, receio de abalo da imparcialidade. No entanto, há uma parcela de julgados em que se reconheceu dúvida legítima de perda da imparcialidade com base em avaliação da natureza e da profundidade das decisões adotadas pelo juiz. Compilação aproximada desses precedentes permite identificar que o discrimine, em relação ao princípio geral, é a existência de deliberações preliminares<sup>49</sup> que impliquem uma substancial antecipação do julgamento, seja pela avaliação exigida do juiz na apreciação da medida, seja pelas expressões concretamente utilizadas na fundamentação, a partir das quais se indicaria que o juiz já se pronunciou sobre a existência da imputação e a culpa penal do acusado<sup>50</sup>.

Essas dúvidas tópicas quanto à imparcialidade em situações de exercício funcional podem indicar não haver uma demarcação *ex ante* suficientemente nítida e identificada acerca da natureza das decisões tomadas na fase de investigação preliminar que não ensejarão dúvidas objetivas quanto à imparcialidade. Ainda que o TEDH tenha reafirmado em sucessivas oportunidades que as decisões de prisões cautelares, e outras similares, não representam motivo de contaminação do magistrado para apreciação do mérito, resta ainda uma análise complementar *ex post* quanto ao conteúdo e à profundidade da avaliação concretamente feita

nas deliberações prévias.

A conjugação dessa análise pontual, e quase sempre contextual, com a, por vezes, tênue linha que separa, de um lado, uma valoração decisória específica e limitada aos requisitos das medidas prévias ao juízo, e de outro as decisões na fase investigativa que avançam o sinal, incluindo análise afeta à culpabilidade do investigado, poderia, razoavelmente, embasar proposta de alteração legislativa atinente à organicidade estrutural e funcional do sistema judiciário.

O norte dessa proposição de mudança, portanto, seria de um rearranjo legislativo na estrutura do sistema judicial com a finalidade de qualificar a inserção do órgão judiciário nas duas fases da persecução penal. O escopo será de evitar, já antecipadamente, as hipóteses pontuais de possível comprometimento da imparcialidade por avanço do sinal indicado por alguma antecipação de juízo quanto à responsabilidade penal.

Não que essa fosse a única solução, tampouco que seja a mais adequada. Cabe deixar claro que não se está conduzindo, neste momento, reflexão de valor dessa opção legislativa. O que se quer indicar, além da explicitação quanto à razão de ser da escolha, é que outras correções legislativas também poderiam implicar superação de problemas pontuais verificados nesse grupo de casos.

É possível considerar opções legislativas de menor impacto estrutural e, ao mesmo tempo, profícuas e de menor custo agregado ao sistema. Assim, por exemplo, a elaboração de disposições legislativas mais claras e esquematizadas acerca do conteúdo de análise das específicas deliberações judiciais na fase investigativa. Qualificação legal que seria, ainda, acrescida de diretrizes jurisprudenciais e doutrinárias quanto aos limites da análise judicial na fase prévia ao julgamento do caso.

40

*[...] o juiz é hegemônico na produção das provas e no antagonismo com o réu. Como dito acima, o juiz no sistema alemão é o protagonista na investigação e coleta das provas, funcionando como instância que investiga e delibera.*

A complementação desse balizamento poderia decorrer da previsão de um controle recursal específico concernente a possíveis vícios de fundamentação por avanços de sinal nas decisões preliminares.

Esse conserto legislativo seria consideravelmente reforçado com a introdução de disposições normativas específicas de abstenção e recusa de magistrado (causas de suspeição e impedimento) com fundamento em avanço de sinal na apreciação das medidas cautelares e investigativas na fase preliminar, nos mesmos moldes das regras internas que tutelam a imparcialidade subjetiva<sup>51</sup>. Ou seja, o controle externo quanto à legitimidade das dúvidas objetivas de imparcialidade do órgão judicial, embasadas na atuação funcional prévia, seria antecipado, permitindo pontuais correções de rumo em casos específicos.

A conclusão parcial é a de que o princípio da imparcialidade judicial não tem projeção necessária de acolhimento da separação orgânica, funcional, entre órgão julgador com atu-

ação na fase de investigação e órgão julgador no processo. A premissa, com sentido de generalidade, afirmada nos julgados do Tribunal europeu é de que, salvo situações especiais, não há justificativa para dúvida de parcialidade no caso de o juiz do processo ter deliberado na fase preliminar sobre medidas incidentais, cautelares ou de impulsão do procedimento.

Em outras palavras, não tendo funcionado como juiz de instrução, e não proferindo decisões que dependam da afirmação de culpabilidade do acusado, resta invulnerada a imparcialidade. Problemas pontuais, que não são raros no contexto dinâmico e de inerente tensão do processo penal, poderiam ser amenizados mediante qualificações legislativas pontuais, nos moldes referidos. Em resumo, e de tudo o que foi referido, a consideração da imparcialidade do órgão julgador não demanda a alteração legislativa estrutural no sistema processual penal brasileiro, nos moldes feitos pela Lei n. 13.964/2019 com a previsão do juiz de garantias.

A justificativa que resta é a de aprimoramento no funcionamento da jurisdição. Fator que naturalmente sinalizaria a intenção do legislador de aperfeiçoar o desempenho das funções jurisdicionais nas duas fases do mecanismo penal. Essa inferência deve ser, posteriormente, em trabalho específico, cotejada com a disciplina normativa estabelecida pela lei anticrime, de modo a ponderar a pertinência das alterações.

#### 4 AS CONJECTURAS EXTRAÍDAS DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

Seguindo no propósito traçado inicialmente, de identificar o fundamento precípuo da decisão pela adoção do juiz de garantias, com vista a, em outro momento, conduzir reflexão sobre os contornos normativos do instituto, há outra linha de embasamento frequente na parcela da doutrina nacional que sustenta a necessidade do juiz das garantias. Essa vertente se embasa em projeções da conhecida teoria de Psicologia social comportamental denominada “dissonância cognitiva”.

O empuxe para concatenar as conclusões da teoria da dissonância cognitiva com as funções do juiz no processo penal veio dos estudos de Schünemann (SCHÜNEMANN, 2013a, p. 207), com base em experiências de ciências sociais, nas quais se buscou reproduzir a dinâmica do processo penal alemão, mediante simulação informatizada da audiência de instrução e julgamento.

Nesta epígrafe, conduzindo-se por ordem tanto temporal como lógica, primeiramente serão referidos aspectos da teoria da dissonância cognitiva, da forma mais delimitada possível, apenas no que interessa ao percurso da análise. Na sequência, serão feitos apontamentos às experiências simuladas de Schünemann, com atenção não apenas às conclusões do autor, mas sobretudo aos contornos da reprodução fictícia sobre a dinâmica processual penal alemã, aspecto de relevância, e normalmente desconsiderado pelos estudos nacionais que se embasam nessa experimentação. Identificado esse contexto particular, então será produtivo fazer o cotejo desse referencial com o processo penal nacional.

##### 4.1 O CERNE DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

A teoria da dissonância cognitiva, elaborada no âmbito dos estudos de Psicologia social-comportamental, trabalha com as

noções básicas de coerência e de incoerência. De modo muito simples, considera que o indivíduo tem a tendência natural de manter a coerência entre suas opiniões, seus valores e crenças, e destes com suas atitudes e comportamentos. Assim, num dos primeiros exemplos citados na obra, Festinger refere que, se uma pessoa considera a instrução universitária um percurso valioso, provavelmente estimulará os filhos a buscarem o ensino universitário (FESTINGER, 1957, p. 1)<sup>52</sup>. Nesta hipótese, a atitude estará coerente com as crenças e valores do indivíduo.

Mas há situações nas quais se apresentam incoerências nesses dados cognitivos. Na hipótese ilustrativa de a pessoa, mesmo sabendo que fumar faz mal, prosseguir com o hábito, seu comportamento será incoerente com o conhecimento que possui. Em algumas dessas situações, o indivíduo fará uma racionalização a partir de novas ideias, como a de que não se pode viver sempre evitando perigos, ou de que, se deixasse de fumar, engordaria. São explicações auto-justificantes, que permitem racionalizar a incoerência e manter o comportamento congruente com as próprias ideias (FESTINGER, 1957, p. 2).

No geral, as pessoas não racionalizam as incoerências, sendo que a permanência do estado incoerente provoca o chamado “desconforto psicológico”, a aflição pessoal. Esse é, singelamente, o mote do estudo. Festinger substitui a palavra “incoerência”<sup>53</sup> por um termo, segundo ele, de menor conotação lógica, ou seja, “dissonância”. De modo similar, a palavra “coerência” vem substituída pelo termo mais neutro: “consonância” (FESTINGER, 1957, p. 2).

O que a pesquisa faz, no restante da obra, é apresentar, com base em experiências empíricas, as consequências da dissonância cognitiva no comportamento do ser humano. O mais importante dessa elaboração são, exatamente, as implicações práticas da dissonância cognitiva sobre a conduta humana. O desconforto psicológico gerado pela incongruência impele o indivíduo a buscar a redução dessa dissonância, a perseguir a consonância. A ideia principal é de que as pessoas buscam manter o equilíbrio do sistema cognitivo, ou seja, almejam uma relação de harmonia entre seu conheci-

mento, suas opiniões e suas condutas.

Em razão disso, sempre que surgir uma dissonância cognitiva, haverá natural impulso do indivíduo na direção de reduzir a dissonância, de se aproximar da consonância, esmaecendo as contradições<sup>54</sup>. Já confinando as referências ao objeto deste artigo, após uma deliberação, uma tomada de decisão, manifesta-se no tomador da decisão um impulso direcionado à pesquisa ativa de informações que sejam consonantes, concordes com a deliberação anteriormente feita. Do mesmo modo que há um incentivo a que o indivíduo evite se expor a situações ou informações que possam ter o efeito de acarretar ou aumentar a dissonância<sup>55</sup>. É a seletividade da pesquisa.

### *A razão é [...] o sistema jurídico-penal brasileiro já possui as características sugeridas pelo autor germânico como opções de amenização do problema por ele diagnosticado no processo penal do seu país.*

Perante uma potencial fonte de informação, se a pessoa acredita que serão fornecidos dados que aumentarão a consonância, estará propensa a expor-se à referida fonte. Mas se sua expectativa é na direção oposta, tenderá a evitar a fonte de informação que poderia incrementar a dissonância (FESTINGER, 1957, p. 128 e 130).

Como as pessoas tendem a selecionar as informações que confirmem, ou que pelo menos se adaptem às suas opiniões, atitudes e crenças, essa propensão interfere tanto sobre o modo como a pessoa recebe notícias e informações, como também influi nos processos de pesquisa de dados informativos. A pressão direcionada a reduzir, ou evitar, a frustração ou o desequilíbrio, ou seja, a reprimir a dissonância cognitiva<sup>56</sup>, conduzirá a uma atividade orientada para este fim. Em outras palavras, a dissonância gera reflexos comportamentais, com interferência ativa na conduta e na postura do indivíduo.

Mas é importante seguir com mais uma precisão, não por capricho, mas porque será relevante na sequência. Festinger refere que a relação que pode existir entre elementos cognitivos é de três tipos. Além das relações de consonância e de dissonância já indicadas, pode haver uma não atinência<sup>57</sup> entre

os elementos, o que ocorre nas situações em que um elemento é irrelevante em relação ao outro. Nesse último caso de elementos não atinentes, não tem sentido avaliar a coerência entre eles (FESTINGER, 1957, p. 12).

Percebe-se como a aferição da relação de atinência, ou de relevância, entre os elementos vem antes, é a primeira análise a ser feita. Em outras palavras, somente vai se verificar se há congruência (consonância ou dissonância) entre dois elementos cognitivos, se antes se concluir haver relevância entre eles, ou seja, conexão entre a cópia de elementos em questão<sup>58</sup>. A dissonância cognitiva se manifestará quando os elementos tomados em consideração sejam atinentes e mantenham relação de

incongruência entre eles.

Nas palavras de Festinger, esses elementos estarão em relação dissonante se, considerando apenas esses dois elementos, o reverso de um segue do outro<sup>59</sup>. Essa fórmula utilizada pelo autor, em várias passagens de sua obra, é de grande relevância e será retomada mais à frente.

Esboçados de forma contida e incompleta os contornos da teoria da dissonância cognitiva, o próximo passo é identificar as investigações empíricas de Schünemann, embasadas na referida teoria comportamental. Nesse percurso, considera-se relevante não só indicar, minimamente, o objeto do estudo de Schünemann, mas, sobretudo contextualizar o objeto da análise, ou seja, realçar as características do processo penal do seu país e que foram destacadas pelo próprio autor na apresentação das premissas do estudo e das conclusões obtidas.

#### 4.2 A EXPERIÊNCIA NAS SIMULAÇÕES DO PROCESSO ALEMÃO

No referido estudo, Schünemann (2013a, p. 207) parte da hipótese de parcialidade do julgador que decide pelo recebimento da denúncia e que, na sequência, após o conhecimento dos autos da investigação preliminar, e da deliberação pela abertura do processo principal, deve

coletar a prova na audiência de instrução e julgar o caso. A verificação da hipótese formulada de um prejulgamento do juiz, que acabaria sendo manipulado no curso do processo, é conduzida por pesquisas empíricas, que buscam reproduzir, “tão fidedignamente quanto possível”, a dinâmica do processo penal alemão.

O autor alemão parte exatamente da noção que conduziu Festinger na elaboração da teoria da dissonância cognitiva, de que as pessoas buscam manter uma relação de coerência nos seus dados cognitivos, entre conhecimento e opiniões. Havendo incongruência que gera o desequilíbrio do sistema cognitivo, passa a atuar naturalmente o impulso de reduzir a dissonância e de restaurar a coerência (SCHÜNEMANN, 2013a, p. 208).

Os efeitos dessa natural tendência do ser humano à busca da consonância são classificados por Schünemann (2013a, p. 208) em dois sentidos. O chamado “efeito inércia” ou “perseverança”; e o **princípio da busca seletiva de informações**. Pelo primeiro, as informações que confirmam uma hipótese assumida anteriormente como correta são superestimadas, e as informações que contrariam a hipótese assumida como correta são menosprezadas. Até mesmo em decorrência desse primeiro efeito, há uma busca pelo sujeito de informações que confirmem a deliberação assumida, ou seja, há uma busca seletiva de informações confirmadoras da hipótese anteriormente aceita.

O autor então parte dessas ideias e as aplica “à posição e à função do juiz alemão na audiência de instrução e julgamento”. Schünemann (2013a, p. 208) parte da assunção de que o conhecimento dos autos do inquérito preliminar faz surgir no juiz uma imagem do fato, sendo de supor, segundo ele, que o julgador se apegará a essa imagem, conduzindo-se na instrução pelo intuito de confirmá-la. Isso significa, na prática, que o juiz tenderá a maximizar as informações consoantes com a acusação, e desvalorizar as informações dissonantes.

*Traduzindo aos termos da teoria, não há dissonância na relação existente entre essa cópia de elementos cognitivos, simplesmente porque, em realidade, tais elementos nem sequer são reciprocamente atinentes [...]*

Na sequência, o autor alemão enumera as hipóteses decorrentes dessa suposição feita. Relevante ao tema em análise é a hipótese ampla de que o juiz penal com prévio conhecimento dos fatos estará propenso a sobrevalorizar os elementos confirmativos da imagem contida na denúncia, e a menosprezar elementos que contrariem a acusação (SCHÜNEMANN, 2013a, p. 209)<sup>60</sup>. As variantes principais da pesquisa eram: se havia ou não o conhecimento prévio dos autos da investigação pelo órgão judicial, e se o julgador tinha ou não possibilidade de inquirição das testemunhas na audiência.

Para nosso tema, interessa o desenrolar da primeira hipótese. A segunda variante, que se refere ao papel passivo do julgador, é também de extrema importância, máxime pela conclusão das vantagens de julgador com possibilidade de inquirição em sistema de duplicidade de autos e de separação orgânica introduzido pela Lei n. 13.964, assunto que merece abordagem em texto específico<sup>61</sup>.

As conclusões do autor, após as simulações e testes em pesquisas de autos de processos, é de que estariam confirmadas as hipóteses concretas a respeito da influência que o conhecimento dos autos da investigação preliminar (e da influência do comportamento passivo ou ativo do juiz na audiência) tem sobre o processamento de informações e sobre o julgamento do caso penal. O julgador tende a armazenar e valorizar dados probatórios consonantes com a “imagem do fato que consta dos autos da investigação”, e, ao contrário, inclina-se a desmerecer informações probatórias dissonantes.

#### 4.2.1 AS CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO PENAL ALEMÃO: PREMISSA INDISPENSÁVEL NA REFLEXÃO

Conforme foi mencionado anteriormente, o campo de provas proposto por Schünemann (2013a, p. 207) para testar empiricamente as suas hipóteses embasadas na teoria da dissonância cognitiva é de reproduzir, “tão fidedignamente quanto possível”, a dinâmica do processo penal alemão. O autor não conduz verificação genérica, em tese, passível de ser replicada em outros sistemas jurídicos, seu objeto é a dinâmica do processo penal de seu país. Mais do que isso, interessa ao professor da Universidade de Munique algumas características pontuais das deliberações e dos papéis desempenhados pelo juiz penal na condução do processo em primeiro grau de jurisdição.

Parece, assim, tanto óbvio como recomendável metodologicamente que qualquer apreciação direta ou indiretamente embasada no estudo de Schünemann deva, antes de tudo, indicar, “tão fidedignamente quanto possível”, os aspectos considerados pelo autor e que funcionaram como premissa da sua análise. Essa exigência, que se faria ainda que o objetivo da visita ao direito comparado fosse meramente informativo, torna-se indispensável quando haja intenção de análise crítica ou, mais ainda, quando o propósito seja de recepção, ainda que parcial, de suas conclusões, com difusão aplicativa a outros contextos processuais penais. Passamos, na sequência, a cumprir a tarefa básica de identificar os fatores essenciais considerados pelo próprio Schünemann nas premissas de sua elaboração.

Na disciplina do processo penal alemão, o juiz da instrução recebe os autos da investigação preliminar e, para decidir pela abertura do processo criminal, deve analisar se há motivos suficientes para suspeitar que o acusado tenha cometido um crime<sup>62</sup>. Nas palavras de Schünemann (2013a, p. 206), o magistrado deve aferir, nesse momento, “se há uma alta probabilidade de condenação”. Aqui já se pode sinalizar a similaridade com consideração feita antes, e que é elemento determinante na análise: o juízo provisório de culpa penal que o julgador deve realizar ao receber a denúncia. Em outras palavras, a decisão pelo recebimento da denúncia depende da conclusão fundamentada de que há possibilidade elevada de futura sentença condenatória<sup>63</sup>.

Outro fator de premissa salientado por Schünemann, e que deve ser focalizado, diz respeito ao papel hegemônico do julgador na instrução judicial do caso penal. Conforme descrição do próprio professor de Munique, recebida a denúncia, com base na análise mencionada, será realizada a audiência de instrução e julgamento. Caberá, então, ao juiz do processo produzir oralmente as provas presentes nos autos da investigação, deven-



do zelar para que haja complementação dessas provas<sup>64</sup>. Segundo indicado, o julgador é conduzido por um dever legal de pesquisar, de ofício, todos os meios de prova necessários ao esclarecimento, o mais completo, dos fatos relevantes ao julgamento<sup>65</sup>. Dito de modo mais coloquial, o julgador é impulsionado pela imposição de ofício de buscar a verdade.

A função dos demais sujeitos processuais (acusação, defesa técnica e acusado) na instrução probatória é meramente supletiva<sup>66</sup>. O julgador é o protagonista na coleta de provas, sempre guiado pelo dever de averiguar a verdade dos fatos por iniciativa própria<sup>67</sup>.

À parte a consideração do conhecimento dos autos da investigação preliminar, do conteúdo do exame judicial quando do recebimento da denúncia, e da função do julgador na produção probatória, o autor alemão refere literalmente que o juiz ocupa, de fato, a posição de parte contrária perante o acusado que negar a acusação (SCHÜNEMANN, 2013a, p. 207). Recorrendo a analogia de certo modo indicada pelo próprio autor, com a acusação transferem-se ao juiz do processo os poderes investigativos que eram do Ministério Público na fase preliminar. O juiz assume o domínio sobre o processo e o protagonismo de pesquisar as provas, funcionando como instância que investiga e delibera: à diferença do MP, decide não sobre o oferecimento da denúncia, mas sobre a culpa do acusado.

Concisamente, são essas as premissas que conduzem Schünemann na pesquisa da hipótese por ele formulada de perda da imparcialidade do julgador (prejulgamento) com base na chamada teoria da dissonância cognitiva<sup>68</sup>. Para dizer com outras palavras, os testes experimentais conduzidos pelo autor alemão, no campo de prova fictício por ele concebido, buscaram reproduzir esses traços como características da atuação do juiz de primeiro grau no processo penal alemão.

#### 4.2.2 EQUÍVOCO DA TRANSPosição ACRÍTICA: A DESSEMELHANÇA ENTRE OS ELEMENTOS RELEVANTES

Conforme mencionado, o professor de Munique direciona sua pesquisa tendo como referencial explícito as peculiaridades dos papéis e funções assumidos pelo julgador penal na Alemanha. Esse

fator, bem identificado no início do estudo em referência, permite asseverar que suas hipóteses e conclusões não têm uma pretensão generalizante, aplicável indistintamente a outros contextos normativos. Desse modo, a pergunta pertinente é se é possível projetar sua pesquisa, principalmente suas premissas e suas conclusões, ao contexto de atuação do juiz penal no Brasil.

### *Trata-se de uma busca de aperfeiçoamento do sistema de justiça penal, na direção de qualificar o exercício das funções judiciais no âmbito, sobretudo, da fase preliminar investigativa.*

De plano, a resposta é negativa. Ao contrário do que se tem no processo alemão, a decisão de recebimento da denúncia no Brasil não depende de que o julgador formule prognose positiva de que a instrução judicial redundará na condenação do réu. Em outras palavras, ao contrário do que Schünemann constata em relação ao processo penal em seu país<sup>69</sup>, a decisão de abertura da fase judicial no sistema brasileiro não depende de um juízo favorável quanto à elevada probabilidade de decisão final condenatória.

Passa longe do nosso objetivo propor uma análise quanto ao objeto da apreciação judicial no momento do recebimento da denúncia em nosso País<sup>70</sup>. Assim, guiando-se por deliberada contenção, não é errôneo dizer que há predominio, tanto na jurisprudência como na doutrina, do entendimento de que a decisão de instauração do juízo penal, concernente à aferição dos elementos probatórios concretos que embasam a acusação, deve afirmar a presença da justa causa para o exercício da ação penal. De modo amplo, considera-se que a análise da justa causa abrange o exame da presença de indícios razoáveis de autoria e materialidade, ou seja, deve avaliar a existência de suporte probatório mínimo que permita a instauração do juízo penal<sup>71</sup>.

Diferente de um prenúncio positivo quanto ao futuro juízo condenatório, trata-se sim de uma avaliação judicial quanto à presença dos requisitos fundamentais do art. 41, e da ausência das hipóteses do art. 395, ambos do CPP<sup>72</sup>. O tema da diferença entre o objeto da

análise judicial para fins de abertura do processo penal e a apreciação necessária para fins de juízo condenatório é relevante não só para desassociar nosso sistema de juízo penal das premissas e das conclusões da pesquisa de Schünemann, como terá influência importante na própria verificação da teoria da dissonância cognitiva em nosso País. Esse tema será retomado mais adiante.

As discussões sobre os limites da iniciativa probatória do juiz não são assimiláveis na economia deste estudo, e não será possível sequer esboçar as controvérsias doutrinárias no tema. Mas, no geral, e aproximativamente, é possível referir que a instrução judicial tem como protagonistas acusação e defesa, que têm primazia na iniciativa probatória, tanto para selecionar e indicar o material probatório e as fontes de prova, como para conduzir as inquirições das testemunhas na audiência de instrução. As partes detêm o impulso primordial na produção probatória<sup>75</sup>, na indicação de provas e no exame cruzado dos depoimentos, o que não afasta a atuação subsidiária ou supletiva do juiz com vista a complementar a aquisição do material probatório<sup>76</sup>.

Além desses fatores referidos, há, pelo menos, mais uma circunstância importante que impede a assimilação do nosso sistema judicial com as bases processuais que guiaram a pesquisa de Schünemann<sup>77</sup>. Trata-se de uma circunstância mais tênue, porque não indicada no artigo em referência, mas inserida no tema em um texto posterior do autor e publicado na mesma coletânea no Brasil, a qual se acrescenta aos fatores que deveriam afastar a sobreposição acrítica do estudo no nosso país.

E aqui fica visível uma preocupação que deve sempre estar presente no estudioso do Direito, que é de não transplantar teorias e pesquisas estrangeiras para nosso ordenamento jurídico, sem apreciar a compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro ou sem fazer as devidas ressalvas ou condicionantes críticas de adaptação<sup>78</sup>. O estudo comparativo sempre terá essas dificuldades, que são aqui, de certo modo, assumidas e amenizadas, até porque toma-se como referência as bases explícitas da pesquisa de Schünemann, com o complemento que segue, acompanhando já da ressalva de incompletude inerente ao cotejo.

A circunstância relevante que deve ser agregada é a constatação de que, no modelo processual alemão, não há registro (memória registrada) da produção probatória “nem por taquigrafia/estenotipia (como nos EUA) nem em vídeo (como em vários outros países) (SCHÜNEMANN, 2013b, p. 233). Segundo Schünemann, o resultado da instrução probatória em juízo é referida apenas no relatório da sentença formulada pelo próprio juiz que dirigiu a coleta da prova, portanto sem que fique garantida a precisão e a completude do relato.

Todas essas circunstâncias apontadas, que identificam diferenças claras e relevantes em relação ao sistema de processo penal brasileiro, ficam mais evidentes quando se observam as hipóteses de solução aos problemas identificados pelo autor alemão no processo penal do seu país, e que dependeriam de reformas do modelo de processo. A primeira proposta de aprimoramento referida por Schünemann passa pela alteração do papel do juiz na audiência de instrução e julgamento.

Assim, na sua concepção, a inquirição sobre os fatos e a produção das provas na audiência deveriam ficar, num primeiro momento, a cargo das partes. Segundo ele, acusação e defesa é que deveriam conduzir com primazia, em exame cruzado, a averiguação das testemunhas, ficando o juiz com papel suplementar de completamento da inquirição (SCHÜNEMANN, 2013b, 234). Além disso, o professor de Munique aduz que seria indispensável que houvesse o registro dos depoimentos realizados na audiência de instrução, preservando a memória e a fidedignidade da produção probatória.

É verdade que Schünemann, na sequência, refere que essa não seria a melhor alternativa para conter a influência das investigações policiais sobre o julgamento. Consideração feita, sobretudo, pela constatação de que os processos da criminalidade complexa, como aqueles relativos ao direito penal econômico, tributário e ambiental, e de criminalidade organizada, costumam originar autos de investigação preliminar excessivamente extensos, com tendência de prevalecer sobre os atos realizados em juízo. Em razão disso, o autor propõe um conjunto de reformas já não do papel do juiz na audiência, e sim na investigação preliminar.

O objeto restrito deste escrito impede que se desborde para a análise dessas considerações, o que deve ser feito em trabalho à parte. A finalidade da inserção de referências parciais de outro estudo de Schünemann sobre o processo penal alemão é apenas a de buscar argumentos para explicitar a dessemelhança existente entre o campo de prova por ele utilizado para o teste da dissonância cognitiva e o sistema processual penal brasileiro, sempre para destacar o equívoco da transposição acrítica.

A dissimilitude entre os sistemas, já referida, fica muito evidente quando se constata que, nas propostas do autor germânico para superar as deficiências do modelo alemão de perda da imparcialidade (efeitos inércia, perseverança e aliança)<sup>79</sup>, consta a alteração do papel do juiz na audiência, o qual deveria ser complementar à precedência das partes na inquirição das testemunhas. Essa ideia de reforma deveria ser complementada pela imposição de registro do conteúdo da produção probatória oral, de modo a tornar a avaliação da prova pelo juízo na sentença “uma espécie de *statements* sobre a valoração a prova”. Com isso, seria qualificado o controle recursal pela defesa, que poderia explorar contradições ou má avaliação da prova.

Parece ter ficado suficientemente claro o equívoco no transplante da pesquisa e das conclusões de Schünemann ao processo penal brasileiro. A razão é simples, e vem comprovada pela constatação de que o sistema jurídico-penal brasileiro já possui as características sugeridas pelo autor germânico como opções de amenização do problema por ele diagnosticado no processo penal do seu país.

#### 4.3 DISSONÂNCIA COGNITIVA E PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O objeto deste artigo não é nem a dissonância cognitiva nem as pesquisas empíricas de Schünemann, embasadas nessa teoria. Na busca de identificar o fundamento primordial que impulsionou a reforma da estrutura do processo com a separação funcional e orgânica entre o juiz que atua na investigação preliminar e o juiz do processo, é necessário levar em consideração as bases mais difundidas na doutrina nacional, para verificar se suportam, dogmaticamente, a necessidade da alteração estrutural do sistema, ou se funcionam como pretextos científicos de uma posição ideológica, de uma preferência preconcebida por modelo idealizado.

Assim, cumprido já o percurso de identificar os contornos da teoria da dissonância cognitiva e de problematizar a transposição acrítica para o Brasil dos estudos empíricos no direito alemão, resta ainda referir algumas palavras sobre as bases da teoria concernente ao processo penal brasileiro. Ou seja, já não com a intermediação pelas lentes do estudo comparado, e sim pela consideração das pre-

missas da própria teoria em si. Nas poucas linhas que seguem, serão levadas em conta, de forma restrita, as premissas do estudo de Festinger em cotejo com as deliberações judiciais. Importante deixar claro que passa longe da dimensão estrita e incompleta deste tópico abranger os estudos de psicologia social comportamental e seus possíveis e importantes influxos na dinâmica judicial<sup>80</sup>.

Retomando em parte o referido no item 4.1, o simples fato de tomar uma decisão teria a capacidade de produzir dissonância com respeito a todas as opiniões, informações ou conhecimentos favoráveis à alternativa oposta à deliberação feita. A possibilidade da inconsistência representa um impulso natural e potente de uma atividade humana direcionada a evitar ou reduzir a dissonância, gerando: efeito perseverança e princípio da busca seletiva de informações. Aqui é possível visualizar o binômio central no estudo: manifestação da dissonância e redução da dissonância.

Talvez porque muito da obra de Festinger, e provavelmente a parte mais interessante, dedica-se a examinar, em variados contextos, as consequências da presença da dissonância cognitiva, ou seja, os esforços dos seres humanos para evitá-la<sup>81</sup>, é que o foco costuma se centrar nesse segundo aspecto nuclear. A capacidade de rendimento da teoria é ampla e intrigante, o que abrange uma gama de contextos que vai desde situações decisórias individuais a fenômenos de massa (*ibidem*). Natural que o interesse esteja mais na consideração dos esforços para refrear a dissonância nessa variedade de contextos da vida humana.

No entanto, o que se pretende é realçar a condição antecedente, ou seja, a dissonância, a sua definição, ou, mais precisamente, a presença ou não de uma relação de dissonância entre uma cópia de elementos cognitivos. Consideração essa restrita ao que interessa ao âmbito decisório do processo penal brasileiro e facilitada pelas referências contidas acima, que serão aqui apenas parcialmente retomadas.

Conforme mencionado anteriormente, para que seja feita a aferição da relação de dissonância ou de consonância entre dois elementos cognitivos, é preciso antes que se afirme a relação de ati-

nência entre a cópia de elementos, ou seja, que eles sejam reciprocamente relevantes. Festinger (1957, p. 12) admite que, em muitos casos, é um verdadeiro problema decidir *a priori* se dois elementos estão ou não em relação de atinência recíproca, e esse é mais um fator a ensejar possíveis divergências em relação a essa questão. De qualquer modo, é importante lembrar que a aferição da relação de atinência entre duas decisões, que é o que importa, deve ser a primeira análise, uma vez que a relação de dissonância cognitiva se manifestará quando os elementos tomados em consideração sejam atinentes e mantenham relação de incongruência entre eles, o que ocorre quando o reverso de um elemento segue do outro<sup>82</sup>.

No caso de não haver relevância entre os dados cognitivos, quer dizer, tratando-se de elementos não atinentes, não terá sentido avaliar a coerência entre eles (FESTINGER, 1957, p. 11). Em outras palavras, não há manifestação de dissonância cognitiva quando a relação entre duas decisões for de irrelevância, e nesse caso, perde sentido todo o restante da discussão a respeito dos efeitos decorrentes da dissonância cognitiva<sup>83</sup>.

### *A distinção estrutural e funcional entre os juízes da investigação e do processo recomendaria, ao contrário, qualificar esse controle, já sem os problemas de contaminação e imparcialidade do juiz do processo.*

Não é preciso repetir as referências já feitas acerca da ausência de coincidência entre a análise judicial para fins de recebimento da denúncia e a decisão condenatória em primeiro grau. A abertura do processo judicial não se embasa em avaliação sobre a culpabilidade do acusado. O juiz não precisa, e não deve, no exame de recebimento da denúncia, apreciar se há base probatória suficiente para fins de formação de juízo condenatório, tampouco decidir sobre elevada probabilidade de decisão final condenatória<sup>84</sup>.

A aferição da justa causa para o exercício da ação penal, que depende da presença de indícios razoáveis de autoria e materialidade, não se equipara à valoração necessária para fins de juízo condenatório. E sequer o objeto da valoração na abertura do processo penal será

o mesmo da fase de sentença, uma vez que considera somente os elementos colhidos na fase preliminar inquisitiva<sup>85</sup>.

Portanto nem há de se perquirir se o inverso de um elemento decorre do outro, porque a relação aqui é de não atinência. Embasar o recebimento da denúncia não é incoerente ou contraditório com sentença absolutória ao final da instrução judicial. Traduzindo aos termos da teoria, não há dissonância na relação existente entre essa cópia de elementos cognitivos, simplesmente porque, em realidade, tais elementos nem sequer são reciprocamente atinentes, eles podem sim conviver – nas palavras de Festinger, o inverso de um elemento não decorre do outro<sup>86</sup>. Diferentemente do que a obra de Festinger explora, não se tem aqui uma decisão com tendência à estabilidade, não há o “efeito congelante” da tomada de decisão, que embasa uma ação e que depois tenderá a ser cognitivamente imunizada do efeito atrativo da alternativa já rejeitada<sup>87</sup>.

A decisão de abertura do processo é provisória, e a ação derivada dessa decisão é a abertura do processo, que não estará em reavaliação na sequência do procedimento<sup>88</sup>. Na instrução judicial não há

um processo de possível reavaliação da decisão feita. O que se tem em juízo é a preparação de uma futura deliberação, de uma decisão a ser tomada, de natureza diversa das decisões anteriores, com base em fundamentos diferentes e levando em consideração dados cognitivos (para usar a terminologia de Festinger) diversos.

Esse aspecto é importante, porque a dissonância cognitiva de que trata Festinger sobrevém após ter sido cumprida a ação decorrente da decisão tomada, é uma consequência pós-decisional do possível efeito atrativo da alternativa rejeitada<sup>89</sup>. Na fase instrutória do processo penal, estará sendo formada a base decisória para uma decisão ainda a ser tomada, para uma deliberação futura, acerca da culpabilidade do acusado para além de toda dúvida razoável.

Alcançado esse momento, é possível correlacionar a compreensão assimilada nesse tópico com a análise feita na primeira parte do texto. Parece perceptível a relativa afinidade entre as indicações extraídas da doutrina do TEDH na imparcialidade judicial e a percepção da teoria da dissonância cognitiva em relação às decisões no processo penal. Para relembrar, segundo o Tribunal de Estrasburgo, as decisões tomadas ao longo da persecução penal somente podem ensejar questionamentos de imparcialidade do órgão julgador sentenciante quando aquelas decisões exigirem fundamentação relacionada ao convencimento judicial quanto à responsabilidade penal. Dito de outro modo, consideração de viés decisório não deriva de que deliberações anteriores tenham sido tomadas pelo mesmo juiz no mesmo procedimento, mas sim quando essas decisões anteriores tenham abordado a matéria da sentença, ou seja, a responsabilidade penal do agente.

É a identidade, ou tênue distinção, do conteúdo decisório que pode levar à dúvida de imparcialidade pelo viés cognitivo, e não o simples fato de o julgador já ter proferido decisões anteriores. O fato de o juiz já ter afirmado motivadamente o elevado grau de clareza em relação ao tema da responsabilidade penal do investigado é que permite suscitar a parcialidade. A sinalização fundamentada da existência de elementos para embasar o juízo condenatório, ainda que feita segundo o estado do processo, indicaria possível viés decisório tanto pela imparcialidade objetiva da jurisprudência de direitos humanos, como pela dissonância cognitiva.

##### **5 CONSIDERAÇÕES PARCIALMENTE CONCLUSIVAS: O FUNDAMENTO PARA ADOÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS**

O exposto nos itens precedentes permite que se repute confirmada a hipótese indicada no início deste estudo: as elaborações doutrinárias mais correntes que focalizam a imparcialidade do órgão judicial não identificam o fundamento primordial para a adoção do juiz das garantias. A separação funcional e orgânica entre o juiz com atuação na investigação preliminar e o juiz do processo não se embasa nem depende da comprovação de que o modelo de jurisdição unia em primeiro grau, tradicionalmente aplicado no Brasil, ensejaria vieses ou defeitos de parcialidade.

O verdadeiro fundamento do juiz das garantias é a qualificação da atuação jurisdicional no controle sobre a legalidade da investigação e na salvaguarda dos direitos e garantias dos envolvidos no procedimento penal<sup>90</sup>. O impulso do instituto é no sentido do aprimoramento nas funções jurisdicionais de controle e de garantia exercidas na investigação criminal.

Trata-se de uma busca de aperfeiçoamento do sistema de justiça penal, na direção de qualificar o exercício das funções judiciais no âmbito, sobretudo, da fase preliminar investigativa. O incremento de qualidade na função jurisdicional se assenta, em boa medida, na especialização do órgão judicial encarregado de controlar a legalidade de medidas investigativas e o respeito das garantias individuais, o que agrega uma tendência de uma otimização no cumprimento dessas funções<sup>91</sup>.

Não é objetivo desta pesquisa analisar a regulação do juiz das garantias feita pela Lei n. 13.964/2019. Mas, em reforço às conclusões, deve ser dito que somente a busca de qualificar a função jurisdicional na fase preliminar justifica a regra do inci-

so IV do art. 3º-B do CPP, de que o juiz das garantias deve ser informado sobre a instauração de qualquer investigação preliminar. Esse dispositivo tem o efeito prático de provocar atuação do juiz das garantias em todo e qualquer o inquérito policial (separação funcional e orgânica dos juizes com atuação no primeiro grau)<sup>92</sup>, mesmo ausente qualquer deliberação judicial que pudesse ensejar dúvida de imparcialidade. O § 2º do art. 3º-C leva à mesma conclusão, uma vez que o juiz da instrução e julgamento deverá reapreciar as medidas cautelares logo que receber os autos principais. Acaso o fundamento do instituto fosse resguardar a imparcialidade do julgador, evitando que fosse comprometido pela formulação de deliberações judiciais prévias, não haveria sentido uma regra que impõe exatamente esse imediato exame circunstanciado.

Foi dito que os fundamentos e as finalidades do instituto processual deveriam orientar sua configuração legislativa, sua disciplina legal. Embora seja matéria para uma pesquisa complementar e específica, é importante sinalizar que há defeitos e lacunas sérias na regulação da Lei anticrime na matéria, que ficam muitos claros a partir da identificação dos fundamentos do juiz das garantias. Além da insuficiente regulação da dinâmica necessária ao sistema de duplicidade de autos decorrente da segmentação funcional ou orgânica entre a fase preliminar ou pré-processual e a fase processual<sup>93</sup>, a mudança legal retirou qualquer possibilidade de controle judicial sobre o pedido de arquivamento das investigações.

A pretendida transformação estrutural do sistema judicial penal brasileiro com a inserção da nova figura do juiz das garantias ensejará redução, se não a ausência completa de qualquer controle judicial sobre a qualidade e higidez das investigações penais, e sobre o encerramento das apurações, contrariando os fundamentos do instituto e a própria afirmação contida no caput do art. 3º-B. Tem-se sérias dúvidas acerca da adequação convencional dessa solução legislativa de, mais do que debilitar, eliminar qualquer possibilidade de controle judicial<sup>94</sup>, ainda que indireto, sobre o arquivamento de investigações penais, mormente quando se tratar de grave e/ou difusa criminalidade. A distinção estrutural e funcional entre os juizes da investigação e do processo recomendaria, ao contrário, qualificar esse controle, já sem os problemas de contaminação e imparcialidade do juiz do processo. Estranhamente a referência inspirativa em sistemas processuais penais de outros países quanto ao juiz que funciona na fase da investigação preliminar foi apenas até certo ponto<sup>95</sup>. Em todo o caso, é um tema que, pelas nuances e complexidades, merece estudo específico.

A título exemplificativo<sup>96</sup>, no CPP português há previsão do controle hierárquico do arquivamento no art. 278. E há a possibilidade de abertura da chamada “fase de instrução” no caso de arquivamento pelo MP, cf. art. 286 ss., a ser requerida pelos interessados e/ou pelo assistente. Cabe referir a ampla gama de legitimados a se constituir como assistente quando estiver em causa interesse difuso/coletivo, podendo ser qualquer pessoa em uma série de delitos, inclusive no crime de corrupção. A direção da instrução é do juiz da instrução, ex art. 288, que representa, no sistema português, o equivalente ao nosso juiz das garantias, e a finalidade, em síntese, é decidir por submeter ou não a causa a julgamento. Em resumo, há o controle hierárqui-

co e o controle judicial do arquivamento no sistema português.

Os artigos 421-bis e 422 do CPP italiano consentem ao *giudice per l'udienza preliminare* as atribuições de indicar atos investigativos adicionais, acaso a investigação preliminar esteja incompleta, e ainda determinar de ofício a assunção de elementos probatórios essenciais para a decisão de arquivamento<sup>97</sup>. E mesmo ao *giudice delle indagini preliminari* – homólogo ao juiz das garantias – é atribuído um importante, embora por vezes excessivo, papel de controlar a decisão do MP de arquivamento da investigação. O GIP pode, inclusive, determinar a realização de ulteriores atos investigativos, ex art. 409, § 4<sup>98</sup>.

A possibilidade de controle judicial quanto à qualidade da apuração feita na fase de investigação está claramente sugerida na redação do art. 3º-B do CPP, ao referir que o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais. Não há dúvida de que o controle da legalidade da fase investigativa é mais amplo do que apenas sindicado o cumprimento dos direitos e garantias individuais dos investigados, mesmo porque não haveria sentido em inserir expressamente as duas atribuições no dispositivo se fossem sinônimas.

Esse tema, no entanto, exige estudo específico. O importante é que a análise sobre os contornos legislativos do juiz das garantias, a reflexão sobre a reforma estrutural do sistema de justiça penal brasileiro com a separação funcional e orgânica pretendida, seja feita tendo como base os fundamentos e as finalidades do juiz das garantias, e do conjunto do sistema processual penal, matéria esmiuçada neste estudo.

#### NOTAS

- 1 A origem é o Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, aprovado no Senado Federal na sessão extraordinária do dia de dezembro de 2010. Na Câmara dos Deputados trata-se do PL n. 8.045 de 2010.
- 2 Segundo o Ministro Luiz Fux do STF, na decisão cautelar na Adin n. 6.299 MC, de 15/1/2020, DJ-e 019, de 3/2/2020: *a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro*.
- 3 Na doutrina, ver Ferraioli (2014, p. 1 e ss.). Sobre o juiz para as investigações preliminares italiano, ver, por ex., Caprioli (2016, p. 627 ss.);

- 4 Siracusano (2005, p. 211).
- 5 A referência doutrinária é extensa. Ver, por ex., Silva (1988, p. 114-115); Lopes Jr. e Ritter (2016, p. 12 ss.). Glockner (2015, p. 263 ss.), em interessante estudo com base em levantamento empírico, indicou que processos com prisões cautelares levariam a mais condenações. No entanto, faltou esclarecer se a causa do maior número de condenações foi que esses processos tinham mais elementos probatórios (prisões em flagrante, por exemplo), que inclusive conferiram pressupostos às cautelares, ou de vieses cognitivos. Cf. Andrade (2020, p. 48), a pesquisa não esclarece essa questão essencial, o que dependeria de analisar cada caso.
- 6 As características do mecanismo processual são (devem ser) ditadas pelas finalidades e pelos fundamentos de sua regulação, os quais equivalem a uma espécie "*di prius logico*" em relação às características do procedimento legal, cf., por exemplo, Di Chiara (2003, p. 335 ss.).
- 7 O termo "captura psíquica" se encontra em Lopes Jr. (2018, p. 343).
- 8 Ver Haack (2015b, p. 76-88), quando diz que o grau de convencimento, ou seja, o estado mental de quem se pronuncia sobre os fatos é distintamente secundário, devendo ser predominante a força das provas. Trata-se de uma questão epistemológica sobre o "o grau de crença garantido pelas provas", o que depende da qualidade das provas. Ver, ainda, Taruffo (2008, p. 21); Carratta (2001, p.85 ss.), o qual recorda que a persuasão é de caráter privado e incontrolável. Nesse aspecto, Ferrer Beltrán (2005, p. 74 ss.), distingue "*estar probado*" e "*ser tenido por probado*", para afastar uma concepção irracional e subjetiva do método, inserindo critério externo à decisão do juiz para avaliar sua correção.
- 9 Para essa orientação v. Taruffo (1997, p. 149 ss.), o qual esclarece que não se trata de controle racional sobre a formulação da decisão, sobre o que o juiz pensou, e sim sobre a justificação da decisão. No mesmo sentido, Ferrer Beltrán (2012, p. 56); Wróblewski (1989, p. 62). Sobre o ponto, v. Kostoris (2001, p. 3), o qual distingue o "*giudizio-attività*", que se forma na mente do juiz e escapa à análise do jurista, e o "*giudizio-risultato*", que deve ser verificado pelo documento que o relata "*e che ne contiene la motivazione*". Sobre o fato de que a estima probabilística de confirmação de uma hipótese no processo não deveria ser medida pelo grau de convencimento do juiz, mas sim objetivamente, com base no grau de confirmação fornecido pelas provas, v. Caprioli (2009, p. 62 ss.); Haack (2015a, p. 19, 24 ss.).
- 10 Cf., por todos, Carratta (2014, p. 170 ss.). Wróblewski (*op cit.*, p. 140), sustenta a ideologia da decisão legal e racional, mas não deixa de reconhecer as valorações feitas na decisão judicial, atividade valorativa que, no entanto, também vem determinada pelas características do sistema jurídico e da legalidade a que atende essa ideologia.
- 11 Carratta (*op. cit.*, p. 172, 187 ss.).
- 12 Sobre os critérios de verificação da verdade factual em juízo pela lógica indutivo-probabilística, a partir do grau de confirmação das proposições fáticas fornecido, objetivamente, pelas proposições probatórias (provas), e não pelo grau de convencimento pessoal do juiz, v. Mazza (2014, p. 719 ss.); Caprioli (2009, p. 54 ss., 61 ss.); Garofoli (2012, p. 49-50).
- 13 Toda a atuação processual das partes, todo seu esforço probatório pode até estar direcionado a persuadir o juiz, no esforço de amparar as suas razões e alcançar uma decisão favorável. Mas cabe recordar, com Ferrer Beltrán (2006, p. 3 e 30), que o principal é a perspectiva da teoria do processo e da aplicação do direito, e não o eventual propósito dos sujeitos; bem como que o escopo primordial de uma atividade ou instituição não exclui que possam existir outros fins no processo. Twining (2006, p. 105), qualifica como "*Hard-Nosed Practitioner*" ao profissional, principalmente do *adversarial system*, que desmerece o valor da busca de correção ou justiça nas decisões, e tenta resumir a instituição processual a um simples jogo no qual importa apenas vencer a causa.
- 14 Como refere Ferrer Beltrán (2005, p. 22-32 ss.) se a finalidade do juízo é a convicção psicológica do julgador, "*obtenida ésta, ya no parecen posibles mayores controles*".
- 15 Sobre o princípio da dúvida razoável na apreciação probatória, relacionado diretamente com a inferência indutiva e a probabilidade lógica, consentindo delinear o caráter probabilístico do julgamento de caráter indutivo, v. Mazza (2014, p. 722-724).
- 16 Sobre a importância da motivação racional empírica e do controle intersubjetivo v. Ferrer Beltrán (2003, p. 83 ss.); Kostoris (2001, p. 8).
- 17 As possibilidades recursais agregam-se à exigência de fundamentação e à elevação do *standard* probatório no juízo penal como critérios de amenização dos erros. Esse último aspecto estabelece critério de distribuição de erros apto a ensejar a menor probabilidade de falsas condenações do que de falsas absolvições, cf. Laudan (2008, p. 1-2).
- 18 Estudos de psicologia social identificam mais de uma centena de vieses cognitivos com potencialidade de interferir negativamente nas resoluções (ver infra, nota 100), ao que se somam todas as demais hipóteses de falhas de julgamento.
- 19 A estrutura marcadamente hierarquizada e o controle recursal são elementos distintivos do modelo continental de administração da justiça, cf. Damaška (1991, cap. 1 e 2 e p. 98 ss.). À objeção de uma incapacidade do julgador de apreciar corretamente o conjunto probatório, por suposto viés cognitivo, induz a ampla possibilidade de correção pelas vias recursais ordinárias destinadas a apreciar erro de valoração da prova, aspecto fundamental de distinção do nosso esquema processual, cf. Fernández López (2005, p. 326).
- 20 Haack (2004, p. 54, nt. 14). É essa a indicação clara das Cortes supranacionais de direitos. A equidade do processo penal deve ser valorada na globalidade do procedimento, em outras palavras, a valoração do processo penal de uma nação é feita no conjunto, mediante a consideração de todas as fases e recursos utilizados pelas partes. Ver Bartole, De Sena e Zagrebelsky (2012, p. 188-190).
- 21 No Brasil, ver Badaró (2019, p. 121 ss.).
- 22 Todas as decisões preliminares que ensejariam, segundo parcela da doutrina, quebra de imparcialidade e dissonância cognitiva são impugnáveis, portanto, reavaliadas amplamente. Curiosamente, no entanto, ao menos pelo tratamento de parte da doutrina nacional, não se identifica ressonância das teses de quebra da imparcialidade e de vieses cognitivos em relação

- aos tribunais recursais; o foco da preocupação é quase somente o julgador de primeira instância. Reconhecendo a dissonância cognitiva nos tribunais, ver: Andrade (2020, p. 83-85) e Silva (1988, p. 114-115).
- 22 Curioso que se considera uma etapa fracionária do processo para sustentar a necessidade de sua reformulação. Neste raciocínio deficiente acerca da estrutura do processo, são simplesmente desconsideradas as demais etapas deste mesmo processo, as quais têm a finalidade, também, de depurar muitos dos equívocos de julgamento levantados. Seria como criticar o processo de tratamento da água, argumentando que a decantação e a filtragem não expurgam todas as propriedades adversas, esquecendo que a água que sai da torneira passa ainda, no processo de tratamento, pela desinfecção e fluoretização. Nesse ponto, necessário indicar, amenizando o risco da trivial retórica do *strawman*, que os vieses cognitivos e a imparcialidade objetiva tratam de supostos desvios na apreciação da matéria probatória, e não de má-fé ou tendenciosidade subjetiva. E, mais importante, esses desvios decorreriam da estrutura do sistema judicial, o qual, no entanto, é considerado parcialmente, e não de forma completa. Todo modo, sustenta-se que não há quebra de imparcialidade. Recordando Montero Aroca, "*Frente a contaminación, motivación*", e ainda: "*todo se resuelve en el control de los elementos probatorios que han de formar la convicción judicial*"; (2006, p. 559).
- 23 A partir de agora será referido como TEDH.
- 24 Cf. já sustentávamos na obra: Pereira (2014, p. 87 ss.).
- 25 O TEDH, na evolução de seus julgados, passou a reconhecer que não existe uma clara separação nessa análise, uma vez que a postura de um juiz pode suscitar dúvidas objetivamente justificadas em um observador externo e, ao mesmo tempo, permitir que se questione o comprometimento pessoal, subjetivo, do magistrado em relação ao caso em julgamento. Mas segue reconhecendo ser difícil obter comprovação para superar a presunção de imparcialidade subjetiva do juiz, de modo que o requisito de imparcialidade objetiva ajuda no controle, por fornecer uma garantia adicional importante. Cf., entre muitos, casos Kyprianou c. Chipre, STEDH n. 73797/01, de 15/12/2005; Rudnichenko v. Ucrânia, STEDH n. 2775/07, de 11/10/2013.
- 26 Na verificação subjetiva, os defeitos de parcialidade são mais notáveis, até mesmo encontrando mais facilmente solução nas normas positivas internas de abstenção e recusação de juiz comprometido subjetivamente. Segundo os juízes de Estrasburgo, no viés subjetivo a imparcialidade presume-se, cabendo à parte que reclama o reconhecimento da parcialidade do magistrado demonstrá-la. Ver Juan Patrone (2001, p. 417).
- 27 Cf. Caso Piersack contra Bélgica, STEDH n. 8692/79, de 1/10/1982, § 30.
- 28 "*However, it is not possible for the Court to confine itself to a purely subjective test; account must also be taken of considerations relating to the functions exercised and to internal organization (the objective approach)*"; caso De Cubber contra Bélgica (n. 9186/80, §m 26).
- 29 Em especial, ver Andrade (2020, p. 22-40); Maya (2011, p. 105 ss.).
- 30 O cerne da discussão é quanto à presença de um membro do MP na audiência de deliberação privada do Tribunal de Cassação belga. Embora tendo recusado a reclamação, foi a primeira oportunidade em que o TEDH relacionou o tema do direito a um julgamento justo por tribunal imparcial com a importância que a aparência possui na confiança dos cidadãos na justiça.
- 31 STEDH n. 8692/79, de 1º/10/1982. O cerne da discussão envolve a presença de membro do MP que atuou na fase de inquérito e posteriormente exerceu a função de juiz no processo no qual redundou a condenação do reclamante. O TEDH, pela primeira vez, explicitou a doutrina da dimensão dupla da imparcialidade, referiu a importância das aparências na matéria e relacionou-as diretamente com o teste objetivo de imparcialidade. Na conclusão, considerou que a atuação prévia no procedimento como membro do MP, e na sequência na condição de juiz, justifica o temor do público de que não ofereça as garantias suficientes de imparcialidade. Concluiu, assim, pela infração ao art. 6º, § 1º da Convenção.
- 32 STEDH n. 9186/80, de 26/10/1984. Esse caso é considerado referência para solucionar as situações em que há o exercício sucessivo pelo mesmo magistrado, no mesmo procedimento, das funções de juiz de instrução e de juiz de julgamento do mérito. A decisão unânime da Corte foi no sentido da violação do direito ao juiz imparcial: o juiz investigador na fase preliminar não pode ser o mesmo que julgará o fato.
- 33 STEDH n. 10486/83, de 24/5/1989. A questão é se o fato de o juiz condutor do julgamento em primeiro grau, bem como os membros do tribunal superior dinamarquês que apreciaram o recurso, terem tomado, antes e durante o processo, inúmeras decisões em matéria de prisão cautelar e outras diligências investigativas e processuais de relevância, veriam atingida a sua imparcialidade objetiva. O TEDH distinguiu (§ 50) as funções do juiz em relação aos encargos da autoridade policial e do Ministério Público na fase investigativa, explicitou a ideia de que o simples fato de o juiz que presidiu o julgamento ter proferido decisões nas fases anteriores, inclusive decretando prisão preventiva em fase pré-processual, não é, por si só, motivo suficiente para justificar temores de ausência de imparcialidade. Na sequência, referiu ser necessária análise pontual da situação concreta e reconheceu a peculiaridade do sistema legal dinamarquês, que exige do juiz um elevado grau de clareza quanto à questão da culpa do imputado na análise dos pressupostos para decretação da prisão preventiva, fazendo com que a diferença normalmente existente entre a matéria que o juiz tem de apreciar na imposição de medida cautelar detentiva e no julgamento, neste caso, seja demasiado tênue. Daí o reconhecimento de violação da imparcialidade objetiva na situação, ante as peculiaridades do caso.
- 34 O caso envolvia a atuação sucessiva de juízes que haviam apreciado recurso do interessado contra o segundo *auto de procesamiento* (despacho expedido por juiz de instrução no âmbito militar), reconhecendo haver elementos suficientes para a imputação, e que depois atuaram julgando o mérito da causa no tribunal militar. Pelas circunstâncias do caso concreto, mormente os termos utilizados pela Câmara do Tribunal Militar que apreciou o recurso contra o *auto de procesamiento*, o Tribunal considerou legítima a dúvida quanto à imparcialidade objetiva, com fundamento tanto no conteúdo da decisão anterior dos juízes, como pelo fato de que juízes que atuaram em grau recursal não podem depois julgar o caso como julgador de primeiro grau.
- 35 Ver, por ex., § 83 da sentença no Caso Tierce e outros contra San Marino, 25/7/2000.
- 36 A propósito das reformulações procedimentais nos sistemas jurídicos europeus tendentes a eliminar ou reduzir sobremaneira a previsão do juiz de instrução, ver: Rodrigues (2001).
- 37 Na reclamação 12981/87, Sainte-Marie contra França julgada em 16/12/1992, envolvendo também participação no julgamento de juízes que se haviam pronunciado anteriormente sobre a prisão provisória do acusado, o TEDH fez referência ao caso Hauschildt e concluiu que somente condições específicas do caso concreto poderiam ensejar dúvida quanto à imparcialidade de juiz que havia se manifestado sobre prisão cautelar.
- 38 Tradução livre de trecho extraído do caso Sainte-Marie contra França. No original, lê-se: *the mere fact that such a judge has already taken pre-trial decisions in the case, including decisions relating to detention on remand, cannot in itself justify fears as to his impartiality. Only special circumstances may warrant a different conclusion, as they did in the Hauschildt case.*
- 39 É nesse sentido a decisão do TEDH no caso Nortier vs. Holanda, STEDH n. 13924/88, de 24/8/1993: *The mere fact that Juvenile Judge Meulenbroek also made pre-trial decisions, including decisions relating to detention on remand, cannot be taken as in itself justifying fears as to his impartiality; what matters is the scope and nature of these decisions.* O precedente prossegue afirmando que as deliberações tomadas pelo juiz na fase investigativa, inclusive de detenção provisória, "não são as mesmas que serão decisivas para o julgamento final" (no original: *the questions which Juvenile Judge Meulenbroek had to answer when taking these decisions were not the same as those which were decisive for his final judgment*). A mesma compreensão já constava da fundamentação do caso Hauschildt, que destacou o fato de a lei exigir que o juiz esteja convencido de que há "*a very high degree of clarity*" as to the question of *guilt* ao decretar prisões cautelares.
- 40 Para a mesma conclusão, na doutrina, ver Andrade (2020, p. 34); Maya (2011, p. 155), e mais recentemente, do mesmo autor, 2020 (p. 63). No TEDH, caso Asunto Cardona Serrat vs. España, STEDH n. 38715/06, de 26/10/2010, após reiterar a tese de que o *simple fato de que um juiz tenha tomado decisões antes do início do processo, em particular relativamente à prisão preventiva, não pode, por si só, justificar apreensões quanto à sua imparcialidade* [...] *A questão relativa à custódia cautelar não se confunde com a questão da culpabilidade do acusado* (tradução livre). O tribunal prosseguiu ressaltando que, no caso, houve inserção de fundamento de ofício para a decretação da

- prisão cautelar, bem como foi destacado que a legislação interna exige, para essa decisão, que os julgadores afirmassem a existência de motivos suficientes para considerar o arrestado como responsável pelo delito, sendo que os termos utilizados indicavam uma tomada de posição antecipada sobre a responsabilidade penal do imputado, daí a dúvida justificada.
- 41 *When taking a decision on detention on remand and other pre-trial decisions of this kind the judge summarily assesses the available data in order to ascertain whether prima facie the police have grounds for their suspicion; when giving judgment at the conclusion of the trial he must assess whether the evidence that has been produced and debated in court suffices for finding the accused guilty*; caso Hauschildt c. Dinamarca, § 50, STDEH 10486/83.
- 42 Ver, por ex., caso Sainte-Marie contra França, STDEH 12981/87, de 16/12/1992; Nortier contra Holanda, STDEH 13924/88, de 24/8/1993; Saraiva de Carvalho contra Portugal, STEDH n. 15651/89, de 22/4/1994. Mais recente, no caso Ekeberg e outros contra Noruega, o TEDH reafirmou as premissas e conclusões exaradas no caso Hauschildt, inclusive a análise quanto ao desvanecimento da substancial diferença entre os motivos para a decretação da prisão cautelar e para a decisão final do processo como elemento definidor da sua decisão; STEDH 11106/04, 11108/04, 11116/04, 11311/04 e 13276/04, decisão de 31/7/2007.
- 43 Essa compreensão segue sendo reafirmada pelo TEDH, ver, mais recentemente: caso Dragojević vs. Croácia, STEDH n. 68955/11, de 15/1/2015, §§ 111-123. Por essas razões, discorda-se da posição de Maya (2011, *passim*), o qual, após historiar as decisões do TEDH e reconhecer estar consolidado o entendimento do Tribunal de que *as decisões proferidas por juizes na fase de investigação, para torná-los suspeitos de parcialidade, devem ser de tal extensão ou de tal alcance, que possam ser comparadas às decisões de mérito, nas quais a análise recai sobre a efetiva culpabilidade do acusado*, na sequência menciona que decisões na fase de investigação preliminar no processo penal brasileiro, como de prisões cautelares ou de medidas assecuratórias, assemelham-se a decisões que o TEDH considera como justificadoras do receio de perda da imparcialidade do julgador. Basta ler os fundamentos das decisões da Corte europeia para chegar à conclusão oposta a essa.
- 44 Cf. Maya (2020, p. 53), o TEDH estabeleceu, como primeiro critério de análise, a diferença concernente ao grau de convicção exigido do juiz para fins de decisões cautelares e para o julgamento do mérito: *Apenas decisões que exijam do juiz a formação de uma convicção quase plena acerca da responsabilidade penal do acusado é que justificariam objetivamente o receio quanto à perda de imparcialidade*.
- 45 O próprio TEDH já apreciou alegações de perda da imparcialidade objetiva de membros de tribunal que apreciaram recurso sobre o mérito da acusação, e que antes haviam apreciado recursos de decisões tomadas na fase investigativa. Como não poderia deixar de ser, o crivo da Corte é o mesmo, inclusive com as mesmas fórmulas. Ver, por ex., Mancel e Brantart c. França, n. 22349/06, de 24/6/2010; D.P. c. França, STEDH n. 53971/00, de 10/2/2004, § 35: *The mere fact that a judge has also made pre-trial decisions cannot in itself be taken as justifying doubts regarding his or her impartiality. What matters is the extent and nature of the pre-trial measures taken by the judge. Likewise, the fact that a judge has detailed knowledge of the case file does not entail any prejudice on his or her part that would prevent his or her being regarded as impartial when the decision on the merits is taken. Nor does a preliminary analysis of the available information mean that the final analysis has been prejudged. What is important is for that analysis to be carried out when judgment is delivered and to be based on the evidence produced and argument heard at the hearing*.
- 46 Afirmação que consta em Vázquez (2013, p. 15), na comparação com os demais *standards* mencionados: *"more probable than not", "preponderance of the evidence", e "clear and convincing evidence"*.
- 47 Cf. Andrade (2020, p. 36).
- 48 Ver resumo de casos, em ordem cronológica, em Giacomolli (2016, p. 288-292).
- 49 Deliberações preliminares que não se referem tão somente ao procedimento investigativo preliminar, mas toda e qualquer deliberação anterior do magistrado, abrangendo, por ex., decisões em processo administrativo ou em processo contra coautores ou envolvendo fatos conexos e decisões no âmbito recursal.
- 50 Ilustrativo, por ex. o caso Cianetti c. Itália, STEDH n. 55634/00, de 22/4/2004, no qual a 1ª Seção da Corte, inicialmente, afirmou o princípio geral de que *le simple fait qu'un juge ait déjà pris des décisions avant le procès ne peut, en soi, justifier des appréhensions quant à son impartialité*, e na sequência, avaliando criteriosamente as decisões anteriores, entendeu que as decisões prévias indicariam avaliação judicial quanto à existência de provas suficientes para concluir que o crime tenha sido cometido, tendo afirmado que *Les mêmes magistrats ayant adopté ces ordonnances se sont ensuite prononcés sur la culpabilité du requérant*.
- 51 O CPP trata da exceção de suspeição nos arts. 96-107. A solução mais adequada seria especificar as causas de suspeição e as causas de impedimento e disciplinar a possibilidade de recusa do julgador por impedimento decorrente do conteúdo de decisões tomadas na fase preliminar investigativa, em moldes análogos, com as devidas adaptações, ao previsto no CPC, capítulo II do título IV, "Dos impedimentos e da suspeição" arts. 144-148. Há edições em Português, como Festinger (1975).
- 52 Por exigência de precisão, cabe referir que Festinger trata da relação de "incongruência" entre dois elementos cognitivos, o que abrange dados incoerentes ou contraditórios entre si.
- 53 Festinger (1957, p. 18 ss.). Schünemann (2013a, p. 208).
- 54 Cf. o autor, a dissonância cognitiva por ser considerada uma condição antecedente que conduz a uma atividade deliberadamente direcionada na direção de reduzir a dissonância, *just as hunger leads to activity oriented towards hunger reduction* (FESTINGER, 1957, p. 3, 125 ss.).
- 56 No "guarda-chuva" dos elementos cognitivos, Festinger (1957, p. 9-11), inclui informações, noções, valores, opiniões, atitudes, comportamentos.
- 57 Na versão original, o autor utiliza a locução "irrelevant relations". Optou-se pela expressão "não atinência", empregada na tradução italiana "non attinenti", cf. Festinger (1997, p. 10), que parece melhor identificar a situação na qual não se questiona se há dissonância ou consonância, porque os elementos não são reciprocamente atinentes.
- 58 Segundo o autor, em muitos casos é um problema definir, *a priori*, se dois elementos são irrelevantes, ou seja, não atinentes, Festinger (*op cit.*, p. 12).
- 59 No original: *"These two elements are in a dissonant relation if, considering these two alone, the obverse of one element would follow from the other"* (FESTINGER, 1957, p. 13).
- 60 A base do estudo de Schünemann é a teoria da dissonância cognitiva, no entanto o autor se utiliza, também, de forma complementar, de outros influxos de Psicologia social comportamental, como a teoria dos processos de comparação social e a Psicologia da informação. Tanto pelo objeto deste artigo, como pelo protagonismo da teoria da dissonância cognitiva na pesquisa de Schünemann, o presente texto delimita a análise à teoria de base.
- 61 Segundo Schünemann (2013a, p. 217), pela experiência conduzida, a figura do julgador com melhores resultados no processamento de dados é do juiz *sem conhecimento dos autos*, mas dotado de *direitos próprios de inquirição*, questão relevante quando se trata de reforma processual.
- 62 Art. 203 do CPP alemão, na versão em inglês: *The court shall decide to open main proceedings if, in the light of the results of the preparatory proceedings, there appear to be sufficient grounds to suspect that the indicted accused has committed an offence*. Disponível em: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stpo/englisch\\_stpo.html#p1625](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p1625). Acesso em: 14 jul. 2020.
- 63 Não é objeto deste artigo analisar o conteúdo da decisão judicial de abertura do processo penal alemão. As referências aqui se embasam nas premissas de Schünemann, mais precisamente, na constatação de que a decisão de recebimento da denúncia depende de o juiz concluir, em prognóstico positivo, pela alta probabilidade de condenação final.
- 64 Schünemann (2013a, p. 221), chega a referir que o juiz na audiência de instrução no processo penal alemão "investiga e decide".
- 65 Art. 244, inciso II, do CPP alemão, na versão em inglês: *The court shall, in order to establish the truth, ex officio extend the taking of evidence to all facts and means of proof which are relevant to the decision*.
- 66 Schünemann (2013a, p. 216), refere textualmente que, na audiência de instrução e julgamento, o promotor *não tem mais qualquer domínio sobre o processo, sendo reduzido a uma figura periférica*.
- 67 Dever do julgador explicitamente reconhecido por Luis Greco (2013, p. 16) na introdução da obra em referência.
- 68 Interessante transcrever trecho no qual Schünemann (2013a, p. 207) condensa os traços que leva em consideração na pesquisa: *trata-se de saber se o juiz, por*

- seu conhecimento dos autos, por proferir a decisão de recebimento da denúncia, por sua atividade inquisitorial na audiência e por ocupar, de facto, a posição de parte contrária diante do acusado que nega os fatos, não está impedido de realizar uma avaliação imparcial [...].
- 69 Aspecto também destacado por Luís Greco na introdução da coletânea, cf. Greco (2013, p. 16), que refere que o juiz, para receber a denúncia, deve formular a prognose de que a audiência provavelmente terá como resultado a condenação.
- 70 Para uma análise quanto às condições da ação penal “segundo as categorias próprias do processo penal”, ver Lopes Jr. (2015, p. 234 e ss.). Ver, também, Lima (2016, p. 188 e ss.).
- 71 Cf., entre muitos, Lopes Jr. (2018, p. 196-197, 735). Jardim (2005, p. 93) identifica a justa causa como o lastro mínimo de prova que dê embasamento à acusação. Pacelli e Fischer (2020, p. 1030) também identificam a justa causa com a existência de lastro probatório mínimo a comprovar a acusação. Assim como Lima (2020, p. 1401 e 1404). Em senso análogo, Badaró (2015, p. 163) refere a necessidade de elementos de convicção que demonstrem a viabilidade da ação penal, um suporte probatório mínimo.
- 72 No STJ, nesses termos, ver, entre muitos, HC 534.414/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 28/9/2020; AgRg no RHC 122.377/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 21/9/2020. No STF, ilustrativamente, Inq 3701, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª T., DJe-156, 23/06/2020; Inq 3515, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., DJe-156, 23/6/2020.
- 73 Em outro estudo, o autor refere que o julgador, na instrução em juízo, torna-se adversário do acusado, cf. Schünemann (2013b, p. 233).
- 74 Cf., entre muitos, Aranha (2006, p. 16, 35); Tucci (2011, p. 172). Ver STJ, RHC 58.186/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 15/9/2015.
- 75 Por todos, ver Fernandes, (2012, p. 65 ss., 79 ss.).
- 76 Nesses termos, Zilli (2012, p. 158 ss.); Badaró (2015, p. 89-90); Aranha (2006, p. 16). O direito à prova amplamente reconhecido às partes significa a prerrogativa dos sujeitos interessados de produzir provas sem sofrer óbices injustificados, mas não exclui a previsão legal de interferências probatórias de ofício, cf. Tucci (2011, p. 173).
- 77 Como já foi dito, referência deste escrito não é, propriamente, o processo penal alemão, mas sim, de modo específico, as premissas expressas no estudo de Schünemann acerca do processo alemão. Essa demarcação evita que se tenha de cotejar analiticamente as premissas assumidas pelo autor alemão.
- 78 A própria pesquisa empírica baseada em simulação de práticas jurídicas já merece cautelas, ante as conhecidas controvérsias decorrentes de estudos embasados em situações simuladas em laboratório, que acabariam se mostrando muito distantes das situações reais, apresentando deturpações e elementos não convalidados. Basta recordar a obra Thibaut e Walker (1981); e as contestações apresentadas, por ex., por Amodio (2003, p. 197); Taruffo (1976, p. 161 ss.); Damaška (1975, p. 1095 ss.); Vidmar (1997, p. 129).
- 79 Fica claro que o principal defeito do modelo alemão, o “calcanhar de Aquiles” ou “doença perpétua” que conduz Schünemann a perscrutar soluções são os efeitos indicados acima como decorrentes da dissonância cognitiva.
- 80 Estudo da organização *School of Thought* publicado no endereço eletrônico do Fórum Econômico Mundial identifica os 24 vieses cognitivos mais comuns, e informa que há mais de 180 *that mess with how we process data, think critically, and perceive reality*, Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2018/12/24-cognitive-biases-that-are-warping-your-perception-of-reality>. Acesso em: 19 out. 2020. No prefácio da edição italiana: Festinger (1997, p. XI), Gustavo Iacono refere inúmeras teorias de Psicologia social similares à teoria da dissonância de Festinger, identificadas como “*consistency theories*”, e que têm em comum o fato de sustentarem haver uma tendência subjetiva a evitar contradições no ato de perceber, de conhecer, de avaliar, uma vez que as inconsistências provocam desconforto, tensão psicológica.
- 81 Nas palavras do próprio autor: *And now a word about the remainder of the book. It explores, in a wide variety of contexts, the consequences of the existence of cognitive dissonance and the attempts on the part of humans to reduce it* Festinger (1957, p. 4).
- 82 Cf. Festinger (1957, p. 13): “*To state it a bit more formally, x and y are dissonant if not-x follows from y*”.
- 83 Não se nega, por óbvio, a incidência de vieses cognitivos, erros cognitivos, erros de julgamento, que podem decorrer não só de decisões anteriores, mas, como parece mais comum, de limitações, crenças, preconceitos, vaidades, ideologias. Diversos fatores influenciam a tomada de decisões judiciais. Conhecer e estudar essas questões é importante no melhoramento da função judicial. Nesse sentido, por ex., Andrade, (2020, p. 57, 60 ss., 91 ss.).
- 84 De modo geral, a mesma afirmativa pode ser transposta para a análise de medidas cautelares pessoais e reais. Segundo amplamente referido pela doutrina, a indicação do art. 312 do CPP, condicionando a prisão preventiva à afirmação fundamentada de prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, pode ser traduzido na expressão “*fumus comissi delicti*” ou “*fumus delicti*”, que se refere à aparência do delito, à verossimilhança da autoria, com base em um juízo provisório, de probabilidade, em cognição sumária cf. Badaró (2015, p. 940); Pacelli (2018, p. 570); Lima (2020, p. 941). Tonini (2015, p. 430), esclarece que a expressão “indício” indica o *quantum* ou *standard* de prova que serve para embasar a medida cautelar, que é decidida em uma base probatória provisória, não sendo aqui empregado no outro sentido, ou seja, de prova indireta. Cf., também, Zappalà (2001, p. 401), que refere a exigência de resultado probatório que consinta um juízo de razoável probabilidade em referência à existência do fato e à autoria.
- 85 Fase que segue orientada por limitações qualitativa e temporal de cognição probatória, com finalidade mais contida em relação à cognição plenária da fase processual, cf. Lopes Jr. (2005, p. 175 ss.).
- 86 No julgamento do mérito do caso penal, é plenamente possível se seguir afirmando a presença de indícios de autoria como feito no recebimento da denúncia, mas sustentar ausência de prova para além da dúvida razoável, e não se cogita dissonância cognitiva na relação entre essa cópia de elementos.
- 87 Festinger (1957, p. 34), fala do “*freezing effect*” referindo-se aos mecanismos cognitivamente impulsionados para que a decisão, uma vez tomada, se torne estável, o que passa por tornar as alternativas repelidas menos atraentes, e por reforçar os elementos cognitivos consoantes.
- 88 O autor deixa claro que a dissonância cognitiva não se apresenta no nível cognitivo *ex ante*, ou seja, pré-tomada de decisão, quando pode se manifestar conflito pela necessidade de escolha de direções reciprocamente opostas. A dissonância aparece quando a decisão está tomada e os dados cognitivos da opção refutada é dissonante relativamente à direção que o indivíduo tomou, Festinger (1957, p. 40).
- 89 O exemplo utilizado pelo autor é elucidativo, envolve a escolha entre duas propostas de emprego, havendo elementos favoráveis tanto à escolha do emprego A como do B. O trabalho A exclui o trabalho B. Quando o sujeito decide por A e rejeita B, os dados que eram favoráveis ao emprego B se tornam dissonantes com a decisão tomada, e haverá uma pressão tendente a reduzir a dissonância, a enfraquecer o efeito atrativo do emprego B, cf. Festinger (1957, p. 37).
- 90 Em sentido análogo, ver Cavalcante (2020, p. 313); Dezem e Souza (2020, p. 81). Essa razão de ser vem expressamente sinalizada pela legislação, no caput do art. 3º-B: “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente” (sem grifo no original).
- 91 Ver o Capítulo III da Exposição de Motivos do anteprojeto de novo CPP, Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2966191&disposition=inline>. Acesso em: 7 nov. 2020. Sobre o tema, ver considerações críticas em Andrade (2020, p. 78), sobretudo sobre os riscos de efeito oposto, sobretudo sistêmico, no modo como o instituto foi concretizado no Brasil.
- 92 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”. O dispositivo quer se referir às competências previstas no art. 3º-B.
- 93 A disciplina normativa da separação dos procedimentos investigativo e judicial é essencial, sobretudo para regular as leituras consentidas, condições e forma de aproveitamento de depoimentos prestados, o regime jurídico de cotejo e contestação de anteriores depoimentos na fase investigativa. A lei processual italiana regula a dinâmica da duplicidade de autos em três extensos dispositivos. Além disso, há toda a normativa referente às leituras consentidas e não consentidas, em juízo, dos depoimentos prestados na fase de investigação. Essa disciplina é essencial para permitir, regular e limitar o cotejo entre as informações prestadas na fase preliminar de apuração e as informações feitas em juízo E ainda assim as controvérsias na jurisprudência e doutrina



- italianas são amplas e intrincadas.
- 94 A função de controle de princípios normativos deve complementar a função de garantia das liberdades fundamentais. Princípios de obrigatoriedade da ação penal, corolário do princípio da legalidade, e do Estado de Direito, faz sim com que deva haver um controle judicial sobre os pressupostos normativos para a interrupção da investigação e para o não exercício da ação penal. Ver, entre muitos, Ferraioli (2014, p. 116 e 137 ss.).
- 95 Mesmo no reformado processo penal chileno, há previsão de intervenção do *juez de garantía* no âmbito da deliberação do ministério público de interromper investigações e não promover a persecução penal. Basta a leitura dos arts. 169, 257, 258, e mesmo do art. 170, em âmbito indicado de incidência do princípio da oportunidade, os quais permitem controle judicial e hierárquico da deliberação do MP.
- 96 O sistema processual espanhol dificilmente serve como parâmetro, pelo fato de a fase preliminar investigativa ser conduzida pelo *juez de instrucción*, cf. Armenta Deu (2012, p. 68 e 185 ss.).
- 97 Sobre o tema, Belluta (2006, p. 249), menciona que o poder judicial de intervir se embasa na exigência de completude da investigação. Já Siracusano (2005, p. 298 ss.), explica que se trata de uma verdadeira integração probatória necessária para os fins da sentença de “*non luogo a procedere*”, equivalente à decisão de arquivamento da denúncia”.
- 98 Há críticas doutrinárias a essa solução normativa, cf., por ex., Ferraioli (2014, p. 138 e ss.), sinalizando a autora que se poderia admitir apenas um estímulo ou convite ao MP, como incentivo ou sugestão a complementar os atos investigatórios, sem se traduzir em uma interferência direta e imposta de novas investigações. Segundo Nappi (2007, p. 400), é necessária uma solução equilibrada e eficiente à exigência de garantir a função cognoscitiva do processo, e de respeito aos princípios da legalidade e da obrigatoriedade da ação penal.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. *Julgamentos criminais na perspectiva da psicologia*: heurísticas e vieses, dissonância cognitiva, falsas memórias e participação. Salvador: JusPodium, 2020.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

AMODIO, Ennio. *Processo penal, diritto europeo e common law*: dal rito inquisitorio al giusto processo. Milão: Giuffrè, 2003.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de C. *Da prova no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales*: la justicia penal en Europa y América. Madrid: Marcial Pons, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BARTOLE, Sergio; DE SENA, Pasquale; ZAGREBELSKY, Vladimiro. *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2012.

BELLUTA, Hervé. *Imparzialità del giudice e dinamiche*

*probatorie ex officio*. Torino: G. Giappichelli, 2006.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*. *Ragion Pratica*, Genova, ano 9, n. 1, p. 149-166, giugno 2003.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión*. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer et al. *Estudios sobre la prueba*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2006. p. 1-45.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valutazione razionale della prova*. Milano: Giuffrè, 2012.

CAPRIOLI, Francesco. L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, ano 52, p. 51-92, 2009.

CAPRIOLI, Francesco. Indagini preliminari e udienza preliminare. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*, 8. ed. Milanofiori Assago: Wolters Kluwer, Cedam, 2016. p. 493-662.

CARRATTA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio). *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 56, 2. serie, p. 73-103, 2001.

CARRATTA, Antonio. Il diritto come discorso e la funzione dimostrativa della prova: a proposito del libro di Aurelio Gentili. *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, n. 14, p. 169-208, dic. 2014.

CAVALCANTE, André Clark Nunes. *Lei anticrimine comentada*. Leme, SP: JH Mizuno, 2020.

CHIAVARIO, Mario. Diritto ad un processo equo. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI Benedetto; RAIMONDI, Guido (coord.). *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2001.

DI CHIARA, Giuseppe. Diritto processuale penale. In: FIANDACA, Giovanni; DI CHIARA, Giuseppe. *Una introduzione al sistema penale*: per una lettura costituzionalmente orientata. Napoli: Jovene, 2003. p. 189-365.

DAMAŠKA, Mirjan R. Presentation of evidence and factfinding precision. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, PA, n. 123, p. 1083-1106, 1975.

DAMAŠKA, Mirjan R. *I volti della giustizia e del potere*: analisi comparatistica del processo. Bologna: Il Mulino, 1991.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrimine*: Lei 13.964/2019. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAIOLI, Marzia. *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*. 4. ed. Padova: Cedam, 2014.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel, 2005.

FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford: Stanford University Press, 1957.

FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

FESTINGER, Leon. *Teoria della dissonanza cognitiva*. Milão: Franco Angeli, 1997.

GARCÍA ROCA, Javier; VIDAL ZAPATERO, José Miguel. El derecho a un tribunal Independiente e Imparcial (art. 6.1): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la justicia. In: GARCÍA ROCA, Javier; SANTOLAYA, Pablo (Coord.). *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009. p. 365-407.

GAROFOLI, Vincenzo. Verità e processo penale: l'improponibile endiadi in un processo virtualmen-

te accusatorio. In: GAROFOLI, Vincenzo; INCAMPO, Antonio (a cura di), *Verità e proceso penale*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 43-50.

GAZZETTA UFFICIALE. Codice di procedura penale: relazione al progetto preliminare. *Gazzetta ufficiale*, [Roma], n. 250, 1988. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1988/10/24/088A4237/sq>. Acesso em: 16 dez. 2020.

GIACOMOLLI, Nereu. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

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

GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 5-25.

HAACK, Susan. Epistemology legalized: or, truth, justice, and the american way. *The American Journal of Jurisprudence*, Notre Dame, v. 49, n. 1, p. 43-61, jan. 2004.

HAACK, Susan. Epistemologia e diritto probatorio: problemi e progetti. In: HAACK, Susan. *Legalizzare l'epistemologia*: prova, probabilità e causa nel diritto. Milano: Università Bocconi, 2015. p. 1-38.

HAACK, Susan. Probabilismo giuridico: un dissenso epistemologico. In: HAACK, Susan. *Legalizzare l'epistemologia*: prova, probabilità e causa nel diritto. Milano: Università Bocconi, 2015. p. 69-112.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *Imparzialità judicial derecho al juez imparcial*. Elcano: Aranzadi, 2002.

JUAN PATRONE, Ignazio. L'imparzialità difficile: appunti sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. *Questione Giustizia*, Milano, n. 3, p. 413-425, 2001.

KOSTORIS, Roberto E. voce Giudizio (dir. proc. pen.). *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, v. 15, p. 1-16, 2001.

LAUDAN, Larry. *Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

LIMA, Marcelus Polastri. *Curso de processo penal*. 9. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: JusPodium, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 73, ago./set. p. 12-25, 2016.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal*: da prevenção da competência ao juiz de garantias. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

MAYA, André Machado. *Juiz de garantias*: fundamentos, origem e análise da Lei 13.964/19. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MONTERO AROCA, Juan. *Proceso (civil y penal) y garantía*: el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

MAZZA, Oliviero. Verità reale e verità processuale.

In: *Digesto delle discipline penalistiche*, aggiornamento, Torino: Utet, p. 713-726, 2014.

NAPPI, Aniello. *Guida al codice di procedura penale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2018.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de processo penal e sua jurisprudência*, 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A fase preparatória do processo penal: tendências na Europa: o caso português. In: ESTUDOS em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 941-961.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?: uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013a. p. 205-221.

SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial?: sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013b. p. 222-239.

SIRACUSANO, Fabrizio. *La completezza delle indagini nel processo penale*. Torino: G. Giappichelli, 2005.

SILVA, Danielle Souza de Andrade. *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

TARUFFO, Michele. Metodo accusatorio, metodo inquisitorio e ricerca della verità in alcune indagini empiriche nordamericane. *Sociologia del Diritto*, Milano, n. 1, p. 159-170, 1976.

TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. In: BESSONE, Mario (a cura di). *L'attività del giudice: mediazione degli interessi e controllo delle attività*. Torino: G. Giappichelli, 1997. p. 139-153.

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

THIBAUT, John; WALKER, Laurens. *Il giusto processo: un'analisi psicologica dei modelli processuali*. Milano: Giuffrè, 1981.

TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*, 16. ed. Milano: Giuffrè, 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TWINING, William. Some scepticism about some scepticisms. In: TWINING, William. *Rethinking evidence: exploratory essays*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 99-164.

VÁZQUEZ, Carmen. A modo de presentación. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 11-20.

VIDMAR, Neil. Procedural justice and alternative dispute resolution. In: RÖHL, F. Klaus; MACHURA, Stefan. *Procedural justice*. Aldershot: Dartmouth, Ashgate, 1997. p. 121-136.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Ideologia de la aplicación judicial del derecho. In: WRÓBLEWSKI, Jerzy. *"Sentido" y "hecho" en el derecho*. San Sebastián: Universidad del País Vasco, 1989. p. 51-63.

ZAPPALÀ, Enzo. Le misure cautelari. In: SIRACUSANO, Delfino et al. *Diritto processuale penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v. 1, p. 389-470.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, L. (coord.). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 149-171.

Artigo recebido em 11/12/2020.

Artigo aprovado em 12/1/2021.

---

**Frederico Valdez Pereira** é Juiz Federal na Justiça Federal de Primeiro Grau do Rio Grande do Sul e Professor na ESMAFE/RS. Doutor em Direito Público, Justiça Penal e Internacional pela Università degli Studi di Pavia-Italia, em cotutela com o Doutorado em Ciências Criminais da PUC/RS.