

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

RUIZ RITTER

IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL: REFLEXÕES A PARTIR DA
TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

Porto Alegre

2016

RUIZ RITTER

**IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL: REFLEXÕES A PARTIR DA
TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Aury Celso Lima Lopes Júnior

Porto Alegre

2016

Ficha Catalográfica

R615i Ritter, Ruiz Daniel Herlin

Imparcialidade no processo penal : reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva / Ruiz Daniel Herlin Ritter . – 2016.
195 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Aury Celso Lima Lopes Júnior.

1. Direito Processual Penal. 2. Imparcialidade. 3. Teoria da Dissonância Cognitiva. 4. Reforma do CPP. I. Lopes Júnior, Aury Celso Lima. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Enfim, é chegada a hora de agradecer.

Momento de reconhecer a todos aqueles que foram indispensáveis ou de qualquer forma contribuíram para a construção dessa pesquisa.

Como não poderia ser diferente, iniciarei pelo meu amigo e orientador, Prof. Dr. Aury Lopes Júnior, a quem devo um agradecimento especial. Pela atenção e amizade; pela confiança e simplicidade. Pela sabedoria e compreensão; pelo tempo de orientação. Para além da minha sincera admiração, devo enfatizar que foi e continuará sendo uma enorme satisfação! Muito obrigado!

À Professora Ruth Gauer, por quem meu respeito e admiração não são diferentes, também agradeço de forma particular, sobretudo por compartilhar sua paixão pela vida acadêmica e seus respeitáveis conhecimentos, tão caros à mim de uma forma geral. Não é à toa que tanto se ouve deferências ao seu nome e a tudo que fez e faz pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Na sua pessoa, também reconheço a todos os Professores deste PPG não mencionados individualmente e os amigos da Secretaria, em especial Márcia, Andrews e Uillian, sempre muito solícitos e compreensivos no suporte aos alunos.

Ao Professor Dr. Fábio Roberto D'Ávila, pela notável sabedoria, que com vocação ímpar transmite aos seus alunos. E principalmente, pela grande figura humana que é, a qual, inclusive, frisa-se, tenho como referência. O convívio com o Professor nesses dois anos, foi uma valiosa experiência e só tenho a agradecer.

Aos Professores Ricardo Gloeckner e Nereu Giacomolli, por todo o auxílio prestado sempre que necessário relativamente aos estudos do processo penal. Sem dúvida, muito enriqueceu minha pesquisa tê-los como professores.

Ao Programa, mais uma vez, conjuntamente com a CAPES, pela bolsa de estudos que me foi concedida.

E externamente a esse ambiente acadêmico, mas com igual importância:

Aos meus pais, especialmente pelo amor incondicional e por sempre estarem ali, para qualquer necessidade. Não caberia neste pequeno escrito, o quanto lhes sou grato. A vocês, meu eterno carinho, respeito e amor!

Aos meus queridos irmãos e amigos, por todo o amparo, companheirismo e compreensão na “falta”, muitas vezes injustificada. Espero poder sempre retribuir a

amizade, confiança e lealdade que tenho de vocês, que não tenho dúvida, sabem quem são. Se assim conseguir, estarei realizado.

Aos meus amigos e colegas de escritório Raul Linhares e Luíza Richter, por todo apoio e cobertura. Raul, meu estimado sócio, tenha a certeza de que terá em mim sempre um grande amigo, extremamente grato pela parceria afetiva e intelectual (diária e incansável) que firmamos nesses últimos anos.

Por fim, mas de forma alguma menos importante, à minha querida amiga, Marlene Cruz, ela sabe por quê.

A todos vocês, meus caríssimos, eu dedico este estudo, com a mais profunda gratidão. Recebam, portanto, esse reconhecimento, que é sincero e de coração.

Muito obrigado!

RESUMO

A presente pesquisa objetiva analisar a (in)efetividade do princípio da imparcialidade no direito processual penal brasileiro, a partir dos estudos da psicologia social, mais especificamente da teoria da dissonância cognitiva. Desenvolve-se, com esse intuito, em três capítulos, que versam, respectivamente, sobre: 1) a imparcialidade no âmbito dos sistemas processuais penais, sua devida conceituação, dimensão e importância para o Estado de Direito; 2) as bases da teoria referida e suas principais contribuições para o tema da imparcialidade jurisdicional - que podem ser traduzidas no desvelamento dos processos cognitivo-comportamentais desencadeados nos indivíduos (contextualizados na figura dos juízes) após a tomada de decisões e o conhecimento de novas informações sobre alguém, que coloquem em xeque a primeira impressão fixada sobre essa pessoa; e, 3) os obstáculos à essa imparcialidade previstos no Código de Processo Penal vigente, desvelados pelo arcabouço teórico aprofundado no capítulo anterior (do que são exemplos a prevenção como critério fixador de competência, a presença física dos autos do inquérito policial no processo e a permissibilidade de se atribuírem poderes instrutórios ao julgador), propondo-se, então, quatro medidas redutoras de danos para a concretização de um devido processo penal, de cariz acusatório-constitucional e jurisdição imparcial, com especial atenção para a Reforma do Código de Processo Penal, que está em tramitação na Câmara dos Deputados (PL 8045/2010).

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Imparcialidade. Teoria da Dissonância Cognitiva. Reforma do CPP.

RESUMEN

La presente investigación objetiva analizar la ineffectividad del principio de la imparcialidad en el derecho procesal penal brasileño, desde los estudios de la psicología social, más propiamente de la teoría de la disonancia cognitiva. Se desarrolla con esa intención, en tres capítulos, que tratan respectivamente sobre: 1) la imparcialidad en el ámbito de los sistemas procesales penales, su debida conceptualización, dimensión e importancia para el Estado de Derecho; 2) las bases de la teoría mencionada y sus principales contribuciones para el tema de la imparcialidad jurisdiccional - que pueden ser traducidas en la revelación de los procesos cognitivo-comportamentales desarrollados en los sujetos (contextualizados en la figura de los jueces) después de la toma de las decisiones y el conocimiento de nuevas informaciones sobre alguien, que pongan en jaque la primera impresión fijada sobre esa persona; y, 3) los obstáculos a esa imparcialidad previstos en el Código de Proceso Penal vigente, revelados por el marco teórico profundizado en el capítulo anterior (de que son ejemplos la prevención como criterio fijador de competencia, la presencia física de los autos de la investigación preliminar en el proceso y la permisibilidad de los poderes instructores del juzgador), proponiéndose, entonces, cuatro medidas reductoras de daños para la concretización de un debido proceso penal, de cariz acusatorio-constitucional e jurisdicción imparcial, con especial atención para la Reforma del Código de Proceso Penal, que está en tramitación en la Cámara de los Diputados (PL 8045/2010).

Palabras-clave: Derecho Procesal Penal. Imparcialidad. Teoría de la Disonancia Cognitiva. Reforma del CPP.

ABREVIATURAS

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CF – Constituição Federal

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

EC – Emenda Constitucional

EMC – Emenda na Comissão

HC – Habeas Corpus

MP – Ministério Público

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OEA – Organização dos Estados Americanos

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Vs. – Versus

“A justiça humana não pode ser mais do que uma justiça parcial; [...] Tudo que se pode fazer é tentar diminuir essa parcialidade.”

Francesco Carnelutti

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 PROCESSO PENAL E IMPARCIALIDADE.....	13
1.1 Sistemas Processuais Penais e Imparcialidade.....	13
<i>1.1.1 Os Sistemas Processuais Penais no Tempo.....</i>	<i>13</i>
<i>1.1.2 Sistemas Acusatório, Inquisitório e Misto(?). Delimitação a Partir do Núcleo e do Princípio Informador e o Critério da Democraticidade.....</i>	<i>35</i>
1.2 O Processo Acusatório como “Actum Trium Personarum” e a Imparcialidade como Essência da Jurisdição.....	48
<i>1.2.1 Jurisdição e Imparcialidade Judicial: Aspectos Conceituais.....</i>	<i>49</i>
<i>1.2.2 A Imparcialidade Objetiva e Subjetiva e a sua Interpretação pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....</i>	<i>60</i>
1.3 Excurso Final: Imparcialidade e Busca da Verdade (Real vs. Processual) no Processo.....	70
2 IMPARCIALIDADE E O CONTRIBUTO DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA.....	84
2.1 A Incansável Busca por um Estado de Consonância Cognitiva e seus Processos (In)Voluntários: Aspectos Introdutórios.....	84
<i>2.1.1 Mudança de Elementos Cognitivos Dissonantes, Desvalorização dos Elementos Cognitivos Dissonantes e Adição de Elementos Cognitivos Consonantes com a Cognição Existente.....</i>	<i>91</i>
2.1.1.1 Contato Forçado com Cognições Dissonantes e as Técnicas da Percepção Errônea, da Invalidação e do Esquecimento Seletivo.....	95
<i>2.1.2 Evitação Ativa do Aumento de Elementos Cognitivos Dissonantes.....</i>	<i>97</i>
2.2 A Dissonância Cognitiva Pós-Decisão e o Comprometimento (Fiel e Involuntário) com uma Posição Por Prazo Indeterminado. O Equívoco da Prevenção como Critério de Fixação de Competência.....	99

2.2.1	<i>A Pesquisa de Gloeckner e a Vinculação da Tomada de Decisões na Fase Pré-Processual e Processual na Sentença.....</i>	107
2.3	A Dissonância Cognitiva Pós-Primeira Impressão e os Reflexos do Efeito Primazia. A Necessária Exclusão Física dos Autos do Inquérito Policial do Processo.....	111
2.3.1	<i>A Pesquisa de Schünemann e o Inquérito Policial como Fixador de Primeiras Impressões e Direcionador Inflexível do Curso do Processo.....</i>	120
2.4	Excurso Final: Críticas à Teoria da Dissonância Cognitiva.....	128
3	EM BUSCA DE CONDIÇÕES DE IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL: AS 4 MEDIDAS ANTI-INQUISIÇÃO E A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO (PL 8045/2010).....	131
3.1	O Diagnóstico: os Obstáculos Atuais para o Processo Penal Imparcial à Luz da Psicologia Social.....	131
3.1.1	<i>A Prevenção como Caráter Fixador (Não Seria Excludente?) de Competência.....</i>	133
3.1.1.1	<i>As Práticas Judiciais Relacionadas à Prevenção e suas Possíveis Influências no Resultado do Processo.....</i>	136
3.1.1.2	<i>Casos Julgados pelo STF Relativos à Imparcialidade e a Prevenção.....</i>	141
3.1.2	<i>A Figura do Juiz das Garantias e sua Imprescindibilidade para uma Jurisdição Penal Imparcial.....</i>	149
3.1.3	<i>A (Des)Necessidade de Exclusão Física dos Autos do Inquérito Policial do Processo.....</i>	164
3.1.4	<i>A (In)Compatibilidade da Iniciativa Probatória do Julgador com o Princípio da Imparcialidade.....</i>	169
3.2	Excurso Final: o Modelo Ideal de Processo Penal Imparcial e as “4 Medidas Anti-inquisição”.....	177
4	CONCLUSÃO.....	181
5	REFERÊNCIAS.....	183

INTRODUÇÃO

Dar ao Poder Judiciário o protagonismo na resolução dos principais problemas do País, faz do tema da “*imparcialidade jurisdicional*” um assunto da mais alta relevância tanto para o direito, quanto para a sociedade em geral. Críticas no sentido de que nenhum ser humano pode ser imparcial, tendo em vista a sua singular subjetividade e suas “pré-compreensões” sobre os fatos da vida, aspectos que inevitavelmente influenciarão os seus julgamentos (sejam eles jurídicos ou não), são contrapostas por afirmações estritamente racionais, dando conta de que há a possibilidade de se ser imparcial, desde que se renuncie a eventuais “pré-conceitos” para se formular julgamentos, atitude considerada razoável e sensata, além de indispensável para juízes e outros profissionais cujo ofício exige que julguem fatos e pessoas.

A despeito da acertabilidade ou não desses argumentos, nenhum deles é apropriado, diga-se, para se pensar o tema da imparcialidade no plano jurídico contemporâneo. Afinal, há nítida confusão em ambas linhas de raciocínio, acerca do que é, de fato, imparcialidade e, por outro lado, o que é neutralidade. E essa confusão, não há dúvida, deve ser desfeita para se tratar dessa questão dentro da sua devida complexidade. Quando se fala em *imparcialidade judicial*, deve-se ter em mente que se está a falar de uma *construção jurídica*, que não se confunde com a superada ideia de neutralidade, fruto do conhecimento moderno e cartesiano, característico do século XVIII. Eis um importante esclarecimento, que será abordado já no primeiro capítulo da pesquisa.

Inclusive, nessa parte inicial, antes dessa distinção, será situada tal imparcialidade no âmbito do sistemas processuais penais, para se avaliar se há como conjugá-la a qualquer modelo processual ou se esta está vinculada exclusivamente a um ou outro. A seguir, para que não haja dúvida do seu significado e se possa melhor delimitá-la, será examinada qual a sua relação com a jurisdição e qual a interpretação que lhe foi dada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, quando chamado a se manifestar a respeito de sua possível violação na prática judiciária.

Sucedo que, logo que compreendida a sua devida conceituação, sua dimensão e sua (in)disponibilidade para o Estado de Direito, também se poderá observar, com certa preocupação, que há obstáculos à sua efetivação no processo penal vigente, que precisam ser imediatamente repensados, do que são exemplos a prevenção como critério fixador de competência (fazendo com que o mesmo magistrado atue nas fases pré-

processual e processual); o contato do juiz com os autos do inquérito policial; e, a possibilidade de se atribuírem poderes instrutórios e investigatórios ao julgador do caso.

Aliás, cabe destacar que não são novas as críticas a respeito disso. Entretanto, suas respectivas fundamentações, seja a partir do direito (incompatibilidade sistêmica), seja a partir da psicologia (“contaminação inconsciente do julgador”), frequentemente são tidas como abstratas, sendo até mesmo distorcidas, não surtindo o efeito desejado em termos de credibilidade e aceitabilidade. E é nesse contexto, pois, que se insere a presente pesquisa, que objetiva corroborar as problematizações já existentes, sob nova perspectiva, qual seja, a da psicologia social, mais especificamente da *teoria da dissonância cognitiva*.

Assim, o que se apresenta no capítulo segundo são as bases de tal teoria e as suas principais contribuições para o tema da imparcialidade, que podem ser traduzidas no desvelamento dos processos cognitivo-comportamentais desencadeados nos indivíduos (e entre eles, os juízes) após a tomada de decisões (o que se denominou dissonância pós-decisória) e o conhecimento de novas informações sobre alguém, que coloquem em xeque a primeira impressão fixada sobre essa pessoa (dissonância pós-primeira impressão - que inclusive encontra apoio nos estudos da percepção de pessoas, no chamado *efeito primazia*).

E é este, então, o arcabouço teórico que servirá de suporte para a problematização feita no terceiro e último capítulo e para a solução (ainda que a título de redução de danos) ao final apresentada, por meio das “4 medidas anti-inquisição”, dando-se particular atenção para a Reforma do Código de Processo Penal que está em tramitação na Câmara dos Deputados (PL 8045/2010), especialmente no que se refere a implementação do juiz das garantias, seu ponto de maior inovação.

São a essas questões ora sintetizadas, portanto, que se dedicarão as próximas linhas.

Notadamente, a pesquisa apresentada enquadra-se na linha de pesquisa “Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos”, deste Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, eis que, como se viu, objetiva analisar, de forma crítica e transdisciplinar, a (in)efetividade do princípio da imparcialidade no Direito Processual Penal brasileiro e conseqüentemente a (in)existência de uma jurisdição penal imparcial.

1 PROCESSO PENAL E IMPARCIALIDADE

1.1 Sistemas Processuais Penais e Imparcialidade

Estudar o princípio da imparcialidade e sua relevância para o processo penal democrático e constitucional, pressupõe, para além de sua devida compreensão,¹ o entendimento de como lhe concebem os sistemas processuais penais. Por isso, a proposta, nesses dois primeiros tópicos, é situar a imparcialidade no âmbito de tais sistemas (*partindo-se de um delineamento histórico destes até se chegar a correta delimitação de cada qual individualmente*), a fim de se constatar sua (des)vinculação e (in)efetividade em cada um deles.

Assim, será possível identificar a qual dos sistemas, subdivididos em dois (havendo quem considere três), corresponde, de fato, a noção de imparcialidade (se é que há um); e avaliar o que deve estar garantido neste, para que haja condições efetivas para seu desenvolvimento.

Definido, portanto, um primeiro objetivo, passa-se a ele.

1.1.1 Os Sistemas Processuais Penais No Tempo

Não se objetiva, aqui, discorrer exaustivamente sobre a evolução histórica dos sistemas processuais penais. Entretanto, algum delineamento mostra-se necessário, até para que se possa compreender as origens das suas concepções atuais. E para que desde logo se saiba o trajeto a ser percorrido, esclarece-se que se partirá da *Grécia antiga*² até a *contemporaneidade*, analisando-se a estrutura dos procedimentos utilizados para resolução de conflitos sociais decorrentes de fatos considerados criminosos em cada época, sem, evidentemente, perder de vista o fio condutor, que se traduz na investigação, em cada um dos modelos³ examinados, da (in)existência de condições de imparcialidade⁴ para o exercício da jurisdição.

¹ O que se fará no tópico 1.2. e seguintes.

² Ainda que haja registros de organizações judiciárias em povos anteriores à Grécia antiga (como nos povos Egípcio e Hebreu, estudados, por exemplo, por João Mendes de Almeida Júnior, na obra “*O processo criminal brasileiro*”. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. 1., especificamente nas páginas 16 até 21), entende-se suficiente analisar a evolução da estrutura das formas do processo criminal a partir da Grécia, sendo este, então, o marco inicial.

³ A título de esclarecimento, consigna-se que as palavras “sistemas”, “modelos” e “estruturas”, serão utilizadas indistintamente.

⁴ A seguir será dedicado um tópico específico para tratar deste tema.

Antes de se iniciar, cumpre se advertir que falar do sistema jurídico *grego*, é basicamente se referir ao processo *ateniense*, dada a pluralidade de sistemas jurídicos desenvolvidos de cidade para cidade, na *Grécia antiga*.⁵ Àquela altura, classificavam-se os crimes em públicos (de interesse coletivo) e privados (interesses individuais), correspondendo a parte lesada o direito de acusar o ofensor. Assim, enquanto nos delitos públicos tal direito era da população (representada por qualquer cidadão), nos privados era do próprio ofendido (podendo ser representado por seus pais, tutor ou senhor).⁶ Essa participação popular direta na tarefa de acusar não deixa de ser fruto da organização política da época, que considerava que o poder residia na soberania do povo.⁷⁻⁸

Quatro eram os Tribunais competentes para julgamento em matéria criminal: Heliastas, Assembleia do Povo, Efetas e Areópago. Dentre estes, o dos Heliastas, também chamado de Hélion (em razão das sessões em praça pública sob a luz do sol), foi o de maior destaque, julgando a grande maioria dos delitos, excluídos apenas os de competência própria dos demais.⁹ Era composto apenas de cidadãos honrados (escolhidos por sorteio), maiores de trinta anos, e seus julgamentos eram públicos.¹⁰ O processo em si, no âmbito de sua jurisdição, dava-se da seguinte forma: apresentada a acusação perante um magistrado *Arconte*, este imediatamente examinava se a mesma

⁵ SOUZA, Raquel de. O direito grego antigo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). Fundamentos de história do direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 60. PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 73.

⁶ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I**: fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 269. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 23. v. 1.

⁷ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I**: fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 269.

⁸ Aliás, como recorda Jorge Clariá Olmedo, é por meio da história que se vê nítida a estreita relação entre as legislações processuais e os regimes políticos de cada época. “Debe tenerse presente la estrecha vinculación que la Historia permite descubrir entre las legislaciones procesales penales y los regímenes políticos: ya despóticos, ya liberales o atemperados. Es que las leyes represivas suelen ser eficaz instrumento de opresión, sin perjuicio de su indispensabilidad para el mantenimiento de las instituciones en los momentos de crisis política. Todo esto condujo a la instauración de dos sistemas opuestos y otro intermedio para los procedimientos penales; el acusatorio, el inquisitivo y el mixto, este último sirviéndose de los anteriores en diferentes proporciones.” (CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. **Derecho procesal penal**. Atualizado por Jorge E. Vázquez Rossi. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998. p. 115. t. 1).

⁹ Acerca da competência originária de cada um, esclarece Julio Maier que aos Efetas cabia o julgamento dos homicídios involuntários ou não premeditados. Ao Areópago eram endereçados os homicídios premeditados, incêndios e crimes cuja pena fosse de morte. À Assembleia do Povo, por fim, destinavam-se os delitos de repercussão política, restando para os Heliastas todos os demais delitos. (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I**: fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 269-270.)

¹⁰ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I**: fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 269.

era séria com base nas provas que a acompanhavam. Em seguida, exigia caução de não desistência e declinava o tribunal competente e os cidadãos que serviriam de juízes, além de designar o dia do julgamento, que não poderia ultrapassar um mês.¹¹ Antes da data aprazada, o acusado era chamado à presença do magistrado para ser cientificado da acusação que lhe pesava, podendo requerer prazo para preparar sua defesa e devendo prestar juramento de dizer a verdade e comparecer nos debates.¹² Ficava a cargo do acusador e do acusado a busca de provas para comprovar sua versão no dia do julgamento, sendo regra a liberdade do acusado até este momento.¹³

Chegado o dia do julgamento, os juízes se reuniam em praça pública e antes da atividade das partes, era lida a acusação. Após, ao acusador e ao acusado era dado tempo para exposição de suas provas, incluída ouvida de suas testemunhas, previamente juramentadas. Torturas e ordálias eram técnicas utilizadas para descobrimento da verdade dos depoimentos, com a mesma pretensão da Igreja e dos Germânicos, respectivamente, séculos mais tarde: a demonstração divina, por sinais exteriores, da razão.¹⁴ Encerrada a “instrução”, reuniam-se os juízes para deliberarem sobre a causa, devendo dar seu veredito no mesmo dia. Duas votações eram realizadas: uma sobre a culpa e outra sobre a pena. Em caso de condenação, logo se procedia à execução da sentença; acaso fosse o acusado absolvido, examinava-se a conduta do acusador, que poderia ser considerada fundada ou temerária. Neste último caso, o mesmo perdia o direito de acusar e era multado, podendo até mesmo ter sua acusação considerada caluniosa, o que acarretaria penas mais graves.¹⁵ Como se tratava de um tribunal que representava a soberania do povo, a sentença era irrecorrível.¹⁶

Eis o processo ateniense, o primeiro modelo do que se conhece atualmente por sistema acusatório,¹⁷ cujas características podem ser assim identificadas: a) direito

¹¹ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 23-24. v. 1; MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 271.

¹² MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 271.

¹³ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 24. v. 1.

¹⁴ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 271.

¹⁵ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 24-25. v. 1.

¹⁶ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 272.

¹⁷ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 11. LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 137.

popular de acusação e julgamento; b) igualdade entre acusador e acusado, que, em regra, permanecia em liberdade durante o julgamento; c) publicidade e oralidade do juízo, que se resumia a um debate contraditório entre acusador e acusado, frente ao tribunal e na presença do povo; d) valoração da prova segundo a íntima convicção do julgador; e) restrição do direito popular de acusação em crimes que não interessavam a ordem pública; e f) decisão judicial irrecurível.¹⁸ Para Michel Foucault, esta aí a grande conquista da democracia grega: o apoderamento, pelo povo, do direito de julgar, de dizer a verdade, de opor a verdade aos próprios senhores e de julgar aqueles que os governam.¹⁹ Do que se observa, a despeito das crenças e valores predominantes à época, é possível, aqui, considerar a existência de condições de imparcialidade para a jurisdição.

Avançando no trajeto posto, adentra-se na *Roma antiga*, civilização que possibilita, de forma singular, a observação da relação entre processo penal e a ideologia política dominante, haja vista sua extensão temporal e os diferentes sistemas de organização política que vigoraram durante sua existência.²⁰ Lembra também Julio Maier, que em Roma se poderá visualizar que as transições entre os modelos de persecução criminal não se deram de forma brusca. Ao contrário, ocorreram de forma lenta, não se podendo sequer precisar o momento exato em que o sistema sucessor abandonava de vez os traços do antecessor, visto que subsistiam por bastante tempo. Com efeito, ainda que as fases da *Monarquia*, *República* e *Império*, correspondam respectivamente à *cognitio*, *accusatio* e *cognitio extra ordinem*, deve-se ter ciência de que tudo se deu de forma gradual, iniciando como exceção até se tornar regra.²¹

¹⁸ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 272.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003. p. 54.

²⁰ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 272. Circunstância há muito também identificada por James Goldschmidt, quando refere que os princípios da política processual de uma nação não são outra coisa que segmentos de sua política estatal em geral, podendo-se dizer que a estrutura do processo penal não é senão o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição (GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959. p. 109-110). É também a partir do reconhecimento dessa correlação que Luigi Ferrajoli desenvolve sua teoria garantista, inclusive afirmando que somente o modelo garantista é adequado ao Estado de Direito, restando aos modelos processuais autoritários apenas vigência em Estados totalitários ou absolutos (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 10ª ed. 1ª reimpressão. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2014. p. 93-103).

²¹ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 272-273.

O primeiro modelo, iniciado no período *Monárquico*, foi denominado *cognitio* e consistia-se na outorga de ilimitados poderes ao magistrado (chamados *duumviri*), para que investigasse e apurasse os fatos conforme entendesse melhor, proferindo, ao final, a sentença.²² Não havia regras processuais para tal instrução ou julgamento e estavam concentradas no magistrado as atividades de investigar, acusar e julgar.²³ Era uma clara delegação do poder real,²⁴ que não admitia limitações e tampouco se preocupava em dar condições de imparcialidade à jurisdição, o que visivelmente não se tinha. Ao acusado, restava apenas a conformação com a decisão final, exceto se fosse cidadão e varão, quando havia possibilidade de recurso (denominado *provocatio*) à Assembleia Popular, para que fosse suspenso o cumprimento da pena até que o magistrado apresentasse os elementos necessários para nova decisão.²⁵ Somente nos últimos séculos da *República* é que tal sistema passou a ser considerado insuficiente (sobretudo por escassez de garantias, principalmente para as mulheres e para os não cidadãos, que não podiam recorrer),²⁶ dando, então, lugar a *accusatio*.

Na *accusatio*, que também foi chamada de *quaestio* e *iudicium publicum*,²⁷ e considerada como o marco da mais importante inovação no direito processual romano,²⁸ o magistrado já não possui poderes ilimitados e acúmulo de funções. Sua função passa a ser restrita à atividade jurisdicional em sentido estrito, isto é, deliberação e pronunciamento da sentença.²⁹ A jurisdição, em si, é transformada, com a instituição dos jurados (*iudicis iurati*)³⁰ como responsáveis pelo julgamento, sob a presidência do magistrado.³¹ E o poder de acusar (nota mais importante do novo sistema), é finalmente

²² MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 5. t. I.

²³ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 275.

²⁴ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 274.

²⁵ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 5. t. I.
MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 275.

²⁶ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 5. t. I.

²⁷ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 275.

²⁸ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 5. t. I.

²⁹ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 6. t. I.

³⁰ Julio Maier explica que inicialmente diversas condições eram exigidas para a composição da lista dos jurados, referentes à condição social, política e econômica dos membros, e idade. Mas na última época, se pode dizer que, em linhas gerais, as únicas condições eram que fosse cidadão e com trinta anos de idade, sendo o cargo de jurado uma obrigação para os cidadãos sorteados, que deviam aceitar o cargo sob juramento de dizer a verdade. (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 277-278).

³¹ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 277.

repassado ao povo, que por meio de um representante voluntário exercia a acusação³² (consagrando-se o *ne procedat iudex ex officio*).³³

À semelhança do processo Ateniense, neste, logo que apresentada a acusação perante o *pretor*, esta era examinada, já sendo verificada a competência para o julgamento.³⁴ Após, o acusador ficava encarregado de coletar os elementos de prova que demonstravam a veracidade da sua acusação por prazo determinado pelo magistrado.³⁵ No dia do julgamento, constituído o tribunal de jurados, dava início ao debate o acusador, seguido do acusado, e então se passava a análise de provas e ouvida de testemunhas (tortura novamente admitida como método de obtenção da verdade). Ao final, compareciam os *laudatores* (espécie de testemunhas abonatórias) que expunham os fatos principais da vida do acusado, davam fé de sua probidade e falavam dos serviços prestados a República.³⁶ Os debates entre as partes, os votos dos jurados e a sentença, eram todos presididos pelo *quaesitor*,³⁷ que tinha apenas a função de árbitro passivo, intervindo unicamente na prolação da sentença, inicialmente proferida oralmente e na presença do público e posteriormente feita de forma secreta mediante o procedimento das tabelas.³⁸ Não havia recurso da decisão.³⁹ Destaca Julio Maier, sobre o novo sistema, a superação da prova mítica e de caráter subjetivo, com a demonstração divina de quem estava com a razão, pelo conhecimento objetivo, histórico, com a compreensão da prova como reconstrução histórica de um acontecimento.⁴⁰

Na síntese de Geraldo Prado, em tal forma *acusatória*, que prescindia de investigação prévia, predominava o contraditório, cabendo às partes a prova de suas

³² MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 6. t. I.

³³ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 278.

³⁴ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 31. v. 1; MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 279-280.

³⁵ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 280.

³⁶ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 282-283.

³⁷ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 31. v. 1.

³⁸ O procedimento das tabelas dava-se da seguinte forma: a cada jurado eram dadas três tabelas, uma com a letra A (absolvição), outra com a letra C (condenação) e a última com as letras (NL - “non liquet” – que significava que não estava claro). Esta última tabela, se predominasse, levava a novo debate. Acaso prevalecesse a letra A, absolvido estava o acusado. Se preponderasse a letra C, era caso de condenação. Havendo empate, o resultado era absolutório. (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 283).

³⁹ FRANCISCI, Pietro de. **Síntesis histórica del derecho romano**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954. p. 586.

⁴⁰ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 283.

alegações. Além disso, todo o procedimento era público e oral.⁴¹ Como notas características, Aury Lopes Jr., elenca: a) a atuação passiva dos juízes, que se mantinham afastados da iniciativa e gestão da prova, atividades que incumbia às partes; b) a separação das atividades de acusar e julgar, que eram desempenhadas por pessoas distintas; c) a vigência do princípio *ne procedat iudex ex officio*, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo; d) a repressão ao delito de denúncia caluniosa, como forma de punir acusações falsas, além de não se poder proceder contra réu ausente; e) a acusação feita por escrito, já indicando provas; f) a preservação do contraditório e direito de defesa, sendo também o procedimento oral; e g) a publicidade dos julgamentos, que se encerravam com os magistrados votando ao final.⁴² Por certo, do que até agora se viu, este foi o modelo em que mais se deram condições para uma jurisdição imparcial.

E assim vigorou o sistema processual no último século da *República Romana* (hoje identificado como acusatório), até a ascensão do *Império*, quando tal sistema mostrou-se incompatível com a nova forma de governo, seja por não dar conta da repressão da nova criminalidade, seja por legitimar acusações fundadas exclusivamente em vingança.⁴³ A noção de soberania popular também não encontrava mais espaço, cedendo agora ao poder do imperador.⁴⁴ Nesse contexto, ainda que a *accusatio* tenha sobrevivido por um tempo no novo regime político, logo surgiu um procedimento extraordinário para cuidar da persecução criminal (*cognitio extra ordinem*)⁴⁵, que substituíra o anterior sempre que não houvesse acusador popular.⁴⁶ Neste, a investigação passou a ser conduzida por agentes estatais (*curiosi, nuntiatores, stationarii, etc.*) que

⁴¹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 73.

⁴² LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 138.

⁴³ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 7. t. I.

⁴⁴ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I**: fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 284.

⁴⁵ Como explica Maier, “la denominación misma, *cognitio extra ordinem*, revela precisamente las dos características fundamentales de este procedimiento: el renacimiento de la *cognitio* [...] como método de enjuiciamiento penal que presuponía la omnipotencia procesal al reunir, en una única mano, por lo menos dos de las funciones principales del procedimiento, la requirente y la decisoria; y su regulación como sistema de excepción destinado a suplir la inactividad y complejidad del antiguo régimen acusatorio, ya corrompido, y a otorgar mayor poder a las crecientes necesidades de la nueva organización política.” (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I**: fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 287).

⁴⁶ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I**: fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 286. PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 76.

revelavam ao magistrado o resultado de suas pesquisas.⁴⁷ Ademais, passou-se a obstaculizar a acusação popular privada, tornando-a onerosa e inclusive penalizando aqueles que não prosseguissem até o final do processo, dando-se origem à acusação *ex officio*, que acabou predominando.⁴⁸ Não demorou muito para que os poderes do magistrado interferissem por completo na acusação privada, ao extremo de reunirem-se, no magistrado, as funções de acusar e julgar,⁴⁹ eliminando-se a possibilidade de uma jurisdição imparcial.

Era a sobreposição de uma matriz inquisitória à acusatória e o contraditório característico do modelo acusatório, já não encontrava espaço.⁵⁰ Daí em diante, tornaram-se regra os procedimentos iniciados de ofício pelo magistrado, sem acusação formal, conduzindo ele mesmo a investigação para posteriormente proferir a sentença.⁵¹ Como resultado dessa nova *cognitio*, tem-se, nas palavras de Maier “el triunfo de la inquisición pública, secreta y escrita que ganó considerable terreno frente al debate oral y, por ende, la pérdida de posiciones del acusado, ahora perseguido de oficio, interrogado y hasta sometido al encarcelamiento preventivo [...]”.⁵² No tocante ao regime probatório, contudo, os métodos republicanos consolidados permaneceram hígidos, direcionados a reconstrução história de um acontecimento.⁵³

Advertem Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, que essa consagração do procedimento extraordinário em ordinário é também fruto da ampliação do âmbito dos crimes contra a majestade (imperador), fenômeno que se pode observar em toda história posterior da legislação penal. Enquanto predomina o caráter público do direito penal, nada é dito acerca da natureza dos bens jurídicos; quando sobrevém um período imperialista, por sua vez, não só se tutelam os bens como todos passam a ser públicos. Já não são bens particulares tutelados pelo Estado, mas sim bens pertencentes ao Estado. Exemplificam os autores, por meio dos crimes de desnudar-se diante de uma estátua do imperador, ter relações sexuais com princesa imperial, duvidar do acerto do

⁴⁷ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 7. t. I.

⁴⁸ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 38-39. v. 1.

⁴⁹ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 7. t. I.

⁵⁰ FRANCISCI, Pietro de. **Síntesis histórica del derecho romano**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954. p. 599.

⁵¹ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 7-8. t. I. LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 139.

⁵² MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 287.

⁵³ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 288.

imperador na escolha de funcionários, etc., em que está nítido o triunfo do império sobre a república. Concluem, afirmando que “em síntese, o direito penal romano mostra uma luta que seguirá ao longo de toda a história de nossa legislação: o direito penal republicano contra o direito penal imperialista e vice-versa.”⁵⁴ Enfim, plantada estava a semente do sistema *inquisitório*, que floresceu definitivamente no seio da Igreja Católica, dominando a Europa continental séculos mais tarde.⁵⁵

Com a *queda do Império Romano do Ocidente*, sua tradição jurídica também acabou quase desaparecendo, sendo conservada apenas pela Igreja Católica, única instituição que se manteve hígida após as invasões bárbaras e o *domínio germânico* no território antes *imperial*.⁵⁶ O direito, em si, agora era outro. Não havia mais separação entre infrações cíveis e penais e toda infração era considerada “quebra da paz” comunitária, acarretando a perda da tutela *social* ao infrator, que ficava a mercê da guerra e da vingança familiar por parte do ofendido, ou até mesmo da morte por qualquer um dos seus pares, nos casos mais graves.⁵⁷ Esse caráter privatista e individualista dos germanos provinha da sua natureza guerreira, em que a paz era tida como direito e ordem.⁵⁸ Paulatinamente, à medida que o direito penal foi se tornando público, a *composição* foi sobrepondo-se a tais métodos nocivos, até se tornar obrigatória.⁵⁹ Com o acordo entre o ofensor e o ofendido, se evitava a vingança privada, que passou a ser restrita aos crimes mais graves, por iniciativa de qualquer cidadão.⁶⁰ Notadamente, o papel do procedimento judicial era meramente secundário ou acessório, pois somente levado a efeito quando fracassava tal composição privada preponderante,⁶¹ o que leva Salah Khaled Jr. a afirmar que tal sistema aparentemente reduz os espaços de

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 176.

⁵⁵ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I:** fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 287.

⁵⁶ KHALED Jr., Salah H. **A busca da verdade no processo penal:** para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 34.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 176. MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I:** fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 264-265.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 177.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 177. MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I:** fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 265.

⁶⁰ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I:** fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 265.

⁶¹ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I:** fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 265.

punitividade, já que proporciona aos particulares a possibilidade de solucionarem seus conflitos sem valerem-se do processo.⁶²

Acerca do sistema judicial que vigorava a época, afirma Maier que o tribunal era uma assembleia popular, composta de pessoas capazes para a guerra, cujas sessões se davam em lugares públicos e conduzidos por um juiz passivo. “El procedimiento era oral, público y contradictorio, y consistia en una verdadera lucha por el Derecho entre ambos contendientes [...] a la vista del tribunal – mero espectador – y mediante actos formales al extremo, llenos de sentido mítico [...]”.⁶³ O sentido mítico a que se refere o autor, diz respeito, sobretudo, a atividade probatória, que orientada pelos chamados *Juizos de Deus*, creditava à Divindade a resposta de quem deveria ser declarado culpado ou não.⁶⁴⁻⁶⁵ A prova, nesse contexto, não se destinava a demonstrar a verdade do crime ou formar a convicção do tribunal, como nos sistemas anteriores, senão que representava um meio de luta, duelo, entre as partes, por meio da qual, por atos sacramentais, se dava credibilidade as afirmações sobre o direito invocado.⁶⁶⁻⁶⁷ Relata Foucault, que as provas eram sociais (relacionadas a importância do indivíduo na comunidade),⁶⁸ verbais (submissão do acusado ao pronunciamento de fórmulas, inadmitidos erros gramaticais),⁶⁹ religiosas (prestar juramento) e corporais ou físicas (as

⁶² KHALED Jr., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 35.

⁶³ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 265-266.

⁶⁴ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 11. t. I.

⁶⁵ Tal delegação a Deus, da decisão, colocava o juiz em uma condição de árbitro, que deveria zelar pelas regras do jogo, para que nada obstaculizasse a expressão da vontade divina. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2ª ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 38)

⁶⁶ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 266.

⁶⁷ Para Manzini, tais juízos de Deus sequer podem ser considerados como provas, sendo somente uma devolução a Deus da decisão sobre a controvérsia. Em suas palavras: “Este juicio, que se llamaba también *ordel* (alemán moderno: Urtheil = decisión), debe considerarse propiamente, no como um médio de prueba, sino como una devolución a Dios de la decisión sobre la controvérsia.” (MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 12. t. 1).

⁶⁸ Conta o autor que “[...] quando alguém era acusado de assassinato podia perfeitamente estabelecer sua inocência reunindo à sua volta doze testemunhas que juravam não ter ele cometido o assassinato. O juramento não se fundava, por exemplo, no fato de terem visto, com vida, a pretensa vítima, ou em um alibi para o pretense assassinato. Para prestar juramento, testemunhar que um indivíduo não tinha matado era necessário ser parente do acusado. Era preciso ter com ele relações sociais de parentesco que garantiam não sua inocência, mas sua importância social. Isto mostrava a solidariedade que um determinado indivíduo poderia obter, seu peso, sua influência, a importância do grupo a que pertencia e das pessoas prontas a apoiá-lo em uma batalha ou um conflito.” (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003. p. 59).

⁶⁹ Nas provas verbais, o indivíduo que fosse acusado de alguma coisa deveria responder a essa acusação por meio do pronunciamento de fórmulas, garantindo que não havia cometido o crime. Ao pronunciá-las poderia fracassar ou sair vitorioso, havendo, inclusive, casos em que se pronunciava a fórmula e mesmo assim se perdia simplesmente por não a ter pronunciado corretamente. (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003. p. 59-60).

famosas *ordálias*, como eram chamadas),⁷⁰ traduzindo-se sempre em uma batalha do sujeito consigo mesmo; além dos confrontos diretos entre o acusador e o acusado, que também ocorriam quando os mesmos acordavam em lutar obedecendo determinadas regras (tempo de batalha, armas), diante de uma assistência, vencendo o processo aquele que vencesse a luta.⁷¹ Por mais peculiar que tenha se mostrado tal modelo de resolução de conflitos, cuja jurisdição estava em segundo plano, não é difícil verificar que havia mais condições de imparcialidade aqui do que no sistema antecedente.

Estabelecido o *período franco* (a partir do século VIII), a ideia de “quebra da paz comunitária” como consequência da infração passou de “*paz comunitária*” a “*paz do Rei*”, reflexo da crescente organização monárquica. Logo, houve a ampliação da interferência real no sistema vigente, desenvolvendo-se um procedimento especial e excepcional de persecução oficial,⁷² similar, em certa medida, à *cognitio extra ordinem* romana. Tratava-se, em suma, da *pergunta* do Rei ou de seu delegado a homens honrados e juramentados sobre a ocorrência de crimes e suas respectivas autorias, o que se denominou *inquisitio*. Apesar de o acusador continuar ordinariamente sendo o ofendido e o procedimento permanecer o mesmo anteriormente visto (público, oral, contraditório, com prevalência de provas por juramentos e ordálias e possibilidade de duelos, tudo perante júízo popular), passou-se a admitir também, para certos casos, o exercício da acusação por funcionários reais.⁷³⁻⁷⁴ Tais práticas perduraram até o fim da Alta Idade Média e ainda que com graduais modificações, conforme o local específico (aos poucos as cidades pequenas foram ampliando o poder político em detrimento do reinado), constituíram parte do sistema “processual” germânico, que pode ser sintetizado com as seguintes características: a) tribunal popular; b) acusação a cargo do

⁷⁰ Tais provas consistiam-se na submissão da pessoa acusada a uma espécie de combate com seu próprio corpo, a fim de se estabelecer sua vitória ou derrota no processo. A título de exemplo citam-se as provas do fogo e da água, em que na primeira o acusado deveria andar sobre ferro em brasa e contar com o desaparecimento de eventuais cicatrizes em dois dias sob pena de perder o processo; e na segunda o acusado era jogado na água com a mão direita amarrada ao pé esquerdo e se não se afogasse perderia o processo, tendo em vista que nem a água não lhe recebia bem. (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003. p. 60).

⁷¹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003. p. 59-61.

⁷² MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 267.

⁷³ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 267.

⁷⁴ Foucault identifica, em tal procedimento, as seguintes características: a) poder político como personagem essencial; b) poder se exerce por meio de perguntas, questionamentos, acerca da verdade do crime; c) o poder para determinar a verdade dirige-se a pessoas notáveis, consideradas capazes de saber devido à sua situação econômica, idade, idoneidade, etc.; d) não se utiliza da tortura para obtenção de respostas, buscando livremente a opinião dos consultados. (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003. p. 69).

ofendido e seus parentes; c) publicidade e oralidade do juízo; d) sistema de provas subjetivas, de caráter divino; e e) decisão irrecorrível.⁷⁵

Ao longo da *Baixa Idade Média*, num palco de dominação do cristianismo cada vez maior (com a igreja travando batalhas armadas com outras religiões,⁷⁶ e posteriormente tornando-se religião oficial dos mais importantes países europeus),⁷⁷ a *jurisdição eclesiástica*, inicialmente responsável por julgar apenas os membros da igreja, imbuída de pretensões de universalização, expandiu sua competência para julgamento de *todos os indivíduos* que contrariassem a fé cristã.⁷⁸ O resultado disso foi a transformação do direito penal canônico, que acabou substituindo a estrutura acusatória pela inquisitória,⁷⁹⁻⁸⁰ conservada desde o período imperial romano. Atribui-se ao ano de 1215 o marco de consagração deste segundo modelo, quando o Papa Inocêncio III, no IV Concílio de Latrão, instituiu o procedimento inquisitório,⁸¹ autorizando a denúncia anônima como forma de instauração de uma investigação,⁸² o que originou, mais tarde, a abertura de processos de ofício.⁸³ Nessa mesma ocasião, foi proibida a participação do clero nas ordálias, acarretando seu declínio e a ascensão definitiva da epistemologia inquisitória.⁸⁴

Ao mesmo tempo, o poder feudal (local) passou a conflitar com o poder real, que pretendia unir em uma única organização política os territórios feudais. Depois de vencida a vontade do Rei, a concentração de todos os atributos da soberania (legislar,

⁷⁵ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 268-269.

⁷⁶ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 291.

⁷⁷ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 202.

⁷⁸ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 291.

⁷⁹ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 291.

⁸⁰ Afinal, era a opção que melhor se encaixava nesse objetivo de combate as religiões não-cristãs, por ser mais eficaz, célere e autoritária. (THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 204).

⁸¹ GOMEZ ORBANEJA, Emílio; HERCE QUEMADA, Vicente. **Derecho procesal: Vol II Derecho Processal Penal**. Madrid: EGESA, 1997. p. 116. MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 291-292. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v.46, n. 183, jul./set., 2009. P. 104.

⁸² MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 292.

⁸³ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 82.

⁸⁴ KHALED Jr., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 43.

judgar e administrar) passou a ser centralizada no monarca,⁸⁵ e o direito germânico tradicional (local e popular), se viu consumido pelo antigo direito romano imperial (*cognitio extra ordinem*), que havia sido conservado nas universidades (por meio dos glosadores italianos, mormente) e na *Igreja Católica*, aos poucos universalizada na Europa continental dada sua crescente influência e organização. Era a superação de uma jurisdição fracionada em circunscrições judiciais, num cenário de desordem e insegurança, por uma jurisdição centralizada, mais desenvolvida e elaborada, que, como se observa, não desapareceu junto com o império romano.⁸⁶

Daí em diante passaram a coexistir tais jurisdições reais e eclesiásticas, sobressaindo-se a última, por acomodar-se em um poder centralizado e melhor distribuído territorialmente que a primeira, além de tratar o crime como um problema de salvação da alma (não como interesse privado, pois), impondo a punição como forma de expiação da culpa e levando-a a investigar uma enorme gama de infrações, ratificando sua autoridade.⁸⁷ Ademais, a separação entre crime e pecado, nesse contexto, passa a não ser clara, confundindo-se os delitos comuns em religiosos.⁸⁸ Foi a partir daí o desaparecimento, quase completo, do aparato judicial germânico,⁸⁹ passando a predominar o modelo inquisitorial, que atendia a exigências comuns tanto ao mundo eclesiástico, ameaçado pelos hereges, quanto ao mundo civil, cuja expansão econômica alavancou a criminalidade.⁹⁰

Em 1231, o Papa Gregório IX reivindicou a tarefa de perseguição aos cátaros ordenada pelo Imperador Frederico II, instituindo, sob o cuidado da ordem dos Dominicanos, o Tribunal da Inquisição,⁹¹ que se consolidou com a Bula *Ex Excomuniamus*.⁹² Duas décadas depois, no ano de 1252, com a Bula *Ad extirpanda*, de Inocêncio IV, a tortura foi institucionalizada como meio de prova e restou estruturado o

⁸⁵ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 289.

⁸⁶ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 289-290.

⁸⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 80.

⁸⁸ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 202.

⁸⁹ KHALED Jr., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 44.

⁹⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 80. KHALED Jr., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 42.

⁹¹ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 10.

⁹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v.46, n. 183, jul./set., 2009. p 105.

sistema inquisitorial que passou a vigorar.⁹³ A Igreja, portanto, inegavelmente contribuiu para a solidificação na Europa do último modelo romano (*cognitio extra ordinem*), agora influenciado por uma universalidade cristã, com pretensões de imposição universal,⁹⁴ que se *aperfeiçoou* e adquiriu celebridade sob o nome de *Inquisição*.⁹⁵ Importante realçar, que mesmo visto como *diabólico*,⁹⁶ tal modelo foi concebido àquela época como produto da racionalidade, por ter sido confrontado com a suposta irracionalidade das *ordálias* e *Juízos de Deus*, além de reduzir os privilégios da justiça feudal opressora, em que os senhores feudais aplicavam discricionariamente punição sobre os demais.⁹⁷

Para compreender o sistema inquisitório *canônico* (responsável pela disseminação da estrutura inquisitorial predominante no continente europeu até o século XIX),⁹⁸ e o seu funcionamento, indispensável contextualizá-lo no âmbito de uma ideologia autoritária, na qual toda e qualquer diferença deveria ser eliminada.⁹⁹ É essa a *lógica irretorquível* que pairava por trás da *jurisdição eclesiástica*, que se traduzia, em resumo, na perseguição aos hereges,¹⁰⁰ marcada pela atividade ilimitada do Inquisidor,

⁹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v.46, n. 183, jul./set., 2009. p. 105. E CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 10.

⁹⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 82.

⁹⁵ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I**: fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 290.

⁹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v.46, n. 183, jul./set., 2009. p. 105.

⁹⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 80. Não é esse, porém, o entendimento de Foucault, que adverte não ser, tal procedimento, reflexo de progresso para a racionalidade, mas apenas fruto de uma transformação política que necessitava do domínio do judiciário. (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003. p. 73).

⁹⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 81.

⁹⁹ Segundo Leonardo Boff, “Ao instaurar a Inquisição, a Igreja produz e habita esse discurso totalitário e intolerante. Quem quiser entender o presente Manual dos Inquisidores deverá imbuir-se dessa mentalidade e visão das coisas. [...] Assim como quem quiser entender a repressão e a tortura dos regimes militares latino-americanos deverá entender a leitura da sociedade feita a partir da ideologia da segurança nacional e repassada às mentes dos torturadores e de seus mandantes. Da mesma forma as câmaras de gás e a limpeza genética perpetradas pelo nazifascismo. Ou, num nível maior, a cultura ocidental, que foi incapaz de acolher a diferença e alteridade e que por isso, historicamente, cometeu toda sorte de genocídios e exclusões, ainda hoje, no processo de sua mundialização. Em todos esses antifenômenos há uma lógica irretorquível. Em nome dela se excluem outros, eventualmente até são mortos.” (BOFF, Leonardo. Prefácio. In: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 11-12).

¹⁰⁰ Consideravam-se hereges: “a) Os excumungados; b) Os simoníacos; c) Quem se opuser à Igreja de Roma e contestar a autoridade que ela recebeu de Deus; d) Quem cometer erros na interpretação das

que poderia iniciar processos de ofício, com base em meros boatos, e a partir disso torturar o acusado (visto como objeto), na busca da *verdade*¹⁰¹ do crime.¹⁰²⁻¹⁰³ Evidentemente, não há falar em condições de imparcialidade daqui pra frente.

Consoante o Manual dos Inquisidores, escrito pelo Inquisidor Nicolau Eymerich em 1376 (ampliado por Francisco de La Peña em 1578) e distribuído aos que inauguravam nesta posição,¹⁰⁴ o desenrolar do processo operava-se da seguinte maneira: iniciava-se com a acusação, denúncia ou investigação¹⁰⁵ (lembrando que, tratando-se de questões de fé “[...] o procedimento deve ser sumário, simples, sem complicações e tumultos, nem ostentações de advogados e juizes. Não se pode mostrar os autos de acusação do acusado nem discuti-los. Não se admitem pedidos de adiamento, nem

Sagradas Escrituras; e) Quem criar uma nova seita ou aderir a uma seita já existente; f) Quem não aceitar a doutrina romana no que se refere aos sacramentos; g) Quem tiver opinião diferente da Igreja de Roma sobre um ou vários artigos de fé; h) Quem duvidar da fé cristã.” (EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 36).

¹⁰¹ A busca da verdade no processo será tratada em um tópico específico do presente trabalho.

¹⁰² WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. Processo Penal e História – A origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 114. ano 23. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, maio/jun. 2015. p. 406.

¹⁰³ A crítica de Jacinto Coutinho, sobre tal sistema, recai também sobre a ausência de partes, estando todas as funções reunidas no inquisidor. “[...] O controle direto do processo penal pelos clérigos exclui, por conveniência, um órgão acusador: o *actus trium personarum* já não se sustenta. Ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero *objeto de verificação*, razão pela qual a noção de *parte* não tem nenhum sentido. A superioridade do juiz, à evidência, é nítida (mas lógica, na estrutura do sistema), até porque o desencadeamento e o impulso processual é atribuição sua, o que pode ser evidenciado, entre outras coisas, a partir do fato de fixar tanto o *thema probandum* quanto o *thema decidendum*. Estabelece-se, assim, uma característica de extrema importância a demarcar o sistema, enquanto *puro*, ou seja, *a inexistência de partes*, no sentido que hoje emprestamos ao termo.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 23.

¹⁰⁴ Refere Boff que a importância do Manual foi tão grande que, depois da Bíblia (o Livros dos Salmos é de 1457), foi um dos primeiros textos a serem impressos, em 1503, em Barcelona. E quando o Vaticano quis reanimar a Inquisição para fazer frente à Reforma protestante mandou reeditar o livro como manual para todos os inquisidores, primeiro em Roma, em 1578, 1585 e 1587, e depois em Veneza, em 1595 e 1607. (BOFF, Leonardo. Prefácio. In: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 14).

¹⁰⁵ “O processo pode começar pela acusação. Neste caso, a acusação deve ser precedida por um registro. Pode começar pela denúncia. Neste caso, a própria denúncia deve ser precedida de uma caridosa exortação. Finalmente, pode começar pela investigação, que deve preceder informações precisas. O inquisidor pergunta ao delator se quer ser o acusador no caso ou apenas se limitar a fazer a denúncia. Se quiser ser o acusador, saberá através do inquisidor que ficará inscrito na lei de talião. Se, depois de informado, continuar se mantendo na condição de acusador e desejar que se proceda pela acusação, será feita sua vontade, e o processo se desenrolará a partir da acusação. Se, depois de informado, o delator não quiser mais assumir o papel de acusador e declarar que se contenta em ser delator (como acontece com mais frequência), e se, além disso, não quiser figurar no processo (é também o que acontece com mais frequência), então, procede-se de acordo com o que estava previsto anteriormente, ou seja, pela denúncia. Se não quiser nem acusar nem denunciar, sob a alegação de que o teor de sua denúncia é de domínio público, o inquisidor deverá investigar esses boatos [...]”. (EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 105).

coisas do gênero.”),¹⁰⁶ interrogavam-se as testemunhas, acusados e delatores, e passava-se a prolação da sentença.¹⁰⁷ Todas essas atividades eram responsabilidade do Inquisidor, podendo este delegá-las, a exceção da aplicação da sentença, a um comissário inquisitorial.¹⁰⁸

Sem dúvida, o aspecto que mais chama atenção no trâmite do procedimento diz respeito ao método com que se interrogava, sobretudo, o acusado, em que a tortura era prática comum, contando, inclusive, com regras específicas.¹⁰⁹ Afinal, se a confissão era

¹⁰⁶ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 110.

¹⁰⁷ Como ressalta Eymerich “[...] todo processo da Inquisição termina sempre de uma das treze maneiras [...]” 1. Com o réu absolvido e declarado completamente isento de qualquer heresia; 2. Com o réu declarado “caluniado de heresia”, em sentido geral; 3. Com o réu submetido a interrogatórios e torturas; 4. Com o réu declarado fracamente suspeito de heresia; 5. Com o réu declarado fortemente suspeito de heresia; 6. Com o réu declarado gravemente suspeito de heresia; 7. Com o réu declarado difamado e suspeito; 8. Com o réu confesso, tendo feito penitência e não sendo relapso; 9. Com o réu confesso e purificado, mas relapso; 10. Com o réu confesso, sem se purificar, mas não sendo propriamente relapso; 11. Com o réu confesso, sem se purificar e relapso; 12. Com o réu mesmo sem confessar, reconhecido como herege por testemunhas idôneas, juridicamente falando; 13. Com o réu reconhecido como herege, mas tendo fugido ou se recusado a comparecer à justiça. (EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 149.)

¹⁰⁸ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 95.

¹⁰⁹ Traz, o Manual dos Inquisidores, sete regras referente às torturas. São elas: “1. Tortura-se o acusado que vacilar nas respostas, afirmando ora uma coisa, ora outra, sempre negando os argumentos mais fortes da acusação. Nestes casos, presume-se que esconde a verdade e que, pressionado pelo interrogatório, entra em contradição. Se negar uma vez, depois confessar e se arrepender, não será visto como “vacilante” e sim como herege penitente, sendo condenado. 2. O suspeito que só tem uma testemunha contra ele é torturado. Realmente, um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semi-prova, o que não causará espanto a quem sabe que um único depoimento já vale como um indício. Dir-se-ia *testis unus, testis nullus*? Isto vale para a condenação, mas não para a presunção. Portanto, uma única acusação é suficiente. Entretanto, convenhamos, o depoimento de uma única pessoa não tem a mesma força que um julgamento civil. 3. O suspeito contra quem se conseguiu reunir um ou vários indícios graves deve ser torturado. Suspeita e indícios são suficientes. Quanto aos padres, basta a suspeita (porém, só os padres caluniados são torturados). Neste caso, as condições em que tal ocorre são em grande número. 4. Vai para a tortura quem tiver um único depoimento contra si em matéria de heresia e contra quem, além disso, houver indícios veementes ou violentos. 5. Será torturado aquele contra quem pesarem vários indícios veementes ou violentos, mesmo se não dispuser de nenhuma testemunha de acusação. 6. Com muito mais razão, será torturado, à semelhança do caso anterior, quem tiver, além de tudo, contra si, o depoimento de uma testemunha. 7. Quem tiver apenas uma difamação, ou uma única testemunha, ou ainda, um único indício, não será torturado: cada uma dessas condições, isoladamente, não basta para justificar a tortura.” Sobre essa última, válida a seguinte advertência de Francisco de La Peña: “A propósito do último princípio, deve-se chamar a atenção para algumas exceções: a) Só a difamação já justifica a tortura, se os boatos se espalharem com muita força, se atingirem pessoas de bem, familiares ou amigos do suspeito. A difamação agravada pela fuga do atingido constitui uma confissão material. Neste caso, ele pode ser torturado; b) Já mostrei, anteriormente, em que situações um único depoimento é suficiente para justificar a tortura; c) Em que situações um só indício seria suficiente para justificar a tortura? É uma questão bastante controvertida. Porém, é evidente que não denunciar um herege, inclinar-se à passagem de um herege, guardar as cinzas de um herege que foi queimado, tudo isso são graves indícios que justificam a tortura. Acrescente-se a isso o fato de receber cartas heréticas, invocar o diabo etc. Por fim, deveria ser torturado quem, seriamente ou por brincadeira, confessasse, fora do processo, práticas heréticas e também quem fosse encontrado com livros heréticos.” (EYMERICH, Nicolau. **Manual dos**

a prova suprema¹¹⁰ e reveladora da verdade do crime, justificada estava tal prática *desumana*. Por certo, os fins justificavam os meios, independentemente de quais fossem eles.¹¹¹ Nesse quadro, não é de se surpreender que número excessivo de testemunhas, atuação da defesa, apelação, fuga do acusado e destituição do Inquisidor, fossem considerados verdadeiros obstáculos à rapidez do processo.¹¹²

A *influência de tal processo inquisitório para a jurisdição laica* na Europa continental¹¹³ pode ser notada já no século XIII, com o desenvolvimento da *jurisdição real* (central) e a criação de tribunais compostos por funcionários permanentes e profissionais da administração da justiça, ao lado dos tribunais populares.¹¹⁴ Mas é somente no século XV que fica cristalina a sua vinculação, quando há a avocação definitiva pela jurisdição real das atribuições dos tribunais populares, impondo-se sua

inquisidores. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 208-213).

¹¹⁰ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias.** 2ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 20.

¹¹¹ Ferrajoli aponta essa valorização dos fins em detrimento dos meios como resultado da busca ilimitada pela verdade do crime, que era o objetivo maior do modelo inquisitório. “[...] Por contra, el proceso decisionista, y típicamente el inquisitivo, apunta em todo caso a la búsqueda de la verdad sustancial, que por eso se configura como una verdad maxima, perseguida sin ningún limite normativo em cuanto a los médios de la adquisición de las pruebas y al mismo tiempo no vinculada sino discrecional, aunque sólo fuera porque la indeterminación y el carácter valorativo de las hipótesis acusatórias reclaman, más que pruebas, juicios de valor no refutables por la defensa. En este segundo modelo, el fin (de obtención de la verdad sea cual fuere) justifica los medios (es decir, cualquier procedimiento); [...]” (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón:** teoría del garantismo penal. 10ª ed. 1ª reimpressão. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2014. p. 541.)

¹¹² EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores.** Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 136.

¹¹³ De salientar, que tal influência não alcançou a Inglaterra, onde não houve a revolução inquisitória que contaminou as jurisdições reais dos países do continente europeu. (KHALED Jr., Salah H. **A busca da verdade no processo penal:** para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 110). Lá, ao contrário, nesse mesmo período foi consolidado um modelo singular, do Trial by Jury, composto de um Grand Jury, composto de 23 cidadãos para averiguar a admissão da acusação e de um Petty Jury, de 12 membros, que ficava encarregado do julgamento. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, v.46, n. 183, jul./set., 2009. p. 106-107). Explica Jacinto Coutinho, pois, que “o processo penal inglês, assim, dentro do *commom law*, nasce como autêntico processo de partes, diverso daquele antes existente. Na essência, o *contraditório* é pleno; e o *juiz estatal* está em posição passiva, *sempre longe da colheita da prova*. O processo, destarte, surge como uma *disputa entre as partes* que, em local público (inclusive praças), argumentavam perante o júri, o qual, enquanto sociedade, dizia a verdade, *vere dictum*. É elementar que um processo calcado em tal base estruturasse uma *cultura processual* mais arreada a manipulações, mormente porque o réu, antes de ser um acusado, é um cidadão e, portanto, senhor de direitos inafastáveis e respeitados.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. *In:* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36-37). Enfim, por extrapolar as pretensões da presente pesquisa uma análise mais detida de tal modelo inglês, registra-se apenas que o caminho trilhado pelos ingleses foi radicalmente diferente dos países da Europa continental, dando origem a um sistema igualmente distinto, que perdura até os dias atuais.

¹¹⁴ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I:** fundamentos. 2ª ed. 3 reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 294.

estrutura hierarquizada, que possibilitava o recurso das decisões, a ser julgado pelo Rei (leia-se, idêntica a hierarquia eclesiástica, em que o recurso era remetido ao Papa)^{115, 116}.

Com a autoridade real em vigor, logo foi estabelecida a persecução de ofício, visando a manutenção da paz social na nova ordem, permitindo-se, até mesmo, um agir preventivo, quando se investigavam possíveis práticas de delitos com base em mera suspeita ou rumores.¹¹⁷ Não demorou muito, pois, para a tortura tornar-se, também aqui, método ordinário de conhecimento da verdade (meta absoluta da persecução penal), convertendo-se o acusado de sujeito processual a objeto de investigação e órgão de prova.¹¹⁸ Era, inegavelmente, a progressiva difusão do processo inquisitório (canônico) na jurisdição laica,¹¹⁹ generalizando-se, pouco a pouco, para todos os tipos de delitos; complicando-se ante a multiplicação dos foros e a incerteza das competências; organizando-se segundo um complexo código de provas legais, técnicas inquisitivas, práticas de tortura, etc.; e gerando e se alimentando daquela multidão de formalidades e labirintos inventados pelas milícias togadas e doutorais, que durante cinco séculos infestaram a Europa e fizeram da doutrina do processo penal uma verdadeira ciência dos horrores.¹²⁰⁻¹²¹

¹¹⁵ KHALED Jr., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 73.

¹¹⁶ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I**: fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 294-295.

¹¹⁷ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I**: fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 296.

¹¹⁸ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I**: fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 297.

¹¹⁹ O que acaba se comprovando na Espanha, na Alemanha, na França e em Portugal (mais tarde refletindo na América Espanhola e no Brasil), por meio da edição de documentos (espécies de leis) que ratificavam a vigência do modelo inquisitorial, como, respectivamente, a Lei das Sete Partidas; a instalação do Tribunal de Câmara Imperial e a edição da *Constitutio Criminalis Bambergensis* (1507) e da *Constitutio Criminalis Carolina* (1532); a Ordenação de Luis IX (1254) e a Ordenação Prévia (1535); e, a Lei sobre as Inquirições Devassas (1325) e as Ordenações Afonsinas, Manoelinas (1521) e Filipinas (1603); (PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 84-86. MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I**: fundamentos. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 300-333.).

¹²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoria del garantismo penal. 10ª ed. 1ª reimpressão. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2014. p. 566.

¹²¹ Observa Zaffaroni, que essa generalização do modelo inquisitorial para os tribunais laicos, demonstra justamente que não se pode resumi-lo à Inquisição romana (cujo poder central estava no Papa), ou à Inquisição ibérica (a serviço do poder régio), já que era a *prática comum de justiça* do século XII ao XVIII. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2ª ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 39).

Conta Manzini,¹²² que o processo comum,¹²³ em si, dividia-se em duas fases: a *inquisição geral* (comprovação do fato e busca do réu) e a *inquisição especial* (iniciada quando uma pessoa era indicada como culpada de um delito, seja com base nas averiguações anteriores, seja por ter sido pega em flagrante).¹²⁴ Seu início, propriamente dito, se dava por meio da *denuntia*, que podia ter forma de acusação, ser escrita ou oral, oficial ou privada e firmada ou anônima.¹²⁵⁻¹²⁶ Durante a fase informativa, o procedimento tramitava secretamente, inclusive, em relação ao interrogatório do suspeito.¹²⁷ A citação do processado era fundamental (havia três tentativas para tanto) para que não fosse julgado a revelia e sem defesa.¹²⁸ Custódias cautelares não tinham disciplina fixa e ficavam ao arbítrio do juiz, que poderia utilizá-las tanto em face da qualidade do investigado, quanto pela gravidade do crime, etc..¹²⁹ No interrogatório do acusado, admitia-se, então, a tortura, realizada em três etapas, das quais, na primeira havia uma ameaça veemente da tortura, na segunda iniciavam-se os interrogatórios submetendo o réu aos tormentos, e na terceira, há a tortura intensa, que pode ser realizada por vários dias se houver indícios suficientes.¹³⁰ Ultrapassada a fase probatória, há uma espécie de legitimação dos atos praticados, com a confirmação dos depoimentos e confissões,¹³¹ prolatando-se, ao final, a sentença de absolvição ou condenação,¹³² que deveria ser executada após dez dias da sua promulgação.¹³³⁻¹³⁴

Zaffaroni, ao sintetizar o procedimento, explica que:

¹²² Em que pese seja um relato específico do processo inquisitorial *italiano*, é suficiente para as pretensões do presente estudo, que não pretende examinar as diversas inquisições vivenciadas nos diferentes países da Europa.

¹²³ Diz-se processo comum, pois o autor também esclarece sobre a existência de um processo sumário, aplicado aos crimes graves de lesa-majestade ou heresia ou quando havia prisão em flagrante. Neste, o acusado era condenado sem a existência de defesa, não sendo sequer interrogado. Posteriormente surge também um processo sumaríssimo, em que a execução é direta, mediante força ou fuzilamento, representando mera aparência de justiça. (MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 80-85. t. I).

¹²⁴ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 52-53. t. I.

¹²⁵ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 54. t. I.

¹²⁶ A permissão de tais denúncias anônimas, aliás, deu origem as denominadas Bocas de Leão ou Bocas da Verdade, que eram espécies de gavetas em que deveriam ser depositadas tais acusações. (MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 55. t. I).

¹²⁷ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 60. t. I.

¹²⁸ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 61-62. t. I.

¹²⁹ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 58-59. t. I.

¹³⁰ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 65-71. t. I.

¹³¹ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 71. t. I.

¹³² MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 72-78. t. I.

¹³³ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 78. t. I.

¹³⁴ Este prazo de dez dias correspondia ao prazo para recorrer da sentença (apelação ou revogação, conforme local), que era possível em algumas cidades italianas, ainda que não se aplicasse às condenações criminais, irrecorríveis. (MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJE, 1951. p. 77-78. t. I).

“[...] o sujeito de conhecimento – *inquisidor* (interrogador ou investigador) – pergunta ao objeto de conhecimento – *inquirido* (interrogado ou investigado) – e deste modo obtém a verdade. Se o objeto não responde o suficiente ou o faz sem a clareza ou a precisão demandada pelo sujeito, é violentado até a obtenção da resposta (mediante tortura). O inquisidor ou interrogador deixa de ser um *árbitro* e passa a ser um *investigador*; a virtude está do seu lado porque exerce o poder soberano, dado que este se considera *vítima* (usurpa ou confisca o papel da vítima). Deus já não decide entre dois iguais como partes, mas sim está seqüestrado pelo senhor, pelo *dominus*.”¹³⁵

A prova, nesse contexto, passou a ser de caráter legal, com regras prefixadas, vinculando o julgador a aplicação das mesmas, admitindo-se, como já visto, a tortura como forma de obtenção, principalmente para a confissão, que era a de maior valor.¹³⁶ Reunindo-se os elementos determinados pela lei, independentemente da convicção pessoal do juiz, a condenação era obrigatória.¹³⁷ O ofício do julgador, por consequência, varia de uma representação da reconstrução de um fato por meio de um método histórico-experiencial, para uma aplicação direta da lei, quer dizer, um exercício vinculado a um método formal.¹³⁸ O poder de julgar, por fim, pertencia ao Rei, que mesmo delegando a juízes, preservava para si o controle da jurisdição (por meio da rigorosa disciplina legal de avaliação das provas) e a palavra final, em caso de recurso, o que ratificava seu poder e autoridade.¹³⁹⁻¹⁴⁰

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2ª ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 38.

¹³⁶ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 293-300. No concernente ao vínculo da confissão com as provas legais, adverte Maria Thereza Rocha de Assis Moura que “embora pudesse parecer que a finalidade da confissão era a busca da verdade material, na realidade desprezava ela a real apreciação jurídica da prova, tornando possível a condenação apenas em face do extremado apego às formas.” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 12).

¹³⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 12.

¹³⁸ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 321.

¹³⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 83-84.

¹⁴⁰ Não por outra razão, adverte Foucault que: “O inquirido na Europa Medieval é sobretudo um processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão; em outras palavras, o inquirido é uma determinada maneira do poder se exercer. Estaríamos enganados se víssemos no inquirido o

Inegável, pois, que o sistema *inquisitório* (seja real ou eclesiástico), altera completamente a fisionomia do processo. “O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado [...]”,¹⁴¹ podendo-se observar a radical substituição das características acusatórias por outras, correspondentes à nova lógica, dentre as quais, se destaca, com Salo de Carvalho, a) o caráter universal das denúncias (não mais restritas às vítimas); b) o sigilo da identidade do delator; c) a inexistência de separação entre as figuras do acusador e julgador; d) o sistema tarifado de prova (valor supremo da confissão); e) a autorização da tortura como meio de obtenção de prova,¹⁴² f) a exclusão do contraditório; g) a ausência de ampla defesa; e, e) a inversão da presunção de inocência, já que “a insuficiência de provas e/ou sua dubiedade não geravam absolvição, mas, ao contrário, qualquer indício equivalia à semiprova, que comportava juízo de semiculpa e, em consequência, semicondenação.”¹⁴³ Eis, aí, o “maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos.”¹⁴⁴

Enfim, por mais *absurdo* que possa parecer este último sistema (nas suas mais variadas formas, de local para local), sua vigência foi tão cruel quanto sua duração, vindo a encontrar resistência somente a partir do século XVIII, por influência do Iluminismo, dos novos ideais de humanização e dos novos movimentos filosóficos da época, circunstâncias responsáveis pela gradual *excomungação* das características do modelo inquisitivo.¹⁴⁵⁻¹⁴⁶ Notadamente, a Revolução Francesa (1789), que muito deve

resultado natural de uma razão que atua sobre si mesma, se elabora, faz seus próprios progressos; se vissemos o efeito de um conhecimento, de um sujeito de conhecimento se elaborando.” (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003. p. 73).

¹⁴¹ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 144.

¹⁴² CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 59.

¹⁴³ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 61.

¹⁴⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18.

¹⁴⁵ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 334-336. LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 149. PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 90. KHALED Jr., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 101.

¹⁴⁶ Importa sublinhar, porém, que apesar da abolição de todos os Tribunais monárquicos em 1790 (KHALED Jr., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**).

as ideias humanistas de Beccaria, Thomasio, Montesquieu, Voltaire, entre outros, quer sobre a secularização do direito, quer no tocante aos fins da pena, quer acerca da separação dos poderes, pode ser intitulada como marco político dessa transformação.¹⁴⁷

Ocorre que, não se estava diante de um retorno ao modelo acusatório, como no passado ocorrera. Estava-se frente ao nascimento de um novo sistema, que das mãos de Napoleão (um ditador), influenciou grande parte da legislação processual penal latina: o *sistema misto*.¹⁴⁸ Consagrado na França, no Código de Instrução Criminal de 1808 (*Code d'Instruction Criminelle*), o novo sistema dividiu o processo em duas fases,¹⁴⁹ primeiro se *instruindo* para depois se levar a *juízo*.¹⁵⁰ Na primeira delas, competia a um juiz-instrutor conduzir uma investigação *secreta*, a fim de verificar a existência e autoria de práticas criminosas. Na segunda, a atividade passa a ser pública, conferindo-se às partes a possibilidade de debaterem os elementos apurados na fase anterior, perante um tribunal.¹⁵¹ Por meio dessa separação em fases, foi possível a adoção das características de ambos os sistemas (inquisitório e acusatório) em um só, e por isso, *misto*:¹⁵² o modelo *que se diz vigente até os dias atuais nos Países de tradição da civil law*.¹⁵³

Em que pese possuidores de características variadas, conforme os momentos específicos de suas vigências, não é difícil perceber que ao mesmo tempo em que nos modelos ora identificados como acusatórios há uma valorização da pessoa do acusado (visto como sujeito de direitos e portador de determinadas garantias) e uma postura

São Paulo: Atlas, 2013. p. 118), e dos Tribunais do Santo Ofício em Portugal (1821) e Espanha (1834) (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 57), a cultura inquisitória não foi definitivamente extirpada junto com suas características, prevalecendo até os dias atuais (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 71.), como a seguir veremos.

¹⁴⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 90. LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 149.

¹⁴⁸ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 72.

¹⁴⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 91; LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 152.

¹⁵⁰ FLORIAN, Eugenio. **Elementos de Derecho procesal penal**. Trad. L. Prieto Castro. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1934. p. 67.

¹⁵¹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 91.

¹⁵² Desvelando essa justaposição das características de ambos os sistemas, Giulio Illuminati afirma que o que houve, de fato, foi a soma dos defeitos de ambos. “Sin embargo, visto como una simple yuxtaposición de dos modelos, com una fase de debate o juicio público y oral, celebrado sobre la base de una instrucción escrita y secreta este desdoblamiento no parece constituir el mejor ejemplo de coherencia sistemática. Podría decirse que más que sumarse las ventajas de los dos sistemas, se hubieran sumado los defectos de ambos: de um lado, la insuficiencia de las garantías y, de outro lado, la complejidad procedimental.” (ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 144).

¹⁵³ As condições de imparcialidade neste modelo(?) serão analisadas ao longo da pesquisa.

passiva do responsável pela perseguição (cujos poderes são limitados),¹⁵⁴ nos que se tratou como inquisitórios não há falar em garantias do acusado (visto como verdadeiro inimigo a ser enfrentado), tampouco em limites ao poder do titular da jurisdição, que chega a acumular as funções de acusar e julgar.¹⁵⁵ Salah Khaled Jr. também chega a essa conclusão, atribuindo-lhe como causa a busca *cega da verdade*,¹⁵⁶ constitutiva dos processos inquisitórios, que justificava e legitimava a manifestação arbitrária do poder institucionalizado.¹⁵⁷⁻¹⁵⁸

É o que se tinha a delinear historicamente. Passa-se, agora, a *delimitação* dos sistemas ditos acusatório, inquisitório, e misto(?), a partir da identificação do seu(s) núcleo(s) e princípio(s) informador(es).

1.1.2 Sistemas Acusatório, Inquisitório e Misto(?). Delimitação a Partir do Núcleo e do Princípio Informador e o Critério da Democraticidade

Examinados os traços fundamentais e históricos de cada um dos sistemas processuais intitulados acusatório, inquisitório e *misto(?)*, resta delimitá-los em suas essências, para finalmente se identificar qual(is) deles se presta(m) ao estado democrático de direito e a constituição.

E isso não quer dizer que não se concorde em parte com as inúmeras críticas existentes na doutrina acerca da *estafa* dessa discussão,¹⁵⁹ seja pelo esgotamento de

¹⁵⁴ WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. Processo Penal e História – A origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 114. ano 23. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, maio/jun. 2015. p. 407.

¹⁵⁵ WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. Processo Penal e História – A origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 114. ano 23. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, maio/jun. 2015. p. 408.

¹⁵⁶ Dedicaremos um tópico específico para tratar deste tema, ainda neste capítulo.

¹⁵⁷ KHALED Jr., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 9-148.

¹⁵⁸ Como exceção da relação ambição de verdade vs. desumanização do acusado, cita, o autor, exclusivamente o sistema acusatório germânico, em que a despeito de não haver preocupação com a verdade em si, os graves danos para o acusado não deixavam de se mostrar visíveis, já que as decisões dependiam de habilidade, prestígio social e até mesmo sorte. (KHALED Jr., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 36-40).

¹⁵⁹ Que impõe o abandono dos termos acusatório e inquisitório “pois excessivamente ‘rotulados’, arraigados em visões tradicionais e lutas conceituais infundáveis”, elevando a análise sistêmica para outro patamar, cuja problematização gira em torno da compatibilidade do modelo processual com o sistema de garantias constitucionais e convencionais. (LOPES JR., Aury. (Re)pensando os sistemas processuais penais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. **Boletim Informativo IBRASPP**, São Paulo, ano 03, n. 05, p. 32-36, 2013/02, p. 33). No mesmo sentido: ROSA, Alexandre Moraes da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2ª ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015. p. 59. CLEMENTEL, Fabiano Kingeski. Vale a pena salvar a dicotomia sistema inquisitório – sistema acusatório? **Boletim Informativo IBRASPP**, São Paulo, ano 01, n. 01, p. 14-15, 2011/02, p. 15.

contribuição ao estudo do direito processual penal,¹⁶⁰ seja pela multiplicidade de sentidos extraídos dessa *dicotomia* que impossibilita uma leitura sistêmica uniforme.¹⁶¹

Quer dizer apenas que se considera *ainda* válida essa reflexão, sobretudo para não se correr o risco de não se compreender essa nova inquisitorialidade vigente desde o século XIX, que claramente repete práticas históricas *desastrosas*,¹⁶² cujos sistemas de referências ajudam a denunciar.¹⁶³⁻¹⁶⁴ Logo, com Leonardo Augusto Marinho Marques, também se considera relevante a demarcação dos sistemas em questão, na medida em que (a) auxilia na compreensão dos limites do sistema acusatório clássico; (b) evidencia que a inquisitorialidade não se traduz à Inquisição, estando, inclusive presente em países não dominados por esta; (c) ajuda a desvelar as práticas inquisitoriais pós-século XIX; (d) esclarece a impossibilidade de se manter hígida uma visão reducionista de sistemas puros; e, (e) demonstra a influência do anteprojeto de Rocco sobre o código de processo penal brasileiro.¹⁶⁵

Feita essa ressalva, para que se possa então avançar de forma coesa na lógica do que se pretende construir, é crucial se delimitar o limite semântico que se entende adequado para o termo “sistema”. Com efeito, sem desviar o foco de atenção, cabe valer-se, desde logo, das palavras de Jacinto Coutinho, que assim o define: “[...]”

¹⁶⁰ Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2ª ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015. p. 59.

¹⁶¹ Cujo trabalho de Máximo Langer, intitulado “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, publicado em: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). **El procedimiento abreviado**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 114, cuida de analisar.

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

¹⁶³ MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. Inquisitório versus acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. **Boletim Informativo IBRASPP**, São Paulo, ano 03, n. 04, p. 16-18, 2013/01, p. 18.

¹⁶⁴ Além da questão didática, e do valor epistemológico e pragmático, explicitados por Fauzi Hassan Choukr no texto “Modelos processuais: uma discussão (ainda) necessária?”, publicado no **Boletim Informativo IBRASPP**, São Paulo, ano 01, n. 01, p. 15-16, 2011/02, p. 16., com o qual também se concorda.

¹⁶⁵ MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. Inquisitório versus acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. **Boletim Informativo IBRASPP**, São Paulo, ano 03, n. 04, p. 16-18, 2013/01, p. 18. É também o que conclui Vinicius Gomes de Vasconcellos ao tratar do tema em sua Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais, desenvolvida na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob o título “Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro”, especificamente nas páginas 129-136.

conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma finalidade.”¹⁶⁶

Tal concepção, como elucidada o autor, é própria de Immanuel Kant, para quem o sistema representa um conjunto de elementos colocados em relação sob uma ideia única, determinada por sua finalidade e detentora de um *princípio unificador*, reitor dessa conexão.¹⁶⁷ Finalidade essa, que para Rui Cunha Martins, denominando-a de “vontade sistêmica”, é responsável pela perda de uma espontaneidade processual, dando lugar a “estabilidade ordenadora”, que se traduz na eleição de determinado elemento para “*princípio regente* do todo processual, decorrendo do caráter dessa opção e do modelo por ela definido (no caso penal: inquisitivo, acusatório, ou outro) uma redistribuição de lugares e desempenhos no quadro do dispositivo.”¹⁶⁸ Seguindo essa lógica, Geraldo Prado, então, sustenta que o *sistema* acusatório é composto de “normas e princípios fundamentais ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele do qual herda o nome: *acusatório*.”¹⁶⁹

Significa dizer que, ao se falar em sistema, se está falando de uma estrutura orientada por um princípio informador e unificador (relacionado ao seu núcleo), que visa à concretização da sua finalidade. E note-se: por mais simples que seja tal delimitação, desde logo, uma importante função lhe corresponde, qual seja, a de *desconstrução* do intitulado “sistema misto”, comumente visto na doutrina, por insuficiência conceitual. Afinal, “[...] *não* existe um princípio fundante misto. O misto deve ser visto como algo que, ainda que mesclado, na essência é inquisitório ou acusatório, a partir do princípio que informa o núcleo”.¹⁷⁰ Dizer *misto*, pois, frisa-se, é

¹⁶⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 26-51, jul. 2001. p. 28. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 16.

¹⁶⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v.46, n. 183, jul./set., 2009. p. 108.

¹⁶⁸ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito: the brazilian lessons**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 65.

¹⁶⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 104.

¹⁷⁰ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 158. Assim também em: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 17-18; CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**. Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 84. v. 1; Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2ª ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015. p. 56; CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 75; GLOECKNER, Ricardo

insuficiente. Até porque, perfeitamente possível que se tenha um processo de núcleo inquisitório com características do sistema acusatório e vice-versa.¹⁷¹

Em suma, para não cair em armadilhas, o que se deve observar, ao se falar de sistema processual, é essencialmente qual seu *núcleo* e *princípio informador*. À luz de tal compreensão e reconhecendo-se que o processo tem por *finalidade*, entre outras coisas, a reconstrução de um fato histórico (isto é, uma “atividade marcadamente (re)cognitiva”¹⁷²), torna-se, então, possível estabelecer como núcleo a *gestão da prova*,¹⁷³ e corolariamente, consagrar os princípios *dispositivo* e *inquisitivo* como informadores de cada sistema.¹⁷⁴ Assim, na trilha desta reconstituição de um fato passado, de um lado haverá limites, com a iniciativa e produção probatória restrita às partes, concretizando-se o papel de espectador do julgador (acusatório); e de outro não, estando ambas possibilidades nas mãos do juiz, verdadeiro ator/inquisidor, que o fará da forma como entender melhor para encontrar a verdade(?) e fundamentar sua decisão (inquisitório).

Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 169-170.

¹⁷¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v.46, n. 183, jul./set., 2009. p. 108. É o que também ensina Gian Domenico Pisapia, explicando haver estruturas temperadas, sem que haja um novo sistema (misto). (PISAPIA, Gian Domenico. **Il segreto istruttorio nel processo penale**. Milão: Giuffrè, 1960. p. 52-53).

¹⁷² Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2ª ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015. p. 57.

¹⁷³ Como há tempo sustenta Jacinto Coutinho. Vide: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 26-51, jul. 2001. p. 28. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v.46, n. 183, jul./set., 2009. p. 109. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24.

¹⁷⁴ “Destarte, a diferenciação destes dois sistemas processuais faz-se através de tais princípios unificadores, determinados pelo critério de gestão da prova. Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 26-51, jul. 2001. p. 28.) No mesmo sentido: “Então, no que se refere aos sistemas, o ponto nevrálgico é a identificação de seu núcleo, ou seja, do princípio informador, pois é ele quem vai definir se o sistema é inquisitório ou acusatório, e não os elementos acessórios (oralidade, publicidade, separação de atividades, etc.). Como afirmamos anteriormente, o processo tem por finalidade [...] buscar a reconstituição de um fato histórico (o crime sempre é passado, logo, fato histórico), de modo que a gestão da prova é erigida à espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema a partir de dois princípios informadores [...]”. (LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 158-159); “A análise da gestão da prova é o que permite identificar um processo penal de partes, tanto do ponto de visto estático/formal, quanto do ponto de vista dinâmico/material. A depender de quem exerça a gestão da prova, o princípio unificador será inquisitivo (gestão das provas nas mãos do juiz) ou acusatório (gestão das provas nas mãos das partes).” (CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**. Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 69. v. 1).

Todavia, não é esse o entendimento dominante. Diferentemente, o que *ainda* se verifica em grande parte da doutrina processual penal é a sustentação de uma visão tradicional, que considera como traço distintivo dos sistemas em análise, a separação das atividades de acusar, julgar e defender,¹⁷⁵⁻¹⁷⁶ o que acaba por retirar o foco da discussão do que realmente importa, que é garantir, no modelo acusatório, a *imparcialidade do julgador*.¹⁷⁷ E isso ocorre, principalmente, porque induz em erro aquele que dela passa a compartilhar, ao transmitir a ideia de que havendo a mera separação formal e inicial das atividades os problemas estão resolvidos, quando

¹⁷⁵ “Em suma, o núcleo ou essência do modelo acusatório é a separação entre as funções de acusar, defender e julgar em sujeitos distintos, com partes em igualdade de condições e um juiz imparcial”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 112). BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. 1; GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 78. De modo semelhante, também em: PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 104; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 38.

¹⁷⁶ Nesta posição, quem naturalmente aparece como princípio informador do sistema é o princípio *acusatório* (e não *dispositivo*), sendo, este, então, que “atribui às partes a iniciativa e impulso do procedimento ou processo, alegação e delimitação dos fatos, requerimento e delimitação dos pedidos que o juiz pode conhecer, e determinação das provas que podem ser produzidas [...]”, inclusive, se aproximando do princípio *dispositivo*, na medida em que “esse princípio, numa terminologia abrangente do processo civil, poderia ser denominado princípio *dispositivo* em sentido amplo, englobando o princípio da demanda (ou princípio da iniciativa das partes), bem como o princípio do *dispositivo* no seu tríplice aspecto fático, petitório e probatório, significando, que as partes estabelecem e delimitam: fatos (na petição inicial), os pedidos e as provas que o juiz poderá conhecer. (PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 3ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2005. p. 62.). Geraldo Prado, dando ainda maior valor ao princípio em questão, opta por conceituá-lo por exclusão, afastando o que não lhe integra e elegendo seu núcleo também na divisão das funções de acusar, julgar e defender, distribuídas em sujeitos processuais distintos. Assim, dividindo o processo em duas perspectivas, *estática* e *dinâmica*, examina o referido princípio no âmbito das mesmas, por meio das funções do juiz (que deve ser imparcial), da acusação (que deve ser autônoma e independente) e da defesa (que deve estar em pé de igualdade com a acusação, gozando de pleno contraditório e dos efeitos da presunção de inocência) num primeiro momento; e, posteriormente, por meio das relações sucessivas e ordenadas entre estes sujeitos, como, por exemplo, o livre convencimento na análise da prova (inclusive confissão) e os poderes instrutórios do julgador (não autorizados nesta perspectiva acusatória), a relevância das provas legais negativas (em especial, face ao caráter humano do julgador, que não está imune a errar), e as questões da *mutatio* e *emendatio libelli*, que encontram verdadeiro limite no princípio acusatório, que impõe a imprescindibilidade de haver manifestação das partes acerca de qualquer alteração na descrição constante na exordial acusatória, antes da sentença, em homenagem ao contraditório. (PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 104-153).

¹⁷⁷ Nas palavras de Sylvio Lourenço Silveira Filho, é esse o “ponto crucial”. “o ponto crucial do sistema acusatório está na posição passiva do julgador na produção da prova, o que lhe garante a necessária imparcialidade para o desenvolvimento do seu mister: ao desconhecer as diligências investigatórias e se manter alheio à busca do material probatório, consegue preservar uma *virgin mind* no tocante ao caso e evitar a formação de juízos preconstituídos.” (SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 27).

efetivamente *não* estão, e *nem estarão* enquanto o juiz não for estranho a atividade investigatória e instrutória. Aí que reside o problema.¹⁷⁸⁻¹⁷⁹

De fato, a preocupação, ao se delimitar o núcleo e princípio informador de cada sistema, *deve girar em torno do binômio sistema processual/imparcialidade*, sem jamais esquecer que esta última é assegurada no modelo acusatório, sacrificada no inquisitório, e que “somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.”¹⁸⁰ Por isso, as partes devem iniciar e

¹⁷⁸ Também denunciado por Aury Lopes Jr., que sintetiza sua crítica da seguinte forma: “Com relação à separação das atividades de acusar e julgar, trata-se realmente de uma nota importante na formação do sistema. Contudo, não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e, depois, ao longo do procedimento permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como, por exemplo, permitir que o juiz de ofício converta a prisão em flagrante em preventiva (art. 310), pois isso equivale a “prisão decretada de ofício”; ou mesmo decreta a prisão preventiva de ofício no curso do processo (o problema não está na fase, mas sim, no atuar de ofício!), uma busca e apreensão (art. 242), o seqüestro (art. 127); ouça testemunhas além das indicadas (art. 209); proceda ao reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196); determine diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo no curso da investigação preliminar (art. 156, I e II); reconheça agravantes ainda que não tenham sido alegados (Art. 385), altere a classificação jurídica do fato (art. 383) etc. Fica evidente a insuficiência de uma separação inicial de atividades se, depois, o juiz assume um papel claramente inquisitorial. O juiz deve manter uma posição de alheamento, afastamento da arena das partes, ao longo de todo o processo. Daí porque *é reducionista alguma doutrina que focada exclusivamente no aspecto histórico da separação de funções (ne procedat iudex ex officio)* aí ancora, passando a criticar aqueles que propõem a superação de tais reducionismos e posturas mitológicas. Pensamos que, se originariamente o sistema acusatório teve por núcleo a separação de funções, o nível atual de desenvolvimento e complexidade do processo *não admite mais tais simplificações*.” (LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 156-157).

¹⁷⁹ Problema esse, que leva Vasconcellos a sugerir uma conceituação estrita do sistema acusatório, que contemple a tradicional separação das funções de acusar, julgar e defender, mas não se limite apenas a isso. Para tanto, propõe estejam presentes, no referido conceito: “1) iniciativa da acusação e a sua manutenção durante o desenvolvimento do processo, em especial a gestão da prova, sob responsabilidade das partes e a conseqüente postura reativa do julgador; 2) a separação institucional efetiva entre julgador e acusador; 3) o fortalecimento da ampla defesa e do contraditório (especialmente das Defensorias Públicas); e, 4) vedação da valoração dos atos de investigação preliminar, especialmente a partir da figura do juiz de garantias.” (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 139).

¹⁸⁰ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 157. Insuficiência também diagnosticada por Vinícius Gomes de Vasconcellos: “Resta evidente que de nada adianta a existência de pessoas diversas no exercício das funções do magistrado e do promotor se: 1) na prática, aquele usurpa das atribuições deste explicitamente (iniciando processos de ofício, produzindo provas, decretando prisões cautelares sem pedido, etc.); 2) houver uma relação (consciente ou inconsciente) entre tais atores de modo a acarretar uma união psíquica de atuação; 2) inexistir uma real possibilidade de exercício da defesa e do contraditório; e/ou, 4) macular-se o (pretenso) contraditório com a utilização de atos investigativos para fundamentar a condenação.” (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 138-139); e por Gilberto Thums: “[...] não basta a existência de órgãos distintos de acusação, defesa e julgamento; é necessária uma total imparcialidade do juiz, que não pode ter preconceitos nem pré-julgamentos sobre a matéria em debate. O cerne do modelo

permanecer absolutamente separadas do magistrado (respeitando-se as suas respectivas funções), “de forma que o julgador não acuse, nem defenda (preservando a sua necessária e inafastável imparcialidade), o acusador não julgue e o defensor cumpra a sua missão constitucional de exercer a chamada defesa técnica”.¹⁸¹ Daí a preferência pela compreensão dos sistemas acusatório e inquisitório a partir de seu núcleo, sendo este a *gestão da prova*, e dos princípios *dispositivo* (iniciativa probatória exclusiva das partes) e *inquisitivo* (atividade probatória a caráter do magistrado), que lhe são, respectivamente, regentes.¹⁸²⁻¹⁸³

Compreendido isso (que é, de fato, o ponto nevrálgico aqui), não há maior dificuldade em identificar as demais características que gravitam ao redor de cada sistema e por mais importantes que sejam, não servem para suas respectivas definições, que dependem, *repita-se*, do seu núcleo e princípio informador.

Sendo assim, a título de caracterização e ratificando o que já se viu na contextualização histórica, ter-se-á, no sistema acusatório, em linhas gerais: a)

acusatório depende da real imparcialidade do juiz, que é furto de uma meditada e consciente opção entre as hipóteses propostas – acusação e defesa – em relação às quais se mantém equidistante.” (THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 259).

¹⁸¹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. O processo penal como instrumento da democracia. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, n. 17, p. 63-76, jan/mar. 2005. p. 65. “Ou seja, conforme a construção histórica do modelo acusatório, solidifica-se a necessidade de que as três funções essenciais ao processo penal democrático sejam atribuídas a atores diversos e, mais do que isso, que tal esquema de atribuições se desenhe de modo a possibilitar (e garantir) a atuação efetiva das partes (acusação e defesa) em contraditório, objetivando o convencimento do julgador imparcial.” (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 139).

¹⁸² O que se vê, repita-se, há muito no magistério de Coutinho. “Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor. [...] No sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto (o que os ingleses chamam de judge made law).” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 26-51, jul. 2001. p. 28.

¹⁸³ Válido também registrar a distinção dos sistemas a partir do princípio do *contraddittorio*, proposta por Giulio Illuminati, aqui perfeitamente cabível em caráter *complementar*. No magistério do autor: “el sistema acusatório puede definirse como aquél en el cual sólo las pruebas practicadas (formate) en el juicio oral, con garantía del principio contradictorio, pueden ser utilizadas para fundar la sentencia judicial. En contraposición, el sistema inquisitivo sería aquel en el cual – como ya se há indicado en varias ocasiones -, la sentencia se basa sobre las pruebas obtenidas unilateralmente y en secreto en la fase de instrucción, por parte del juez que dirige esa fase (juez o ministerio público, pues a estos efectos es indiferente).” (ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. *In*: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). **Proceso penal y sistemas acusatórios**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 150).

separação das funções de acusar e julgar; b) acusação realizada por qualquer do povo (em alusão ao modelo clássico, hoje de titularidade do MP); c) impossibilidade de acusação de ofício; d) livre produção probatória; e) possibilidade de ampla defesa; f) debates (instrução) públicos e orais; g) juiz titular exclusivo do poder de decidir; e h) prevalência do interesse particular sobre o interesse social.¹⁸⁴

Nota-se, pois, que é esse o sistema em que se oportunizam as partes tratamento igualitário, com direito a uma jurisdição imparcial (por mais redundante que isso *dever* ser), em que se encontram atribuídas a pessoas distintas as funções de acusar e julgar.¹⁸⁵ É o que ensina José Frederico Marques (mesmo admitindo a atuação *ex officio* subsidiária do julgador para o alcance da verdade), inclusive ressaltando que as demais características elencadas, como publicidade, oralidade, julgamento popular e livre convencimento, em oposição à escrita e ao segredo, ao julgamento por magistrados togados, etc., não são suficientes para definir o sistema como um todo, já que um processo escrito, por exemplo, não pode ser traduzido como inquisitivo.¹⁸⁶

Nessa mesma linha de insuficiência (com uma enorme ressalva à atuação de ofício do julgador) está a proposta que ora se apresenta. Por isso, ainda que se esteja

¹⁸⁴ RIVERA SILVA, Manuel. **El procedimiento penal**. 38ª ed. México: Editorial Porrúa, 2009. p. 186. Tais características também estão presentes na síntese de José António Barreiros, para quem: “No tipo acusatório o arguido é verdadeiramente uma parte processual, em posição de igualdade com a parte acusadora, pública ou privada, que aqui surge com autonomia e sem qualquer relacionamento com a autoridade encarregue do julgamento, que se encontra numa posição de franca superioridade relativamente a ele. A participação popular no processo é essencial, pelo que este está estruturado de acordo com critérios de publicidade e de oralidade. Quanto ao material probatório, impende sobre cada uma das partes o ônus de prova dos factos que invocar, sendo os elementos aduzidos, valorados conforme a livre convicção do julgador (sistema das provas morais). A promoção processual pertence à colectividade (acção penal popular), não sendo pecúlio de qualquer autoridade pública. O arguido aguarda em regra em liberdade o desenrolar dos termos do processo.” (BARREIROS, José António. **Processo penal**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 13-14). Jorge Clariá Olmedo também as defende, referindo que a tendência processual atual é de fortalecimento do sistema acusatório, em que há: “[...] supresión del secreto, amplio contradictorio, relativa disposición del contenido sustancial em causas leves, representación por mandatario, etcétera.” (CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. **Derecho procesal penal**. Atualizado por Jorge E. Vázquez Rossi. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998. p. 52. t. 1). Na esteira de Badaró “o processo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresente um juiz sobreposto a ambas. Há uma nítida separação de funções, que são atribuídas a pessoas distintas, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório. E, além de suas características históricas, de oralidade e publicidade, vigora, no processo acusatório, o princípio da *presunção de inocência*, permanecendo o acusado em liberdade até que seja proferida a sentença condenatória irrevogável. Ainda do ponto de vista histórico, o juiz não possuía qualquer iniciativa probatória, sendo um assistente passivo e imóvel da atividade das partes, a quem incumbia a atividade probatória.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 37. t. 1.).

¹⁸⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1965. p. 64-65. v. I.

¹⁸⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1965. p. 65-66. v. I.

integralmente de acordo que no sistema acusatório contemporâneo deve haver cristalina separação entre as atividades de acusar e julgar, cabendo as partes (tratadas como iguais) a iniciativa probatória, que será apreciada por um juiz imparcial (alheio aos interesses de ambas), em procedimento oral, público, com ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição,¹⁸⁷ sendo garantida a liberdade do acusado durante o processo;¹⁸⁸ não se pode esquecer que a verdadeira definição de um sistema, substancialmente falando, somente é visível a partir da identificação do seu *núcleo* e seu *princípio informador*, aqui traduzidos pela *gestão da prova* e pelo *princípio dispositivo*, respectivamente, que são aqueles que essencialmente dão condições de imparcialidade para o julgador durante todo o processo.

No plano oposto, se verá o modelo inquisitório, classificado como sistema em que: a) há a concentração das atividades de acusar e julgar na mesma pessoa (ou confusão de ambas no curso do processo); b) está mitigada a ampla defesa; c) o procedimento é escrito e secreto; d) há ampla atividade probatória pelo julgador, que pode, inclusive, proceder de ofício; e) prevalece o interesse social sobre o particular,¹⁸⁹ e se está em face de um ilimitado poder de punir, que ficará a critério do julgador. Não por outra razão, ao exaltar o processo orientado pelo sistema acusatório, Montero Aroca afirma que falar em processo *inquisitório* não passa de uma contradição em seus próprios termos, inexistindo, neste sistema um processo propriamente dito. Nas palavras do autor:

¹⁸⁷ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 139.

¹⁸⁸ LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**: doctrinas generales. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1963. p. 21-22. t. 1.

¹⁸⁹ RIVERA SILVA, Manuel. **El procedimiento penal**. 38ª ed. México: Editorial Porrúa, 2009. p. 187. “Em linhas gerais, o sistema inquisitório define-se pela cumulação, nas mãos da mesma entidade, das funções de instrução, acusação e julgamento, agindo esta sempre sob um estatuto que lhe outorga uma nítida superioridade, relativamente ao arguido. Além disso, o processo inquisitório é totalmente escrito e em grande parte secreto para o arguido, que assim fica desarmado dos mais elementares direitos de defesa. Quanto ao domínio probatório, a confissão é considerada o meio de prova por excelência (*regina probationum*) pelo que todos os meios se conjugam para a obter. O arguido torna-se, nesta conformidade, objecto do processo, pois que é ele quem fornece os elementos indispensáveis para a indagação dos factos. A prova é analisada de acordo com critérios, ou irracionais ou de valor legalmente estipulado. O arguido está em regra sob prisão, pois o sacrifício que esta impõe, bem como a admissibilidade, tida por inquestionável, da tortura, possibilita a sua rápida confissão (BARREIROS, José António. **Processo penal**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 12-13). Segundo Badaró “no processo inquisitório, as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em *uma única pessoa*, que assume assim as vestes de um juiz acusador, isto é, um inquisidor. O réu não é parte, mas um *objeto do processo*. A ação iniciava-se *ex-officio*, por ato do juiz. Em tal processo não havia contraditório, que não seria nem mesmo concebível devido à falta de contraposição entre acusação e defesa. Excluída a dialética entre acusação e defesa, a investigação cabia unilateralmente ao inquisidor. Inconcebível, em tal sistema, a existência de uma relação jurídica processual. O processo normalmente era *escrito e secreto*.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 37. t. 1).

“El denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no puede ser, un verdadero proceso. Si éste se identifica como *actus trium personarum*, en el que ante un tercero imparcial comparecen dos partes parciales, situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, y plantean u conflicto para que aquél lo solucione actuando el Derecho objetivo, algunos de los caracteres que hemos indicado como propios del sistema inquisitivo llevan ineludiblemente a la conclusión de que ese sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso. Proceso inquisitivo se resuelve así en una *contradictio in terminis*.”¹⁹⁰⁻¹⁹¹

E diversos são os aspectos que agora se alteram completamente. Dentre eles, Giovanni Leone enfatiza a mitigação da pessoa do acusador, tendo em vista a concentração de suas atividades na própria figura do julgador, que poderá proceder de ofício, além da forma processual que passa a ser escrita e secreta.¹⁹² Gian Domenico Pisapia, ainda chama atenção para a ampla atividade probatória conferida ao magistrado, que possuindo dupla função (acusar e julgar) pode sair em busca das provas sem qualquer requerimento das partes¹⁹³ (iniciativa probatória, que, aliás, vemos até hoje no artigo 156, incisos I e II, entre outros, do nosso Código de Processo Penal). Na síntese de Aury Lopes Jr., é o sistema em que “o juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação ao procedimento, sói ser escrito, secreto e não contraditório.”¹⁹⁴

¹⁹⁰ AROCA, Juan Montero. **Principios del proceso penal**: una explicación basada na razón. Valência: Tirant lo Blanch, 1997, p. 28-29.

¹⁹¹ Lorena Bachmaier Winter, por sua vez, questiona o alcance dessa afirmação de Montero Aroca, de que o processo inquisitivo não se trata, verdadeiramente, de um processo, advertindo para o fato de que essa redução da noção de processo, afastando-se construções históricas já consolidadas, pode acabar em nada contribuindo para o enfrentamento dos problemas fundamentais reflexos do sistema inquisitório, que se traduzem no respeito as garantias fundamentais no âmbito da função jurisdicional. (BACHMAIER WINTER, Lorena. *Acusatorio versus Inquisitivo*. Reflexiones acerca del proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). **Proceso penal y sistemas acusatórios**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 25.)

¹⁹² LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**: doctrinas generales. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1963. p. 24. t. 1.

¹⁹³ PISAPIA, Gian Domenico. **Il segreto istruttorio nel processo penale**. Milão: Giuffrè, 1960. p. 50.

¹⁹⁴ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 144.

Nitidamente, se está diante de um sistema em que o acusado não é visto senão como objeto da investigação,¹⁹⁵ levando-se a efeito um processo *unilateral*, comandado por um juiz com múltiplas funções e múltiplos poderes,¹⁹⁶ sem garantias de imparcialidade e objetividade.¹⁹⁷

Por fim, no que concerne ao sistema misto, a despeito de todas as críticas já formuladas, sobretudo acerca de sua insuficiência conceitual, o que se tem é a cisão do processo em duas fases, imperando, na primeira (pré-processual), o sistema inquisitório, e na segunda (processual) o acusatório.¹⁹⁸ Suas características são: a) a acusação reservada a um órgão do Estado; b) uma fase investigatória de cariz inquisitória, sendo escrita e secreta; e, c) uma fase processual com debates públicos e orais.¹⁹⁹ Um verdadeiro “[...] monstro, nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo, que fue llamado proceso mixto [...]”.²⁰⁰ Por mais “monstruoso” que possa ser, é este o sistema adotado pelo direito processual brasileiro, em que a investigação preliminar se dá por meio de inquérito policial, conduzida pelo delegado de polícia de forma secreta, escrita, com ausência de contraditório e ampla defesa, na busca da confirmação da “verdade do delito” que lhe foi noticiado;²⁰¹ para somente após isso iniciar o processo judicial, no qual *deverão* estar presentes todas as garantias antes rechaçadas, de modo a propiciar ao investigado o pleno exercício de defesa, em pé de igualdade com a acusação, aos olhos de um juiz *imparcial*.²⁰²⁻²⁰³

¹⁹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v.46, n. 183, jul./set., 2009. p. 105. Não havendo se falar em igualdade de partes, direito à interposição de recursos, dignidade da pessoa humana, coisa julgada nos casos de absolvição e *in dubio pro reo*. (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 175).

¹⁹⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 87.

¹⁹⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1965. p. 63. v. I.

¹⁹⁸ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. **Derecho procesal penal**. Atualizado por Jorge E. Vázquez Rossi. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998. p. 116. t. 1.

¹⁹⁹ RIVERA SILVA, Manuel. **El procedimiento penal**. 38ª ed. México: Editorial Porrúa, 2009. p. 188.

²⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 10ª ed. 1ª reimpressão. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2014. p. 566.

²⁰¹ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 3ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2005. p. 60.

²⁰² PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 3ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2005. p. 61.

²⁰³ Situação essa, que levou a doutrina a optar por dar nomenclatura própria aos elementos colhidos no Inquérito Policial (atos de investigação), diferente daqueles apurados em juízo (atos de prova), para que não houvesse confusão com respectivo valor de ambos para o processo. (LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 322-333.).

Mas, uma vez mais, a pergunta é: se está, de fato, diante de um sistema processual? Pense-se: há um núcleo claramente demarcado visível a partir de um princípio informador? Elementar que não. E porque não? Porque o núcleo, como núcleo, é sempre puro e não *misto ou temperado*; e o mesmo vale para o princípio que dele se extrairá. Em razão disso, acertadas as posições de Aury Lopes Jr., Jacinto Coutinho, entre outros, como já se frisou, quando afirmam que tal sistema, na sua essência, não passa de um modelo inquisitório, com algumas características de acusatório, como a separação formal das funções de acusar e julgar.²⁰⁴

Posição, frisa-se, que não é difícil de aderir, se examinado o conjunto do processo, em que pese sua “divisão em fases”, que terá a prova (espinha dorsal da atividade processual)²⁰⁵ produzida de forma parcial e unilateral na inquirição do inquérito, para, integrando o processo, ser utilizada com as mais variadas maquiagens discursivas pelo julgador, para expor a *verdade* do crime, colhida pelo delegado sem oportunidade de defesa (contraditório) do acusado.²⁰⁶ E a fase judicial (acusatória)? Mera repetição do inquérito inquisitorial,²⁰⁷ “una inútil escenificación de un simulacro de proceso acusatorio.”²⁰⁸ Se assim o é, incontestável que se está diante de um ideal autoritário, que mesmo mascarado por características mescladas (acusatórias e inquisitórias),²⁰⁹ legitima uma atividade investigativa inquisitória (correspondente as atividades tanto do delegado quanto do juiz - gestão da prova informada pelo princípio inquisitivo) e inconstitucional.

²⁰⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v.46, n. 183, jul./set., 2009. p. 110; LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 152.

²⁰⁵ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 159.

²⁰⁶ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 154.

²⁰⁷ “La fase de enjuiciamiento, formalmente caracterizada por el pleno respeto a la dialéctica entre las partes y el respeto a los principios de oralidad e intermediación, tiende a reducirse, em el mejor de los casos, a una recapitulación de los actos documentados em la instrucción por el juez instructor o por el ministerio público. (ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 145).

²⁰⁸ ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 145.

²⁰⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v.46, n. 183, jul./set., 2009. p. 110.

Conquanto por outro viés, não deixa de ser essa a crítica também proposta por Rui Cunha Martins,²¹⁰ quando sugere o abandono dessa discussão, para questionar a legitimidade desse sistema misto (e também dos demais) a partir do critério da *democraticidade*, eleito como princípio unificador do modelo *democrático*²¹¹ e cuja função é a manutenção da adequação democrático-constitucional das práticas e elementos do processo.²¹² Acentuando que “Dizer “democrático” é dizer o contrário de “inquisitivo”, é dizer o contrário de “misto” e é dizer mais do que “acusatório” [...]”,²¹³ esclarece o autor que no âmbito de um estado democrático de direito, somente o sistema acusatório pode ser visto como legal, já que os demais (inquisitivo e misto) são incompatíveis com os valores constitucionais (seja de forma integral – inquisitório - seja de forma parcial - misto). Contudo, alerta que de nada servirá a sua adoção, se o mesmo não se mostrar apto a garantir a *democracia*,²¹⁴ o que então justifica sua proposta.

À vista de tudo isso, é possível reiterar que ao se falar em *sistema acusatório* (único compatível com modelo de Estado brasileiro), inevitavelmente se está falando de um modelo democrático, cujo núcleo (gestão da prova), vinculado ao seu princípio informador (dispositivo), orientará uma atividade judicial imparcial (durante toda a investigação criminal - fases pré-processual e processual), respeitando-se o contraditório e a ampla defesa (bem como as demais características já pormenorizadas, como oralidade, publicidade, liberdade como regra, entre outras), na busca limitada da reconstituição de um fato pretérito. Por outro lado, ao se falar em *sistema inquisitório*, se está falando de um modelo autoritário, cujo núcleo (gestão da prova), vinculado ao

²¹⁰ Com a qual se concorda, aliás, embora a considerando *complementar*, por não dar conta da estrutura processual em toda sua amplitude.

²¹¹ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito: the brazilian lessons**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 73.

²¹² Para tanto, sugere o autor que se faça o seguinte questionamento: “é este mecanismo, ou elemento, ou prática seja de que tipo for, compaginável com o cenário democrático-constitucional regente do próprio sistema em que ele se insere?” O que logo conclui: “É esta a questão que verdadeiramente interessa colocar em permanência. Pode talvez dizer-se que um modelo sistêmico será tanto mais admissível quanto maior número de respostas positivas aquela questão receber.” (MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito: the brazilian lessons**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 74.). De salientar, que tal busca por uma conformação convencional do processo penal, além de ser uma tendência contemporânea, também é vista na doutrina de Nereu Giacomolli (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014), Aury Lopes Jr. (JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016), Alexandre Morais da Rosa (Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2ª ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015. p. 59), entre outros.

²¹³ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito: the brazilian lessons**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 73.

²¹⁴ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito: the brazilian lessons**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 73.

seu princípio informador (inquisitivo), orientará uma atividade judicial parcial (durante toda a investigação criminal), desprezando-se o devido contraditório e a ampla defesa, na busca ilimitada da reconstituição de um fato pretérito.

Eis aí a *delimitação* dos sistemas processuais penais. Quiçá um dia, se tenha respeitado o modelo adotado na Constituição Federal de 1988, consagrando-se um sistema acusatório digno, que tenha como norte a higidez da *imparcialidade* do julgador, refutando-se qualquer prática que possa colocá-la em xeque.

E já que se está a falar incansavelmente de imparcialidade, elevando-a a verdadeiro *norte* do modelo acusatório, também *dela* se deve ocupar-se, em especial delimitando-a, para que se saiba exatamente qual o cerne da preocupação no que diz respeito à consagração de um sistema acusatório autêntico em que há condições mínimas para sua efetividade. Adentra-se, pois, nisso.

1.2 O Processo Acusatório Como “Actum Trium Personarum” e a Imparcialidade Como Essência da Jurisdição

Tem-se visto até aqui, que uma adequada compreensão do sistema *acusatório* pressupõe o entendimento de que lhe é indissociável a preservação da *imparcialidade* do julgador. São as condições para tanto, pois, que devem orientar tal modelo, que na sua autêntica configuração permite a classificação *desta* como *princípio supremo do processo*, título dado por Pedro Aragonese Alonso.²¹⁵

Necessário, portanto, a título de delimitação, num primeiro momento, distinguir seu conteúdo atual daquele que inicialmente lhe foi dado em meio ao predomínio da razão moderna, no desenrolar da separação dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, em que um serviria para limitar o poder do outro reciprocamente. É dizer que, indo direto ao ponto, precisa-se compreendê-la para muito além da superada ideia de *neutralidade*, como uma *construção jurídica*, fruto de uma leitura constitucional e convencional do processo penal de matriz acusatória, que delimita o agir dos magistrados (impondo limites aos prejuízos que sua subjetividade pode causar nos julgamentos), que somente atuarão em conformidade a tais mandamentos, se conduzirem o processo como terceiros desinteressados em relação às partes, comprometendo-se, contudo, em apreciar na totalidade ambas as versões apresentadas

²¹⁵ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal (introduccion)**. 2ª ed. Madrid: Edersa 1997, p. 127.

sobre o(s) fato(s) em apuração, proporcionando sempre igualdade de tratamento e oportunidades aos envolvidos.

Já é esse, sem dúvida, um desafio inicial. Mas não o único. Cumpre também se esclarecer, que não existe *jurisdição* efetiva e válida se não respeitado tal princípio também basilar da função jurisdicional.²¹⁶ Aliás, se violado, sequer haverá devido processo. Ademais, se o projeto é, repita-se, pela efetivação de um processo penal constitucional e convencionalmente orientado (genuinamente *acusatório*, pois), não se pode fechar os olhos para a construção que vem sendo feita sobre *esta* (tratada aqui como princípio) no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, desde 1982 (Caso Piersack vs. Bélgica). Ao contrário deve-se incorporá-la ao ordenamento jurídico pátrio para que se possa avançar na democratização do direito processual penal.

E sendo esses, então, os principais desafios que norteiam esse tema tão caro para a doutrina processual, são a eles dedicadas as próximas linhas, a fim de se demonstrar a imprescindibilidade de se levar a sério tal discussão, analisando a temática tanto do ponto de vista doutrinário, quanto jurisprudencial (especificamente do TEDH). É o que se desenvolverá a seguir.

1.2.1 *Jurisdição e Imparcialidade Judicial: Aspectos Conceituais*

A ideia de *jurisdição*, como atualmente se concebe, tem raiz no século XVIII e decorre, principalmente, da teoria da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu.²¹⁷⁻²¹⁸ Sua função primeira, pois, é a limitação dos demais poderes do Estado (Executivo e Legislativo - que também a limitarão),²¹⁹ sendo de sua

²¹⁶ MONTERO AROCA, Juan. et al. **Derecho jurisdiccional III: proceso penal**. 10ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 29.

²¹⁷ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal**. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 99.

²¹⁸ Para o autor, “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 167-168).

²¹⁹ Já que “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.” E “Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz

responsabilidade a aplicação das leis elaboradas pelo Legislativo, com a participação do Executivo, mas sem estar subordinado a este. Ou seja, desde sua gênese, ao mesmo tempo em que se quer sua autonomia (para garantir a liberdade dos cidadãos ao impor limites aos demais poderes), se espera, de sua atuação (por meio dos magistrados), um agir *limitado* pelo texto da lei (que advêm de outro Poder - Legislativo), e *neutro*,²²⁰ fruto do conhecimento da época, de predomínio da razão moderna.²²¹⁻²²² Daí a defesa de Montesquieu por um juiz *boca da lei*,²²³ e a ligação intrínseca entre jurisdição e *imparcialidade* (àquela altura traduzida em *neutralidade*), que leva Eugenio Raúl Zaffaroni a enfatizar que “a jurisdição não existe se não for imparcial.”²²⁴

Para muito além de mera exigência ou garantia processual, portanto, a imparcialidade está na essência da jurisdição, sendo *princípio basilar da função jurisdiccional*,²²⁵ ou, *princípio supremo do processo*, como prefere Pedro Aragonese Alonso,²²⁶ marca do sistema processual acusatório,²²⁷ vigente na constituição federal brasileira. De fato, “La imparcialidad judicial es una garantía tan esencial de la función jurisdiccional que condiciona su existencia misma: <Sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional> [...]”.²²⁸ E não por outra razão, Bernd

poderia ter a força de um opressor.” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.166-167).

²²⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 169.

²²¹ Tal sobreposição da razão à fé, esclarece Franklin Baumer, é fruto das revoluções científicas ocorridas na época (especialmente a partir de Copérnico, Galileu, Descartes e Newton), entre outros fatores, que impulsionaram a ideia de liberdade do homem pelo conhecimento. (BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno**. Vila Nova de Gaia: Edições 70, 1990. p. 47-48. v. I).

²²² A esse respeito, refere Fabrício Pozzebon que “a ideia de que o silogismo na aplicação da lei, como concebido a partir do racionalismo moderno, faria com que o juiz nada mais fosse do que um mero aplicador da lei ao caso concreto, não deixando margem à subjetividade judicial, como condição de segurança jurídica e de manutenção da ordem pública, refletiu na visão clássica da função jurisdiccional do Estado, de compor, com base na lei e imparcialmente, a situação intersubjetiva litigiosa perturbadora da paz social, dando a cada um o que é seu.” (POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. **Revista da Ajuris**, v. 34, n. 108, Porto Alegre, dez. 2007, p. 169).

²²³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.170.

²²⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: Crises acertos e desacertos**. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 86.

²²⁵ MONTERO AROCA, Juan. et al. **Derecho jurisdiccional III: proceso penal**. 10ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 29.

²²⁶ ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal (introducción)**. 2ª ed. Madrid: Edersa 1997, p. 127.

²²⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. **Revista de Estudos Criminais**. São Paulo, ano 10, n. 43, out./dez., p. 99, 2011.

²²⁸ CORDÓN MORENO, Faustino. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. 2ª ed. Navarra: Arazandi, SA, 2002, p. 109.

Schünemann considera pressuposto indispensável para a atuação do terceiro estranho à disputa das partes, o fato dele ser imparcial.²²⁹⁻²³⁰

Por isso a importância de se ver asseguradas na constituição garantias atinentes à autonomia da carreira judiciária (vitalicidade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio),²³¹ consideradas por Giovanni Leone as responsáveis pela *independência* do juiz no desempenho de suas funções, afastando-o de possíveis pressões de outro órgão do próprio Estado.²³² Independência essa que pode ser *externa* (relacionada as influências de outros poderes ou de outros setores), e/ou *interna* (ligada ao próprio poder judiciário, especialmente das instâncias superiores).²³³⁻²³⁴

E para viabilizar a efetivação de tal *imparcialidade*, além da separação e independência entre poderes, deve também haver cristalina separação das funções de *acusar e julgar* pelo Estado, não podendo ambas recair sobre a mesma “pessoa”, como já se viu anteriormente ao se delimitar o sistema acusatório.²³⁵ Tal advertência também é feita por Faustino Cordón Moreno, que considera o desdobramento das funções de acusar e julgar e sua atribuição a sujeitos diferentes uma garantia básica da imparcialidade.²³⁶ Eis o fundamento do Ministério Público (“parte fabricada” para

²²⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 206.

²³⁰ Também para Badaró, “A necessidade de um terceiro imparcial é a razão de ser do processo, enquanto forma de heterocomposição de conflitos.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 6. t. 1).

²³¹ “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.” (BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 dez 2015).

²³² LEONE, Giovanni. **Come si svolge un processo penale**. Torino: ERI, 1967. p. 116.

²³³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: Crises acertadas e desacertadas**. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 88. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 6. t. 1.

²³⁴ Referindo-se a tais características e exaltando a indispensabilidade de para além destas, se ter consagrada a imparcialidade em sentido estrito nos processos, assevera, então, Jorge de Figueiredo Dias: “Acabamos de ver como, através da característica da independência dos juízes, se asseguram os fundamentos de uma actuação livre dos tribunais perante pressões que se lhes dirijam do exterior. Isto não basta, porém, para que fique do mesmo passo preservada a objectividade de um julgamento: é ainda necessário, ao lado e para além daquela segurança geral, não permitir que se ponha em dúvida a <<imparcialidade>> dos juízes, já não em face de pressões exteriores, mas em virtude de especiais relações que os liguem a um caso concreto que devam julgar. (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1ª ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 315)

²³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 109. Vide tópico 1.1.2

²³⁶ CORDÓN MORENO, Faustino. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. 2ª ed. Navarra: Arazandi, SA, 2002, p. 129. “Ciertamente, no cabe desconocer que la imparcialidad o ajenidad del Juez respecto al objeto y los sujetos del proceso puede quedar comprometida cuando al órgano

salvaguardar a imparcialidade do magistrado),²³⁷ o então responsável pela persecução penal pública.²³⁸ Para Francesco Carnelutti, a própria dialética do processo exige essa configuração. Afinal, tendendo o acusado a negar sua culpa e a sustentar sua inocência, sem a presença de um órgão acusador, restaria ao julgador o papel de confrontar o acusado no processo, fulminando sua imparcialidade.²³⁹ Como corolário, tem-se que o processo penal constitui-se de um *actum trium personarum*, integrado por sujeitos parciais e um imparcial (partes e juiz, respectivamente).²⁴⁰⁻²⁴¹

À vista disso, ao juiz deverá restar tão somente a condição de terceiro desinteressado em relação às partes,²⁴² um “estar alheio” aos interesses processuais.²⁴³ Aí está o sentido de *terzietà* proposto pela doutrina italiana,²⁴⁴ que compreende a

jurisdiccional le este atribuída la función instructora juntamente com la enjuiciadora [...]” (CORDÓN MORENO, Faustino. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. 2ª ed. Navarra: Arazandi, SA, 2002, p. 119).

²³⁷ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 151.

²³⁸ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47.

²³⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**: principios del proceso penal. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971. p. 38-39.

²⁴⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In*: _____ (coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001. p. 10. “En toda actuación del Derecho por la jurisdicción han de existir dos partes enfrentadas entre sí, que por lo mismo son parciales, las cuales acuden a un tercero imparcial que es titular de la potestad jurisdiccional, es decir, el juez o magistrados.” (MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal**: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. p. 87).

²⁴¹ Eis o desacerto (gravíssimo), vale repetir, da separação *formal* entre juiz e acusador, mas com a aceitação da produção probatória de ofício pelo magistrado, como se vê no código de processo penal brasileiro e já foi antes denunciado (vide tópico 1.1.2), que leva Aury Lopes Júnior a afirmar que: “somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 63).

²⁴² Afinal, como bem recorda Badaró, “Não há como se conceber a existência de um processo com a decisão nas mãos de um terceiro interessado em prejudicar ou beneficiar uma das partes. É ínsito ao processo um juiz imparcial sem o que deixará de haver processo.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 6. t. 1).

²⁴³ LOPES JR., Aury. Juízes inquisidores? e paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, ano 3, n. 10, p. 122, 2003. “Estar alheio”, que para Piero Calamandrei se traduz em inércia/estática, pois agir significa tomar partido violando-se tal imparcialidade. Nas palavras do autor: “O aforismo *Nemo iudex sine actore* não exprime apenas um princípio jurídico. Tem um alcance psicológico mais importante, pois explica que, pela obrigação fundamental que lhe dá sua missão, o juiz deve conservar, no decorrer do processo, uma atitude estática, esperando paciente e sem curiosidade que os outros o procurem e lhe proponham os problemas que há de resolver. A inércia é, para o juiz, garantia de equilíbrio, isto é, de imparcialidade. Agir significa tomar partido.” (CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Trad. Ivo de Paula. São Paulo: Editora Pillares, 2013. p. 46).

²⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 10ª ed. 1ª reimpressão. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2014. p. 580. ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. *In*: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 151.

imparcialidade como o alheamento do julgador aos interesses em jogo no processo penal.²⁴⁵ *Alheamento* esse, que como nota essencial do agir imparcial, muito bem define a *posição* do magistrado no processo judicial²⁴⁶ de cariz acusatória (leia-se, com gestão da prova nas mãos das partes, à luz do princípio dispositivo). Entretanto, nada disso altera sua qualidade de protagonista no processo, já que é dele a palavra final. “Toda dinâmica processual acabará inevitavelmente desembocando no papel do juiz, pois afinal é ele que terá de decidir.”²⁴⁷ Partindo-se, então, da analogia feita por José Luís Aramburo Restrepo com o processo e as artes cênicas, o que se deve definir é quem deve se limitar a *observar* e a quem compete propriamente *atuar*.²⁴⁸ Nessa esteira, refere Piero Calamandrei que:

El más importante entre los personajes del proceso, el verdadero protagonista, es el juez. Asiste mudo e impenetrable a todo el desenvolvimiento del drama, siempre presente, aun cuando se limite a escuchar en silencio la disputa de los otros personajes. Pero al final, la última palabra, la palabra resolutive, es la suya; todo lo que ha sido dicho en el curso del debate se resume y se disuelve en su decisión.²⁴⁹⁻²⁵⁰

²⁴⁵ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 99.

²⁴⁶ CORDÓN MORENO, Faustino. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. 2ª ed. Navarra: Arazandi, SA, 2002, p. 109.

²⁴⁷ KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 495.

²⁴⁸ “Otro aspecto analógico entre las artes escénicas – extensivo a la música – y la práctica jurídica es el referente a las dos perspectivas desde las que pueden ser estudiadas ambas actividades. En derecho se denomina perspectiva del observador a la típica actitud teórica positivista, que considera privilegiada una mera descripción de las normas jurídicas o del orden jurídico, lo que sugiere una actitud fría e impasible, psicológicamente y epistemológicamente – fenomenológicamente, en suma – muy próxima a la del espectador en una representación escénica o la del crítico literario en las obras de teatro. A la inversa, la perspectiva del participante, en cuyo centro se encuentra el juez, es la de quien argumenta sobre la correcta aplicación del derecho a situaciones particulares. Es, por tanto, la de los juristas e abogados y, con maior razón, la de los clientes de éstos últimos, en general, la de todo aquel que se vea envuelto en un conflicto jurídico del cual peligre su libertad, sus bienes, su comodidad. Con todo, la participación en la práctica como tal se entiende, dentro de la tradición cientificista de teoría jurídica, un sesgo que invalida el conocimiento. Precisamente la dicotomía escénica plantea la relación entre quien actúa y quien, desde una posición pasiva, observa.” (ARAMBURO RESTREPO, José Luís. El papel del juez: una aproximación teórica. **Pensamiento Jurídico**. Bogotá, n. 27, p. 85-106, jan./abr., 2010. p. 87). Ressalvada a posição que o juiz se encontra na analogia do autor, as posições de ator e espectador são extremamente esclarecedoras para se entender postura relativa a *terzietà* (estranhamento/alheamento) a que se fez referência.

²⁴⁹ CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**: conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. p. 59.

²⁵⁰ A necessidade de uma postura estática e inerte do magistrado para garantir sua imparcialidade, em contraposição a das partes (parciais), também é enfatizada pelo autor em outra oportunidade, nos

Cabe salientar, que a questão não está em a quem pertence o “poder penal”, tanto de julgamento quanto de acusação, em meio a essa separação de funções, pois evidente que segue pertencendo ao Estado.²⁵¹ O que se procura estabelecer é apenas a não concentração das atividades de acusar e julgar na mesma pessoa, para que não haja confusão entre ambas, retornando-se ao sistema inquisitório. Por isso, não será legítimo o processo quando se confundirem as funções do juiz e do acusador. Para o seu correto desenvolvimento, repita-se, devem-se estar presentes dois sujeitos parciais e um terceiro imparcial,²⁵² (nos moldes acima delimitados; *construção jurídica*, portanto), que, frisa-se, é diferente de *neutro* (como inicialmente foi concebido).

Elementar que no atual estágio do conhecimento, falar em *neutralidade* pressupõe ignorar os estudos da psicanálise e da fenomenologia, primordialmente, que há muito denunciaram a inseparável relação do homem com seu meio social. Não obstante, por incrível que pareça, não raras vezes se observa tal confusão, sendo necessário salientar que como ser humano comum o julgador jamais conseguirá se afastar de sua subjetividade para conduzir o processo. Tanto por pertencer e ser fruto do contexto social em que habita, quanto por possuir um sistema psíquico complexo, cujo consciente representa somente um dos processos mentais, circunstâncias que inevitavelmente influenciarão o pensar e o agir do magistrado (repita-se, homem comum).²⁵³ “Assim, a neutralidade, compreendida como ausência de valores, de ideologia, apresenta-se como uma utopia, algo inalcançável diante da essência do homem, ser humano constituído por razão e emoção [...]”.²⁵⁴ Daí porque Cesare Beccaria preocupava-se tanto com o “espírito da lei”.

seguintes termos: “A imparcialidade, virtude suprema do juiz, é a resultante psicológica de duas parcialidades que se combatem. Não devem os defensores melindrar-se se o juiz – ainda o mais consciencioso – não parece escutar com grande atenção seus discursos em audiência. Está assim porque, antes de pronunciar sua sentença, deve durante longo tempo escutar a discussão tremenda de dois contraditores, que se agitam no fundo da sua consciência.” (CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Trad. Ivo de Paula. São Paulo: Editora Pillares, 2013. p. 49).

²⁵¹ WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 24, v. 119, p. 201-240, mar./abr. 2016. p. 205.

²⁵² MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal**: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. p. 96.

²⁵³ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 51-54

²⁵⁴ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 53.

Cada homem tem seu ponto de vista e, em diferentes momentos, vê os mesmos temas sob diferentes perspectivas. O espírito da lei será, portanto, o resultado da boa ou má lógica do juiz, e isso dependerá de sua boa ou má digestão, da violência de seus interesses, da fraqueza de quem a sofre, das relações do juiz com o acusado e de todas aquelas pequenas circunstâncias que alteram a aparência de cada objeto, na flutuante mente humana. Assim, vemos o destino de um cidadão alterado várias vezes ao passar por diferentes tribunais e sua vida ser vítima de falsas ideias ou do mau humor do juiz, que confunde a legítima interpretação das leis com o vago resultado de toda aquela confusa série de noções que lhe move a mente.²⁵⁵

Lembra Luigi Ferrajoli, a propósito disso, que por mais objetividade que se extraia da atuação do juiz, este “siempre está condicionado por las circunstancias ambientales en las que actúa, por sus sentimientos, sus inclinaciones, sus emociones, sus valores éticos-políticos.”²⁵⁶ Com razão, pois, Eros Grau, ao afirmar que “a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na prática do direito ela se dissolve, sempre.”²⁵⁷

Diante disso, imprescindível o desvelamento dessa neutralidade “ideológica” do ato de julgar. Não sendo o magistrado exceção aos demais seres humanos, nem possuindo qualquer “dom” de se desvencilhar de experiências passadas e eventuais preconceitos, é inevitável que imponha uma carga valorativa às suas decisões, fruto de sua interpretação da sociedade e dos fenômenos que nela acontecem.²⁵⁸ Consequentemente, “Toda e qualquer decisão proferida trará, de uma forma mais ou menos explícita, o privilégio de um determinado valor, descartando, portanto, uma pretensa neutralidade jurídica”.²⁵⁹ Neutralidade ideológica essa, duramente criticada por Zaffaroni, que considera, inclusive, uma imagem pobre e estereotipada do juiz, aquela

²⁵⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012. p. 18-19.

²⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 10ª ed. 1ª reimpressão. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2014. p. 56.

²⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 51.

²⁵⁸ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. **Revista da Ajuris**, v. 34, n. 108, Porto Alegre, dez. 2007, p. 176.

²⁵⁹ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. **Revista da Ajuris**, v. 34, n. 108, Porto Alegre, dez. 2007, p. 176.

que correspondente a neutralidade.²⁶⁰ “O juiz não pode ser alguém neutro, porque não existe a neutralidade ideológica, salvo na forma de apatia, irracionalismo ou decadência de pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém e menos ainda de um juiz.”²⁶¹

Em assim sendo, não havendo dúvida de que “quem irá prestar a tutela jurisdicional é um ser humano integrado por seus fatores internos, por suas experiências emocionais, traumas, vivências ambientais, culturais e ideológicas [...]”,²⁶² notável que não haja espaço para se falar em neutralidade na atuação jurisdicional, *devendo-se aceitar o princípio da imparcialidade como limite aos prejuízos que a subjetividade individual pode trazer para o processo*. É o que aduz também André Machado Maya, ressaltando a importância, para os julgadores, de conhecerem efetivamente sua formação subjetiva, “para com isso, adotar uma postura efetivamente distante (alheia) em relação aos interesses das partes envolvidas na controvérsia judicial, sem se deixar contaminar por eles.”²⁶³

Equivale dizer, que para além da essência do próprio conceito de juiz em um Estado de Direito,²⁶⁴ trata-se, a imparcialidade judicial, de uma *construção jurídica*, que não se confunde com *neutralidade* e tem como principal finalidade a preservação da cognição do magistrado no processo, para que nenhuma parte seja beneficiada em detrimento da outra, mesmo involuntariamente. *É disso que se está falando e é a isso que se vincula o sistema acusatório constitucional*.

Tamanha é a preocupação com essa questão, que determinações como: “toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e *imparcial*”; “toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser ouvida em uma forma *imparcial* e pública”; “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e *imparcial*”; e “qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e *imparcial*”; estão devidamente consignadas nos seguintes

²⁶⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário**: Crises acertos e desacertos. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 92.

²⁶¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário**: Crises acertos e desacertos. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 92.

²⁶² GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 234.

²⁶³ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 99.

²⁶⁴ BOVINO, Alberto. **Problemas del derecho procesal penal contemporáneo**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998. p. 17.

Diplomas Internacionais: Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 10),²⁶⁵ Declaração Americana dos Direitos Humanos (art. 26.2),²⁶⁶ Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.1),²⁶⁷ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14.1),²⁶⁸ e na Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950 (art. 6.1).²⁶⁹

Inclusive, em face da ratificação da CADH pelo Brasil, lembra Nereu José Giacomolli que a imparcialidade integra o ordenamento jurídico pátrio com status

²⁶⁵ “Artigo 10 - Todas as pessoas têm direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública julgada por um tribunal independente e imparcial em determinação dos seus direitos e obrigações e de qualquer acusação criminal contra elas.” (**Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <<http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html>>. Acesso em: 07 dez 2015).

²⁶⁶ “Artigo XXVI. Parte-se do princípio que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade. Toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser ouvida numa forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas. (**Declaração Americana dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 07 dez 2015).

²⁶⁷ “Artigo 8. Garantias judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” (**Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 07 dez 2015).

²⁶⁸ “Artigo 14. 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.” (**Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 07 dez 2015).

²⁶⁹ “Artigo 6. Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.” (**Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em: 07 dez 2015).

superior à normatividade ordinária, sendo também decorrência do devido processo constitucional (art. 5º, LIV, CF), o qual exige tutela jurisdicional criminal efetiva.²⁷⁰

É dizer, em suma, que ao falar de *jurisdição*, invariavelmente se está a falar de *imparcialidade(!)*

Também se deve considerar, que falar em imparcialidade não é o mesmo que falar em *imparcialidad* (não ser parte), ainda que esta seja pressuposto para o desenvolvimento daquela.²⁷¹ Werner Goldschmidt foi quem melhor disso se ocupou, ao questionar qual a relação existente entre não ser parte e imparcialidade.²⁷² Admitindo a íntima relação entre ambas e denunciando a impossibilidade de se poder confiar na imparcialidade de uma parte, afirma o autor que o verdadeiro significado da imparcialidade (que não pode ser reduzido a um conceito meramente formal de “não parte”), somente poderá ser compreendido no âmbito da relação *sujeito processual x razão do ato processual por ele praticado*, ao se analisar o motivo de tal ato, que deverá corresponder ao desejo de dizer a verdade.²⁷³

Notoriamente, tal visão goldschmidtiana de imparcialidade aproxima-se muito do que posteriormente veio a se chamar de imparcialidade *subjetiva*, que logo será vista. No entanto, é possível verificar em sua doutrina perigosa confusão entre *imparcialidade* e *neutralidade* (por exemplo, quando refere que “La imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Este debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad”),²⁷⁴ importando, no

²⁷⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 232.

²⁷¹ GOLDSCHIMIDT, Werner. La imparcialidad como principio basico del proceso: la parcialidad y la parcialidad. *In: Monografias de Derecho Español*. Publicaciones del Instituto de Derecho Procesal, Série 2ª, n. 1., Madrid: Gráfica Clemares, 1950. Disponível em: <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2015. MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal**: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. p. 87.

²⁷² GOLDSCHIMIDT, Werner. La imparcialidad como principio basico del proceso: la parcialidad y la parcialidad. *In: Monografias de Derecho Español*. Publicaciones del Instituto de Derecho Procesal, Série 2ª, n. 1., Madrid: Gráfica Clemares, 1950. Disponível em: <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2015.

²⁷³ Tal entendimento também pode ser extraído da doutrina de Montero Aroca, quando adverte sobre a necessidade de que o juízo atue determinado pelo cumprimento correto e estrito de sua função, sem influências externas. “Ahora bien, la imparcialidad no puede suponer sólo que el titular de la potestad jurisdiccional no sea parte en el proceso de que está conociendo, sino que há de implicar también que su juicio há de estar determinado sólo por el cumplimiento correcto de la función, es decir, por la actuación del Derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia alguna ajena al ejercicio de esa función influya em la decisión.” (MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal**: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. p. 87).

²⁷⁴ GOLDSCHIMIDT, Werner. La imparcialidad como principio basico del proceso: la parcialidad y la parcialidad. *In: Monografias de Derecho Español*. Publicaciones del Instituto de Derecho Procesal,

momento, apenas registrar a distinção conceitual proposta pelo autor, que posteriormente foi aprofundada por Aragonese Alonso, que também denunciou o reducionismo de encarar *imparcialidad* como sinônimo de imparcialidade, desta vez, por meio do exame dos modelos de resolução de conflitos da autotela, heterotutela e heterocomposição,²⁷⁵ creditando *somente* ao último a real possibilidade de um juízo imparcial, já que mesmo estando presente um terceiro (não-parte) na resolução de um conflito, pode este ali estar exclusivamente em prol de uma das partes (parcialidade), sem sequer importar-se com o objeto da controvérsia (hipótese da heterotutela).²⁷⁶

Outra valiosa contribuição de tais autores, está na aproximação do princípio da imparcialidade ao princípio *audiatur et altera pars*, no sentido de ser impraticável um juízo imparcial que não tome conhecimento da versão de ambas as partes. No dizer de Aragonese Alonso: “el deber de imparcialidad del órgano decisor exige enterarse de la controvérsia, lo que supone la audiéncia de ambas partes.”²⁷⁷ Isto é, já que há mais de uma versão para os fatos em apuração no processo, o juiz deverá sempre inteirar-se de ambas, sob pena de ser parcial por ter investigado tão somente a metade do que deveria, verdadeiramente, investigar.²⁷⁸ Eis a necessidade de também se garantir o devido *contraditório* no âmbito do princípio da imparcialidade.²⁷⁹

Série 2ª, n. 1., Madrid: Gráfica Clemares, 1950. Disponível em: <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2015.

²⁷⁵ Segundo o autor, a autotutela é exemplo de forma de resolução de conflito na qual somente participam as partes interessadas, reinandoa *parcialidad*. A heterotutela, por sua vez, é o meio de resolução no qual além das partes interessadas, há também a presença de um terceiro em favor de uma das partes (ainda que sem o seu consentimento), a fim de resolver o conflito parcialmente. A título de exemplo, cita-se a legítima defesa de terceiros, em que o terceiro age exclusivamente para beneficiar uma das partes, sem sequer possuir interesse no conflito em si – neste modelo, fica clara a *imparcialidad* e parcialidade do terceiro. A heterocomposição, finalmente, apresenta-se como a forma de resolução de maior viabilidade de *imparcialidad* e imparcialidade, já que presente, além das partes, um terceiro à elas estranho, responsável pelo desfecho do conflito. Este, que pode tanto ser indicado pelas mesmas, (arbitragem, por exemplo), quanto previamente estruturado para tal finalidade, como o Poder Judiciário, em que a solução de conflitos se dá por meio do processo (ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal (introduccion)**. 2ª ed. Madrid: Edersa 1997. p. 72-114).

²⁷⁶ ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal (introduccion)**. 2ª ed. Madrid: Edersa 1997. p. 130.

²⁷⁷ ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal (introduccion)**. 2ª ed. Madrid: Edersa 1997. p. 130.

²⁷⁸ GOLDSCHIMIDT, Werner. La imparcialidad como principio basico del proceso: la parcialidad y la parcialidad. *In: Monografias de Derecho Español*. Publicaciones del Instituto de Derecho Procesal, Série 2ª, n. 1., Madrid: Gráfica Clemares, 1950. Disponível em: <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2015.

²⁷⁹ Raciocínio que se aproxima da noção de igualdade e proporcionalidade que Trujillo diz serem constitutivas da imparcialidade: “juzga com imparcialidad el que tiene em cuentalas relaciones de proporcionalidad entre los sujetos. Quien es imparcial es justo porque distribuye teniendo em cuenta junto com la igualdad las diferencias relevantes.” (TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. México:

À vista disso tudo, pode-se concluir que a imparcialidade, como essência da jurisdição, é também responsável pela delimitação do agir dos magistrados (a fim de que tenham preservada sua cognição, para que nenhuma parte seja beneficiada em detrimento da outra, mesmo involuntariamente), que somente atuarão de forma imparcial, se conduzirem o processo como terceiros desinteressados (alheios) em relação às partes, comprometendo-se, contudo, em apreciar na totalidade ambas as versões apresentadas sobre o(s) fato(s) em apuração, proporcionando sempre igualdade de tratamento e oportunidades aos envolvidos, o que nada tem a ver com a superada ideia de neutralidade(!); e tampouco pode se resumir a violação das hipóteses legais de suspeição e impedimento previstas em nosso ordenamento jurídico.²⁸⁰

É essa, pois, a adequada compreensão do princípio da imparcialidade, que deve ser devidamente assegurado no sistema acusatório, preservando-se a cognição do julgador, para que seja possível a manutenção da confiabilidade da sociedade no Poder Judiciário, que não pode dar margem para dúvida (por meio de seus representantes) sobre sua retidão na concretização da “justiça”, externando posturas parciais.²⁸¹ É o que se denominou no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos de imparcialidade *subjetiva* e *objetiva*, respectivamente, e que então se passa a ver.

1.2.2 A Imparcialidade Objetiva e Subjetiva e sua Interpretação pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Na síntese de Faustino Cordón Moreno, a perspectiva *subjetiva* “trata de apreciar la convicción personal del Juez, lo que pensaba em su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión em prejuicios indebidamente adquiridos.”²⁸² A *objetiva*, por sua vez, “se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna no toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al

Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. p. 43. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2510/2.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2015).

²⁸⁰ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição. **Revista Direito e Justiça**, v. 39, n. 1, Porto Alegre, jan./jun. 2013. p. 118.

²⁸¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 235.

²⁸² CORDÓN MORENO, Faustino. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. 2ª ed. Navarra: Arazandi, SA, 2002. p. 110-111.

respecto.”²⁸³ Quer dizer que enquanto a imparcialidade *subjetiva* é examinada (por mais complexo que isso seja)²⁸⁴ no íntimo da convicção do magistrado, para evitar que um processo seja conduzido por alguém cuja opinião sobre o fato apurando ou sobre os envolvidos já foi anteriormente manifestada,²⁸⁵ a imparcialidade *objetiva* é analisada por meio da postura do julgador, que não deverá deixar qualquer espaço para dúvida de que conduz o processo sem preterir uma parte a outra.²⁸⁶⁻²⁸⁷ “Em ambos os casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade).”²⁸⁸⁻²⁸⁹

“El respeto del aspecto objetivo de la imparcialidad nos recuerda que la mujer del César no sólo debe serlo sino además parecerlo, lo que significa que los jueces deben, no obstante, contar con la confianza de los sujetos que juzgan de modo que éstos ni siquiera alberguen el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo parcial [...]”²⁹⁰ é o que refere Germán Echeverría Ramíres, salientando que o que se busca, nessa perspectiva *objetiva*, é a confiança da sociedade na correta administração da justiça.²⁹¹ Dessa forma, não é suficiente que o juiz seja *alheio* aos interesses das

²⁸³ CORDÓN MORENO, Faustino. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. 2ª ed. Navarra: Arazandi, SA, 2002. p. 110-111.

²⁸⁴ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 96.

²⁸⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 235.

²⁸⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 65.

²⁸⁷ Afirma Joan Picó y Junoy que tal interpretação também é utilizada pelo Tribunal Constitucional Espanhol, que segue a orientação do TEDH. “Nuestro T.C., siguiendo de nuevo las pautas marcadas por el T.E.D.H, distingue dos modos de apreciar la imparcialidad judicial, o dos vertientes de la misma, una subjetiva, que se refiere a la convicción personal de un juez determinado respecto al caso concreto y las partes; y otra objetiva, que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador em su actuación respecto al objeto mismo del proceso.” (PICÓ Y JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997. p. 134).

²⁸⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 65.

²⁸⁹ Com a união do que antes se viu a esta concepção, ver-se-á, então, na síntese de Pozzebon, que as matrizes doutrinárias atuais para a explicação da imparcialidade são: “a ausência de interesse pelo objeto da causa; a independência do juiz perante os demais poderes, especialmente diante de suas garantias orgânicas; o seu relacionamento com as partes, de forma equânime e distante; e o afastamento do juiz da produção da prova [...]” (POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. **Revista da Ajuris**, v. 34, n. 108, Porto Alegre, dez. 2007. p. 172).

²⁹⁰ RAMÍRES, Germán Echeverría. Imparcialidad del Tribunal Oral en lo Penal: Tras la conquista de la garantía. **Revista de Derecho**. v. 23, n. 1, Valdivia, jul. 2010, p. 276.

²⁹¹ RAMÍRES, Germán Echeverría. Imparcialidad del Tribunal Oral en lo Penal: Tras la conquista de la garantía. **Revista de Derecho**. v. 23, n. 1, Valdivia, jul. 2010, p. 276.

partes se não estiver plenamente demonstrada essa situação, por meio de sua atuação.²⁹² Mais do que ser imparcial, é imprescindível que seja *aparente* tal imparcialidade.²⁹³

Em consequência, existindo dúvida razoável sobre o conduzir processual imparcial do julgador impõe-se o seu afastamento, mesmo que sua conduta possa não ter, de fato, influído no processo.²⁹⁴ Trata-se do referencial dado pela *teoria da aparência*, que orienta os julgamentos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos a respeito do tema.²⁹⁵

De qualquer sorte, “a dúvida acerca da parcialidade do julgador há de ser fundada em circunstâncias fáticas objetivas e em um determinado caso concreto”,²⁹⁶ analisando-se detidamente a atuação do magistrado no processo para auferir se houve ou não a violação de sua imparcialidade.²⁹⁷ Como aponta Salamanca: “Corresponderá a la

²⁹² CORDÓN MORENO, Faustino. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. 2ª ed. Navarra: Arazandi, SA, 2002. p. 111.

²⁹³ SALAMANCA, Andrés Bordalí. El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial em el ordenamiento jurídico chileno. **Revista de Derecho**. v. 33. Valparaíso, segundo semestre de 2009. p. 273. “São várias, na verdade, as razões que, perante um caso concreto, podem levar a pôr em dúvida a capacidade de um juiz para se revelar imparcial no julgamento; e o que aqui interessa – convém acentuar – não é tanto o facto de, a final, o juiz ter conseguido ou não manter a imparcialidade, mas sim *defendê-lo* da *suspeita* de a não ter conservado, não dar azo a qualquer *dúvida*, por esta via reforçando a *confiança* da comunidade nas decisões de seus magistrados.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1ª ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 315). Acrescenta, ainda, o mesmo autor: “[...] é tarefa da lei velar por que, em qualquer tribunal e relativamente a todos os participantes processuais, reinar uma *atmosfera de pura objetividade e de incondicional juridicidade*. Pertence pois a cada juiz evitar, a todo o preço, quaisquer circunstâncias que possam perturbar aquela atmosfera, não – uma vez mais o acentuamos – enquanto tais circunstâncias possam fazê-lo perder a imparcialidade, mas logo enquanto possam criar nos outros a convicção de que ele a perdeu.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1ª ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 320).

²⁹⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 235

²⁹⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 66. MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 95. Nas palavras de Badaró: “Tão importante quanto o juiz ser imparcial é o juiz parecer ser imparcial. Se a sociedade não acredita que a justiça foi feita, porque não se garantiu ao acusado um julgamento por juiz ou tribunal imparcial, o resultado de tal processo será ilegítimo e prejudicial ao Poder Judiciário. A sociedade sentirá estar diante de uma sentença injusta, seja ela condenatória ou absolutória. No julgamento do *Caso Delcourt vs. Belgica*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos proclamou: “*Justice must not only be done; it must also be seen to be done!*” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias**. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo Penal, Constituição e Crítica – Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 343-360. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>> Acesso em: 07 dez 2015).

²⁹⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 235

²⁹⁷ CORDÓN MORENO, Faustino. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. 2ª ed. Navarra: Arazandi, SA, 2002, p. 110-111; GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 235;

parte que se lamenta de la parcialidad del magistrado demostrarla, probando en concreto que la disposición anímica o psicológica del juez y su conducta exteriorizada son síntomas de falta de imparcialidad.”²⁹⁸

Uma ressalva, no entanto, é necessária. Em que pese haja tal diferenciação entre imparcialidade *subjetiva* e *objetiva* por meio da convicção pessoal do magistrado e da efetivação de garantias que excluam qualquer dúvida a respeito de sua imparcialidade, respectivamente, se está de acordo com a consignação feita pelo TEDH no julgamento *Kyprianou vs. Cyprus*, ressaltando a impossibilidade de uma distinção precisa entre as duas perspectivas, já que o julgador pode mostrar-se parcial aos olhos de terceiros (*objetiva*), justamente por deixar transparecer sua íntima convicção (*subjetiva*).²⁹⁹ Sendo assim, o que primordialmente aqui interessa, é o conhecimento de tal separação, bem como a compreensão da finalidade do princípio em apreço, que visa, em sua totalidade, evitar a arbitrariedade (impedindo que os julgamentos sejam pautados em juízos pessoais, descomprometidos com a devida análise dos autos) e a manipulação (in)consciente do julgador, para que seja capaz de proferir um julgamento idôneo, despidido de preconceitos involuntariamente e indevidamente adquiridos.³⁰⁰

Daí a importância de se examinar atentamente às situações em que a efetividade da imparcialidade do julgador pode estar em xeque. A título de exemplo, cita-se o contato do juiz que posteriormente julgará o processo com toda a prova colhida na fase pré-processual (leia-se, produzida sem contraditório); a decretação de uma prisão preventiva no curso do processo pelo mesmo julgador que ao final prolatará sentença; e a produção de provas de ofício pelo magistrado;³⁰¹ além, é claro, das hipóteses previstas no Diploma Processual – impedimentos (arts. 252 e 253),³⁰² incompatibilidades (art.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 96; SALAMANCA, Andrés Bordalí. El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial em el ordenamiento jurídico chileno. **Revista de Derecho**. v. 33. Valparaíso, segundo semestre de 2009. p. 272.

²⁹⁸ SALAMANCA, Andrés Bordalí. El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial em el ordenamiento jurídico chileno. **Revista de Derecho**. v. 33. Valparaíso, segundo semestre de 2009. p. 273.

²⁹⁹ *In verbis*: However, there is no watertight division between the two notions since the conduct of a judge may not only prompt objectively held misgivings as to impartiality from the point of view of the external observer (objective test) but may also go to the issue of this or her personal conviction (subjective test). Application nº 73797/01, §119. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71671#{"itemid":\["001-71671"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71671#{)>. Acesso em: 29 jul 2015.

³⁰⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 236.

³⁰¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 240.

³⁰² Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor

112)³⁰³ e suspeição (art. 254)³⁰⁴ – em que então houve a preocupação do legislador com a questão.

Tal é a relevância dessa discussão, que já se ocuparam do assunto, por diversas vezes, tanto o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos,³⁰⁵ sendo da própria Corte Europeia a autoria dessa forma de análise

ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.” “Art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 maio 2015).

³⁰³ Conceito vago e aberto, mas referido no artigo 112 do CPP. “Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser argüido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 maio 2015).

³⁰⁴ “Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV - se tiver aconselhado qualquer das partes; V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 maio 2015).

³⁰⁵ A título de ilustração acerca da interpretação da imparcialidade no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (que, lembre-se, já condenou o Brasil anteriormente em diversos casos – Damião Ximenes Lopes, Maria da Penha, Garibaldi, Escher, entre outros) cita-se o **Caso Castillo Petruzzi entre Outros vs. Peru, de 30 de maio de 1999**, no qual o Sr. Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi – cidadão chileno - foi condenado à prisão perpétua por crime de traição, com base nos Decretos nº 25.659 e 25.475 do ordenamento peruano, após julgamento conduzido pela Justiça Militar do Peru, composto de julgadores anônimos (procedimento em que os jurisdicionados desconhecem a identidade dos julgadores). Sr. Castillo Petruzzi foi detido em 14 de outubro de 1993 em Lima, tendo ocorrido seu julgamento em 07 de janeiro de 1994 pelo Tribunal Militar Especial de Inquirição da Força Aérea Peruana. Irresignado, interpôs recurso, que teve negado provimento em 14 de março de 1994 pelo Tribunal Militar Especial da Força Aérea Peruana. Desta decisão sobreveio novo recurso buscando a nulidade do julgamento anterior ocorrido, desta vez ao Tribunal Especial da Suprema Corte da Justiça Militar, o qual rejeitou a manifestação do Requerente e ratificou o decisório atacado – em 3 de maio de 1994. Quando de sua manifestação em relação ao caso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no tocante a imparcialidade dos julgadores, emitiu parecer no sentido de que houvera uma frontal violação do Artigo 8, parágrafo 1º, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (garantia de um tribunal independente e imparcial). De forma a embasar seu posicionamento, foi referido pela Comissão, em suma, que a função da Justiça Militar deve limitar-se a manutenção da disciplina no âmbito das forças armadas e forças policiais; que a cumulação de funções relacionada ao combate de insurgentes e julgamento daqueles acusados de tais condutas eivou de irregularidade a imparcialidade dos julgadores, bem como permitiu atuação do mesmo Tribunal na investigação e julgamento do caso; e, tendo ocorrido um procedimento com julgadores “anônimos” não há garantia ao jurisdicionado quanto a independência e imparcialidade de tais magistrados. Instado a manifestar-se perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o governo peruano defendeu a atuação da Justiça Militar, sob a argumentação de que as medidas adotadas estavam

da imparcialidade sob duas perspectivas diferentes (*subjetiva e objetiva*), decorrência do julgamento do Caso *Piersack vs. Bélgica*, de 1982,³⁰⁶ em que se discutiu a impossibilidade de superposição das funções de acusar e julgar pelo magistrado. No referido caso, ao examinar tal acúmulo de funções em relação à imparcialidade, decidiu

respaldadas pela legislação constitucional e infraconstitucional peruana, as quais permitem o julgamento de civis por tribunais militares em casos excepcionais como o ora analisado. Ademais, aduziu que tal julgamento deveria ser analisado sob à luz do Artigo 27 da Convenção, o qual estabelece ao Estado é possibilitada a adoção de medidas extraordinárias “em época de guerra, calamidade pública, ou outra emergência que ameça a independência ou segurança deste Estado”. Após análise das manifestações - bem como do restante do conjunto probatório - o Tribunal manifestou-se no sentido de caracterizar as medidas do governo peruano como violadoras ao supramencionado artigo da Convenção (Art.8, §1º). Primeiramente, foi pontuado que os tribunais militares não têm constituição direcionada ao julgamento de ilícitos praticados por civis – não vinculados aos deveres militares. Tal julgamento, caso ocorra, impede que os civis tenham direito a um tribunal competente, independente e imparcial, bem como vai de encontro à garantia do devido processo legal. O princípio da independência do poder judiciário está vinculado ao direito dos indivíduos de serem julgados perante tribunais devidamente constituídos por lei para apreciação das demandas. No caso concreto, tendo havido sobreposição de funções pelas forças armadas – que além de responsáveis pelo combate a grupos de insurgência, também foram encarregadas do julgamento dos acusados de tais condutas -, houve um enfraquecimento evidente da imparcialidade que qualquer tribunal deve transparecer a seus jurisdicionados. Ainda, salientou-se que os julgadores no âmbito da Justiça Militar são promovidos a seus cargos (tanto em primeira instância quando nas demais) por seus superiores hierárquicos, fato este, que mesmo isolado, já levanta consistentes questionamentos quanto a sua independência. Assim, a Corte posicionou-se no sentido de declarar violado o Artigo 8, parágrafo 1º da Convenção, haja vista que seus elementos básicos – imparcialidade e independência dos julgadores – não encontram-se respaldados no procedimento adotado pelo governo peruano em relação ao Sr. Castillo Petruzzi. (Inter-American Court of Human Rights. **Case of Castillo Petruzzi et al. vs. Peru.** Judgment of May 30, 1999. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_ing.pdf>. Acesso em: 21 mar 2016). Para uma análise detida da jurisprudência de ambas as Cortes ver: GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 243-255; e MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal:** da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

³⁰⁶ European Court of Human Rights. **Case of Piersack vs. Belgium:** Application nº 8692. 1 October 1982. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557#{"itemid":\["001-57557"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557#{)>. Acesso em: 07 dez 2015. No caso *Piersack vs. Bélgica*, de 01 de Outubro de 1982, Christian Piersack, fabricante de armas de nacionalidade belga, foi preso em território francês (cumprimento de carta rogatória pela polícia francesa) e entregue as autoridades belgas (04 de fevereiro de 1977), acusado de participação no assassinato de duas pessoas. Atuou como coordenador da seção da promotoria que investigou o caso, Pierre Van de Walle, o mesmo que posteriormente presidiu o Tribunal do Júri de Barbante, condenando Piersack à pena de 18 (dezoito) anos de trabalhos forçados. Inconformado com a situação, Piersack recorreu ao Tribunal de Cassação belga, que indeferiu, entre outros pleitos, a caracterização de violação de dever de imparcialidade do Tribunal do Júri, por entender que não haveria comprovação acerca da efetiva atuação de Van de Walle no processo investigatório. Levada a discussão ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, foi alegado pelo governo belga, em suma, que o caso de *Piersack* havia sido acompanhado e analisado pelo superior direto de Pierre Van de Walle, constando seu nome apenas em alguns documentos por questões administrativas que não guardavam relação com o caso, não havendo, portanto, violação do artigo 6.1, do Convênio para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Todavia, ao examinar o caso, o Tribunal concluiu que quanto à suposta mácula à independência dos magistrados, não havia prova suficiente de sua violação, visto que, pela legislação belga, esses gozam de garantias contra eventuais pressões internas e externas. Em contrapartida, no tocante à alegação de afronta à imparcialidade judicial (especificamente no viés objetivo) o entendimento foi diverso, sendo acolhida a tese de *Piersack*. Assim, por meio do caso *Piersack vs. Bélgica*, é possível observar que já em 1982 o TEDH ocupava-se com o tema da imparcialidade judicial, tendo desde à época firmado entendimento de que há violação da imparcialidade *objetiva* do juiz, quando, no processo forem acumuladas as funções de acusar e julgar por uma só pessoa.

a Corte que embora não estivesse comprovada a parcialidade do julgador no âmbito de sua convicção pessoal (aspecto *subjetivo*), que se presume imparcial,³⁰⁷ era necessário que não houvesse sequer margem para dúvida sobre essa questão, sob pena de se ver ruída a confiança dos jurisdicionados no Poder Judiciário. Dessa forma, sendo plausível que um julgamento proferido pela mesma pessoa que atuou na investigação do caso gere dúvida sobre sua indispensável imparcialidade (aspecto *objetivo*), não se pode tolerá-lo.³⁰⁸

O julgamento do Caso *De Cubber vs. Bélgica*, dois anos mais tarde,³⁰⁹ ratificou esse entendimento, que passou a influenciar diversos outros julgamentos da Corte.³¹⁰ Na

³⁰⁷ *In Verbis*: As regards the first approach, the Court notes that the applicant is pleased to pay tribute to Mr. Van de Walle's personal impartiality; it does not itself have any cause for doubt on this score and in deed personal impartiality is to be presumed until there is proof to the contrary (European Court of Human Rights. **Case of Piersack vs. Belgium**: Application n° 8692. 1 October 1982. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557#{"itemid":\["001-57557"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557#{)>. Acesso em 07 dez 2015.)

³⁰⁸ *In Verbis*: If an individual, after holding in the public prosecutor's department an office whose nature is such that he may have to deal with a given matter in the course of his duties, subsequently its in the same case as a judge, the public are entitled to fear that he does not offer sufficient guarantees of impartiality. (European Court of Human Rights. **Case of Piersack vs. Belgium**: Application n° 8692. 1 October 1982. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557#{"itemid":\["001-57557"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557#{)>. Acesso em: 07 dez 2015.)

³⁰⁹ European Court of Human Rights. **Case of De Cubber vs. Belgium**: Application n° 9186/80. 26 October 1984. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["de cubber"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57465"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em: 07 dez 2015. Em tal caso, Sr. De Cubber (cidadão belga) foi condenado pelo Tribunal de Oudenaarde a 5 (cinco) anos de prisão e pagamento de multa no valor de 60,000 BF (sessenta mil francos belgas), por furto de automóvel, e 1 (um) ano de prisão e pagamento de multa no valor de 8,000 BF (oito mil francos belgas) por falsificação de documentos. Ocorre que, um dos três magistrados responsáveis pelo julgamento no respectivo Tribunal (Sr. Pilate) atuou na investigação de ambos os processos, gerando a irresignação do acusado, que, após um segundo julgamento do caso pelo Tribunal Recursal de Ghent, recorreu ao Tribunal de Cassação, alegando a violação do Artigo 6º, parágrafo 1º, do Convênio Europeu para proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em decorrência da dupla atuação do julgador no processo (investigação e julgamento). Não tendo sido acolhido seu pleito, foi necessário levá-lo para a apreciação do TEDH, que ao analisar a imparcialidade do Sr. Pilate sob os dois enfoques já aqui tratados (subjetivo e objetivo), concluiu que as atividades de tal julgador na fase investigatória poderiam sim gerar dúvida no jurisdicionado quanto à sua imparcialidade como membro do órgão colegiado, sobretudo por seu considerável envolvimento no caso, que poderia ser fator determinante para o julgamento, em razão da influência que teria sobre os demais magistrados, além da possibilidade de já estar previamente contaminado para decidir, restado, pois, violado o artigo 6º, parágrafo 1º, da Convenção.

³¹⁰ Como exemplo, traz-se o emblemático **Caso D.N vs. Suíça, de 2001**, no qual D. N (denominação conferida a Demandante de modo a resguardar sua identidade), possuidora de longo histórico de internações médicas (onze até então), teve seu requerimento de liberação de internação em instituição psiquiátrica negado pela Comissão Administrativa de Recursos do Distrito de St. Gall, cuja composição contava com cinco membros, dos quais um deles foi o profissional responsável pela emissão do parecer técnico quanto ao quadro apresentado pela Requerente (R.W.). Quando da apresentação do requerimento, D. N expressamente solicitou que as funções de perito médico e juiz técnico não fossem cumuladas pela mesma pessoa, sob pena de restar violado o artigo 5.4 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Sem embargo, tal manifestação não foi acolhida, tendo entendido a Comissão julgadora que a Requerente não argumentou adequadamente quanto à imparcialidade do perito para julgar sua liberação. Inclusive, no decurso do julgamento pela Comissão julgadora, a Requerente não estava assistida por seu procurador, pois o mesmo se encontrava em férias e teve negado o pedido de adiamento da solenidade. Após desfecho desfavorável (em que a

oportunidade, uma vez mais examinando a imparcialidade no âmbito da sobreposição das funções de acusar e julgar e nas perspectivas *objetiva* e *subjetiva*, consignou o Tribunal que o cerne da discussão sobre tal (im)parcialidade é a confiança que os tribunais – no contexto de uma sociedade democrática – devem transparecer ao público e, no âmbito do processo criminal, ao acusado.³¹¹ Com efeito, a atuação do julgador na fase investigatória do processo é apta a gerar dúvida razoável no jurisdicionado quanto à imparcialidade do juízo, havendo, por conseguinte, afronta ao artigo 6º, parágrafo 1º, do Convênio Europeu para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

Até esse momento, portanto, notável a inclinação do TEDH para inadmitir *abstratamente* a atuação do julgador na fase investigatória, por restar violada sua imparcialidade. Porém, importa registrar que a partir do Caso *Hauschildt vs. Dinamarca*, de 1989,³¹² em que foi analisada a (im)possibilidade de atuação do

Requerente restou diagnosticada como portadora de diversos distúrbios mentais) houve interposição de recurso ao Tribunal Federal suíço, o qual ratificou a posição proferida pela Comissão julgadora, entendendo que a cumulação de funções não era compreendida como completamente incompatível. Perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o governo suíço defendeu, em suma, que a Comissão julgadora foi constituída de maneira regular, bem como não houveram diferentes funções exercidas por R.W, haja vista que na qualidade de especialista tanto o parecer quanto a assistência técnica ao corpo julgador estariam abarcados no mesmo escopo de função. Chamado a manifestar-se quanto à imparcialidade de R.W, o Tribunal, primeiramente, declarou que muito embora o dispositivo invocado pela Requerente não traga como mandatário o caráter de imparcialidade e independência do corpo julgador constituído, tais características configuram-se como elementos essenciais de um tribunal, merecendo análise. Assim, passou a averiguar a questão da imparcialidade do julgador, novamente sob os dois enfoques já tratados (*subjetivo* e *objetivo*), nos mesmos termos antes definidos, desconsiderando a assertiva de que a Requerente não havia se manifestado oportunamente quanto à imparcialidade e independência de R.W (como membro Comissão julgadora), uma vez que além de não se encontrar acompanhada de advogado quando do julgamento, já havia se manifestado no sentido de elidir tal conduta em momento anterior do processo (requerimento de liberação da internação). Detendo-se ao caso, o Tribunal então considerou que o envolvimento de R.W no processo (o que ocorreu em três momentos distintos), era suficiente para colocar em dúvida a imparcialidade do seu julgamento (perspectiva *objetiva*, portanto), que possivelmente já estava manipulado por pré-juízos. Aliás, o prejuízo de sua participação poderia se refletir, inclusive, nos juízos decisórios dos demais integrantes, já que era o único técnico da Comissão. Deste modo, o Tribunal mais uma vez reconheceu a magnitude do princípio da imparcialidade, entendendo como justificados os receios da Requerente quanto à imparcialidade de R.W como membro da Comissão julgadora, ampliando a jurisprudência do Tribunal nesse sentido. (European Court of Human Rights. **Case of D.N vs. Switzerland**: Application nº 27154/95. 29 march 2001. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["D.N v. Switzerland"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-59364"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em: 07 dez 2015).

³¹¹ *In Verbis*: What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public and above all, as far as criminal proceedings are concerned, in the accused. (European Court of Human Rights. **Case of De Cubber vs. Belgium**: Application nº 9186/80. 26 october 1984. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["de cubber"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57465"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em: 07 dez 2015).

³¹² European Court of Human Rights. **Case of Hauschildt vs. Denmark**: Application nº 10486/83. 24 may 1989. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["HAUSCHILDT"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57465"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>.

magistrado que conduz o processo, posteriormente no seu julgamento, o TEDH passou a relativizar sua posição, levando sua análise sempre para o plano *concreto*, a fim de verificar a natureza dos atos praticados pelo julgador quando em outra etapa do processo. Com isso, não se pôde mais deduzir por parcial aquele juiz que participou anteriormente em outra fase do processo (seja como acusador/investigador, seja propriamente como juiz), a não ser que visível sua parcialidade a partir da intensidade da sua atuação, sobrepondo-se, pois, no dizer de Gustavo Badaró “uma análise casuística, que pode gerar mais insegurança e incerteza quanto ao direito a um juiz imparcial.”³¹³⁻³¹⁴ A despeito de tal oscilação, inegável a preocupação com a preservação

AMBER", "CHAMBER"], "itemid":["001-57500"]}>. Acesso em: 07 dez 2015. No caso Hauschildt vs. Dinamarca, Mogens Hauschildt, proprietário e diretor da companhia Scandinavian Capital Exchange PLC, foi condenado por prática de fraude e evasão fiscal, envolvendo, aproximadamente, o montante de quarenta e cinco milhões de coroas dinamarquesas. No decorrer do processo Hauschildt foi mantido sob custódia, resultado de sucessivas decisões denegatórias de pedido de liberdade proferidas pelo juiz Claus Larsen. Após a condenação de primeira instância, Hauschildt recorreu ao Tribunal Superior da Dinamarca do Leste, tendo sido mantida sua condenação. No entanto, em face do longo período de prisão preventiva que já havia cumprido, foi colocado em liberdade. Ao tentar recorrer à Suprema Corte Dinamarquesa, Hauschildt teve seu recurso rejeitado em 4 de maio de 1984. Sua argumentação, em suma, era de que a imparcialidade do Tribunal condutor de seu julgamento estava prejudicada, ante a expressiva relação de seu presidente com o processo na fase de instrução, havendo, pois, a violação do Artigo 6º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Chamado a se manifestar, o governo dinamarquês alegou que o fato de o requerente não ter exaurido os recursos judiciais domésticos para protesto quanto à imparcialidade do juiz Larsen tornava descabida a apreciação deste tema pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, forte no artigo 26 da mesma Convenção. Tal alegação, entretanto, não foi acolhida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que concluiu que o governo dinamarquês não logrou comprovar que, no âmbito da legislação dinamarquesa, existia recurso cujo requerente pudesse se valer com legítima expectativa de sucesso. Desta forma, decidiu o Tribunal analisar a alegação de imparcialidade do requerente e a consequente violação do artigo 6, parágrafo 1º da Convenção. Tal exame correspondeu aos critérios previamente definidos pela Corte, considerando tanto o aspecto subjetivo, quanto o objetivo da imparcialidade. Sucede que, desta vez, não se baseou, o Tribunal, apenas em uma análise formal e abstrata da participação do julgador na fase de instrução para que fosse decretada sua quebra de imparcialidade objetiva. Para além disso, entendeu ser necessária uma análise concreta do caso, já que ao decidir questões relacionadas ao curso da instrução (como uma prisão cautelar) o julgador não necessariamente depara-se com as mesmas circunstâncias que devem ser examinadas na decisão terminativa, o que, a princípio, tornaria plenamente possível a atuação de um mesmo julgador em ambas as etapas do processo. Ou seja, abstratamente não haveria parcialidade pela simples atuação do julgador no curso de processo e posteriormente no julgamento. E assim foi feito no caso. Analisando-se, então, suas particularidades – especialmente o fato de o juiz Larsen por 9 (nove) vezes ter mantido a prisão preventiva de Hauschildt, sob o argumento de haver fortes indícios de culpabilidade pelos crimes investigados – o Tribunal entendeu como justificado o receio do requerente quanto a possível parcialidade do referido julgador (presidente do julgamento), existindo, por conseguinte, violação do artigo 6, parágrafo 1º da Convenção.

³¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo Penal, Constituição e Crítica – Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 343-360. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>> Acesso em: 07 dez 2015.

³¹⁴ Válido, aqui, consignar a análise de Joan Picó y Junoy sobre o posicionamento do Tribunal Constitucional Espanhol acerca da “regra” de que quem instrui não deve julgar, na qual elenca nove

da imparcialidade judicial também no cenário internacional, podendo intitulá-la verdadeira *conditio sine qua non* para a validade de um processo, devendo sempre ser respeitada.

Enfim, se o projeto é, reitera-se, de fato, pela efetivação de um processo penal constitucional e convencionalmente orientado, mostra-se como um excelente ponto de partida a consagração do *princípio da imparcialidade* como *essência* da atividade jurisdicional e do devido processual penal acusatório, a fim de ser ter preservada a cognição do julgador no processo, para que não acabe ruída a confiança da sociedade no Poder Judiciário.

Sendo assim, deve-se salientar, *uma vez mais*, que a correta compreensão de tal princípio, para além da superada ideia de *neutralidade*, é a de uma *construção jurídica*, fruto de uma leitura constitucional e convencional do processo penal acusatório, que delimita o agir dos magistrados (impondo limites aos prejuízos que sua subjetividade pode causar nos julgamentos), que somente atuarão de forma imparcial se conduzirem o processo como terceiros desinteressados em relação às partes, comprometendo-se, contudo, em apreciar na totalidade ambas as versões apresentadas sobre o(s) fato(s) em apuração, proporcionando sempre igualdade de tratamento e oportunidades aos envolvidos.

Além disso, é pacífica, atualmente, a separação da imparcialidade em subjetiva e objetiva, sendo aquela examinada por meio da convicção pessoal do magistrado, para

conclusões que reputa importantes para se determinar quais atividades judiciais são de natureza *instrutora*, de fato, e quais destas afetam a imparcialidade do juiz. São elas: 1) haverá atividade instrutora propriamente dita quando houver o contato direto do julgador com o acusado ou com o material fático necessário para formar uma convicção acerca do fato (a título de exemplo cita-se a colheita de depoimentos dos suspeitos e testemunhas; a apreciação de perícias médicas; a prática de diligências investigativas; e a realização de provas antecipadas); 2) também comprometerá a imparcialidade judicial a tomada de decisão pelo recebimento da acusação, pela adoção de medidas cautelares ou pela abertura do júízo oral (já que nesses casos existe um júízo antecipatório sobre os fatos); 3) não afeta tal imparcialidade a adoção previa de medidas de estrita ordem processual (a título de exemplo cita-se a solicitação de antecedentes ou informes de comportamento; a determinação de continuação de diligências; a entrega de cópia as partes acusadoras para elaboração da acusação; a citação dos acusados informando seus direitos e requerendo que constituam advogado; a designação de data para audiência, etc); 4) tampouco se deve qualificar como atos de instrução a decisão dos recursos devolutivos interpostos contra as decisões do juiz instrutor, já que o fundamento desta causa reside em eliminar a possível prevenção deste como consequência de tal atividade instrutora; 5) é sempre necessário, para além da análise da natureza do ato, examinar concretamente se este (exemplos nos itens 1 e 2) é apto a provocar prejuízos no ânimo do magistrado violando sua imparcialidade; 6) é indispensável que haja identidade entre o fato investigado e o fato a ser julgado, não se estendendo tal regra a delitos diferentes ainda que semelhantes; 7) a exigência de separação das funções ditas de instrução ou julgamento não se aplicam ao acusador, mas tão somente ao acusado; 8) a impossibilidade de julgar uma causa previamente instruída pelo mesmo juiz, abrange qualquer instância de julgamento; e, 9) não se põe em jogo a imparcialidade do juiz quando este deve julgar fato semelhante a outro já julgado anteriormente. (PICÓ Y JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997. p. 137-140).

evitar que um processo seja conduzido por alguém cuja opinião sobre o fato apurando ou sobre os envolvidos já foi anteriormente manifestada, e esta, analisada por meio da postura do julgador, que à luz da teoria da aparência (estética de imparcialidade, portanto), não deverá deixar qualquer espaço para dúvida de que conduz o processo sem preterir uma parte à outra, corolário da construção jurisprudencial do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que muito contribuiu para o avanço do tema.

Portanto, aliando o que inicialmente se viu, com o que agora se construiu, tem-se que o processo penal acusatório (cujo núcleo é a gestão da prova, e o princípio informador o dispositivo) deve constituir-se de um *actum trium personarum*, composto por sujeitos parciais e um sujeito imparcial (partes e juiz, respectivamente), restando ao julgador tão somente a condição de terceiro desinteressado em relação às partes, alheio aos interesses processuais, sob pena de ter fulminada sua imparcialidade, e conseqüentemente, ver-se inválida a *jurisdição* que lhe compete. Eis o verdadeiro cerne do sistema acusatório, que desde o início se buscou delimitar.

Há, porém, uma circunstância que continua interferindo (obstaculizando) substancialmente nessa *dura* construção, e por isso ainda merece atenção. É ela, a busca da verdade no processo, próximo objeto de reflexão, antes de se estudar o que ensina a teoria da dissonância cognitiva acerca das condições de imparcialidade num processo penal em que há contato do julgador com o material produzido unilateralmente no inquérito policial; e, no qual a prevenção é critério fixador de competência e não excludente.

1.3 Excurso Final: Imparcialidade e Busca da Verdade (Real vs. Processual) no Processo

Viu-se até aqui, que falar em imparcialidade judicial pressupõe assumir como modelo processual o intitulado acusatório em que o núcleo corresponde à gestão da prova e o princípio informador é o dispositivo, que a coloca nas mãos das partes. Viu-se também, que a noção de imparcialidade a que se referiu, não diz respeito a superada ideia de neutralidade, mas tão somente a uma construção jurídica, que visa preservar a cognição do julgador, para que não beneficie uma parte em detrimento da outra, involuntariamente ou não, impondo limites à sua atuação no processo (terceiro desinteressado/alheio aos interesses das partes, que aprecie ambas as versões apresentadas sobre o(s) fato(s) em apuração, proporcionando sempre igualdade de

tratamento e oportunidades aos envolvidos).³¹⁵ E viu-se, ainda, que o sacrifício da imparcialidade é explícito no sistema inquisitório, sobretudo pela busca ilimitada do *jugador* pela “*verdade*” do crime.

Falta, porém, um exame mais detido dessa última questão, que *segue*, desde o medievo,³¹⁶ obstaculizando a efetiva concretização de um modelo acusatório (constitucional), que tenha como norte a preservação de condições à imparcialidade do *jugador*. Ocupar-se-á, então, nas próximas linhas, dela: a *busca da verdade no processo*.

Desde logo, cumpre esclarecer que não se pretende, aqui, situar a *verdade* no âmbito dos sistemas acusatório e inquisitório, como característica fundamental deste último. E não por descaso a essa possível construção, mas sim por já se ter visto, no delineamento histórico anteriormente realizado,³¹⁷ a sua íntima relação com tal modelo, e não ser esse o objeto da reflexão que aqui se quer fazer, qual seja: *a de que inexiste verdade absoluta, e se assim o é, tampouco existe verdade real a ser alcançada, podendo no máximo se falar em verdade processual, desde que compreendido seu devido lugar no processo, para que não mais se sacrifique o princípio da imparcialidade*.

Que se comece, então, pela inexistência de uma verdade *real* a ser perseguida.

De fato, vários são os enfoques que se pode dar para analisar essa afirmação, mas limitando-se a apenas um, de extrema relevância, para não se alongar nisso, veja-se a falta de reconhecimento da *complexidade* que envolve a noção do *real*; visível em grande parte da doutrina processual, que ainda se vê vinculada ao *pensamento moderno* (leia-se, dos séculos XVII e XVIII, primordialmente), caracterizado pela busca de uma *certeza (verdade) científica*, através de um conhecimento pautado na simplificação e “crença na razão e nos poderes metodológicos do homem científico para devassar a realidade e extrair dela sua essência [...]”³¹⁸

³¹⁵ Para melhor compreender o conceito do princípio da imparcialidade vide tópico 1.2.1.

³¹⁶ Vide tópico 1.1.1.

³¹⁷ Vide tópico 1.1.1.

³¹⁸ KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 230. *Crença* essa, diga-se, que “oferecia uma doce ilusão: através da aplicação de um método bem definido a um objeto devidamente delimitado e circunscrito, a ciência garantiria o acesso a uma nova espécie de verdade, [...] que invariavelmente conduziria – [...] – ao modelo perfeito de sociedade elaborado pelo sujeito racional.” (KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 211).

É esse o *pensamento* que está por trás dessa repetida *verdade real*,³¹⁹ e que *deve* ser superado, já que “absolutamente incapaz de fazer justiça ao mundo humano real”.³²⁰ Não se pode, a essa altura, continuar levando-se a efeito, no âmbito do *real*, um conhecimento que se diz *inquestionável* e que fundado no paradigma da *simplificação* (cujos princípios basilares são a generalidade, a redução e a separação), promete revelar verdades absolutas.³²¹⁻³²² Ao contrário, é passada a hora de perceber que no horizonte do *real* a previsibilidade dá lugar a *imprevisibilidade*; a universalidade dá lugar a *relatividade*,³²³ a certeza dá lugar a *incerteza*;³²⁴ a eternidade dá lugar a

³¹⁹ Sintetizado por Khaled da seguinte forma: “O pensamento moderno é estruturado para erradicar a pluralidade e estabelecer verdades universais incontestáveis. Trata-se de um sistema de pensamento que triunfa na medida em que a ciência começa a delimitar que o conhecimento sobre o mundo material cabe a ela. Dessa forma, vai expulsando a teologia, a qual cabe tratar da fé e, assim, afasta as explicações providencialistas, configurando um processo de secularização que atinge o seu ápice no século XVIII e se consolida no século XIX.” (KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 198). A esse respeito, acrescenta, ainda, Ruth Gauer, que “a ciência moderna criou premissas e métodos vinculados a uma verdade totalizante. O conhecimento foi tido como absoluto, cabal, universal e eterno. As premissas que embasaram essa concepção de ciência e que serviram como pressupostos para o direito estão estruturadas na experimentação, objetividade, neutralidade e generalização. Essas premissas se complementam e demarcam o conhecimento científico. A experimentação trouxe a primazia da técnica, a objetividade sustentou o discurso da neutralidade do cientista assim como a do juiz”. (GAUER, Ruth Maria Chittó. A ilusão totalizadora e a violência da fragmentação. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 9).

³²⁰ TIMM DE SOUZA, Ricardo. Sobre as origens das filosofias do diálogo: algumas aproximações iniciais. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 7.

³²¹ MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 329.

³²² Tal pensamento corresponde ao método científico de René Descartes, que pregava a fragmentação do conhecimento e o isolamento do objeto a ser analisado pelo sujeito (relação sujeito-objeto), para se alcançar a verdade nas ciências. Defendia o autor, o fracionamento do objeto analisado em quantas partes fossem necessárias até que fosse possível a exata compreensão individual de cada uma, partindo-se dos objetos simples aos compostos, nesta ordem, para se chegar ao resultado final, sempre alcançável. (DESCARTES, René. **Discurso do método/meditações**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 21). Em sentido contrário, afirma Morin que “um conhecimento pertinente é aquele que é capaz de contextualizar, ou seja, de reunir, de globalizar [...]” (MORIN, Edgar. Complexidade e liberdade. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya (Org.) **A sociedade em busca de valores**: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 242).

³²³ *Relatividade* essa, desenvolvida por Albert Einstein, que com a sua “teoria da relatividade” possibilitou à compreensão de uma percepção *relativa e incerta* do tempo, sepultando as pretensões de universalidade eterna das leis naturais e influenciando a produção do conhecimento, que passou a ser concebida de forma provisória. (GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). **A qualidade do tempo**: para além das experiências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 6. Assim, conclui Khaled Jr. que “a pretensão de obtenção de uma verdade eterna e incontestável simplesmente é impensável diante da transitoriedade do conhecimento e da perspectiva relativa do sujeito que pretende conhecer.” (KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 241).

³²⁴ KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 243. Como afirma Morin “a grande descoberta deste século é que a ciência não é o reino da certeza.” (MORIN, Edgar. Complexidade e liberdade. In: MORIN,

provisoriedade;³²⁵ a substituição dá lugar a *simultaneidade*,³²⁶ e a fixidez dá lugar ao fluxo incessante do *dever*.³²⁷ Eis aí o acolher da *complexidade*, que desvela essa ilusão de verdade *absoluta*, ao respeitar a *pluralidade* das possíveis verdades (que imprevisíveis, relativas, incertas, provisórias, simultâneas e dinâmicas).³²⁸⁻³²⁹

Além disso, como falar em *real* se o crime inegavelmente é a reconstituição de um fato *passado* (histórico) que depende da colaboração de seres humanos (imperfeitos) para se satisfazer?³³⁰ Existe *real* no passado? Ou se está confundindo *real* com imaginário?³³¹⁻³³² E será infalível essa reconstrução histórica? Ou ela depende de um narrador que invariavelmente colocará a sua impressão sobre o evento?³³³ Sem mencionar os problemas que a própria memória humana apresenta, para os quais todo o cuidado é pouco.³³⁴ Aliás, é viável se falar em verdade *real* e se admitir ao mesmo

Edgar; PRIGOGINE, Ilya (Org.) **A sociedade em busca de valores**: para fugir à alternative entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 239).

³²⁵ Já que: “todo saber é datado e tem prazo de validade.” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 388). Assim também em: FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 10ª ed. 1ª reimpressão. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2014. p. 50.

³²⁶ “Se tendemos, hoje, a caracterizar o mundo em termos de complexidade, não é porque o ‘complexo’ veio substituir-se ao ‘linear’ – é porque o linear persiste, e, ao fazê-lo, coexiste com o complexo. Isto, e só isto, pode verdadeiramente ser dito complexidade.” (MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito: the brazilian lessons**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 81).

³²⁷ GAUER, Ruth Maria Chittó. Inovação e Interdisciplinaridade (Sistema Penal e Violência). In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p. 19.

³²⁸ RICOEUR, Paul. **Verdade e história**. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 194.

³²⁹ “é preciso adotar uma postura de humildade diante da riqueza inerente à pretensão de conhecer o passado, deixando de lado a arrogância moderna que pretendia extrair verdades correspondentes de sua essência, através dos poderes metodológicos do homem racional.” (KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 270).

³³⁰ “Por ser o conhecimento humano, por natureza e definição, incompleto, é impossível chegar à certeza absoluta do fato. A *certeza absoluta*, decorrente de um juízo lógico, como a certeza que se pode chegar no campo da lógica formal, jamais será atingida pelo juiz. Por ter que trabalhar como uma reconstrução histórica, o juiz – assim como o historiador – jamais terá absoluta certeza de que a alegação sobre um determinado fato é verdadeira ou falsa.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 30-31).

³³¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 387.

³³² Interessante, aqui, recordar o exemplo dado por Ferrajoli sobre a impossibilidade de se experimentar um fato passado: “Por ejemplo, en el caso descrito por la tesis fáctica <<Ticio ha ocasionado culpablemente a Cayo una herida curada en dos meses>>, el juez no puede experimentar directamente la agresión de Ticio, que en cuanto pasada, es ya inaccesible a la experiencia, sino que solo puede captar signos de lesiones, historias clínicas, piezas de convicción, informes y similares que le permiten remontarse a ella.” (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 10ª ed. 1ª reimpressão. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2014. p. 52).

³³³ BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno**. Vila Nova de Gaia: Edições 70, 1990. p. 153. v. I.

³³⁴ Importante estudo sobre o armazenamento da memória foi realizado por António Damásio, na obra “O erro de Descartes”, p. 102-108, para o qual se remete o leitor.

tempo que “las pruebas, de hecho, son los únicos instrumentos de los que el juez puede servirse para ‘conocer’, y por tanto para reconstruir de modo verídico los hechos de la causa [...]”³³⁵, cenário em que há inegável relativização e limitação de tal verdade *absoluta*, agora *dependente*(!) das provas produzidas no processo?³³⁶⁻³³⁷ Elementar que não.

Com razão, portanto, Francesco Carnelutti, ao afirmar que “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós.”³³⁸ Ora, se o *todo é demais* pra nós, *inalcançável* essa verdade que tanto se ouve falar.³³⁹ Por isso, pra dizer o mínimo, falar em verdade *real* como finalidade do processo³⁴⁰ (em pleno século XXI) é extremamente

³³⁵ TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. México, ano 38, n. 114, set./dez., p. 1293, 2005.

³³⁶ TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y motivación. *In*: _____; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; CANDAU PÉREZ, Alfonso. **Consideraciones sobre la prueba judicial**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. cap. 2. p. 28. Também em relação as provas como meios de produção da verdade, acentua Jorge de Figueiredo Dias a falibilidade da prova testemunhal, que, somada a outros fatores, impossibilita a revelação através do proceso de uma verdade absoluta, restando, ao seus olhos, somente a possibilidade de se chegar a uma verdade “prático-jurídica”, ou como aqui se tratou, “processual”. “Certo que, como já se notou, a verdade <<material>> que se busca em processo penal não é o conhecimento ou apreensão *absolutos* de um acontecimento que todos sabem escapar à capacidade de conhecimento humano; tanto mais que aquí intervêm, irremediavelmente, inúmeras fontes de possível erro, quer porque se trata do conhecimento de acontecimentos passados, quer porque o juiz terá as mais das vezes de lançar mão de meios de prova que, por sua natureza – e é o que se passa sobretudo com a prova testemunhal, relativamente à qual a própria não deixa de manifestar certa desconfiança (...) – se revelam particularmente falíveis.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1ª ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 204). A mesma advertência é feita por Alexandre Morais da Rosa, que ao rechaçar a “ilusão da informação perfeita” no processo, explica que esta somente é produzida neste por meio da *prova*, que se manifesta em quatro momentos diferentes (requerimento, deferimento, produção e valoração), havendo, em todos esses, a possibilidade de perda/falhas (gaps), como por exemplo a ausência de uma testemunha, o não funcionamento de uma filmagem, a inexistência de um laudo indispensável, entre outras circunstâncias que impedem a tal informação *perfeita*. Sem mencionar a indiscutível falibilidade da prova testemunhal (falsas memórias, sugestão, etc.), com a qual também conta o processo. (Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2ª ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015. p. 117).

³³⁷ Refere Gustavo Badaró a esse respeito que “Ao analisar as provas o juiz somente poderá chegar à conclusão de que o fato afirmado é, em maior ou menor grau, provável. Havendo um altíssimo grau de probabilidade da ocorrência de um fato ou de sua não existência, o juiz terá atingido a *verdade relativa*, mas que corresponde à persuasão de verdade que se exige em termos processuais.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 38-39).

³³⁸ *Verbis*: “Insomma la verità è nel *tutto*, non nella *parte*, e il tutto è troppo per noi” (CARNELUTTI, Francesco. **Verità, Dubbio e Certezza**. Revista di Diritto Processuale, v. XX (II serie) 1965. p. 5).

³³⁹ “La imposibilidad de formular un criterio seguro de verdad de las tesis judiciales depende del hecho de que la verdad <<cierta>>, <<objetiva>> o <<absoluta>> representa siempre la <<expresión de un ideal> inalcanzable.” (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 10ª ed. 1ª reimpresión. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2014. p. 50).

³⁴⁰ LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963. p. 188. t. 1.

ingênuo e incoerente.³⁴¹ Daí porque tenha sido substituído, por parte da doutrina, o termo “verdade *real*” por verdade *formal* ou *processual*, ou até mesmo por *certeza*.³⁴² Assim, não se está a negar que o processo poderá apresentar a *sua* verdade (aquela correspondente ao convencimento judicial formado em contraditório e a partir do respeito às regras do jogo e ao devido processo),³⁴³ apenas se está a diferenciá-la do *excesso* que representa a ideia de verdade *absoluta* (leia-se *real*).

Tal distinção (entre verdade *real* e *processual/formal*) é vista, por exemplo, na doutrina de Ferrajoli, que enfatiza a necessidade de superação da chamada verdade *substancial* (leia-se *real/absoluta*), utópica e inalcançável, por uma verdade *processual* de caráter *aproximativo*,³⁴⁴⁻³⁴⁵ que não pretende ser declarada como “a verdade”, já que condicionada ao processo e às garantias da defesa.³⁴⁶ Trata-se de uma verdade controlada quanto ao método de aquisição e reduzida quanto ao conteúdo informativo em relação à hipotética verdade substancial, protegendo, assim, os cidadãos, de práticas

³⁴¹ Ou “inadequado e pouco recomendável” como adjetiva Eugênio Pacelli de Oliveira, já que além de se estar falando de uma realidade já ocorrida (histórica) e reconstruída no processo, se está também se aproximando de um passado trágico para o processo penal, quando imperava o sistema inquisitório puro e todas as suas consequências. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 286).

³⁴² Substituição essa, duramente criticada por Gustavo Badaró, que assevera tratem-se, todas as verdades, de verdades *realtivas* que jamais possuirão caráter absoluto, haja vista sempre estarem limitadas pelos meios utilizados para sua construção. Logo, para o autor não servem, tais (pseudo)distinções, para construções válidas. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 35-36). Também crítica essa adjectivação, Joan Picó y Junoy, para quem o melhor termo para tratar da “finalidade” do processo (como encara a questão da verdade, seja ela qual for) é “convencimento judicial”, já que o objetivo da prova, e do processo consequentemente, não deve ser declarar a verdade, mas convencer o juiz da (in)coerência da realidade fática que envolve o processo. (PICÓ Y JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso penal: luces y sombra. **Justicia: Revista de derecho procesal**. Ano 2009, nº 1-2, p. 99-156. Barcelona: J. M. Bosch Editor. p. 150). Em que pese a concordância com a relativização de todas as verdades (o que poderia por fim, de fato, a essa dicotomização), pensa-se ser ainda válida tal distinção, em especial, para denunciar as trágicas consequências oriundas da ideológica verdade real/material, que permanecem enraizadas no processo penal pátrio.

³⁴³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 389-390.

³⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 10ª ed. 1ª reimpressão. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2014. p. 50-51.

³⁴⁵ Válido advertir, desde já, que não se adentrará nas diversas teorias conceituais sobre a “verdade”, classificadas, segundo Juan Antonio Nicolás e María José Frápoli, como: pragmáticas; semânticas e não semânticas; pró-oracionais; fenomenológicas; hermenêuticas; coerenciais e intersubjetivas; pois, como já se frisou, objetiva-se, aqui, tão somente incentivar a superação da ideia de verdade absoluta (real) e relegar a única verdade possível (processual) uma posição contingente no processo. De qualquer sorte, para aprofundar tais conceitos, sugere-se a obra “Teorías de la verdad en el siglo XX” organizada por Juan Antonio Nicolás e María José Frápoli.

³⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 10ª ed. 1ª reimpressão. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2014. p. 45.

autoritárias e incontroláveis.³⁴⁷ Inclusive, propõe o autor como critérios subjetivos para o julgador analisar tal *verdad procesal* a coerência e a aceitabilidade justificada, que representam, respectivamente, a demonstração da credibilidade da verdade alcançada relacionando-a ao conjunto probatório apreciado ou a interpretação realizada e a justificação do porque a tese escolhida é aquela que possui a maior capacidade explicativa.³⁴⁸

Outra variação distintiva possível é vista no magistério de Carnelutti, que também abre mão da *excessiva verdade absoluta*, substituindo-a pela *certezza*,³⁴⁹ que somente é alcançada pelo juiz quando em sua decisão a dúvida está reduzida a mínimas dimensões, sendo-lhe possível assumir o risco pela escolha. Logo, para o autor, não se está a negar a possibilidade de equívoco na decisão, porém, improvável sua ocorrência.³⁵⁰ Válido anotar, entretanto, que tal *certeza* não pode ser *confundida* com a verdade que se está sugerindo abandonar. Afinal, como elucida Nicola Framarino Dei Malatesta, certeza não quer dizer verdade, no sentido de realidade, sendo somente um

³⁴⁷ “Es evidente que esta pretendida <<verdad sustancial>>, al ser perseguida fuera de reglas y controles y, sobre todo, de una exacta predeterminación empírica de las hipótesis de indagación, degenera en juicio de valor, ampliamente arbitrario de hecho, así como que el cognoscitivismo ético sobre el que se basa el sustancialismo penal resulta inevitablemente solidario con una concepción autoritaria e irracionalista del proceso penal. A la inversa, la verdad perseguida por el modelo formalista como fundamento de una condena es, a su vez, una *verdad formal o procesal*, alcanzada mediante el respeto a reglas precisas y relativa a los solos hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdad no pretende ser *la verdad*; no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal; está condicionada en si misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa. Es, en suma, una verdad más controlada en cuanto al método de adquisición pero más reducida en cuanto al contenido informativo que cualquier hipotética <<verdad sustancial>> [...]” (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 10ª ed. 1ª reimpressão. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2014. p. 44-45).

³⁴⁸ “La coherencia y la aceptabilidad justificada son, en suma, los criterios subjetivos conforme a los que el juez evalúa y decide sobre la verdad o la fiabilidad de las premisas probatorias de la inducción del hecho y de las interpretativas de su calificación jurídica.” (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 10ª ed. 1ª reimpressão. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2014. p. 66-67).

³⁴⁹ “Pertanto la mia strada, cominciata con l'attribuire al processo la ricerca della verità, ha messo capo alla sostituzione della verità con la certezza.” (CARNELUTTI, Francesco. **Verità, Dubbio e Certezza**. Revista di Diritto Processuale, v. XX (II serie) 1965. p. 5).

³⁵⁰ Na lógica do autor: “(...) no hay elección sin riesgo; éste es su peso en la conciencia de quien debe decidir. (...) Hay casos en los que el razonamiento reduce la duda a tales dimensiones que el riesgo de la elección puede ser afrontado fácilmente. Son, se dice, los casos en los que el juez alcanza la certeza; una fórmula que se puede aceptar siempre que sea rectamente entendida: ser cierto, no significa poder excluir el error, sino poder efectuar la elección precisamente porque el error, sin ser imposible, es sumamente improbable.” (CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**: principios del proceso penal. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971. p. 252). Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner consideram, no entanto, falha essa substituição carneluttiana de verdade por certeza, já que essa nova categoria é tão excessiva quanto a anterior. (LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 310).

estado subjetivo do espírito daquele que a concebe, que pode nem sequer coincidir com a verdade *objetiva*, cabendo ao julgador, no processo, apenas firmar sua convicção sobre os fatos.³⁵¹⁻³⁵²

Carl Joseph Anton Mittermaier também distingue certeza de verdade, admitindo para o processo somente uma verdade *histórica*,³⁵³ depositada na convicção do julgador, que cotejará elementos subjetivos e objetivos,³⁵⁴ até alcançar a *certeza* necessária para a confirmação do fato, o que pode não ocorrer, quando não houver subsídio suficiente

³⁵¹ Em que pese adjetivar a “verdade” como *objetiva*, compreendendo-a como “conformação da noção ideológica à realidade”, à semelhança da noção do *real* que aqui se criticou, cumpre registrar a distinção feita pelo autor entre verdade e certeza. Nas suas palavras: “A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjectivo do espírito, que pode não corresponder à verdade objectiva. A certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes tem-se a certeza do que objectivamente é falso; por vezes duvida-se do que objectivamente é verdade; e a própria verdade que parece certa a uns, aparece por vezes como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros.” (MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2ª ed. Trad. J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927. p. 21).

³⁵² A esse respeito, na lição de Antonio Dellepiane: “a verdade é uma coisa e outra coisa bem diversa é a certeza; tão diversa que casos ha em que, existindo ésta, inexistente, não obstante, aquéla. Daí o haverem certezas ilegítimas. Quantas vezes nos persuadimos firmemente de estarmos na posse da verdade e, em realidade, somos apenas vítimas de uma evidência ilusória! Quantas vezes aderimos, sem indício algum de dúvida, a um fato ou ideia que, depois, reconhecemos errôneos!” (sic) (DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria da prova**. Trad. Enrico Maciel. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942. p. 44). Ainda, para Badaró, “Certeza e verdade, embora sejam conceitos intimamente ligados, não se confundem. O conceito de verdade é um conceito de relação. Um conhecimento é verdadeiro, quando há concordância entre o *objeto* e a sua “imagem” captada pelo *sujeito*. A verdade é o reflexo fiel do objeto na mente, é a adequação do pensamento com a coisa. Porém, não basta que um conhecimento seja verdadeiro, sendo necessário poder alcançar a *certeza* de que é verdadeiro. É a questão do *critério da verdade*. A certeza, portanto, constitui a ‘manifestação subjetiva da verdade, sendo um estado de ânimo seguro da verdade de uma proposição. Transportando tais conceitos para o campo processual, pode-se afirmar que a certeza do juiz é a verdade do processo. Contudo, verdade e certeza podem andar separadas. Não sendo o processo um instrumento infalível, nem sempre a certeza do juiz corresponde à verdade dos fatos: a certeza pode ser construída sobre o erro. De outro lado, a verdade pode não ser crível ao juiz.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 25-26).

³⁵³ Correspondente “aquella que procuramos obtener siempre que queremos asegurarnos de la realidad de ciertos acontecimientos, de ciertos hechos realizados en el tiempo y en el espacio.” (MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado de la prueba en materia criminal: ó esposicion comparada de los principios en materia criminal**. México: Rafael, 1853. p. 71). Que não se confunde, portanto, com a verdade real, refutada pelo autor no âmbito do conhecimento humano. *Verbis*: “No discutiremos sobre la naturaleza de la verdad *transcendental*, reivindicada por el filósofo con el conocimiento del mundo metafísico; ni nos proponemos hablar sino de una verdad *empírica*, aplicada a las cosas del mundo *sensible*, y que nos basta para dirigir por ella nuestras acciones.” (MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado de la prueba en materia criminal: ó esposicion comparada de los principios en materia criminal**. México: Rafael, 1853. p. 71).

³⁵⁴ “Su mision le pone en el deber de examinar los puntos aislados en que se funda la prueba, compararlos entre sí, deducir de ellos las consecuencias, y después de haberlos minuciosamente cotejado teniendo en cuenta los motivos en pro y en contra, establecer una conclusion definitiva sobre los diversos resultados de todas estas operaciones mentales; pero todos nuestros actos llevan el sello de nuestro carácter personal, de nuestra individualidad, y nuestra fisonomía se refleja hasta en los trabajos de nuestro entendimiento.” (MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado de la prueba en materia criminal: ó esposicion comparada de los principios en materia criminal**. México: Rafael, 1853. p. 74).

para tanto.³⁵⁵ Até porque, “não sendo o processo um instrumento infalível, nem sempre a certeza do juiz corresponde à verdade dos fatos: a certeza pode ser construída sobre o erro. De outro lado, a verdade pode não ser crível ao juiz”.³⁵⁶ São essas as palavras de Badaró, para quem a *verdade judicial (processual)*, que é sempre relativa (assim como qualquer outra), deve corresponder ao resultado da análise do juiz da prova dos autos, com maior *aproximação* possível da verdade.³⁵⁷ Para o autor, o que está em jogo no raciocínio judicial de valoração da prova são os graus de probabilidade,³⁵⁸ cuja certeza está em um extremo e a dúvida (respaldada pelo *in dubio pro reo*) no outro.³⁵⁹ Assim, não se alcançando tal certeza (que corresponderá a essa verdade judicial), deverá se decidir com base na regra do ônus da prova.³⁶⁰

Em suma, manifesto o caráter *relativo* dessa verdade *processual (judicial/formal)*, que, independente do nome e da interpretação que se dê, não deve ser confundida com a famigerada verdade *absoluta/real* (tampouco com *certeza*),

³⁵⁵ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado de la prueba en materia criminal**: ó esposicion comparada de los principios en materia criminal. México: Rafael, 1853. p. 76-77. “La convicción toma el nombre de certeza, desde el momento en que rechaza victoriosamente todos los motivos contrarios, ó desde que estos no pueden destruir el conjunto imponente de los motivos afirmativos. Solo la certeza nos parece bastante poderosa para servir de regla á nuestros actos, y la razón aprueba este aserto; pues que el hombre, en sus esfuerzos para llegar á la verdad histórica, no puede esperar ir mas lejos que ella.” (MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado de la prueba en materia criminal**: ó esposicion comparada de los principios en materia criminal. México: Rafael, 1853. p. 79).

³⁵⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 25-26.

³⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 37.

³⁵⁸ Probabilidade lógica ou indutiva, já que desconsideradas aquelas que se utilizam de técnicas quantitativas. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 50). Também, segundo Malatesta a “probabilidade” é entendida como sendo a existência de maiores motivos/argumentos/provas convergentes a uma afirmação e, conseqüentemente, existência de menores motivos divergentes à afirmação. Na certeza, não se deve fazer presente na mente do julgador qualquer motivo relevante divergente da afirmação. (MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2ª ed. Trad. J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927. p. 57-58.)

³⁵⁹ Para melhor compreender o estudo de probabilidades desenvolvido pelo autor para explicar racionalmente o raciocínio judicial na valoração da prova, ver: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 38-57). De qualquer modo, a título de ilustração, explicita o autor que “A certeza humana, mesmo que não passe de mera probabilidade – ainda que em altíssimo grau –, não pode ser confundida com a dúvida. É inegável que, uma vez que o sujeito atinja a “certeza” sobre um fato, ela constitui um estado psíquico bem distinto da dúvida. Nos casos em que se atingiu um altíssimo grau de probabilidade de que tenha ocorrido o fato, o juiz tem a “certeza” que lhe permite decidir com base no que foi provado. Afora esses casos, se a probabilidade não se fizer presente em grau elevadíssimo, não haverá o estado subjetivo da certeza, mas sim da dúvida, devendo o julgador valer-se, então, das regras sobre o *onus probandi*. A certeza processual, portanto, significa um convencimento judicial racional *beyond reasonable doubt*. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 55).

³⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 55). Respeitadas as naturezas das decisões, que podem não exigir certeza, mas somente “mera probabilidade”, como, por exemplo, as decisões acerca de uma medida cautelar.

perseguida na inquisição. Daí porque ao julgador *não* incumbe apresentar a verdade real (frisa-se, inalcançável pelo homem)³⁶¹ sobre o fato examinado no processo,³⁶² mas apenas demonstrar, com base no conjunto probatório produzido (em contraditório), a sua *convicção* sobre a (in)ocorrência dos fatos, que acaso não seja segura, levará a absolvição por força do *in dubio pro reo*: aí está a essência e o valor da verdade *processual*, tão cara ao princípio da imparcialidade.

De qualquer sorte, para além de tal diferenciação (que nos leva a admitir apenas como possível esta última - *verdade processual* -, limitada, portanto), o que se deve ter por *fundamental* é o lugar ocupado por esta verdade, que de central (fundante) deve *necessariamente* passar a contingencial (não fundante),³⁶³ sob pena de terem mudado-se os nomes e mantido-se as vontades. E os prejuízos decorrentes dessa equivocada posição, recaem, no processo penal, principalmente sobre a atividade judicial e os poderes instrutórios do julgador, que se isso não compreender, acreditará ser seu dever demonstrar *essa* verdade (a qualquer custo), comprometendo sua imparcialidade.

Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, mesmo admitindo a separação entre verdade *real* e *processual* (concebendo-a como aproximativa), entende indispensável que se alcance a *certeza* no processo, devendo-se, por isso, ser permitida a atividade instrutória do juiz.³⁶⁴ Não é diferente a concepção de Michele Taruffo, para quem não é livre a convicção do julgador, e sim vinculada, na medida em que é condição de validade da decisão a obtenção de *certeza* sobre a culpa ou não do acusado.³⁶⁵ Entende o autor ser, então, *objetivo* do processo a busca dessa verdade.³⁶⁶

Aí está a íntima relação entre a verdade (com qualquer adjetivação que se lhe dê) e os poderes instrutórios do julgador (característica primordial do sistema inquisitório,

³⁶¹ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 64. v. 1.

³⁶² Que por excelência é inapto à descoberta da verdade absoluta, sobretudo se levadas em consideração (e devem o ser) as garantias e direitos individuais, bem como as regras processuais na formação e valoração da prova. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 61).

³⁶³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 390.

³⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 347, jul./ago./set., p. 08, 1999.

³⁶⁵ TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y motivación. *In*: _____; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; CANDAU PÉREZ, Alfonso. **Consideraciones sobre la prueba judicial**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. cap. 2, p. 22-23 e 35.

³⁶⁶ TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. México, ano 38, n. 114, set./dez., p. 1285-1286, 2005. Devendo-se, portanto, “admitir-se todas las pruebas relevantes, ya que la utilización de todas las pruebas relevantes maximiza la posibilidad de alcanzar una reconstrucción verídica de los hechos.” (TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y motivación. *In*: _____; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; CANDAU PÉREZ, Alfonso. **Consideraciones sobre la prueba judicial**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. cap. 2. p. 21-22).

em que a busca da verdade autoriza essa produção probatória quase irrestrita),³⁶⁷ que leva Julio Fabrini Mirabete a conferir à *verdade* o status de princípio autorizador da postura ativa do julgador na produção probatória,³⁶⁸ estando não frente a uma possibilidade, mas sim diante de um dever, entendimento que tanto se criticou, e que remete a doutrina de Florian, que refutava por completo os limites à atividade probatória, em virtude do processo estar dominado por interesse público. Nas suas palavras: “dado que está dominado por un interés público, es necesario que la verdad resplandezca en su totalidad sin ninguna clase de limitaciones. En él se averigua la llamada verdad material [...]”³⁶⁹.

Eis o *problema* da distinção entre verdades (real, processual, formal, etc.), sem o deslocamento de sua posição no processo, que, repita-se, não pode ser nuclear, legitimadora de produção de prova pelo terceiro *imparcial* (juiz), sob pena de haver manifesta confusão de funções entre acusar e julgar, que como já se viu viola diretamente o princípio da imparcialidade; inegável aproximação ao trágico sistema inquisitório; e flagrante negação do *in dubio pro reo* que serve perfeitamente de limite a qualquer atividade probatória pelo magistrado, ao passo que na dúvida não se vai atrás de prova, se absolve;³⁷⁰ além de deformação do sistema acusatório, nos termos que até aqui se construiu.³⁷¹

Enfim, muitas controvérsias, nenhuma solução. Notavelmente, está na hora de repensar a discussão sobre a *verdade*, que com razão, afirma Rui Cunha Martins, está *estafada*.³⁷² Com o autor, considera-se válida a proposta de se deslocar o estudo da verdade, de sua classificação para seu *devido lugar no processo*, já que o debate arrastasse sem solução, “ora reproduzindo sem novidade o maniqueísmo de base (a verdade é possível versus a verdade é inalcançável), ora distraíndo-se em torno de variações do

³⁶⁷ FLORIAN, Eugenio. **Elementos de Derecho procesal penal**. Tradução de L. Prieto Castro. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1934. p. 103.

³⁶⁸ MIRABBETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 44.

³⁶⁹ FLORIAN, Eugenio. **Elementos de Derecho procesal penal**. Tradução de L. Prieto Castro. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1934. p. 59.

³⁷⁰ KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 151

³⁷¹ Levando Salah Khaled Jr., a afirmar que há verdadeiro rompimento da estrutura democrática na efetivação dessa lógica. Assevera o autor que: “é com base na busca da verdade que são fundamentados e legitimados os poderes do juiz que rompem com a estrutura democrática do sistema acusatório e permitem a permanência velada de uma epistemologia inquisitória dentro de um sistema que se pretende acusatório. (KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 167).

³⁷² MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito**: the brazilian lessons. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 64.

mesmo (verdade real *versus* verdade processual) [...]”,³⁷³ o que leva a uma inegável omissão daquilo “que rigorosamente interessa, que é a questão do lugar do “verdadeiro” no âmbito de uma dinâmica processual que o reconfigura e o move a cada momento.”³⁷⁴ É dizer, que por mais valiosa que seja a distinção entre verdade real e processual, o que de substancial se deve compreender é que independente de qual verdade se esteja falando, alcançá-la jamais será a finalidade do processo. Logo, “não se nega que acidentalmente a sentença possa corresponder ao que ocorreu (conceito de verdade como correspondente), mas não se pode atribuir ao processo esse papel ou missão.”³⁷⁵

Como resultado, se isso for, de fato, assimilado, igualmente prescindível será a discussão sobre a (des)necessidade dos poderes instrutórios do julgador, que finalmente perceberá que não possui qualquer função de grande revelador da verdade sobre os fatos (atribuição que desde a inquisição não mais possui), e tampouco será a sentença o instrumento pelo qual a verdade será declarada. É com esse desengano que deve julgar o juiz penal, ciente de que “a dúvida deve dar lugar à absolvição, não ao sofrimento. Quem não for capaz de compreender isso está no lugar errado, fazendo a coisa errada.”³⁷⁶ Por isso, igualmente essencial o entendimento acerca da natureza da sentença como resultado do convencimento do magistrado, respeitados o contraditório e às regras do devido processo. Nada mais do que isso.³⁷⁷

De se observar, contudo, que se está a enfrentar a verdade e não negá-la, exercício que pressupõe clareza sobre o seu devido significado (o de verdade *processual*) e lugar (contingencial, não estruturante). São essas as questões que devem ser confrontadas e definidas *conjuntamente*, evitando-se a insuficiência da exclusiva diferenciação entre verdade real e processual, que no final das contas denuncia o equívoco do conceito, mas aceita o erro de posição e todas as consequências disso. Será mesmo que não está patente que continuar operando o processo em busca da verdade

³⁷³ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito: the brazilian lessons**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 64.

³⁷⁴ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito: the brazilian lessons**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 64.

³⁷⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 389.

³⁷⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 580.

³⁷⁷ “A decisão judicial não é a revelação da verdade (material, processual, divina, etc.) mas um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo. Se isso coincidir com a “verdade”, muito bem. Importa é considerar que a “verdade” é contingencial, e não fundante. O juiz, na sentença, constrói – pela via do contraditório – a sua convicção acerca do delito, elegendo os significados que lhe parecem válidos (dentro das regras do jogo, é claro). O resultado final nem sempre é (e não precisa ser) a “verdade”, mas sim o resultado do seu convencimento – construído nos limites do contraditório e do devido processo penal” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 390).

(equivoco de lugar) é retornar ao sistema inquisitório (do juiz ator – gestor da prova), que por ela obcecado?³⁷⁸ Lógica essa, repita-se, de regimes totalitários, que por não compreenderem que “a verdade não possui, em si mesma, qualquer mais-valia intrínseca que a dê por superiormente habilitada para a função de princípio unificador do tecido processual”,³⁷⁹ elevam-na a núcleo do processo, esperando do julgador a revelação de uma verdade incontestável.³⁸⁰

Ou deve-se lavar as mãos para um caminhar processual penal em descompasso com a democracia, voltado a um direito penal máximo, cuja prioridade está em que nenhum culpado fique impune, mesmo que para isso inocentes sejam punidos?³⁸¹ Não será um dever do processo penal de um estado democrático de direito lutar para que, ao contrário, nenhum inocente seja punido, ainda que isso lhe custe que algum culpado fique impune?³⁸² Entende-se que sim. A história já mostrou os prejuízos de tal ideologia reversa e perversa. Mais do que nunca, deve-se preservar a conquista de um Estado de base democrática, regido pelo sistema acusatório, que garanta condições à imparcialidade do julgador.

Somente por meio dessa concepção é que se estará *livre* de práticas autoritárias irreversíveis. Deste modo, não se nega a verdade, “mas tampouco a idolatramos (evitando assim incidir no erro de dar ao processo a missão de revelar a verdade na sentença, o que conduziria à matriz inquisitorial).”³⁸³ Tudo pra dizer, que a única verdade que interessa (leia-se, que não é finalidade do processo revelá-la) é a processual, e seu lugar, definitivamente, é contingencial (não nuclear). Por conseguinte, a legitimidade da decisão é sempre dependente da “estrita observância do contraditório e das regras do devido processo”,³⁸⁴ *que, à luz do sistema acusatório, prestar-se-ão a preservar a imparcialidade do julgador incondicionalmente.*

³⁷⁸ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito: the brazilian lessons.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 73.

³⁷⁹ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito: the brazilian lessons.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 71-72

³⁸⁰ AMARAL, Augusto Jobim do. **Discurso penal e política da prova: nos limites da governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo.** 2011. 467 f. Tese (Doutorado em Altos Estudos Contemporâneos – Ciência Política) -- Programa de Pós-Graduação em Letras, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2011. p. 39-40.

³⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal.** 10ª ed. 1ª reimpressão. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2014. p. 106.

³⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal.** 10ª ed. 1ª reimpressão. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2014. p. 106.

³⁸³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 390.

³⁸⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 390-391.

Com o arcabouço teórico que até aqui se construiu, pode-se, então, concluir que o sistema acusatório por definição visa preservar a imparcialidade do julgador, que, portanto, *não* possui qualquer papel de revelador de uma verdade *real* (inexistente) ou mesmo *processual* no processo, devendo apenas apresentar sua convicção sobre os fatos construídos em contraditório.³⁸⁵ O entendimento dessa questão é crucial, na medida em que desincumbe os magistrados de expectativas equivocadas que lhes são depositadas, e influenciam negativamente sua postura profissional, que deve *sempre* corresponder à imparcialidade.

Ademais, reconhecer o valor de tal *imparcialidad* como essência do processo penal acusatório, permite também questionar toda e qualquer prática que a coloque em xeque, já que invariavelmente corromperá o sistema como um todo. É o caso, por exemplo (para além dos poderes instrutórios do juiz aqui denunciados), do contato do julgador que julgará o processo com o material produzido no inquérito policial (produzido unilateralmente e tendenciosamente ao arrepio das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa) e da prevenção como critério fixador e não excludente de competência, justificando-se, portanto, que se atente-se a isso nas próximas linhas, sob a perspectiva da teoria da dissonância cognitiva.

Feitas estas considerações sobre sistema acusatório, princípio da imparcialidade, e significado e lugar da verdade no processo, deve-se, então, passar ao estudo da referida teoria, que muito contribui para a compreensão da (in)existência de condições de imparcialidade num processo penal que admite o contato do julgador com o material produzido unilateralmente no inquérito policial, e tolera que a prevenção seja critério de fixação de competência e não de exclusão.

2 IMPARCIALIDADE E O CONTRIBUTO DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

2.1 A Incansável Busca Por Um Estado de Consonância Cognitiva e Seus Processos (In)Voluntários: Aspectos Introdutórios

³⁸⁵ Inclusive, é a própria configuração do sistema (cujo núcleo é a gestão da prova, orientada pelo princípio dispositivo) que veda os chamados poderes instrutórios do juiz.

A teoria da dissonância cognitiva tornou-se conhecida em 1957, por meio da obra “A Theory of Cognitive Dissonance” de Leon Festinger³⁸⁶⁻³⁸⁷ e se trata, essencialmente, de um estudo acerca da cognição e do comportamento humano.³⁸⁸

Fundamentada na premissa de que o indivíduo tende sempre a buscar um *estado de coerência* entre seus conhecimentos (opiniões, crenças e atitudes),³⁸⁹ desenvolve-se

³⁸⁶ DEUTSCH, Morton; KRAUSS, Robert M. **Teorías en psicología social**. Trad. Silvia Zeigner. Barcelona: Ediciones Paidós, 1980. p. 71. BROWN, Roger. **Psicología social**. Trad. Francisco González Aramburu; Jesús Morales. México: Siglo XXI editores, s. a., 1972. p. 602; FRANCISCO MORALES, J.; REBOLLOSO, Enrique; MOYA, Miguel. Teorías de la consistencia y de la disonancia. In: FRANCISCO MORALES, J. (coord.). **Psicología social**. Madrid: McGraw-Hill, 1994. p. 577; MANN, Leon. **Elementos de psicología social**. 1ª ed. 2ª reimpressão. Trad. Marcelino Llanos Braña. México: Limusa, 1975. p. 152; LINDGREN, Henry Clay. **Introducción a la psicología social**. 2ª ed. Trad. Nuria Parés; María Inés de Salas. México: Editorial Trillas, 1978. p. 153. MYERS, David G. **Psicología social**. 4ª ed. Trad. Jorge Alberto Velázquez Arrellano. México: McGraw-Hill, 1995. p. 134; KRECH, David; CRUTCHFIELD, Richard S.; BALLACHEY, Egerton L. **Psicología social**. Trad. Alfonso Alvarez Villar. Madrid: Biblioteca Nueva, 1965. p. 264; GOLDSTEIN, Jeffrey H. **Psicología social**. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 111; ÁLVARO, José Luis; GARRIDO, Alicia. **Psicología social: perspectivas psicológicas e sociológicas**. Trad. Miguel Cabrera Fernandes. São Paulo: McGraw-Hill, 2006. p. 168; BERKOWITZ, Leonard. **Psicología social**. Trad. Magali Rigaud Pantoja Bastos. Rio de Janeiro: Interamericana, 1980. p. 12; LIMA, Luísa Pedrosa de. Atitudes: estrutura e mudança. In: VALA, Jorge; MONTEIRO, Maria Benedicta (coord.). **Psicología social**. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 206; HALL, Calvin S.; LINDZEY, Gardner; CAMPBELL, John B. **Teorias da personalidade**. 4ª ed. Trad. Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artmed, 2000. p. 381. RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicología social**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 98; RODRIGUES, Aroldo. **Aplicações da psicología social: à escola, à clínica, às organizações, à ação comunitária**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1983. p. 79; MICHENER, H. Andrew; DeLamater, John D.; MYERS, Daniel J. **Psicología social**. Trad. Eliane Fittipaldi; Suely Sonoe Murai Cuccio. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. p. 181;

³⁸⁷ Sobre o autor: “Leon Festinger nasceu em Nova Iorque em 1919, em uma família de imigrantes de origem russa. Depois da primeira etapa de sua formação no City College de Nova Iorque, onde estudou Ciências, formou-se como psicólogo na Universidade de Iowa. Cursando seu doutorado, conheceu Kurt Lewin, que lhe comunicou seu interesse pelo estudo dos processos cognitivos complexos. Embora inicialmente Festinger não se sentisse atraído pela psicologia social, em 1945, depois de ter finalizado seu doutorado, ingressou no recém-criado Centro de Pesquisa em Dinâmica de Grupos do Instituto Tecnológico de Massachusetts, dirigido por Lewin. Trabalhando como professor nesse centro, começou a interessar-se pela psicologia social e realizou alguns estudos sobre influência social e comunicação. Quando Kurt Lewin morreu, em 1947, Festinger abandonou o centro e se transferiu para o Centro de Dinâmica de Grupos da Universidade de Minnesota. Durante essa época, desempenhou um papel decisivo na consolidação da psicologia social como uma disciplina experimental. Seu interesse pela metodologia aparece refletido no livro *Research methods in behavioral sciences* (1953), escrito em colaboração com Daniel Katz. Em 1955, Festinger se transferiu para a Universidade de Standford, onde se encontrava quando, dois anos depois, o livro *A theory of cognitive dissonance* (1957) foi publicado, o qual seria sua contribuição mais notável para a psicologia social, junto com sua teoria da comparação social. [...] Em 1968, Festinger voltou para Nova Iorque como professor do *New School for Social Research* de Nova Iorque, onde permaneceu até sua morte, em 1989. (ÁLVARO, José Luis; GARRIDO, Alicia. **Psicología social: perspectivas psicológicas e sociológicas**. Trad. Miguel Cabrera Fernandes. São Paulo: McGraw-Hill, 2006. p. 172-173).

³⁸⁸ ARONSON, Elliot. **O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano**. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA. 1979. p. 101.

³⁸⁹ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 11. LINDGREN, Henry Clay. **Introducción a la psicología social**. 2ª ed. Trad. Nuria Parés; María Inés de Salas. México: Editorial Trillas, 1978. p. 153; FRANCISCO MORALES, J.; REBOLLOSO, Enrique; MOYA, Miguel. Teorías de la consistencia y de la disonancia. In:

no sentido de comprovar que há um processo involuntário, por isso inevitável, para se chegar a essa “correlação”, admitidas naturais exceções. Assim, especialmente atenta às situações em que há o *rompimento desse estado* e o indivíduo se encontra diante de incontestável *incoerência* entre seus próprios pensamentos, ou entre sua ação e sua razão (sujeito que fuma habitualmente - ação – toma conhecimento de que a nicotina é extremamente nociva para sua saúde – razão -, e permanece com o hábito, sem que queira matar-se ou adoecer, por exemplo),³⁹⁰ identifica e apresenta reflexos cognitivo-comportamentais decorrentes desse contexto *antagônico e inquietante*.³⁹¹⁻³⁹²

“En otras palabras, cuando advertimos que dos o más de nuestras actitudes son incoherentes las unas con las otras [...], o que nuestras actitudes y comportamientos son incoherentes [...], nos sentimos en un estado incómodo conocido como disonancia cognitiva [...]”,³⁹³ que por ser desagradável, deve ser eliminado, ou no mínimo

FRANCISCO MORALES, J. (coord.). **Psicología social**. Madrid: McGraw-Hill, 1994. p. 577. RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 98;

³⁹⁰ RODRIGUES, Aroldo. **Aplicações da psicologia social: à escola, à clínica, às organizações, à ação comunitária**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1983. p. 79.

³⁹¹ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 12; GOLDSTEIN, Jeffrey H. **Psicologia social**. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 111. ARONSON, Elliot. **O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano**. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA. 1979. p. 102.

³⁹² Explicando-a de forma exemplificativa: “¿Recuerdas mi experiencia con <<la jornada de la recolecta de pintura>> en mi pueblo? Fui a la primera jornada ya que haciéndolo era consecuente con mis firmes actitudes en favor del medioambiente. Pero tras aprender que tenía que esperar más de dos horas para librarme de mis viejas latas de pintura, dejé de ir a la siguiente. Eso está mal, pero hay más que contar en la historia. Tras un rato, me cansé tanto de mirar a las latas medio llenas de pintura y pensando para mí mismo <<me tendría que haber librado de ellas,>> que me *libré* de ellas: las dejé con la basura normal. Eso no está estrictamente prohibido en mi pueblo, pero mire a mi alrededor para asegurarme de que mis vecinos no me veían mientras lo hacía. De hecho, sigo sintiéndome un poco incómodo por este tema, aun cuando hace más de seis meses. ¿Por qué? Porque en esa situación, mi comportamiento era claramente inconsecuente con mis actitudes. Los psicólogos sociales denominan al tipo de disconformidad que yo experimente disonancia cognitiva, un estado desagradable que se da cuando nos damos cuenta de que diversas actitudes que mantenemos, o nuestra actitud y nuestro comportamiento, son de algún modo inconsecuentes (Festinger, 1957). (BARON, Roberta A; BYRNE, Donn. **Psicología social**. 8ª ed. Trad. Montserrat Ventosa; Blanca de Carreras; Dolores Ruiz; Genoveva Martín; Adriana Aubert; Marta Escardó. Madrid: Prentice Hall Iberia, 1998. p. 161-162.)

³⁹³ BARON, Roberta A; BYRNE, Donn. **Psicología social**. 8ª ed. Trad. Montserrat Ventosa; Blanca de Carreras; Dolores Ruiz; Genoveva Martín; Adriana Aubert; Marta Escardó. Madrid: Prentice Hall Iberia, 1998. p. 162. Também em: ÁLVARO, José Luis; GARRIDO, Alicia. **Psicologia social: perspectivas psicológicas e sociológicas**. Trad. Miguel Cabrera Fernandes. São Paulo: McGraw-Hill, 2006. p. 169; MYERS, David G. **Psicología social**. 4ª ed. Trad. Jorge Alberto Velázquez Arrellano. México: McGraw-Hill, 1995. p. 134. “Como el individuo se esfuerza por mantener armonía o consonancia entre los elementos cognoscitivos, la disonancia da lugar a una presión para disminuirla y el grado de presión estará de acuerdo con el grado de disonancia que haya. Festinger señala que la disonancia opera como un impulso, una necesidad o una tensión. Cuando aparece, provoca una acción para reducirla, así como la aparición del hambre lleva a una acción para que disminuya.” (LINDGREN, Henry Clay. **Introducción a la psicología social**. 2ª ed. Trad. Nuria Parés; María Inés de Salas. México: Editorial Trillas, 1978. p. 154).

reduzido.³⁹⁴ É esse o postulado básico da teoria em questão,³⁹⁵ que desenvolve-se, então, examinando com se dá tal redução/eliminação.³⁹⁶ Explica Leon Mann, que tal premissa advém do princípio da coerência, que se manifesta tanto na teoria da dissonância cognitiva quanto nas teorias da congruência e da balança (equilíbrio), ainda que a primeira seja a mais completa. Partindo de tal princípio (que pressupõe harmonia entre percepções, ações e atitudes), tais teorias estudam as consequências de seu rompimento pelo indivíduo (que experimentará um estado de desarmonia cognitiva), fazendo-se surgir processos involuntários para seu restabelecimento.³⁹⁷

Antes de se prosseguir, valendo-se da mesma didática do autor acima referido,³⁹⁸ deve-se advertir que serão substituídas, a partir daqui, sempre que possível, as palavras “incoerência” e “coerência” por *dissonância* e *consonância*, respectivamente. O mesmo será feito com a palavra “conhecimento”, utilizada em sentido amplo (opinião ou convicção sobre si mesmo, comportamento ou meio ambiente), que preferencialmente será tratada por *cognição (soma de elementos cognitivos)*.³⁹⁹

³⁹⁴ ÁLVARO, José Luis; GARRIDO, Alicia. **Psicologia social: perspectivas psicológicas e sociológicas**. Trad. Miguel Cabrera Fernandes. São Paulo: McGraw-Hill, 2006. p. 169; ARONSON, Elliot. **O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano**. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA, 1979. p. 102.

³⁹⁵ ÁLVARO, José Luis; GARRIDO, Alicia. **Psicologia social: perspectivas psicológicas e sociológicas**. Trad. Miguel Cabrera Fernandes. São Paulo: McGraw-Hill, 2006. p. 169; LIMA, Luísa Pedroso de. **Atitudes: estrutura e mudança**. In: VALA, Jorge; MONTEIRO, Maria Benedicta (coord.). **Psicologia social**. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 206.

³⁹⁶ BROWN, Roger. **Psicología social**. Trad. Francisco González Aramburu y Jesús Morales. México: Siglo XXI editores, s. a., 1972. p. 603; ÁLVARO, José Luis; GARRIDO, Alicia. **Psicologia social: perspectivas psicológicas e sociológicas**. Trad. Miguel Cabrera Fernandes. São Paulo: McGraw-Hill, 2006. p. 169.

³⁹⁷ MANN, Leon. **Elementos de psicología social**. 1ª ed. 2ª reimpressão. Trad. Marcelino Llanos Braña. México: Limusa, 1975. p. 157. Tal relação também é vista em: BROWN, Roger. **Psicología social**. Trad. Francisco González Aramburu; Jesús Morales. México: Siglo XXI editores, s. a., 1972. p. 602; DEUTSCH, Morton; KRAUSS, Robert M. **Teorías en psicología social**. Trad. Silvia Zeigner. Barcelona: Ediciones Paidós, 1980. p. 72. GOLDSTEIN, Jeffrey H. **Psicologia social**. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 111; ÁLVARO, José Luis; GARRIDO, Alicia. **Psicologia social: perspectivas psicológicas e sociológicas**. Trad. Miguel Cabrera Fernandes. São Paulo: McGraw-Hill, 2006. p. 168; BERKOWITZ, Leonard. **Psicologia social**. Trad. Magali Rigaud Pantoja Bastos. Rio de Janeiro: Interamericana, 1980. p. 12; BRAGHIROLI, Elaine Maria; PEREIRA, Siloé; RIZZON, Luiz Antônio. **Temas de psicología social**. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 85. RODRIGUES, Aroldo. **Estudos em psicología social**. Petrópolis: Vozes, 1979. p. 232-234.

³⁹⁸ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 12.

³⁹⁹ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 13. “Por cognição, Festinger entende tanto os pensamentos, atitudes e crenças dos indivíduos, como os seus comportamentos, desde que sejam conscientes, isto é, que tenham uma representação cognitiva.” (LIMA, Luísa Pedroso de. **Atitudes: estrutura e mudança**. In: VALA, Jorge; MONTEIRO, Maria Benedicta (coord.). **Psicologia social**. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 207.

Direto ao ponto, o âmago da teoria em estudo é formado por duas hipóteses: (a) existindo dissonância cognitiva haverá também uma pressão involuntária e automática para reduzi-la; e, (b) quando há essa dissonância, além da busca pela sua redução, há também um processo de evitação ativa de contato com situações que possam aumentá-la.⁴⁰⁰ Nas palavras de Festinger:

[...] 1. A existência de dissonância, ao ser psicologicamente incômoda, motivará a pessoa para tentar reduzi-la e realizar a consonância. 2. Quando a dissonância está presente, a pessoa, além de procurar reduzi-la, evitará ativamente situações e informações suscetíveis de aumentar a dissonância [...].⁴⁰¹

Portanto, admitindo-se que o indivíduo tenta sempre estabelecer uma *harmonia* interna entre suas opiniões, ações, crenças e etc., havendo *dissonância* entre essas cognições, dois efeitos subsistirão imediatamente: uma pressão para a redução/eliminação dessa “incoerência” entre os “conhecimentos” ou “entre a ação empreendida e a razão”; e, um afastamento ativo de possíveis novas fontes de aumento dessa incongruência.⁴⁰²

Evidente que nem todos os elementos cognitivos que se possui apresentam tal contradição, geradora desses efeitos. Muitos, aliás, sequer guardam relação entre si, sendo irrelevantes um para o outro⁴⁰³ e também para o presente estudo, valendo apenas

⁴⁰⁰ Dito de outro modo “a dissonância cognitiva pode ser considerada uma condição antecedente que leva à atividade orientada para redução de dissonância, tal como a fome conduz à atividade orientada no sentido de redução da fome.” (FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 13). Daí sua relação com as demais situações de impulso: “se sentimos fome, fazemos alguma coisa para reduzir a fome; se sentimos medo, fazemos alguma coisa para reduzir o medo; e se sentimos dissonância, fazemos alguma coisa para reduzi-la também.” (FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merril; SEARS, David O. **Psicologia social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 356).

⁴⁰¹ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 12.

⁴⁰² “Quando nos encontramos numa tal situação, surge uma força em direção a evitar um aumento da dissonância daí decorrente, a reduzir essa dissonância e até, se possível, eliminá-la totalmente”. (RODRIGUES, Aroldo. **Aplicações da psicologia social: à escola, à clínica, às organizações, à ação comunitária**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1983. p. 79).

⁴⁰³ Segundo Festinger, “dois elementos podem, simplesmente, nada ter a ver um com o outro. Isto é, em circunstâncias tais que um elemento cognitivo nada implica a respeito de algum outro elemento, diz-se que os dois elementos são mutuamente irrelevantes. Por exemplo, imaginemos uma pessoa ciente de que, por vezes, uma carta leva duas semanas para ir de Nova York a Paris pelo correio marítimo regular e conhecedora também de que um mês de julho quente e seco é bom para a colheita de milho no Iowa. Esses dois elementos de cognição nada têm a ver um com o outro; existem ambos em relação irrelevante entre si.” (FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida.

registrar sua existência. Não obstante, o que interessa daqui pra frente é a análise das relações entre elementos cognitivos *consonantes* (aqueles correspondentes entre si) ou *dissonantes* (aqueles contraditórios entre si),⁴⁰⁴ cabendo apenas advertir sobre os últimos, que quanto *mais importantes* forem para a pessoa, *maior* será a *dissonância* existente entre eles e mais intensos serão os efeitos de redução e evitação do aumento, acima consignados.⁴⁰⁵⁻⁴⁰⁶

Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 20). Ainda ilustrativamente: “[...] las creencias son irrelevantes cuando recíprocamente nada tienen que ver la una con la otra (por ejemplo, las creencias simultáneas <<el ejercicio físico es bueno>>, <<la obra de Cervantes es grandiosa>> y <<fumar cigarrillos produce cáncer de pulmón>> pueden coexistir sin tener implicaciones unas con respecto a otras.” (FRANCISCO MORALES, J.; REBOLLOSO, Enrique; MOYA, Miguel. Teorías de la consistencia y de la disonancia. In: FRANCISCO MORALES, J. (coord.). **Psicología social**. Madrid: McGraw-Hill, 1994. p. 577).

⁴⁰⁴ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 21-23; FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicología social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 353; LINDGREN, Henry Clay. **Introducción a la psicología social**. 2ª ed. Trad. Nuria Parés; María Inés de Salas. México: Editorial Trillas, 1978. p. 153; RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicología social**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 99. Para que se fixe bem esta questão: “[...] dos elementos o creencias son consistentes (consonantes) cuando uno implica, se deriva de o sigue al outro (por ejemplo, <<el ejercicio físico es bueno>> y <<hago deporte diariamente>>). Las creencias son inconsistentes (disonantes) cuando psicológicamente se contradicen, son incompatibles o una implica la negación de la outro (por ejemplo, <<fumar cigarrillos produce cáncer de pulmón>> y <<consumo diariamente una gran cantidad de cigarrillos>>). (FRANCISCO MORALES, J.; REBOLLOSO, Enrique; MOYA, Miguel. Teorías de la consistencia y de la disonancia. In: FRANCISCO MORALES, J. (coord.). **Psicología social**. Madrid: McGraw-Hill, 1994. p. 577).

⁴⁰⁵ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 23. FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicología social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 353; BROWN, Roger. **Psicología social**. Trad. Francisco González Aramburu y Jesús Morales. México: Siglo XXI editores, s. a., 1972. p. 617; LIMA, Luísa Pedrosa de. Atitudes: estrutura e mudança. In: VALA, Jorge; MONTEIRO, Maria Benedicta (coord.). **Psicología social**. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 206; BRAGHIROLI, Elaine Maria; PEREIRA, Siloé; RIZZON, Luiz Antônio. **Temas de psicología social**. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 85; MICHENER, H. Andrew; DeLamater, John D.; MYERS, Daniel J. **Psicología social**. Trad. Eliane Fittipaldi; Suely Sonoe Murai Cuccio. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. p. 182; GOLDSTEIN, Jeffrey H. **Psicología social**. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 111.

⁴⁰⁶ A propósito disso, na síntese de Francisco Morales, Reboloso y Moya “La magnitud de la disonancia producida por dos elementos inconsistentes dependerá de: a) la importancia que tengan los elementos para el sujeto, de tal forma que a mayor importância, mayor disonancia; b) la proporción de elementos disonantes entre si, de tal forma que a mayor número de elementos disonantes em relación con los consonantes, mayor disonancia; y c) la semejanza existente entre elementos, ya que cuanto mayor sea la semejanza o el solapamiento cognitivo, se pronostica una disonancia menor.” (FRANCISCO MORALES, J.; REBOLLOSO, Enrique; MOYA, Miguel. Teorías de la consistencia y de la disonancia. In: FRANCISCO MORALES, J. (coord.). **Psicología social**. Madrid: McGraw-Hill, 1994. p. 578). Para melhor compreender essa questão, considere-se o seguinte exemplo, trazido pelos mesmos autores: “si una persona puede sentir disonancia cuando elige entre dos pares de zapatos o cuando lo hace entre un par de ofertas de empleo, seguro que, por su relevancia, la disonancia será mayor en este último caso que en el primero. Por otra parte, si una de las ofertas conllevara trabajar lejos de la ciudad, con personas desconocidas y recibir como salario una gran cantidad de dinero, en tanto que la outra implicara trabajar cerca de la ciudad, con personas conocidas y recibir poco dinero, obviamente las dos situaciones de elección producirían disonancia. Sin embargo, una tercera alternativa que ofreciera trabajar lejos de casa, con personas conocidas y recibiendo un salario

Além disso, no âmbito das ações contraditórias a eventuais crenças e opiniões, se estará levando em consideração somente ações *voluntárias*, ao passo que dificilmente haverá dissonância cognitiva quando a conduta incoerente com a cognição se der de forma obrigatória, por meio de um constrangimento físico, por exemplo.⁴⁰⁷ “O indivíduo deve sentir que está desempenhando o ato de sua própria vontade ou não experimentará dissonância alguma.”⁴⁰⁸

Havendo dúvida sobre *a ocorrência* de tais situações desconfortáveis em seres ditos *racionais*, e *seus respectivos motivos*, basta se pensar que não necessariamente se está diante de um fenômeno cognitivo *voluntário* (que possa ser evitado). Pelo contrário, é no plano do *involuntário* que as *incoerências* acabam imperando, haja vista não se poder controlar, no mundo *real* (repita-se, imprevisível - como já se viu),⁴⁰⁹ todas as informações que chegam aos ouvidos das pessoas (muitas vezes contrariando o que acreditam), ou se prever todos os eventos naturais que podem suceder e eventualmente poderão contrariar os conhecimentos humanos anteriores.⁴¹⁰ Ademais, ainda que nada *de novo ou imprevisto* ocorra, pouquíssimas coisas são totalmente pretas ou totalmente

acceptable causaría menos disonancia debido a la proporción menor de elementos disonantes. Y qué duda cabe que si la alternativa incluyera trabajar cerca de casa, con amigos, y recibiendo un salario elevado, no se produciría disonancia al ser nula proporción de elementos disonantes (total solapamiento cognitivo).” (FRANCISCO MORALES, J.; REBOLLOSO, Enrique; MOYA, Miguel. Teorías de la consistencia y de la disonancia. In: FRANCISCO MORALES, J. (coord.). **Psicología social**. Madrid: McGraw-Hill, 1994. p. 578).

⁴⁰⁷ “Um fator particularmente importante é a percepção do indivíduo de estar ou não desempenhando uma tarefa voluntariamente. Se ele for forçado a assumir um comportamento, pouca dissonância resultará, por muito discrepante que esse comportamento possa ser em relação às suas atitudes. Se não dispuser absolutamente de opção – se for fisicamente obrigado a desempenhar um ato – nenhuma dissonância será provocada. (Isto é equivalente ao efeito da escolha numa situação de tomada de decisão.” (FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 371).

⁴⁰⁸ FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 371. “Si el individuo no tiene opción al proceder de un modo que se opone a sus creencias anteriores, no siente la necesidad de cambiar sus actitudes respecto a tal proceder, pero si opta libremente por tal acción se crea una disonancia y siente cierta presión para reducirla.” (LINDGREN, Henry Clay. **Introducción a la psicología social**. 2ª ed. Trad. Nuria Parés; María Inés de Salas. México: Editorial Trillas, 1978. p. 154).

⁴⁰⁹ Vide tópico 1.3.

⁴¹⁰ “Novos eventos podem acontecer ou novas informações tornar-se conhecidas a uma pessoa, criando pelo menos uma dissonância momentânea com conhecimentos, opiniões ou cognições existentes a respeito do comportamento. Como uma pessoa não tem completo e perfeito controle sobre a informação que lhe chega e sobre os acontecimentos que podem ter lugar em seu meio, tais dissonâncias são suscetíveis de ocorrer com facilidade. Assim, por exemplo, uma pessoa poderá organizar um piquenique com absoluta confiança em que o tempo será quente e ensolarado. Não obstante, pouco antes de se preparar para sair começa a chover. O conhecimento de que agora está chovendo é dissonante com sua confiança num dia ensolarado quando planejou a ida a um piquenique. Ou, como outro exemplo, uma pessoa que está inteiramente certa de seu conhecimento de que as transmissões automáticas nos automóveis são ineficazes pode acidentalmente deparar com um artigo que elogia as transmissões automáticas. Uma vez mais, cria-se uma dissonância momentânea, pelo menos.” (FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 14).

brancas, totalmente boas ou totalmente ruins, para que se possa nitidamente chegar a um juízo definitivo, sem ter de enfrentar algum tipo de contradição.⁴¹¹ Por isso, “desgraciadamente, la disonancia cognitiva es una experiencia muy comun”.⁴¹²

Feitas tais ponderações, pode-se avançar ao exame dos principais processos cognitivo-comportamentais reflexos de tal *dissonância*, correspondentes a tentativa de retomada do *estado de coerência* entre as cognições do indivíduo, que preponderante. Para melhor compreendê-los, serão divididos *quatro*, mesmo que alguns possuam certa proximidade prática com outros. São eles: (1) *mudança de elementos cognitivos dissonantes*; (2) *desvalorização de elementos cognitivos dissonantes*; (3) *adição de novos elementos cognitivos consonantes com a cognição existente*; e, (4) *evitação ativa do aumento desses elementos dissonantes*.⁴¹³

⁴¹¹ “Mesmo na ausência de novos e imprevistos acontecimentos ou dados informativos, a existência de dissonância é, indubitavelmente, uma condição cotidiana. Muito poucas coisas são totalmente pretas ou totalmente brancas; raras situações são suficientemente nítidas para que as opiniões ou condutas não sejam, em certa medida, uma mistura de contradições. Assim, um fazendeiro do Centro-Oeste americano que é republicano poder-se-á opor à posição do seu partido no tocante aos subsídios no preço de produtos agrícolas; uma pessoa que quer comprar um novo automóvel poderá preferir a economia de um determinado modelo, mas as linhas de outro; uma pessoa prestes a decidir sobre a melhor forma de investir o seu dinheiro pode saber que o resultado do seu investimento depende de condições econômicas fora de seu controle. Quando se impõe formar uma opinião ou tomar uma decisão, certa dissonância é quase inevitavelmente criada entre a cognição da ação empreendida e aquelas opiniões ou conhecimentos que tendem a apontar para uma ação diferente.” FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 14.

⁴¹² BARON, Roberta A; BYRNE, Donn. **Psicología social**. 8ª ed. Trad. Montserrat Ventosa; Blanca de Carreras; Dolores Ruiz; Genoveva Martín; Adriana Aubert; Marta Escardó. Madrid: Prentice Hall Iberia, 1998. p. 162.

⁴¹³ Deve-se registrar que o autor não distingue dos demais o quarto processo acima elencado (evitação), consignando apenas os três primeiros. Entretanto, optou-se por tal classificação para facilitar a compreensão do sistema como um todo. (FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 232). Na mesma esteira de Festinger, referem Baron y Birne que: “La teoría plantea que cuando experimentamos este estado nos sentimos motivados a evitarlo. ¿Cómo podemos lograrlo? Se plantean tres mecanismos. Primero, podemos cambiar nuestra actitud o comportamiento de modo que sean más coherentes el uno con el otro. [...] Segundo, podemos adquirir nueva información que apoye nuestra actitud o nuestro comportamiento. [...] Tercero, podemos decidir que la incoherencia en definitiva no importa; en otras palabras, podemos caer en la trivialización, llegando a la conclusión de que las actitudes o comportamientos en cuestión no son importantes, de modo que cualquier incoherencia entre ellas es insignificante [...]” (BARON, Roberta A; BYRNE, Donn. **Psicología social**. 8ª ed. Trad. Montserrat Ventosa; Blanca de Carreras; Dolores Ruiz; Genoveva Martín; Adriana Aubert; Marta Escardó. Madrid: Prentice Hall Iberia, 1998. p. 162). Em idêntico sentido: FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicología social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 356; FRANCISCO MORALES, J.; REBOLLOSO, Enrique; MOYA, Miguel. Teorías de la consistencia y de la disonancia. In: FRANCISCO MORALES, J. (coord.). **Psicología social**. Madrid: McGraw-Hill, 1994. p. 578-579. GOLDSTEIN, LINDGREN, Henry Clay. **Introducción a la psicología social**. 2 ed. Trad. Nuria Parés; María Inés de Salas. México: Editorial Trillas, 1978. p. 154; Jeffrey H. **Psicología social**. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 111; BRAGHIROLI, Elaine Maria; PEREIRA, Siloé; RIZZON, Luiz Antônio. **Temas de psicología social**. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 85. Há também quem divida os processos redutores de dissonância em dois, quais sejam a diminuição do número ou da importância dos

2.1.1 Mudança de Elementos Cognitivos Dissonantes, Desvalorização de Elementos Cognitivos Dissonantes e Adição de Elementos Cognitivos Consonantes com a Cognição Existente

O primeiro processo (*mudança de elementos cognitivos dissonantes*), cujo nome já esclarece, pode ser facilmente explicado com o mesmo exemplo do sujeito fumante, anteriormente mencionado.⁴¹⁴ Havendo *dissonância* entre fumar (ação) e o conhecimento de que essa prática é nociva à saúde (cognição), pode-se simplesmente abrir mão dessa conduta (leia-se parar de fumar), modificando-se o comportamento (*e os elementos cognitivos que o sustentam*) em prol da coerência com a cognição existente que refuta tal atividade.⁴¹⁵ Trata-se da harmonização entre a cognição e a ação por meio da mudança desta última, resultando na eliminação do estado de dissonância anterior.⁴¹⁶

Elliot, Fried e Stone conduziram uma pesquisa valorosa nessa perspectiva, que merece ser registrada.⁴¹⁷ Nesta, num primeiro momento se solicitou a estudantes universitários com vida sexual ativa que fizessem uma lista de vantagens do uso de

argumentos dissonantes e o aumento do número ou da importância dos argumentos consonantes (LIMA, Luísa Pedrosa de. *Atitudes: estrutura e mudança*. In: VALA, Jorge; MONTEIRO, Maria Benedicta (coord.). **Psicologia social**. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 206-207).

⁴¹⁴ Lembrando que os exemplos são apenas ilustrativos, não se considerando a complexidade particular das situações.

⁴¹⁵ ARONSON, Elliot. **O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano**. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA. 1979. p. 102.

⁴¹⁶ “[...] primero, podemos cambiar nuestra actitud o comportamiento de modo que sean más coherentes el uno con el outro.” (BARON, Roberta A; BYRNE, Donn. **Psicología social**. 8ª ed. Trad. Montserrat Ventosa; Blanca de Carreras; Dolores Ruiz; Genoveva Martín; Adriana Aubert; Marta Escardó. Madrid: Prentice Hall Iberia, 1998. p. 162). Destaca-se, nesse particular, que Festinger subdivide as mudanças de elementos cognitivos em *comportamentais* e *ambientais*, sendo a primeira referente ao exemplo que acima se deu (mudança de ação ou convicção, portanto); e a segunda concernente ao meio ambiente, quando possível. Para ilustrar ambas, pense-se na pessoa que se programa para um piquenique em determinado dia cuja previsão afirma estar tempo agradável. Chegado o dia, ao contrário, a chuva não dá tréguas. Note-se, que a cognição de que o tempo estaria agradável é dissonante ao clima real. Assim, no âmbito das mudanças aqui estudadas, poder-se-ia desistir do programa, modificando sua ação para adequá-la a cognição agora existente, ou fazer cessar a chuva (o que impossível), e manter o passeio, modificando-se o meio ambiente, para também se alcançar a correlação. Notadamente, a segunda possibilidade, diferentemente da primeira, é (para além do exemplo impossível) extremamente remota, razão pela qual não será aprofundada. (FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 26-27).

⁴¹⁷ ARONSON, E.; FRIED, C.; STONE, J. Overcoming denial and increasing the intention to use condoms through the induction of hypocrisy. **American Journal of Public Health**, 81. p. 1.636-1.638, 1991. Também em: BARON, Roberta A; BYRNE, Donn. **Psicología social**. 8ª ed. Trad. Montserrat Ventosa; Blanca de Carreras; Dolores Ruiz; Genoveva Martín; Adriana Aubert; Marta Escardó. Madrid: Prentice Hall Iberia, 1998. p. 169-170. RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 107.

preservativos nas relações sexuais. Após, pediu-se que relatassem tais vantagens em frente a uma câmera, para que o vídeo fosse mostrado a outros estudantes. Metade dos participantes foi instruída a lembrar-se de ocasiões em que efetivamente tiveram relações sexuais e a outra metade foi dispensada das recordações. A hipótese dos pesquisadores era de que haveria maior *dissonância cognitiva* naqueles orientados a lembrarem de situações reais possivelmente contrárias aquilo que estavam dizendo (fator hipocrisia), o que acarretaria no uso de preservativos em relações futuras (*mudança de ação e dos elementos cognitivos que a sustentam*) para reduzi-la. Ao final, os dados confirmaram a hipótese. Questionando-se os participantes da pesquisa três meses depois da gravação dos vídeos sobre a utilização e compra de preservativos, chegou-se à conclusão de que aqueles que se imaginou possuírem maior dissonância foram justamente os que passaram a comprá-la e utilizá-la com mais frequência.⁴¹⁸

O segundo (*desvalorização de elementos cognitivos dissonantes*), igualmente pode ser entendido a partir da experiência da pessoa que tem o hábito de fumar; todavia, a mudança, desta vez, não será na ação, e sim no grau de importância e credibilidade dado aos elementos dissonantes a ela. Com efeito, poder-se-ia supor, *exempli gratia*, que os estudos acerca das implicações da nicotina no corpo são frágeis e mal fundamentados ou que não se podem evitar todos os eventos perigosos da vida.⁴¹⁹ Ou, pode-se dar enfoque na crença de que na verdade fuma-se pouco, cigarros de baixo teor de nicotina, nunca em jejum, etc., circunstâncias que também diminuem a importância do comportamento dissonante.⁴²⁰ Suma, há a desvalorização dos elementos cognitivos dissonantes, até que se torne mínimo o valor que se lhe atribui, retomando-se a consonância cognitiva.⁴²¹

⁴¹⁸ Com base nos resultados obtidos, sugerem, então, os pesquisadores, que seja utilizada essa “técnica da hipocrisia” para se trabalhar a educação sexual ou prevenção de AIDS nas escolas. “The hypocrisy technique can easily be applied to most secondary school classes on sex education or AIDS prevention. Based on our results, we suggest that lectures be supplemented by small group discussions in which each student is induced to make a public attempt to persuade others about the importance of safe sex and, subsequently, to acknowledge his or her past laxity.” (ARONSON, E.; FRIED, C.; STONE, J. Overcoming denial and increasing the intention to use condoms through the induction of hypocrisy. **American Journal of Public Health**, 81. p. 1.636-1.638, 1991.

⁴¹⁹ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 12; ARONSON, Elliot. **O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano**. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA. 1979. p. 102.

⁴²⁰ BRAGHIROLI, Elaine Maria; PEREIRA, Siloé; RIZZON, Luiz Antônio. **Temas de psicologia social**. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 86.

⁴²¹ Tal processo é apresentado por Roberta Baron e Donn Byrne como “trivialización”. Os autores, entretanto, não o relacionam à *desvalorização* que Festinger desenvolveu, referindo que somente fora descoberto em 1995, por Greenberg y Brehm (BARON, Roberta A; BYRNE, Donn. **Psicología social**. 8ª ed. Trad. Montserrat Ventosa; Blanca de Carreras; Dolores Ruiz; Genoveva Martín; Adriana Aubert; Marta Escardó. Madrid: Prentice Hall Iberia, 1998. p. 165).

Bernd Schünemann, amparando-se na doutrina do psicólogo alemão Martin Irlé acerca dos estudos de Festinger sobre a teoria em apreço, traduz tal processo redutor de dissonância como “efeito inércia ou perseverança”, que se constitui da superestimacão, no indivíduo, das hipóteses (cognições) pré-concebidas, em detrimento daquelas não levadas em consideração até então (desconhecidas) e/ou contraditórias a estas.⁴²²

O terceiro processo, por sua vez, constitui-se da *busca voluntária por informações consonantes com a cognição pré-existente*.⁴²³ Assim, estando presente a dissonância, o indivíduo, sob efeito da pressão para retomar sua coerência cognitiva interior, buscará novos conhecimentos (informações em geral, estudos, pesquisas, entre outros) que sejam consonantes com seus elementos cognitivos contrariados.⁴²⁴ No que concerne ao exemplo dos fumantes, “las personas que fuman podrían buscar pruebas tales como que los efectos dañinos de este hábito son mínimos o por lo menos no mortales.”⁴²⁵

É o que Schünemann (repita-se, com base nas lições de Irlé) tratou por “*princípio da busca seletiva de informações*”, atribuindo-lhe a responsabilidade pelo impulso, no indivíduo possuidor de dissonância cognitiva, de procurar predominantemente informações que confirmem suas hipóteses (cognições) prévias

⁴²² “Segundo a teoria da dissonância cognitiva, formulada por *Festinger*, na versão de Irlé, toda pessoa procura um equilíbrio em seu sistema cognitivo, isto é, uma relação não contraditória entre seu conhecimento e suas opiniões. No caso de uma dissonância cognitiva, surge para o sujeito um motivo no sentido de reduzi-la e de restaurar a consonância, isto é, de fazer desaparecer as contradições. Disso decorrem, principalmente, dois efeitos: por um lado segundo o *chamado efeito inércia ou perseverança* (mecanismo de auto-confirmação de hipóteses), as informações que confirmam uma hipótese que, em algum momento anterior fora considerada correta, são sistematicamente superestimadas, enquanto as informações contrárias são sistematicamente menosprezadas.” (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 208).

⁴²³ Embora existam *outros* métodos de adição de elementos cognitivos, como o apoio social, por exemplo, tanto com pessoas de mesma opinião quanto influenciando pessoas de opiniões diversas, o presente estudo está voltado a um propósito específico para o qual somente interessa, nesse ponto, o processo acima desenvolvido. De toda sorte, indica-se a leitura das páginas 161-228, da obra “FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975”, para aprofundar essa questão.

⁴²⁴ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 127. “A partir do princípio geral da teoria da dissonância, as pessoas tendem a buscar situações e informações que são consonantes com as atitudes já existentes e evitar aquelas que produzem dissonância. Assim, por exemplo, se alguém tem uma atitude favorável ao governo atual, será mais receptivo e se exporá mais às informações que trazem apoio às suas convicções de que este é um bom governo do que àquelas que dizem o contrário.” (BRAGHIROLI, Elaine Maria; PEREIRA, Siloé; RIZZON, Luiz Antônio. **Temas de psicologia social**. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 89). Também em: GOLDSTEIN, Jeffrey H. **Psicologia social**. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 111-112.

⁴²⁵ BARON, Roberta A; BYRNE, Donn. **Psicología social**. 8ª ed. Trad. Montserrat Ventosa; Blanca de Carreras; Dolores Ruiz; Genoveva Martín; Adriana Aubert; Marta Escardó. Madrid: Prentice Hall Iberia, 1998. p. 162. Com isso, se está, em verdade, mesclando a *desvalorização* antes mencionada, com a *adição de novas informações*.

(redundantes),⁴²⁶ ou que sejam dissonantes, mas facilmente refutadas, “de modo que elas acabem tendo um efeito igualmente confirmador”.⁴²⁷⁻⁴²⁸

Interessante, aqui, trazer à baila a pesquisa feita por Danuta Elrich, Isaiah Guttman, Peter Schönbach e Judson Mills, que investigou sujeitos que possuíam cognições favoráveis a dois veículos automotores diferentes e teriam de escolher um deles para aquisição. Nesta, os autores concluíram que após a tomada de decisão (cenário de dissonância pós-decisória),⁴²⁹ os compradores passavam naturalmente a se interessar por anúncios que exploravam as virtudes do carro que tinham comprado, de forma a maximizarem a opção escolhida em detrimento da outra, reduzindo-se a dissonância produzida pelos elementos cognitivos favoráveis ao veículo deixado de lado, após a compra.⁴³⁰ Outro estudo pertinente, que merece ser mencionado, é relatado por Lazarsfeld sobre os reflexos de uma série de programas educativos (transmitidos via rádio) com os quais se objetivava promover a tolerância entre as diversas nacionalidades

⁴²⁶ O autor trata tais cognições confirmadoras por *redundantes*.

⁴²⁷ “Por outro lado, segundo o *princípio da busca seletiva de informações*, procuram-se, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que, em algum momento prévio, fora aceita (<<acolhida pelo ego>>), tratem-se elas de informações consonantes, ou de informações dissonantes, desde que, contudo, sejam facilmente refutáveis, de modo que elas acabem tendo um efeito igualmente confirmador.” (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 208).

⁴²⁸ Como se percebe, tal lógica muito se assemelha ao que há tempo sustenta Franco Cordero sobre *il primato dell'ipotesi sui fatti*, cenário que origina os denominados *quadri mentali paranoidi*. (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986. p. 51). No dizer de Jacinto Coutinho: “abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade de crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 26-51, jul. 2001. p. 37).

⁴²⁹ A qual, por ser específica (pós-decisória), será aprofundada oportunamente.

⁴³⁰ No sumário da pesquisa, assim restou consignado: “Readership of auto advertising by new and old car owners was investigated in order to test some predictions of Festinger's theory of dissonance concerning selective exposure to information following decisions. It was found that new car owners read advertisements of their own car more often than of cars they considered but did not buy and other cars not involved in the choice. These selective tendencies in readership were much less pronounced among old car owners. This finding supports the theoretical derivation that persons in general seek out consonant or supporting information after an important decision in an attempt to reduce dissonance resulting from it.” (ERLICH, Danuta; GUTTMAN, Isaiah; SCHONBACH, Peter; MILLS, Judson. Post-decision exposure to relevant information. **The journal of abnormal and social psychology**. Boston, v. 54, p. 98-102, mar., 1957. p. 102). Jeffrey Goldstein esclarece, acerca desta pesquisa, que apesar da mesma ter logrado êxito em comprovar a busca ativa por cognições consonantes, o mesmo não ocorreu em relação à evitação de conhecimentos dissonantes. A razão para isso, explica, é que dificilmente será possível precisar se a opção por uma informação em detrimento de outra, se deu por evitação de certas informações ou simplesmente pela busca de informações. “Por exemplo, suponhamos que você é solicitado a fazer uma escolha entre um panfleto intitulado “Como deixar de fumar” e um que se chama “Como ter mais prazer com o seu cigarro”. Seria impossível um pesquisador determinar se você escolhe um desses folhetos, e não outro, porque você está buscando informações ou porque você queria evitar certas informações.” Além disso, as pessoas podem simplesmente buscar informações dissonantes para refutá-las. (GOLDSTEIN, Jeffrey H. **Psicologia social**. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 111-112).

que residiam em solo norte-americano. Nestes, havia sucessivos capítulos que atestavam a contribuição de cada nacionalidade para a cultura dos Estados Unidos. A audiência, todavia, não correspondeu as expectativas de promoção da tolerância, posto que os ouvintes interessavam-se tão somente nos programas em que estavam sendo elogiados ou que falavam de um país que eles já haviam aprovado. Apesar de não ser um estudo inequívoco a respeito da técnica em questão, é certamente compatível com a hipótese da busca ativa de informações para reduzir a dissonância, já que os membros de grupos nacionais minoritários possivelmente possuem diversos elementos cognitivos em dissonância decorrentes desse contexto.⁴³¹

De qualquer sorte, há mais a ser dito acerca desse processo. Afinal, ainda que a adição de elementos cognitivos *consonantes* a cognição já existente (por meio da exposição voluntária a novas informações congruentes) seja a regra, inúmeras vezes o contato com elementos *dissonantes* é inevitável, *forçado* (situação que pode ocorrer tanto na busca frustrada por elementos cognitivos consonantes - casos em que a fonte aparentava trazer um conteúdo e apresentava, de fato, outro - quanto em situações envolvendo a sugestão de terceiros - quando de forma voluntária ou não, transmitem uma informação contrária a que se está procurando), ensejando técnicas diferentes das até aqui observadas, a fim de obstaculizar a incorporação da dissonância. São elas: a *percepção errônea*, a *invalidação* e o *esquecimento seletivo*,⁴³² as quais serão examinadas rapidamente.

2.1.1.1 Contato Forçado com Cognições Dissonantes e as Técnicas da Percepção Errônea, da Invalidação e do Esquecimento Seletivo

A *percepção errônea* mostra-se, talvez, como a mais espontânea técnica de lidar com a introdução *forçada* de dissonância. Lastreada no fato de que as pessoas tendem sempre a interpretar as informações de modo a ajustá-las àquilo que já acreditam,⁴³³ advoga fundamentalmente que a informação incongruente a cognição pré-existente jamais é absorvida sem a tentativa (involuntária) de, distorcendo seu significado, torná-la congruente.

⁴³¹ LAZARFELD *apud* FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 133-134.

⁴³² FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 137-143.

⁴³³ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 137.

A negação de validade (*invalidação*), por sua vez, baseia-se na máxima de que toda regra possui exceção. Nesta, utilizada precipuamente quando a informação é aberta e sem margem para distorção de significado (o que daria margem à técnica anterior), embora se aceite o princípio geral da informação, invalida-se o elemento cognitivo dissonante a partir da sua redução a casos intimamente particulares (exceções) que não sejam compatíveis.

Tal técnica, aliás, está exemplificada na pesquisa realizada pelo *Minnesota Poll Institute*, em fevereiro de 1954,⁴³⁴ que coletou a opinião de inúmeros americanos acerca da comprovação ou não do vínculo entre o cigarro e o câncer de pulmão, após a disseminação massiva do assunto em jornais e revistas locais. O resultado indicou que enquanto a opinião dos não-fumantes aparecia dividida entre estar provado ou não (29% sim, 55% não e 16% não opinaram), a dos fumantes inveterados foi quase unânime em negar a comprovação (86% não, 7% sim e 7% não opinaram). É bem verdade, que não se precisaram os motivos concretos de cada indivíduo para não crer no estudo, entretanto, os números deixam clara a tendência das pessoas a rejeitarem (invalidarem) informações que produzem dissonância cognitiva, o que por hora é suficiente.

A técnica do *esquecimento seletivo*, por derradeiro, parte da premissa de que há uma pré-disposição no indivíduo a esquecer os elementos cognitivos dissonantes.⁴³⁵ Um experimento que mostra isso de maneira satisfatória, relacionando a memória com o ego, foi desenvolvido por Richard Wallen e, resumidamente, desenvolveu-se da seguinte forma: sujeitos foram convidados a indicar em uma lista de 40 adjetivos, quais os descreviam e quais não. Uma semana depois, a lista lhes era devolvida, constando uma impressão alheia (manipulada) sobre os adjetivos que lhes eram adequados e inadequados (concordando 50% e discordando os outros 50%). Após 48h, foram então convocados a recordar as classificações fictícias, que eram 50% dissonantes às convicções pessoais. O resultado mostrou que enquanto o esquecimento dos adjetivos que produziram dissonância foi de aproximadamente 25%, o dos demais (consonantes) foi de apenas 15%.⁴³⁶ Ou seja, deixando-se transcorrer suficiente lapso temporal, o esquecimento seletivo também opera como redutor de dissonância.

⁴³⁴ MINNESOTA POLL INSTITUTE *apud* FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 141.

⁴³⁵ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 143.

⁴³⁶ Apesar da pesquisa de Wallen investigar a relação do *ego* (e não da teoria da dissonância cognitiva) com a memorização ou esquecimento de determinados adjetivos verdadeiramente e falsamente atribuídos a alguém, os resultados vão ao encontro do que prevê Festinger com o esquecimento

Dito isso, está explorado o que há de essencial na *adição voluntária de novos elementos cognitivos consonantes* para redução de dissonância, inclusive, nas hipóteses de *contato forçado com cognições dissonantes*. Sendo assim, resta apenas tratar do processo de evitação ativa do aumento de dissonância cognitiva, o que então se passa a ver.

2.1.2 Evitação Ativa do Aumento de Elementos Cognitivos Dissonantes

Derradeiramente, como quarto processo a ser analisado, a *evitação ativa do aumento de dissonância cognitiva* não deixa de ser uma fase antecedente aos procedimentos que se acabou de apreciar. Afinal, somente estando frustrado o processo de evitação, é que sobrevirão os mecanismos de defesa contra a absorção da dissonância oriunda do contato forçado com elementos contraditórios.

Enfim, o que deve ser aqui destacado é simples e de fácil compreensão: se há uma pressão intensa para se reduzir ou eliminar a dissonância existente, evidente que concomitantemente a isso haverá também um processo de evitação do seu aumento, caracterizado pela fuga ativa de contato com elementos possivelmente dissonantes.⁴³⁷ Até porque, não seria lógico lutar pela diminuição de alguma coisa e ao mesmo tempo permitir que ela se multiplicasse. Assim, quando nos encontramos em tal situação, “surge uma força em direção a evitar um aumento da dissonância daí decorrente, a reduzir essa dissonância e até, se possível, eliminá-la totalmente”.⁴³⁸ E basta.

Eis um panorama da teoria da dissonância cognitiva. Importante, antes de se prosseguir, se fazer uma breve recapitulação do que já se viu.

Partindo-se, então, do princípio de que todos buscam um *estado interior de consonância* (coerência) entre os conhecimentos que possuem (cognições), a teoria da

seletivo, servindo perfeitamente para ilustrar essa questão. Observe-se, a propósito, o exame de tais resultados, nas palavras do pesquisador: “Table 6 shows that under these conditions the recall of desirable ratings is much more accurate than the recall of undesirable ratings. This is the first evidence in our work that something similar to repressive forgetting does occur. More important, however, is the fact that this kind of forgetting is not indicated by the three remaining comparisons. Such a state of affairs points to the possibility that special conditions may be requisites for repressive forgetting. On the basis of the analysis of Table 6 one may guess that one condition depends on the attitude of the individual toward the pleasant or unpleasant material. If the individual agrees with or accepts the unpleasant material, then rapid and complete forgetting of this material may not take place.” (WALLEN, Richard. Ego-involvement as a determinant of selective forgetting. **The journal of abnormal and social psychology**. Boston, v. 37, p. 20-39, 1942. p. 31).

⁴³⁷ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 35.

⁴³⁸ RODRIGUES, Aroldo. **Aplicações da psicologia social: à escola, à clínica, às organizações, à ação comunitária**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1983. p. 79.

dissonância cognitiva explica, em suma, que a presença de dissonância (incoerência) entre cognições, inevitavelmente origina pressões (conforme sua magnitude) para sua redução e evitação do seu aumento, visando a retomada daquele *estado “harmonioso”*.

Dividida em quatro processos principais (*mudança de elementos cognitivos envolvidos em relações dissonantes; desvalorização de elementos cognitivos envolvidos em relações dissonantes; adição de novos elementos cognitivos que sejam consonantes com a cognição existente; e, evitação ativa do aumento desses elementos dissonantes*), e três técnicas específicas para os casos de contato *forçado* com cognições dissonantes (*percepção errônea, invalidação e esquecimento seletivo*), sugere, então, como se está inclinado a agir em diversas situações cotidianas.⁴³⁹

É dizer que inexoravelmente os conhecimentos (repita-se, opinião ou convicção sobre si mesmo, comportamento ou meio ambiente) pressupõem correlação quando decorrentes um do outro. Logo, quando há situações de inevitável incoerência entre ambos (frustrada a natural evitação desta circunstância), se age (involuntariamente e voluntariamente) de forma a reduzir ou eliminar essa contradição, a fim de se recuperar o “*status*” de *congruência plena* que tanto é favorável.

Não se pode deixar de notar, à luz de tal teoria, que no âmbito da cognição e do comportamento humano, *crer* que se tem razão (autoconvencer-se disso), é mais importante do que, de fato, a *ter*. Afinal, a preocupação está sempre voltada ao (re)estabelecimento da consonância cognitiva, justificando-se até mesmo a prática de ações estúpidas e aparentemente irracionais.⁴⁴⁰⁻⁴⁴¹

⁴³⁹ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 232-234.

⁴⁴⁰ ARONSON, Elliot. **O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano**. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA. 1979. p. 103.

⁴⁴¹ A respeito disso, veja-se o exemplo (declaradamente exagerado, mas útil) dado por Elliot Aronson também com cigarros. “Suponha que você é vice-presidente de uma grande fábrica de cigarros. Você está colocado numa situação de máximo compromisso com a idéia de fumar cigarros. Seu trabalho consiste em fazer anúncios e vender cigarros para milhões de pessoas. Se é verdade que fumar cigarros dá câncer, então, num certo sentido, você é parcialmente responsável pela morte de um grande número de pessoas. Isso produzirá uma grande dose de dissonância: sua cognição “eu sou um ser humano decente” será dissonante com sua cognição “eu estou contribuindo para a morte prematura de um grande número de pessoas”. Para reduzir essa dissonância você tem que refutar a prova que sugere uma ligação causal entre o cigarro e o câncer. Além disso, a fim de que você se convença de que é uma boa pessoa, de moral inabalável, tem que ir tão longe, para demonstrar que não acredita nas provas, a ponto de fumar muito. Se sua necessidade for grande, você pode até ter êxito no trabalho de convencer a si próprio que o cigarro faz bem. Assim, para você se convencer que é uma pessoa boa, inteligente e correta, pratica uma ação estúpida e prejudicial à sua saúde. Esta análise é tão fantástica que chega a ser quase inacreditável: *quase*.” (ARONSON, Elliot. **O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano**. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA. 1979. p. 104).

Para se aprimorar o conhecimento da teoria em apreço e melhor compreender a sua contribuição para o direito processual penal, impõe-se dar atenção a duas questões específicas que não foram abordadas até o presente momento, mas possuem especial relevância. São elas: a *dissonância pós-decisão* e a *dissonância pós-primeira impressão*.

2.2 A Dissonância Cognitiva Pós-Decisão e o Comprometimento (Fiel e Involuntário) com uma Posição Por Prazo Indeterminado. O Equívoco da Prevenção como Critério de Fixação de Competência

A dissonância pós-decisão também foi estudada por Festinger.⁴⁴² Trata-se, objetivamente, do exame da dissonância cognitiva como consequência *inevitável* da tomada de decisões.⁴⁴³

Para simplificar a questão, recorde-se do exemplo dos sujeitos que estavam em dúvida entre dois automóveis para aquisição, visto ainda há pouco no processo de *adição voluntária de elementos cognitivos consonantes*. Antes de decidirem pelo veículo “A” ou “B”, suponha-se que cada indivíduo possua diversos elementos cognitivos favoráveis a escolha de “A” e “B”, separadamente. Motor, consumo de combustível, design e preço servem de exemplo e parâmetro para a compra. “A” tem o motor mais potente do que “B”, e “B” é superior nos quesitos consumo, design e preço. Ciente de que o sujeito busca sempre coerência *plena* entre sua razão (cognição) e sua ação (comportamento), é possível optar por “A” sem contrariar cognições pré-existent

⁴⁴² Tal autor refere-se ao tema como “dissonância pós-decisória” e o aborda no segundo capítulo da obra “A Theory of Dissonance Cognitive”, por meio do nome “as conseqüências das decisões”.

⁴⁴³ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 40; FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 358; DEUTSCH, Morton; KRAUSS, Robert M. **Teorías en psicología social**. Trad. Silvia Zeigner. Barcelona: Ediciones Paidós, 1980. p. 73. MICHENER, H. Andrew; DeLamater, John D.; MYERS, Daniel J. **Psicologia social**. Trad. Eliane Fittipaldi; Suely Sonoe Murai Cuccio. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. p. 182; GOLDSTEIN, Jeffrey H. **Psicologia social**. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 113. “Como raramente a vida nos oferece (se é que jamais oferece) situações de decisão onde uma das alternativas só tem aspectos positivos e a outra só tem aspectos negativos, pode-se dizer que às decisões que tomamos se segue, inevitavelmente, um estado de dissonância que nos impele a eliminá-la ou, pelo menos, a reduzi-la de intensidade.” (RODRIGUES, Aroldo. **Aplicações da psicologia social: à escola, à clínica, às organizações, à ação comunitária**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1983. p. 80).

(no caso, as que sustentam a decisão por “B”)? Visivelmente não. Por isso, a tomada de uma decisão inevitavelmente enseja a presença de dissonância cognitiva.⁴⁴⁴

Semelhante exemplo, trazido por Johnatan Freedman, Merrill Carlsmith e David Sears, trata da dúvida entre comprar um veículo Ford ou Chevrolet, considerando que o Ford é mais robusto e versátil e o Chevrolet mais atraente e confortável. Nessa situação, optando-se pelo Ford, haverá dissonância entre a decisão (e seus elementos cognitivos sustentadores) e a cognição de que tal veículo é menos atraente que o Chevrolet. O mesmo ocorrerá se a opção for pelo Chevrolet, sabendo-se que é menos robusto e versátil que o Ford. Afinal, isoladamente, as cognições “eu comprei um Ford” e “eu comprei um Chevrolet” são dissonantes, respectivamente, das cognições “o Chevrolet é mais confortável” e “o Ford é mais robusto”. Inevitável, portanto, a presença de dissonância cognitiva quando duas alternativas têm aspectos favoráveis e se deve optar por uma.⁴⁴⁵

Dito de outro modo, “Após a decisão, todos os bons aspectos da alternativa preterida e todos os maus aspectos da alternativa adotada são dissonantes em relação ao que se decidiu.”⁴⁴⁶ Assim, “La disonancia posterior a la decisión surge [...] porque la

⁴⁴⁴ Cabe sublinhar que a exceção a essa regra não foi considerada nos exemplos e ensinamentos trazidos, eis que nada contribui para o objetivo central do estudo. É o caso do sujeito que deve optar pelo recebimento de R\$4,99 ou R\$5,00, por exemplo. Nessa circunstância, possivelmente todos os elementos cognitivos favoráveis a escolha da primeira opção (quatro reais e noventa e nove centavos) também estão presentes na segunda (cinco reais), sendo, pois, improvável a ocorrência de dissonância pós-decisória.

⁴⁴⁵ “Vamos supor que uma pessoa está comprando um carro e procura decidir entre um Chevrolet e um Ford. Na opinião dessa pessoa, os fatores mais importantes são que o Ford é mais versátil e robusto, ao passo que o Chevrolet é mais atraente e confortável. Nessas circunstâncias, seja qual for o carro escolhido, algumas dissonâncias ocorrerão. Se decidir comprar um Ford, a sua decisão é dissonante com o conhecimento de que o carro é menos confortável e menos atraente do que o Chevrolet. Consideradas isoladamente, a cognição “O Chevrolet é mais confortável” é dissonante da cognição “Eu comprei um Ford”. Alternativamente, se a pessoa compra um Chevrolet, a sua decisão é dissonante do conhecimento de que o Ford é mais versátil e mais robusto. Sempre que tomamos uma decisão em que ambas as alternativas têm algo a seu favor, a dissonância é provocada pela nossa escolha.” (FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 359). Para ratificar a questão, veja-se um último exemplo com veículos, dado por Jeffrey Goldstein. “Suponhamos que Les Brayns vai comprar um carro novo e limitou a escolha entre um Ford e um Chevy. Aprecia a facilidade de dirigir e o menor consumo de gasolina do Ford e a beleza das linhas e o dinamismo do Chevy. Depois de muita deliberação, Les decide comprar o Chevy e faz um pagamento inicial ao vendedor do carro. No momento em que Les toma sua decisão, cria-se a dissonância. Escolheu um Chevy, que contém alguns aspectos de que não gosta, e rejeitou um Ford, que contém alguns aspectos de que ele gosta. Ambos os conjuntos de cognições produzem dissonância.” (GOLDSTEIN, Jeffrey H. **Psicologia social**. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 113).

⁴⁴⁶ FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 359. “Seja qual for a decisão, a dissonância será gerada em seguida, pois todos os aspectos negativos da alternativa escolhida e todos os aspectos positivos da alternativa rejeitada são dissonantes com a decisão tomada.” (BRAGHIROLI, Elaine

decisión a favor de la alternativa elegida se opone a las creencias en favor de la(s) alternativa(s) no elegida(s).⁴⁴⁷ Com efeito, também é consequência da tomada de uma decisão, o surgimento de uma *pressão para redução e evitação do aumento* da dissonância gerada, desencadeando-se novos procedimentos cognitivo-comportamentais com essa finalidade, que diga-se de passagem, acabam demonstrando que há uma espécie de *compromisso psicológico* com a decisão tomada.

Malgrado sejam semelhantes aos que já se conhece,⁴⁴⁸ tais procedimentos possuem peculiaridades, merecendo atenção especial. Identificados como (a) *mudança ou revogação da decisão*; (b) *primazia da cognição favorável a decisão*; e, (c) *sobreposição cognitiva entre as alternativas envolvidas na escolha*; desempenham o mesmo papel de todos os processos e técnicas vistos até agora: reduzir a dissonância cognitiva existente e evitar seu aumento.⁴⁴⁹

A *mudança ou revogação da decisão* assemelha-se a transformação de comportamento já analisada; contudo, além de nem sempre ser possível revogar uma decisão, por vezes a simples modificação não soluciona a inquietude atual, na medida em que se tem apenas a *substituição* dos elementos cognitivos contrariados, daqueles opostos a decisão tomada para os que a apoiavam. Em virtude disso, o que acaba por surtir mais efeito é a modificação ou revogação *psicológica* da decisão, na qual se admitindo internamente que a escolha foi errada ou de que na realidade não é exclusivamente sua a responsabilidade pela mesma (comum responsabilização alheia), o resultado alcançado pode ser perfeitamente satisfatório.⁴⁵⁰⁻⁴⁵¹ Veja-se, que tal processo (leia-se único que atua no sentido contrário da decisão tomada) encontra dificuldades em si mesmo, servindo, desde logo, de explicação para a tendência *confirmatória das decisões*, que se vê desenvolvida nos demais.

Maria; PEREIRA, Siloé; RIZZON, Luiz Antônio. **Temas de psicologia social**. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 86).

⁴⁴⁷ DEUTSCH, Morton; KRAUSS, Robert M. **Teorías en psicología social**. Trad. Silvia Zeigner. Barcelona: Ediciones Paidós, 1980. p. 73.

⁴⁴⁸ Havendo quem os trate como iguais (BRAGHIROLI, Elaine Maria; PEREIRA, Siloé; RIZZON, Luiz Antônio. **Temas de psicologia social**. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 87).

⁴⁴⁹ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 46.

⁴⁵⁰ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 46.

⁴⁵¹ Até porque, essa *responsabilização alheia* vai ao encontro do que já se viu com Freedman, Carlsmith e Sears, sobre a necessidade de ser voluntária a decisão para que haja dissonância. Consequenetemente, se psicologicamente se atribui a outra pessoa a responsabilidade pela decisão tomada, eximindo-se da mesma, diminuir-se-á a dissonância criada.

A *primazia da cognição favorável a decisão*, aproxima-se tanto do segundo processo antes estudado (desprestígio dos elementos envolvidos em relações dissonantes), acrescentando-se a exaltação dos elementos que fundamentaram a decisão tomada, quanto do terceiro (adição de novos elementos cognitivos consonantes, incidindo-se as técnicas da percepção errônea, da invalidação e do esquecimento seletivo, no caso de contato forçado com informações dissonantes). Aqui, a pessoa espontaneamente amplia a importância dos elementos favoráveis a alternativa escolhida em detrimento dos demais,⁴⁵²⁻⁴⁵³ inclusive se utilizando de novas cognições, se preferir.⁴⁵⁴ Como exemplo, imagine-se o sujeito que recebe dois convites distintos: um para jantar com um amigo e outro para ir ao cinema. Optando pelo primeiro (decisão), as características favoráveis ao segundo produzirão *dissonância*, fazendo com que se passe a exaltar os elementos cognitivos referentes ao jantar (boa companhia, boa comida, boa música, etc), enquanto se reflete aspectos negativos em relação ao segundo programa (filme não atrativo, distância, etc), seja considerando cognições já existentes, seja adicionando novas. Dessa maneira, operar-se-á a redução ou até a eliminação da dissonância existente.⁴⁵⁵ “Portanto, depois de ser tomada uma decisão, há uma tendência para passar a gostar mais daquilo que se escolheu e a gostar menos do que não se escolheu”(!)⁴⁵⁶⁻⁴⁵⁷

⁴⁵² FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 47; MYERS, David G. **Psicología social**. 4ª ed. Trad. Jorge Alberto Velázquez Arrellano. México: McGraw-Hill, 1995. p. 137; ARONSON, Elliot. **O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano**. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA. 1979. p. 114.

⁴⁵³ “Aumentar os atrativos e o valor da alternativa escolhida reduz a dissonância, visto que tudo o que for positivo na escolha é consonante com a decisão tomada. A dissonância também pode ser reduzida se diminuirmos a nossa apreciação da alternativa rejeitada. Quanto menos atraente ela for, menos dissonância será gerada pelo fato de havermos escolhido a outra.” (FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 359).

⁴⁵⁴ Seria, na doutrina de Schünemann, a combinação dos efeitos perseverança e redundância com o princípio da busca seletiva de informações, visando a redução da dissonância pós-decisória.

⁴⁵⁵ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 48.

⁴⁵⁶ FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 359.

⁴⁵⁷ “Ante decisiones simples, este efecto de la decisión que se convierte en creencia puede ocurrir muy rápido. Robert Knox y James Inkster (1968) descubrieron que los apostadores en las carreras de caballos que acababan de apostar su dinero a un caballo se sentían más optimistas acerca de su apuesta que aquellos que apenas estaban a punto de apostar. En los pocos momentos que transcurrieran entre estar formados y alejarse de la ventanilla de apuestas, nada había cambiado – excepto la decisión y los sentimientos de la persona con respecto a Ella -. Los concursantes en juegos de azar de las ferias se sienten más seguros de ganar después de empezar a jugar que antes.” (MYERS, David G. **Psicología social**. 4ª ed. Trad. Jorge Alberto Velázquez Arrellano. México: McGraw-Hill, 1995. p. 137). Também em: GOLDSTEIN, Jeffrey H. **Psicologia social**. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 113.

Tendência, frisa-se, que se for colocada em xeque (contato inesperado/forçado com informações dissonantes a decisão tomada), contará com o apoio das mesmas técnicas vistas no âmbito da *adição de elementos cognitivos consonantes*,⁴⁵⁸ para sua preservação. Um exemplo importante, que a história cuidou de dar e que a manifestação (lembre-se inconsciente) do procedimento em questão – em especial das técnicas da *percepção errônea* e da *invalidação*, acabou sendo responsável por um trágico desfecho, é lembrado por Elliot Aronson e não pode deixar de ser mencionado. Trata-se do massacre dos judeus de Sighet, ocorrido em 1944. Na ocasião, mesmo cientes do risco de serem assassinados a qualquer momento se não fugissem do país, um número expressivo de judeus autoconvenceu-se de que a decisão de ficar onde estavam era a mais acertada (ao invés de fugirem), *distorcendo* e *invalidando* as informações que recebiam acerca da aniquilação que já estava em curso contra seus semelhantes, por meio da crença de que só eram mortos aqueles que violavam a lei. Infelizmente, ao contrário do que se forçaram a crer, o que acabou por acontecer foi a chacina dos judeus que se encontravam naquela pequena cidade da Hungria.⁴⁵⁹

Esse mesmo autor, aliás, ao analisar o conteúdo dos chamados “Pentagon Papers”,⁴⁶⁰ chega a afirmar que o procedimento em voga, aliado as técnicas anteriormente vistas, pode ter sido um importante fator na escalada da guerra do Vietnã.⁴⁶¹ Como exemplo, cita a persistência no bombardeio do Vietnã do Norte, que contrariava provas cruciais da CIA e outras fontes, segundo as quais tal insistência não romperia o espírito de luta do povo vietnamita, mas, ao contrário, reforçaria sua combatividade. Uma vez que a decisão pelo bombardeamento já havia sido tomada, os conselhos posteriores a esta eram distorcidos para que soassem consonantes a cognição que fundamentou a decisão anterior.⁴⁶²

Notadamente, tudo isso apenas reforça a tese de que há um verdadeiro compromisso com as decisões que se toma. E o que é mais preocupante, é que tal engajamento, inclusive, pode ser *provocado gradualmente*.⁴⁶³ É o que demonstra a

⁴⁵⁸ Repita-se, percepção errônea, invalidação e esquecimento seletivo.

⁴⁵⁹ ARONSON, Elliot. **O animal social**: introdução ao estudo do comportamento humano. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA. 1979. p. 111-112.

⁴⁶⁰ Investigação de vários repórteres sobre a guerra do Vietnã publicada no The New York Times

⁴⁶¹ “O processo da distorção cognitiva e da posição seletiva perante uma informação pode ter sido um importante fator na escalada da guerra do Vietnã.” (ARONSON, Elliot. **O animal social**: introdução ao estudo do comportamento humano. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA. 1979. p. 112).

⁴⁶² ARONSON, Elliot. **O animal social**: introdução ao estudo do comportamento humano. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA. 1979. p. 112-113.

⁴⁶³ ARONSON, Elliot. **O animal social**: introdução ao estudo do comportamento humano. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA. 1979. p. 113.

pesquisa de Johnatan Freedman e Scott Fraser.⁴⁶⁴ Nesta, após solicitarem a vários proprietários de imóveis a colocarem em frente às suas casas um cartaz extravagante, no qual se lia “Guie com cuidado” e obterem apenas 17% de aceitação, os pesquisadores convidaram aos que recusaram a “darem um primeiro passo” e assinarem uma petição a favor da segurança no trânsito, o que praticamente todos concordaram. Semanas depois, outro pesquisador procurou esses proprietários com o mesmo cartaz e repetiu a solicitação. Desta vez, mais de 55% permitiu a colocação do mesmo, podendo-se concluir, com os pesquisadores, que há no mínimo um forte indicativo de que um modesto compromisso com algo aumenta as chances de um posterior comprometimento mais expressivo.⁴⁶⁵

Um aspecto interessante observado por Aronson, que merece ser mencionado, é que *antes das decisões*, as cognições e atitudes das pessoas podem ser extremamente próximas, ainda que após a mesma, mostrem-se completamente opostas.⁴⁶⁶ Esse fenômeno foi testado por Judson Mills num experimento que media as atitudes de estudantes em relação à cola. Depois de analisar as opiniões dos alunos a respeito dessa prática, o pesquisador propôs um exame, que premiaria aqueles que obtivessem êxito. Era praticamente impossível, todavia, obtê-lo sem colar, o que, então, aparentava ser fácil de fazer sem ser descoberto. Como se esperava, alguns colaram e outros não. No dia seguinte, novamente solicitados a manifestarem-se a respeito da cola, percebeu-se que enquanto aqueles que colaram foram mais brandos em suas manifestações os que resistiram foram mais severos. E o que mais chamou atenção no experimento, foi que aqueles que passaram a ter a necessidade de manterem-se mais intransigentes com a prática questionada, não necessariamente foram os mesmos que a repudiaram antes do exame, mas sim aqueles que mais penosamente foram testados e resistiram.⁴⁶⁷ Quer

⁴⁶⁴ FREEDMAN, Johnatan; FRASER, Scott. Compliance without pressure: the foot-in-the-door technique. **Journal of Personality and Social Psychology**. v. 4, n. 2, 195-202. 1996.

⁴⁶⁵ “It is immediately apparent that the first request tended to increase the degree of compliance with the second request. Whereas fewer than 20% of the controls agreed to put the large sign on their lawn, over 55% of the experimental subjects agreed, with over 45% being the lowest degree of compliance for any experimental condition. [...] In other words, regardless of whether or not the two requests are similar in either issue or task, simply having the first request tends to increase the likelihood that the subject will comply with a subsequent, larger request. And this holds even when the two requests are made by different people several weeks apart.” (FREEDMAN, Johnatan; FRASER, Scott. Compliance without pressure: the foot-in-the-door technique. **Journal of Personality and Social Psychology**. v. 4, n. 2, 195-202. 1996. p. 200-201).

⁴⁶⁶ ARONSON, Elliot. **O animal social**: introdução ao estudo do comportamento humano. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA. 1979. p. 115.

⁴⁶⁷ Veja-se o sumário do experimento, registrado por Mills: “a field experiment was conducted to investigate changes in moral attitudes following temptation. Attitudes of sixth grade students were measured before and after a contest which presented them with a decision to violate or comply with

dizer que, “As pessoas que *quase* decidiram viver em casas de vidro são frequentemente aquelas que mais se inclinam a atirar pedras.”⁴⁶⁸

Finalmente, a chamada *sobreposição cognitiva* é a criação de um contexto em que ambos os elementos cognitivos (consonantes e dissonantes) ligados a decisão produzam o mesmo resultado. Utilizando-se do exemplo anterior, o sujeito, optando pelo jantar com o amigo, poderá recordar que o mesmo possui um filme semelhante ao que está passando no cinema e que poderão assistir após o jantar. Ou, no caso de aceitar o convite para o cinema, poderá considerar que após o filme podem sair para jantar em um restaurante próximo que serve o mesmo prato do respectivo ao outro convite. Em ambos os cenários, haverá a redução da dissonância pela sobreposição cognitiva.⁴⁶⁹

Há de se registrar, ainda, que independente do procedimento utilizado para redução de dissonância, esta nem sempre ocorrerá imediatamente após a decisão. Isso porque, *em certas circunstâncias* (sublinhe-se), logo que tomada a decisão o indivíduo experimentará uma espécie de *arrependimento momentâneo*, passando a duvidar do acerto na mesma, haja vista ter perdido todas as qualidades da alternativa que não escolheu.⁴⁷⁰ Trata-se da *fase de arrependimento*,⁴⁷¹ que será seguida de algum dos procedimentos acima descritos, a fim de se reduzir a dissonância pós-decisória.

Em 1964, aliás, Elaine Walster realizou uma pesquisa que dá credibilidade a essa hipótese, devendo ser consignada. Nesta, sujeitos recém alistados no exército deveriam avaliar dez cargos dos quais poderiam passar os próximos dois anos de suas vidas. Algum tempo depois, foi-lhes ofertada duas das dez opções para que escolhessem

the moral standard against cheating. Motivation to cheat was manipulated by offering different rewards for winning the contest. Restraints against cheating were varied by making it easier for some groups to falsify their scores. The main hypothesis tested was that Ss who decide not to cheat when tempted will become more severe in their attitudes toward cheating, Ss who cheat will become more lenient. It was predicted that the greater the motivation to cheat, the more Ss who were honest would increase in severity, and the less the motivation to cheat, the more lenient Ss who cheat would become. It was also hypothesized that the lower the restraints against cheating, the more severe Ss who were honest would become, and the higher the restraints, the more lenient the cheaters would become. Despite the insensitivity of the questionnaire, over-all the experiment produced the predicted changes. The main hypothesis was generally substantiated. The data tend to support the predictions about variations in motivation to cheat. The results relating to differences in restraints against cheating are ambiguous. There was some evidence that attitudes toward aggression, not as relevant to the decision, changed less than attitudes toward cheating.” (MILLS, Judson. Changes in moral attitudes following temptation. *Journal of personality*. v. 26, p. 517-531, mar., 1958. p. 530-531).

⁴⁶⁸ ARONSON, Elliot. *O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano*. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA. 1979. p. 115.

⁴⁶⁹ FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 49.

⁴⁷⁰ FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. *Psicologia social*. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 361.

⁴⁷¹ FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. *Psicologia social*. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 362.

uma, que se concretizaria realmente. Foi-lhes também advertido sobre a importância de ponderarem a respeito das mesmas, visto que não seria permitida alteração posterior à escolha. Estava em jogo, pois, uma decisão que refletiria nos próximos dois anos de vida de cada sujeito. Após tomarem suas respectivas decisões, foi-lhes solicitado que *reavaliassem* todos os cargos, como haviam feito inicialmente. Alguns o fizeram imediatamente, outros quatro minutos depois, outros quinze minutos depois, e outros uma hora e trinta minutos depois. As mudanças em suas avaliações originais serviria de indicativo para a redução ou não de dissonância. O resultado mostrou que para aqueles que agiram imediatamente após a decisão, o cargo preterido restou pior avaliado (*redução de dissonância*); para os que o fizeram em quatro minutos, houve a diminuição da atratividade do cargo escolhido, aumentando-se a do cargo preterido (*fase de arrependimento*); para os que o fizeram em quinze minutos, a alternativa escolhida passava a ser mais atraente do que na primeira vez e a preterida menos (*redução de dissonância*); e, por fim, para os que fizeram em uma hora e trinta minutos, as classificações foram semelhantes as originais (não interessando ao que aqui se quer demonstrar).⁴⁷²

Nota-se, pois, que “decidir” não é apenas fazer uma escolha. Muito mais do que isso, é assumir (fiel e involuntariamente) o compromisso de conservar uma posição, que decisivamente vinculará o seu responsável por prazo indeterminado, já que tudo que a contrariar produzirá dissonância e deverá ser evitado, ou se não for possível, deturpado. Daí a importância deste estudo para analisar-se, por exemplo, à luz da *imparcialidade* judicial,⁴⁷³ a *vinculação* das decisões judiciais tomadas nas fases pré-processual e processual posteriormente na sentença (entre outras decisões ao longo do processo), bem como a prevenção como critério de fixação de competência.

⁴⁷² WALSTER, E. The temporal sequence of post-decision processes. *In*: FESTINGER, L. (org.). **Conflict, Decision and Dissonance**. Stanford: Stanford, 1964. p. 112-128. Assim restou consignado no sumário do experimento proposto pela pesquisadora: “A experiment was conducted to test the hypothesis that: 1. Shortly after having made a decision, the subject, because of the salience of dissonance, will experience a period in which the chosen alternative seems less attractive and the rejected alternative more attractive than they were prior to the decision. 2. This “regret” period will be followed by the customary dissonance-reduction process and the spreading apart of the alternatives in terms of attractiveness. The subjects in the experiment had to make a decision that was rather important and would affect two years of their lives. Reratings of alternatives were obtained immediately after the decision for some subjects, four minutes afterward for some, 15 minutes afterward for others, and 90 minutes afterward for still others. The data showed clear evidence of “regret” four minutes after de decision. Fifteen minutes after the decision, recovery had occurred and ther was clear evidence of dissonance reduction. Surprising results were obtained from those subjects measured 90 minutes after the decision. There was no evidence here of any dissonance reduction.” (WALSTER, E. The temporal sequence of post-decision processes. *In*: FESTINGER, L. (org.). **Conflict, Decision and Dissonance**. Stanford: Stanford, 1964. p. 127).

⁴⁷³ Cuja definição foi abordada no tópico 1.2.1.

Vinculação essa, aliás, que pode ser ilustrada pela esclarecedora pesquisa de Ricardo Jacobsen Gloeckner, acerca do impacto das prisões *cautelares*⁴⁷⁴ na sentença, o que então se verá.

2.2.1 A Pesquisa de Gloeckner e a Vinculação da Tomada de Decisões nas Fases Pré-Processual e Processual na Sentença

A pesquisa desenvolvida por Gloeckner⁴⁷⁵ também faz relações entre a teoria da dissonância cognitiva e o processo penal, sendo de extrema pertinência ao estudo ora realizado. A hipótese levantada pelo autor, é de que “[...] a existência de uma prisão cautelar poder ser o critério definitivo para uma condenação,”⁴⁷⁶ já que há uma tendência involuntária nos indivíduos de manutenção/confirmação das decisões tomadas, a fim de se evitar a incidência de dissonância cognitiva e seus respectivos reflexos.⁴⁷⁷⁻⁴⁷⁸

Para testá-la, foram analisados 90 (noventa) acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgados entre as datas de 03/10/2012 a 31/12/2013. A seleção dos mesmos, a título de metodologia, deu-se da seguinte maneira: (a) colocou-se

⁴⁷⁴ A título de esclarecimento, registra o autor que mesmo sendo incorreto o termo “prisões cautelares” (posto que as únicas *prisões* verdadeiramente cautelares são as prisões preventivas para garantia de aplicação da lei penal e pela conveniência da instrução criminal), será este utilizado, a fim de se delimitar o âmbito do estudo e facilitar a assimilação doutrinária. (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015. p. 266-271).

⁴⁷⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015.

⁴⁷⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015. p. 273.

⁴⁷⁷ “Esta tendência confirmatória da decisão pode ser definida como um atalho cognitivo ou heurístico que simplifica determinadas funções inferenciais. Este atalho (*shortcut*) conduz a decisões mais pobres pelo fato de que a informação trazida para apreciação do julgador não é avaliada em toda a sua complexidade. Este processo ocorre por que existem determinadas crenças inerentes a cada sujeito geradoras da tendência de se interpretar o conjunto informacional de acordo com o quadro das preferências ou pré-compreensões, sendo, portanto, toda e qualquer decisão que se tome, inevitavelmente parcial. [...] A explicação mais comum para este tipo de processo é a de que a exposição à informação que contradiz as crenças ou atitudes de alguém acarreta a inconsistência cognitiva, que por seu turno, produz sentimentos de aversão e dissonância. A exposição de alguém a informações que se alinham às crenças e comportamentos preferenciais gera uma espécie de comportamento que permite evitar o sentimento de aversão causado pela informação inconsistente e, ao mesmo tempo, encontrar suporte para as suas atitudes, escolhas e comportamentos. Aqui se encontra campo fértil para a teoria da dissonância cognitiva, explorada por Festinger em diversas pesquisas.” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015. p. 275-276.

⁴⁷⁸ Lógica que vai ao encontro do que se estudou no tópico 2.2.

o termo “prisão preventiva” no mecanismo de busca do sítio do TJRS; (b) filtrou-se somente acórdãos cujo objeto de exame era o recurso de apelação, interposto pela acusação, defesa ou ambos;⁴⁷⁹ e, (c) excluíram-se aqueles ligados a medidas protetivas, no âmbito da Lei Maria da Penha,⁴⁸⁰ aqueles em que havia declaração de nulidade,⁴⁸¹ aqueles de competência do Tribunal do Júri,⁴⁸² aqueles em que houve reconhecimento de prescrição,⁴⁸³ aqueles nos quais a prisão cautelar foi posterior a sentença,⁴⁸⁴ aqueles nos quais houve absolvição sumária pelo juiz singular e reforma em segunda instância

⁴⁷⁹ Já que, explica o autor: “para se proceder à confrontação entre a decretação da prisão processual e a resolução jurisdicional do caso penal, de nada adiantava o exame recair, por exemplo, sobre ações constitucionais de *habeas corpus*, recursos em sentido estrito ou demais instrumentos jurídicos de impugnação à prisão processual.” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015. p. 271).

⁴⁸⁰ “[...] o termo de busca “prisão preventiva” vinculado a apelações criminais julgadas encontrou a ligação entre prisões decorrentes da fixação de medidas protetivas à mulher descumpridas pelo acusado e o delito de desobediência. Parte da doutrina e da jurisprudência discute acerca de se o descumprimento das medidas protetivas pelo suspeito da prática de crime ligado à competência das varas de violência doméstica contra a mulher pode gerar o delito de desobediência ou a “sanção” exclusiva para tal circunstância reside na decretação da prisão preventiva. Neste caso, constata-se que não se têm presente relação alguma entre a eventual decretação da prisão cautelar e a prática do delito que serviu de base para a decretação da medida cautelar. Assim, este grupo de casos encontrado foi desprezado para fins do presente artigo; (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015. p. 272).

⁴⁸¹ “[...] o segundo grupo de casos desprezados para a redação do presente artigo diz respeito às declarações de nulidade pelo Tribunal de Justiça em sede de apelação, em que pese durante o processo ter ocorrido uma prisão processual. Como não houve exame do mérito do caso penal por parte do Tribunal, tem-se que não existiu o duplo grau de jurisdição sobre o mérito da causa, o que é para nós vital para se poder identificar as respostas jurisdicionais existentes entre a decretação de medida cautelar pessoal e a decisão de mérito; (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015. p. 272).

⁴⁸² “A justificativa existente para esta desconsideração qualitativa das decisões exaradas nos delitos dolosos contra a vida tem a ver com o regime de avaliação probatória própria do órgão julgante. Como os jurados decidem sem a necessidade de fundamentação, torna-se impossível avaliar se a prisão processual foi e em que medida restou avalizada perante o órgão julgador. Neste caso, portanto, impossível se estabelecer quaisquer ilações entre a decisão do júri e a decretação da prisão processual;” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015. p. 272).

⁴⁸³ “[...] as decretações de prescrição, pelo Tribunal de Justiça também não foram incorporadas aos dados finais da pesquisa, tendo-se em vista que a jurisprudência tem tratado a prescrição como uma preliminar ao exame de mérito. Neste ponto específico, a declaração de prescrição corresponde, a exemplo da declaração de nulidade, a um julgamento no qual inexistiu duplo grau de jurisdição;” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015. p. 272).

⁴⁸⁴ “[...] uma vez que nessa espécie não se pode verificar a influência que eventual prisão cautelar possui na convicção dos julgadores;” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015. p. 273).

determinando-se o recebimento da denúncia, e aqueles cuja sentença não estava disponível para confronto com o acórdão.⁴⁸⁵

Com o resultado, pasme, constatou-se que dos 90 casos analisados, respeitados os critérios expostos, *todos* em que houve decreto de prisão preventiva houve também a confirmação de uma decisão condenatória ao final, ou a reforma da decisão de primeiro grau, para se condenar o acusado.⁴⁸⁶ Além disso, “[...] em todos os casos, em alguma instância ocorreu a menção à prisão processual nos fundamentos da decisão.”⁴⁸⁷ Equivale dizer, traduzindo-se em percentual, que em 100% dos casos analisados o decreto prisional precedeu uma sentença condenatória, que se fundamentou, ainda que parcialmente, em elementos próprios da prisão.⁴⁸⁸

Não sem razão, assevera Gloeckner que se está diante de uma situação extremamente problemática, em que a existência de uma prisão processual pode ser o critério decisivo para a condenação posterior, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Afinal, das 90 (noventa) sentenças e dos 90 (noventa) acórdãos analisados, direta ou indiretamente a prisão processual foi utilizada na convicção do julgador, sendo possível concluir que: “[...] a declaração de uma prisão processual acaba se transformando numa verdadeira resolução de mérito.”⁴⁸⁹

No mínimo, verossímil, portanto, a hipótese inicial, fundamentando-se os três problemas epistemológicos identificados pelo autor como decorrência disso, que são: a “subrogação da prisão cautelar ao estatuto de decisão de mérito”, desprezando-se que esta se satisfaz com mera probabilidade de ocorrência de delito, o que não se admite para fins de condenação; a dispensabilidade da prova do fato pela acusação, num cenário de prisão em flagrante posteriormente convertida em preventiva, por exemplo,

⁴⁸⁵ Posto que “sem este exame, a completude dos elementos de prova valorados resta prejudicada, contendo apenas um retrato parcial do cenário probatório, pelo que então, achamos melhor deixar de usá-los como dados científicos relevantes (apesar destes acórdãos desprovidos de sentença manter o mesmo ritmo que os demais analisados).” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015. p. 273).

⁴⁸⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015. p. 273.

⁴⁸⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015. p. 273.

⁴⁸⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015. p. 274.

⁴⁸⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015. p. 273.

imperando-se o regime de *evidência* (alucinatória) incompatível com o processo penal que preze pelo contraditório, como já alertava Rui Cunha Martins;⁴⁹⁰ e, a transformação da prisão cautelar em ato probatório, categorias completamente distintas.⁴⁹¹

Por certo, nesse contexto, inviável se falar em *imparcialidade* como princípio supremo do processo.⁴⁹² Ao contrário, é a *parcialidade* que está dominando o curso processual nesse quadro de contaminação (in)consciente e precoce do julgador, justificando-se a proposta de Gloeckner relativamente ao direito fundamental à devida cognição no processo penal. Com razão, pois, o autor, quando defende a vedação do julgamento de mérito pelo mesmo magistrado que já decretou uma prisão processual; a autuação em apartado e perante magistrado distinto daquele responsável pela instrução, da fundamentação das decisões cautelares; a realização de audiência (em contraditório), para se examinar a necessidade de uma medida cautelar; e a introdução de mecanismos de disfluência processual, como a separação rígida do processo em fases.⁴⁹³

É no âmbito desse arcabouço prático-teórico que se questiona, portanto, a *prevenção* como critério *fixador* de competência, nos termos do artigo 83 do Código de Processo Penal, e não *excludente*. É possível fechar os olhos para o que aqui se viu, e continuar ignorando os trágicos prejuízos que tal categoria representa para o processo penal? Na perspectiva de um processo penal regido pela *imparcialidade*, como se construiu no primeiro capítulo, *absolutamente não*.

2.3 A Dissonância Cognitiva Pós-Primeira Impressão e os Reflexos do Efeito Primazia. A Necessária Exclusão Física dos Autos do Inquérito Policial do Processo

⁴⁹⁰ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 02-04.

⁴⁹¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015. p. 274-275.

⁴⁹² Proposta do tópico 1.2. e ss.

⁴⁹³ “Ao que nos parece, no que diz respeito exclusivo ao cenário das prisões processuais, algumas questões devem ser sinalizadas: a) O magistrado que decreta uma prisão processual não pode decidir o mérito; b) As razões, elementos e formalização de todas as medidas cautelares, protetivas e preventivas devem ser autuados em apartado, perante juiz diverso da instrução e jamais poderão acompanhar os autos principais; c) Toda decisão cautelar, protetiva e preventiva deverá ser acompanhada de audiência, em contraditório, para que o afetado pela decisão possa alargar o campo cognitivo judicial; d) Mecanismos de disfluência processuais devem ser introduzidos (como a segmentação do processo em fases, com os cuidados para se garantir que uma não invada a outra) no processo penal.” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015. p. 283).

Tendo-se visto o conteúdo da teoria da dissonância cognitiva, bem como sua relevância para se compreender os reflexos da tomada de decisão, pode-se adentrar noutra temática igualmente importante para o estudo da *imparcialidade* no processo penal, qual seja, a aqui intitulada *dissonância pós-primeira impressão*, cujo desenvolvimento, para além da teoria ora mencionada, corresponde aos estudos da psicologia social sobre o fenómeno da *percepção de pessoas*, mais especificamente no que diz respeito a vinculação da *primeira impressão* na formação da impressão definitiva.

Não se objetivando estudar o desenrolar do processo perceptivo, em si, bastando que se lhe compreenda como um processo instantâneo mediante o qual se inferem características psicológicas a determinada pessoa, a partir da observação de sua conduta (entre outros atributos) ou de sua descrição (quando feita por alguém),⁴⁹⁴ e se organizam estas inferências em uma impressão una e coerente,⁴⁹⁵ abordar-se-á, nas próximas linhas, tão somente as consequências cognitivo-comportamentais da fixação de uma primeira impressão em relação a outras posteriores a ela.

Os estudos que mais repercutiram na investigação da formação das impressões (e conseqüentemente, no desvelamento do impacto das primeiras impressões), foram conduzidos por Solomon Asch,⁴⁹⁶⁻⁴⁹⁷ e apresentam duas principais conclusões: 1)

⁴⁹⁴ Por mais pobres que sejam tais informações. “Uma tendência importante e aparentemente universal é que as pessoas formam extensas impressões dos outros com base em informações muito limitadas. Tendo visto alguém ou mesmo seu retrato por apenas alguns minutos, as pessoas tendem a formar opiniões sobre um grande número de suas características.” (FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 41).

⁴⁹⁵ “Por formación de impresiones se entende el proceso mediante el cual se infieren características psicológicas a partir de la conducta – así como de otros atributos de la persona observada – y se organizan estas inferências en una impresión coherente.” (MOYA, Miguel. *Percepción social y de personas*. In: FRANCISCO MORALES, J. (coord.). **Psicología social**. Madrid: McGraw-Hill, 1994. p. 99). Valendo-se, a esse respeito, anotar a conceituação proposta por Albert Hastorf, David Schneider e Judith Polefka: “Formamos uma impressão de outra pessoa, mesmo a partir da rápida observação ou ao ouvir alguém descrever algumas de suas características. Nossas impressões são verbalizadas através de alguns nomes de traços – por exemplo, hostil, amigoso, agressivo, cooperador. Tais impressões são imediatas; não temos consciência de inferências. São significativas e organizadas; estamos cientes de uma pessoa que possui um conjunto coerente de traços. Conhecemos a pessoa na medida em que estamos cientes de seus traços e estamos preparados para predizer outros traços ou tendências de comportamento que ainda não observamos. Embora singular, esse indivíduo tem algumas combinações de qualidades de outros indivíduos que conhecemos.” (HASTORF, Albert; SCHNEIDER, David J.; POLEFKA, Judith. **Percepção de pessoa**. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Edgard Blücher e Editora da Universidade de São Paulo, 1973. p. 34).

⁴⁹⁶ GOLDSTEIN, Jeffrey H. **Psicologia social**. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 90. Também desenvolvendo o tema a partir das pesquisas de Asch: HASTORF, Albert; SCHNEIDER, David J.; POLEFKA, Judith. **Percepção de pessoa**. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Edgard Blücher e Editora da Universidade de São Paulo, 1973. p. 35-38; BARON, Roberta A; BYRNE, Donn. **Psicología social**. 8ª ed. Trad. Montserrat Ventosa; Blanca de Carreras; Dolores Ruiz; Genoveva Martín; Adriana Aubert; Marta Escardó. Madrid:

existem qualidades que se sobressaem no processo perceptivo (conclusão que não será aprofundada); 2) as primeiras informações recebidas tem mais peso que as demais,⁴⁹⁸ fundamentando-se a ideia de que há uma preponderância das cognições oriundas da *primeira impressão* relativamente as outras a elas conectadas, o que se denominou de *efeito primazia*.⁴⁹⁹

A pesquisa desenvolvida por Asch que acabou por comprovar *tal efeito*, deu-se da seguinte forma: elaboraram-se duas séries de características idênticas, que se diferiam apenas quanto à ordem em que apareciam escritas (em uma, inteligente, trabalhador, impulsivo, crítico, teimoso e invejoso; e na outra, invejoso, teimoso, crítico, impulsivo, trabalhador e inteligente), e apresentaram-nas a dois grupos diferentes, que deveriam formular suas respectivas impressões sobre uma pessoa com tais atributos. Apesar de se tratarem exatamente dos mesmos adjetivos, constatou-se que o grupo que recebeu a série com as características positivas primeiro, revelou uma impressão consideravelmente melhor sobre a pessoa imaginada, do que o outro, cujas

Prentice Hall Iberia, 1998. p. 71-74; ÁLVARO, José Luis; GARRIDO, Alicia. **Psicología social: perspectivas psicológicas e sociológicas**. Trad. Miguel Cabrera Fernandes. São Paulo: McGraw-Hill, 2006. p. 158-159; MOYA, Miguel. Percepción social y de personas. *In: FRANCISCO MORALES, J. (coord.). Psicología social*. Madrid: McGraw-Hill, 1994. p. 77-80; MOYA, Miguel. Percepción social y de personas. *In: FRANCISCO MORALES, J.; OLZA, Miguel (coord.). Psicología social y trabajo social*. Madrid: McGraw-Hill, 1999. p. 76-80. Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicología social**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 62-63.

⁴⁹⁷ Sobre o autor: “Nascido em Varsóvia em 1907, Solomon Asch chegou a Nova Iorque aos 13 anos. Nessa cidade cursou seus estudos, primeiro no College of the City of New York e, posteriormente, na Universidade de Columbia, onde obteve seu doutorado em 1932. Sua carreira como docente começou no Brooklyn College, onde conheceu o psicólogo da *Gestalt*, Max Wertheimer que, como os outros membros do grupo de Berlim, fundadores da Escola de *Gestalt* (Kohler e Koffka), tiveram que emigrar para os Estados Unidos após a chegada de Hitler ao poder. Wertheimer seria uma influência fundamental para o desenvolvimento intelectual de Asch. Suas idéias gestálticas seriam posteriormente utilizadas por Asch em suas pesquisas sobre percepção social. Assim como outros psicólogos influenciados pela psicologia da *Gestalt*, como Heider, Asch tratou de analisar a forma com que as pessoas dão sentido à informação que recebem do exterior. Segundo as idéias da *Gestalt*, quando percebemos a realidade não reparamos nos elementos isolados, mas nas relações que se estabelecem entre eles; não percebemos entidades dispersas, mas a totalidade, os conjuntos ordenados. Baseando-se nesse postulado, Asch realizou uma série de pesquisas sobre a formação de impressões. Daí, concluiu que os princípios da percepção enunciados pela Escola de *Gestalt* podiam ser aplicados com o mesmo êxito para explicar a forma com que percebemos características da personalidade. [...] Suas contribuições mais relevantes à psicologia social estão reunidas em seu livro *Social psychology*, de 1952.” (ÁLVARO, José Luis; GARRIDO, Alicia. **Psicología social: perspectivas psicológicas e sociológicas**. Trad. Miguel Cabrera Fernandes. São Paulo: McGraw-Hill, 2006. p. 158-159).

⁴⁹⁸ RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicología social**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 63.

⁴⁹⁹ “[...] la información recibida en primer lugar tiende a ser valorada con más peso que la información recibida posteriormente (esto es conocido como *efecto primacia*).” (BARON, Roberta A; BYRNE, Donn. **Psicología social**. 8ª ed. Trad. Montserrat Ventosa; Blanca de Carreras; Dolores Ruiz; Genoveva Martín; Adriana Aubert; Marta Escardó. Madrid: Prentice Hall Iberia, 1998. p. 72).

negativas constavam a frente.⁵⁰⁰ Daí a afirmação de que há uma primazia das informações que se recebe primeiro sobre as demais, podendo-se concluir, com o pesquisador, que:

“As descrições dos estudantes indicam que os primeiros termos estabelecem uma direção, e esta exerce uma influência contínua sobre os últimos termos. Quando se ouve o primeiro termo nasce uma impressão, ampla e não cristalizada, mas dirigida. A característica seguinte está relacionada com a direção estabelecida. A opinião formada adquire rapidamente uma certa estabilidade; as características posteriores são ajustadas à direção dominante, quando as condições o permitem.”⁵⁰¹

Harold Kelley, por meio de um experimento ainda mais realista, reforçou a conclusão de Asch sobre o efeito primazia.⁵⁰² Na pesquisa que conduziu, antes de ouvirem um conferencista, duas classes de estudantes de psicologia ouviram uma breve apresentação do mesmo, na qual se lhes descreveram-no como sendo uma pessoa bastante fria, empreendedora, crítica, prática e decidida (turma A), e uma pessoa muito afetuosa, empreendedora, crítica, prática e decidida (turma B). Após a conferência (idêntica em ambas as classes) todos os estudantes tiveram que escrever uma redação

⁵⁰⁰ ASCH, Solomon E. **Psicologia social**. 4ª ed. Trad. Dante Moreira Leite; Miriam Moreira Leite. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977. p. 182-183.

⁵⁰¹ ASCH, Solomon E. **Psicologia social**. 4ª ed. Trad. Dante Moreira Leite; Miriam Moreira Leite. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977. p. 182-183. Na síntese de Miguel Moya: “S. Asch (1946) encontro apoyo en sus investigaciones para el *efecto primacia*. Presenteva a un grupo de sujetos la siguiente lista de rasgos: inteligente, trabajador, impulsivo, crítico, testarudo y envidioso, y a otro grupo la lista envidioso, testarudo, crítico, impulsivo, trabajador e inteligente. Ambas listas son idénticas y únicamente difieren en el orden de los rasgos. Pues bien, Asch encontró que la primera lista causaba una impresión considerablemente mejor que la segunda, e interpretó dicho resultado como plenamente coincidente con su planteamiento teórico: los primeros términos establecen una *dirección* que ejerce un efecto continuo sobre los posteriores. Es decir, los adjetivos no operan independientemente unos de otros, sino que cada nuevo adjetivo se interpreta a la luz de los que ya han sido recibidos.” (MOYA, Miguel. Percepción social y de personas. In: FRANCISCO MORALES, J. (coord.). **Psicología social**. Madrid: McGraw-Hill, 1994. p. 115).

⁵⁰² KELLEY, Harold H. The warm-cold variable in the first impressions of persons. **Journal of Personality**, 18, p. 431-439, 1950. Explorando o mesmo experimento no âmbito da formação de impressões: GOLDSTEIN, Jeffrey H. **Psicologia social**. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 93. Também em: ASCH, Solomon E. **Psicologia social**. 4ª ed. Trad. Dante Moreira Leite; Miriam Moreira Leite. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977. p. 187-188; FREEDMAN, Jonathan L.; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 55; RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 62; MICHENER, H. Andrew; DELAMATER, John D.; MYERS, Daniel J. **Psicologia social**. Trad. Eliane Fittipaldi; Suely Sonoe Murai Cuccio. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. p. 148.

expressando suas impressões acerca do conferencista. Como era de se esperar, o resultado demonstrou que a turma B (cuja descrição falava em “muito afetuoso” no lugar de “bastante frio”) revelou significativamente mais impressões favoráveis do que a turma A,⁵⁰³ concluindo-se que “Os estudantes que tinham formado uma impressão preliminar do conferencista a partir da preleção introdutória manifestaram a tendência de avaliar-lhe o comportamento real à luz dessa impressão inicial.”⁵⁰⁴ Além disso, verificou-se que os alunos que esperavam um conferencista afetuoso tendiam a dialogar mais livremente com ele do que os demais, sendo possível observar que as distintas descrições preliminares impactaram não somente na impressão final declarada, mas também no comportamento dos estudantes para com o conferencista.⁵⁰⁵

Abraham Luchins é outro nome a ser lembrado nos estudos do efeito primazia. Na pesquisa experimental que conduziu, Luchins elaborou dois parágrafos descritivos de uma pessoa (de nome Jim) - constando no primeiro deles as características amistoso, expansivo e extrovertido (identificado pela letra E⁵⁰⁶), e no segundo, acanhado e introvertido (identificado pela letra I⁵⁰⁷) – e os apresentou, separadamente, aos

⁵⁰³ “Firstly, the characteristics of the stimulus person are interpreted in terms of the precognition of warmth or coldness. For example, a “warm” observer writes about a rather shy and retiring stimulus person as follows: “He makes friends slowly but they are lasting friendships when formed.” In another instance, several “cold” observers describe him as being “intolerant would be angry if you disagree with his views”, while several “warm” observers put the same thing this way: “Unyielding in principle, not easily influenced or swayed from his original attitude.” [...] (KELLEY, Harold H. The warm-cold variable in the first impressions of persons. *Journal of Personality*, 18, p. 431-439, 1950. p. 436).

⁵⁰⁴ GOLDSTEIN, Jeffrey H. *Psicologia social*. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 93.

⁵⁰⁵ “There it was found that those persons having unfavorable impressions of the instructor at the end of the first class meeting tended less often to initiate interactions with him in the succeeding four meetings than did those having favorable first impressions. There was also some tendency in the same study for those persons who interacted least with the instructor to change least in their judgments of him from the first to later impressions.” (KELLEY, Harold H. The warm-cold variable in the first impressions of persons. *Journal of Personality*, 18, p. 431-439, 1950. p. 438).

⁵⁰⁶ “One paragraph, reporting rather friendly, outgoing behavior will be referred to as the extrovertive or E description (Jim-E). This paragraph is as follows: Jim left the house to get some stationery. He walked out into the sun-filled street with two of his friends, basking in the sun as he walked. Jim entered the stationery store which was full of people. Jim talked with an acquaintance while he waited for the clerk to catch his eye. On his way out, he stopped to chat with a school friend who was just coming into the store. Leaving the store, he walked toward school. On his way out he met the girl to whom he had been introduced the night before. They talked for a short while, and then Jim left for school.” (LUCHINS, A. S. Primacy-recency in impression formation. *In*: Carl Hovland (org.). **The order presentation in persuasion**. New Haven: Yale University Press, 1957. p. 34).

⁵⁰⁷ “Another paragraph, which will be referred to as the introvertive or I description (Jim-I) reports Jim as behaving in a somewhat more withdrawn manner in situational contexts similar to those of the E communication. The I paragraph is as follows: After school Jim left the classroom alone. Leaving the school, he started on his long walk home. The street was brilliantly filled with Sunshine. Jim walked down the street on the shady side. Coming down the street toward him, he saw the pretty girl whom he had met in the previous evening. Jim crossed the street and entered a candy store. The store was crowded with students, and he noticed a few familiar faces. Jim waited quietly until the counterman caught his eye and then gave his order. Taking his drink, he sat down at a side table. When he had

participantes do experimento, para que formassem uma impressão sobre Jim. As impressões formadas da leitura separada dos parágrafos indicavam uma preferência ao Jim-E, que foi considerado mais amistoso que o Jim-I. Após, solicitou-se a outros participantes que lessem os respectivos parágrafos, desta vez conjuntamente, na ordem que lhes era apresentada (seja E-I, seja I-E), e mais uma vez formulassem suas impressões sobre Jim. Assim como Solomon Asch, Luchins verificou que as primeiras informações lidas foram mais impactantes que as demais, tendo sido declaradamente mais favorável a Jim as impressões dos sujeitos que leram sua descrição na ordem de parágrafos E-I.⁵⁰⁸⁻⁵⁰⁹

Quer dizer que, as informações posteriores a respeito de uma pessoa, em geral, são consideradas no contexto da informação inicial recebida,⁵¹⁰ *sendo esta, então, a responsável pelo direcionamento da cognição formada a respeito da respectiva pessoa*

finished his drink he went home.” (LUCHINS, A. S. Primacy-recency in impression formation. *In*: Carl Hovland (org.). **The order presentation in persuasion**. New Haven: Yale University Press, 1957. p. 34-35).

⁵⁰⁸ Ao analisar os resultados obtidos, chama atenção, o pesquisador, para fatores como a aprendizagem, a atenção e a aceitação, que podem ser fundamentais para a prevalência da primeira informação (sobre as demais) nesse processo de formação de uma impressão. *In verbis*: “Learning of the second part may have been interfered with by the previous learning of the first part with primacy a consequence of this interference. It seems apparent that subjects probably did not face both blocks in the same manner. The first block introduced Jim to the subject. While he was reading the second block he was already under the influence of what he had read before and this may have interfered with his learning of, or colored his interpretation of, the second block. If the subject was aware of contradictions between the two blocks, he may have been puzzled or confused while reading the second block. In short, subjects probably faced the first block with more of an open mind and with less interfering influences than was the case for the second block. There is also the possibility that the subject paid more attention to the first block, precisely because it was first. He needed some information about Jim; having obtained some, he may have read the remainder more rapidly or more carelessly, perhaps just scanning it or not reading it at all. That the background was similar in the two blocks may have helped to foster the belief that it was sufficient to skim or that the second part was less important since the subject already knew how Jim behaved in such situations. Those who assumed that Jim (or any other individual) is necessarily consistent in his behavior, or that one can readily and validly generalize about him from a segment of his behavior, may have been more prone to pay greater attention to the first part. What they needed was some information about Jim; once they derived the information from the beginning of the communication they may have regarded the remainder as less important, as elaborations of the previous information, or as rather superfluous. (It should be emphasized that this is speculation on our part. When some subjects were specifically questioned on this score, the prevalent response was that in reading they had been equally attentive to all parts of the communication.) Some subjects apparently accepted the first part of the communication more readily than the second. After being introduced to Jim, so to speak, in the first part they were in a position to be more critical of the second part. Comments made by some subjects suggest that they regarded the beginning of the communication as portraying the real Jim, the “essential nature” of Jim, while toward the end of communication came information which had to be explained away. In short, factors of learning, attention, and acceptance may all have played roles in making the first block more efficacious than the second.” (LUCHINS, A. S. Primacy-recency in impression formation. *In*: Carl Hovland (org.). **The order presentation in persuasion**. New Haven: Yale University Press, 1957. p. 55-57).

⁵⁰⁹ LUCHINS, A. S. Primacy-recency in impression formation. *In*: Carl Hovland (org.). **The order presentation in persuasion**. New Haven: Yale University Press, 1957. p. 33-61.

⁵¹⁰ GOLDSTEIN, Jeffrey H. **Psicologia social**. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 93.

e pelo comportamento que se tem para com ela, podendo-se reconhecer, com Freedman, Carlsmith e Sears, que “As primeiras impressões são não só o começo da interação social mas também as suas principais determinantes.”⁵¹¹

As causas para esse fenômeno são atribuídas tanto à necessidade de se manter a coerência entre as informações recebidas,⁵¹² quanto ao nível de atenção dado para as informações, que tende a diminuir substancialmente quando já se tem um julgamento formado, fruto de uma primeira impressão.⁵¹³⁻⁵¹⁴ Tal lógica, portanto, se adéqua perfeitamente ao conteúdo da *teoria da dissonância cognitiva*. Afinal, como anteriormente se viu,⁵¹⁵ *se o indivíduo tende, de fato, a sempre buscar um estado de coerência entre seus conhecimentos (opiniões, crenças e atitudes), e há um processo involuntário que atua nesse sentido*, natural que a formação das impressões alheias siga essa mesma direção. Por isso, dificilmente uma pessoa será vista simultaneamente como boa e má, honesta e desonesta, etc. Quando se recebe uma informação contraditória sobre alguém, o caminho cognitivo espontâneo é o da reorganização ou distorção dessa

⁵¹¹ FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. P. 40.

⁵¹² HASTORF, Albert; SCHNEIDER, David J.; POLEFKA, Judith. **Percepção de pessoa**. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Edgard Blücher e Editora da Universidade de São Paulo, 1973. p. 35-38; GOLDSTEIN, Jeffrey H. **Psicologia social**. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 93; FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 42; MOYA, Miguel. Percepción social y de personas. In: FRANCISCO MORALES, J. (coord.). **Psicología social**. Madrid: McGraw-Hill, 1994. p. 116; MICHENER, H. Andrew; DELAMATER, John D.; MYERS, Daniel J. **Psicologia social**. Trad. Eliane Fittipaldi; Suely Sonoe Murai Cuccio. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. p. 150-151; RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 64-65;

⁵¹³ HASTORF, Albert; SCHNEIDER, David J.; POLEFKA, Judith. **Percepção de pessoa**. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Edgard Blücher e Editora da Universidade de São Paulo, 1973. p. 51; MOYA, Miguel. Percepción social y de personas. In: FRANCISCO MORALES, J. (coord.). **Psicología social**. Madrid: McGraw-Hill, 1994. p. 116; MICHENER, H. Andrew; DELAMATER, John D.; MYERS, Daniel J. **Psicologia social**. Trad. Eliane Fittipaldi; Suely Sonoe Murai Cuccio. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. p. 150-151; RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 64-65;

⁵¹⁴ Em resumo, no magistério de Michener, DeLamater e Myers: “O que explica o impacto das primeiras impressões? Uma explicação é que, depois de formar uma impressão inicial de uma pessoa, interpretamos as informações subsequentes de modo a torná-las coerentes com a nossa impressão inicial [...] Uma segunda explicação para o efeito de primazia diz que prestamos muita atenção às primeiras informações que obtemos a respeito de uma pessoa, mas prestamos menos atenção quando já temos informações suficientes para fazer um julgamento.” (MICHENER, H. Andrew; DELAMATER, John D.; MYERS, Daniel J. **Psicologia social**. Trad. Eliane Fittipaldi; Suely Sonoe Murai Cuccio. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. p. 150-151). Moya, no mesmo sentido, assim anota: “Para la hipótesis de la desestimación, los últimos adjetivos son <<descontados>> o ignorados en la medida en que sean inconsistentes con la información predominante anterior. Para la hipótesis de la disminución de la atención, los sujetos, simplemente, prestan menor atención a los últimos elementos informativos por cansancio o porque los consideran menos creíbles o importantes, pensando quizás que precisamente porque son menos importantes han sido colocados en último lugar.” (MOYA, Miguel. Percepción social y de personas. In: FRANCISCO MORALES, J. (coord.). **Psicología social**. Madrid: McGraw-Hill, 1994. p. 116).

⁵¹⁵ Tópico 2.1.

informação para se reduzir ao mínimo ou se eliminar essa incoerência e manter a percepção da pessoa congruente.⁵¹⁶

No horizonte da teoria da dissonância cognitiva, fundamentando-se o nome *dissonância pós-primeira impressão*, pode-se traduzir esse processo perceptivo com ênfase na primeira impressão do seguinte modo: após a obtenção de uma cognição inicial (primeira impressão) sobre alguém (positiva ou negativa), a tendência do indivíduo é de preservá-la, evitando-se o rompimento do seu estado de consonância cognitiva, que somente estará em perigo se esta for contrariada. Não sendo possível, porém, dita manutenção, sobrevivendo cognições que questionam aquela primeira (novas informações aptas a modificarem a primeira impressão), entrarão em cena processos involuntários destinados ao reestabelecimento do *status quo*. São eles a *mudança de elementos cognitivos envolvidos em relações dissonantes*; a *desvalorização de elementos cognitivos envolvidos em relações dissonantes*; a *adição de novos elementos cognitivos que sejam consonantes com a cognição existente*; e, a *evitação ativa do aumento desses elementos dissonantes*, além das três técnicas específicas da *percepção errônea, da invalidação e do esquecimento seletivo*.⁵¹⁷

Significa dizer que, estando a primeira impressão intimamente vinculada ao estado soberano de consonância cognitiva, que se rompe quando novas cognições colocam em xeque aquele primeiro conhecimento, plenamente aceitável que se lhe atribua também a responsabilidade pela orientação da cognição e do comportamento do indivíduo em relação as cognições posteriores a ela. Aí está o perigo de se rotular as pessoas com base em conhecimento superficial das mesmas. Uma vez feito isso, a tendência será a de procurar elementos coerentes com a categorização feita e rechaçar os que a ela se opõem.⁵¹⁸

⁵¹⁶ É o que explicam Johnatan Freedman, Merrill Carlsmith e David Sears, ao distinguir o processo perceptivo de pessoas da percepção de objetos. “Os objetos não têm que ser totalmente coerentes. Mas quando uma outra pessoa é o alvo desse tipo de julgamento, há uma tendência, segundo parece, para vê-la como um todo harmônico e coeso, especialmente num sentido estimativo. Uma pessoa não é vista como algo simultaneamente bom e mau, honesto e desonesto, cordial e assustador, obsequioso e sádico. Mesmo quando é conhecida alguma informação algo contraditória sobre alguém, a pessoa não deixará de ser percebida como coerente. Os observadores reorganizarão ou distorcerão essa informação para reduzir ao mínimo ou eliminar a incoerência.” (FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. P. 42).

⁵¹⁷ Desenvolvidos nos tópicos 2.1.1 e 2.1.1.1, respectivamente.

⁵¹⁸ RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 67. “Relembremos que, uma vez formada esta “teoria”, buscamos avidamente elementos com ela coerentes e fechamos os olhos para os que a desconfirmam.” (RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 66).

Um famoso experimento realizado por Rosenhan que comprova essa resistência de modificação da concepção de outrem quando já se a tem por definida, ilustra claramente o que se está a sustentar.⁵¹⁹ Neste, o próprio pesquisador, em conjunto com mais sete pessoas (três psicólogos, um estudante de pós-graduação em psicologia, um pediatra, um pintor e uma “dona-de-casa”; ao total três mulheres e cinco homens) simularam sinais de esquizofrenia na triagem de 12 diferentes hospitais psiquiátricos (públicos, privados, universitários, etc.). Após serem admitidos como esquizofrênicos, passaram-se a se comportar de maneira absolutamente normal, anotando o que ocorria e fingindo ingerir a medicação que lhes era dada, enquanto hospitalizados. Tal “internação” durou de sete a cinquenta e dois dias, e *todos*, quando da liberação, foram diagnosticados como “esquizofrênicos em remissão” (exceto um, cujo diagnóstico apontou psicótico maníaco-depressivo). Ou seja, fixada a impressão inicial de que se tratavam de pessoas esquizofrênicas, nada mais foi suficiente para revertê-la, remanescendo como impressão definitiva aquela primeira, e não a de que eram, a final de contas, pessoas normais (o que, salienta-se, foi percebido por outros pacientes internados, que chegaram a declarar que aqueles não eram pacientes de verdade, mas sim, pesquisadores, jornalistas ou fiscais).⁵²⁰⁻⁵²¹

⁵¹⁹ ROSENHAN, D. L. On being sane in insane places. **Science**, v. 179, p. 250-258, 1973.

⁵²⁰ A título de reflexão final, Rosenhan ainda pondera: “How many people, one are sane but not recognized as such in our psychiatric institutions? How many have been needlessly stripped of their privileges of citizenship, from the right to vote and drive to that of handling their own accounts? How many have feigned insanity in order to avoid the criminal consequences of their behavior, and, conversely, how many would rather stand trial than live interminably in a psychiatric hospital – but are wrongly thought to be mentally ill? How many have been stigmatized by well-intentioned, but nevertheless erroneous, diagnoses? Psychiatric diagnoses are rarely found to be in error. The label sticks, a mark of inadequacy forever. Finally, how many patients might be “sane” outside the psychiatric hospital but seem insane because craziness resides in them, as it were, but because they are responding to a bizarre setting, one that may be unique to institutions which harbor nether people? [...]” (ROSENHAN, D. L. On being sane in insane places. **Science**, v. 179, p. 250-258, 1973).

⁵²¹ Inviável não se chamar atenção aqui para os exames criminológicos preceituados nos artigos 8º e 112 (revogado) da LEP, realizados com presos em regime fechado para fins de individualização da pena e progressão de regime, respectivamente. Será que uma vez taxados de criminosos, não serão, como na pesquisa supra, sempre vistos dessa mesma forma? No mínimo algo a se pensar e que já sofreu, de outra perspectiva, duras críticas de Aury Lopes Jr., que afirma que: “Toda e qualquer avaliação sobre a personalidade de alguém é inquisitiva, visto estabelecer juízos sobre a interioridade do agente. Também é autoritária, devido às concepções naturalistas em relação ao sujeito autor do fato criminoso. Qualquer prognóstico que tenha como mérito “probabilidades” não pode, por si só, justificar a negação de direitos, visto que são hipóteses inverificáveis empiricamente. Uma porta aberta para o subjetivismo incontrolável. Além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal) é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência. Não existe base legal para prognósticos de reincidência ou, ainda, para o mofado discurso da periculosidade.” (LOPES JR., Aury. A (im)prestabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 123, fev./2003).

Inegável, pois, a razoabilidade do denominado *efeito primazia* (corroborado pela intitulada *dissonância pós-primeira impressão*), que serve perfeitamente de parâmetro para uma análise cognitivo-comportamental do julgador no processo, especialmente no que toca a sua irrevogável *imparcialidade*. Em outras palavras, se é verdade que “a primeira impressão é a que fica”, também é o fato de que a partir da fixação dessa cognição inicial, haverá um processo *involuntário* de evitação de novos conhecimentos dissonantes (informações que confrontem essa primeira impressão), que, se frustrado (havendo o contato forçado com tais elementos), será substituído por novos processos (*desvalorização dos elementos cognitivos envolvidos nessa relação dissonante e adição de novos elementos cognitivos consonantes com a primeira cognição*), e técnicas específicas (*percepção errônea, invalidação e esquecimento seletivo*), na busca de confirmação daquela impressão inicial.

É nesse cenário, pois, que entra a problemática da permanência do inquérito policial nos autos do processo. Afinal, sabendo-se que a primeira informação (primeira impressão) recebida pelo juiz sobre o fato, em tese, criminoso é produto desta investigação policial, que é produzida unilateralmente (e tendenciosamente) ao arpejo das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, existe a possibilidade desse julgador manter-se imparcial no curso do processo? Ou é inviável falar em imparcialidade judicial nesse contexto de fixação de uma primeira impressão negativa sobre uma pessoa, considerando que esta dificilmente será revertida em face da busca involuntária e seletiva por coerência (correlação) entre os conhecimentos que sustentam tal imagem e novos que sobrevierem em relação à mesma (investigação preliminar vs. processo)?

São essas as questões que se colocam para a reflexão, e que, em parte, foram abordadas na pesquisa de Bernd Schünemann, publicada no Brasil na obra “Estudos de direito penal, direito processual e filosofia do direito”, coordenada por Luís Greco, sob o intrigante título “O Juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança”,⁵²² o que então se deve explorar nas próximas linhas.

2.3.1 A Pesquisa de Bernd Schünemann e o Inquérito Policial como Fixador De Primeiras Impressões e Direcionador Inflexível do Curso do Processo

⁵²² SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 205-221.

O experimento de Bernd Schünemann a que se fez referência no tópico anterior é, sem dúvida, de extremo valor para a *problemática* que se suscitou acerca do possível comprometimento da *imparcialidade* do julgador no processo, ante o seu contato com os autos do inquérito policial.⁵²³ A pesquisa empírica do jurista alemão, aliás, pretende justamente responder se o conhecimento do magistrado sobre a investigação policial não acaba impedindo o processamento adequado das circunstâncias e provas do fato em apuração, na medida em que o mesmo se vê vinculado, ainda que involuntariamente, à rota traçada exclusivamente pela polícia, que além de unilateral, contraria a versão do acusado.⁵²⁴ Como pano de fundo, então, tem-se a crítica à característica que se atribui ao juiz de *terceiro imparcial*, que não só foi ignorada durante o processo inquisitório,⁵²⁵ como parece vigorar no direito contemporâneo apenas de forma aparente.⁵²⁶

A base teórica da experiência, vale dizer, também é a teoria da dissonância cognitiva (na versão do psicólogo alemão Martin Irle, frisa-se), tendo-se como ponto de partida da respectiva investigação dois processos cognitivo-comportamentais nesta desenvolvidos, reflexos do rompimento do estado soberano de equilíbrio cognitivo, que se traduzem na superestimação, no indivíduo, de hipóteses (cognições) pré-concebidas, em detrimento de outras não levadas em consideração até então (desconhecidas) e/ou contraditórias a estas (o que se denominou *efeito inércia ou perseverança*);⁵²⁷ e na

⁵²³ Constatação também feita por Aury Lopes Jr., que apesar de registrar suas divergências com a doutrina processual de Schünemann, especialmente no que se refere à concepção de sistema acusatório e inquisitório, de verdade (real) e papel do juiz no processo, considera a pesquisa do jurista alemão “excelente” e “bastante enriquecedora”. (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 69). Similarmente, relacionando a teoria em voga com a imparcialidade judicial: WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 24, v. 119, p. 201-240, mar./abr. 2016. p. 209.

⁵²⁴ “Dito de modo simples, trata-se de saber se o juiz, por seu conhecimento dos autos, por proferir a decisão de recebimento da denúncia, por sua atividade inquisitória 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, isto é, de processar as informações de forma adequada, ou se, pelo contrário, esse juiz não acaba preso à rota traçada nos autos da investigação preliminar, os quais foram construídos em regra de modo unilateral, porque quase que exclusivamente pela polícia, com pouquíssima influência da defesa, e que por isso contêm uma imagem dos fatos que reflete a perspectiva e o enfoque da polícia.” (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 207).

⁵²⁵ Como se viu no tópico 1.1.1.

⁵²⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 206.

⁵²⁷ “Segundo a teoria da dissonância cognitiva, formulada por *Festinger*, na versão de Irle, toda pessoa procura um equilíbrio em seu sistema cognitivo, isto é, uma relação não contraditória entre seu conhecimento e suas opiniões. No caso de uma dissonância cognitiva, surge para o sujeito um motivo no sentido de reduzi-la e de restaurar a consonância, isto é, de fazer desaparecer as contradições. Disso decorrem, principalmente, dois efeitos: por um lado segundo o *chamado efeito inércia ou perseverança* (mecanismo de auto-confirmação de hipóteses), as informações que confirmam uma hipótese que, em algum momento anterior fora considerada correta, são sistematicamente

busca seletiva de informações que confirmem cognições prévias (redundantes),⁵²⁸ ou que as contrariem (dissonantes), mas sejam facilmente refutadas, “de modo que elas acabem tendo um efeito igualmente confirmador” (o que se intitulou *princípio da busca seletiva de informações*).⁵²⁹⁻⁵³⁰

O que questiona Schünemann, portanto, lastreado em tal teoria, é se a leitura dos autos da investigação preliminar (inquérito policial) não acaba fixando uma imagem unilateral e tendenciosa do fato na psique do juiz, capaz de lhe vender para outras possibilidades, visto que apegado a esta, buscará comprová-la no processo, comprometendo definitivamente sua imparcialidade.⁵³¹ Eis o que o autor pretende testar, a partir de *quatro hipóteses* diferentes, das quais a primeira relaciona o (des)conhecimento dos autos do inquérito pelo julgador com o desfecho do processo; a segunda vincula o (des)conhecimento da investigação policial com possíveis equívocos na compreensão das informações trazidas no processo; a terceira avalia se há distorção na apreensão das informações apresentadas no processo quando se (im)possibilita ao

superestimadas, enquanto as informações contrárias são sistematicamente menosprezadas.” (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 208).

⁵²⁸ O autor trata tais cognições confirmadoras por *redundantes*.

⁵²⁹ “Por outro lado, segundo o *princípio da busca seletiva de informações*, procuram-se, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que, em algum momento prévio, fora aceita (<<acolhida pelo ego>>), tratem-se elas de informações consonantes, ou de informações dissonantes, desde que, contudo, sejam facilmente refutáveis, de modo que elas acabem tendo um efeito igualmente confirmador.” (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 208).

⁵³⁰ Na síntese de Aury Lopes Jr.: “Para diminuir a tensão psíquica gerada pela dissonância cognitiva, haverá dois efeitos (SCHÜNEMANN): efeito inércia ou perseverança: mecanismo de autoconfirmação de hipóteses, superestimando as informações anteriormente consideradas corretas (como informações fornecidas pelo inquérito ou a denúncia, tanto que ele as escolhe para aceitar a acusação pedido de medida cautelar, etc.); busca seletiva de informações: onde se procuram, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que em algum momento prévio foi aceita (acolhida pelo ego), gerando o efeito confirmador tranquilizador.” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 70). Veja-se que não se está utilizando da teoria em questão em toda sua dimensão, valendo-se, Schünemann, para fundamentar as hipóteses iniciais de sua pesquisa, apenas dos processos cognitivos acima mencionados (aliados aos estudos da teoria da comparação social), que nada mais são do que aqueles explorados no tópico 2.1.1 sob os títulos “desvalorização de elementos cognitivos dissonantes” e “adição de novos elementos cognitivos consonantes com a cognição existente”, respectivamente.

⁵³¹ “Aplicando essas considerações à posição e à função do juiz alemão na audiência de instrução e julgamento: uma vez que a leitura dos autos faz surgir no juiz uma imagem do fato, é de se supor que, tendencialmente, o juiz a ela se apegará de modo que ele tentará confirmá-la na audiência, isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consonantes e menosprezar as informações dissonantes.” (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 208).

juiz inquirir testemunhas; e a quarta examina a ligação entre o (des)conhecimento do caderno policial pelo julgador e a formulação de perguntas na audiência.⁵³²

As primeiras duas hipóteses tratam, assim, da fixação ou não, pelo julgador, da imagem do fato nos termos da investigação policial e do armazenamento (in)adequado das informações adquiridas posteriormente no processo. A terceira trata de averiguar a atenção do magistrado como decorrência de sua participação ativa na inquirição de testemunhas. E a quarta cuida da verificação sobre o direcionamento da busca de informações no transcurso do processo, que tende a ser em prol daquelas já obtidas por meio do inquérito policial.⁵³³

Participaram da pesquisa 58 juízes criminais e promotores de diversas regiões da Alemanha, *submetidos a diferentes condições experimentais* (que variavam relativamente ao conhecimento dos autos e a possibilidade de inquirir testemunhas), *mas baseados no mesmo caso concreto* (com idêntico acesso ao seu conteúdo): um processo criminal real pelo crime de libertação de preso, cujo contexto fático-probatório permitia tanto uma decisão condenatória, quanto absolutória.⁵³⁴ Para que não se questionasse a credibilidade da experiência, utilizou-se de cenário uma simulação de audiência de instrução e julgamento, a qual se assemelhava rigorosamente à realidade, ressalvada a substituição da forma oral pela escrita - o que não mostrou prejuízo, ao passo que foi possível constatar que os participantes comunicavam-se com naturalidade com as testemunhas, “chegando mesmo a ter ataques de raiva diante de respostas demasiado renitentes.”⁵³⁵

Dos 58 participantes, 14 (8 juízes e 6 promotores) tinham conhecimento dos autos e lhes era permitido inquirir testemunhas na audiência (grupo 1); 14 (9 juízes e 5 promotores) tinham conhecimento dos autos e não lhes era permitido inquirição de

⁵³² “Daí podem ser deduzidas as seguintes hipóteses: H 1 – Se os juízes penais, antes da audiência, tiverem conhecimento dos autos, eles condenarão com maior frequência que juízes sem esse conhecimento. Esse efeito é reforçado pela possibilidade de inquirir os sujeitos da prova. H 2 – Existindo conhecimento dos autos, serão cometidos na audiência mais erros no armazenamento das informações que contradizem os autos do que no caso em que inexista esse conhecimento. H 3 – A menor quantidade de erros no caso de inexistência de conhecimento dos autos será ainda menor se o juiz puder inquirir pessoalmente os sujeitos da prova. H 4 – Existindo conhecimento dos autos, serão formuladas na audiência mais perguntas aos sujeitos da prova do que no caso em que inexista esse conhecimento. (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 209).

⁵³³ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 209.

⁵³⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 209-210.

⁵³⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 210.

testemunhas (grupo 2); 17 (11 juízes e 6 promotores) não possuíam conhecimento dos autos, mas lhes era permitido inquirir testemunhas na audiência (grupo 3); e 13 (7 juízes e 6 promotores) não possuíam conhecimento dos autos, tampouco lhes era permitida a inquirição de testemunhas (grupo 4).⁵³⁶

A primeira hipótese, que diz respeito ao comportamento do juiz ao sentenciar, foi testada por meio da comparação dos resultados das sentenças, condenatórias *vs.* absolutórias, à luz do (des)conhecimento dos autos da investigação preliminar e da (im)possibilidade de inquirição de testemunhas. O resultado obtido sugere que, nas mesmas condições fáticas, enquanto conhecendo-se os autos, independentemente da possibilidade de inquirir testemunhas, o juízo final condenatório é muito mais provável que o absolutório (10 para 4, respectivamente, em ambos os grupos 1 e 2), sem tal conhecimento, alterando-se significativamente a estatística, há mais probabilidade de absolvição (13 no grupo 3 e 7 no grupo 4), do que de condenação (4 no grupo 3 e 6 no grupo 4).⁵³⁷ Inclusive, especificamente em relação aos juízes, pôde-se observar que enquanto todos os 17 que conheciam os autos condenaram, os 18 que desconheciam dividiram-se em absolver (10) e condenar (8),⁵³⁸ podendo-se considerar confirmada a primeira hipótese.

A segunda, que examinava o *efeito inércia ou perseverança*,⁵³⁹ foi testada por meio de perguntas aos participantes sobre as respostas dadas pelas testemunhas em audiência. Enquanto o grupo que tinha conhecimento dos autos recordou com acerto a média de 6,59 das 11 indagações formuladas às testemunhas, o grupo sem conhecimento obteve uma média de 7,69 de respostas corretas.⁵⁴⁰ A diferença foi ainda maior quando confrontados os resultados especificamente daqueles que condenaram e possuíam conhecimento dos autos e daqueles que absolveram e não o possuíam, cujas médias obtidas foram de 6,35 e 7,63, nesta ordem.⁵⁴¹ Com esse resultado, confirmou-se a suspeita de que os juízes dotados de conhecimento dos autos não apreenderam e

⁵³⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 210.

⁵³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 211.

⁵³⁸ “Pode-se ver que todos os 17 juízes que conheciam os autos também condenaram, enquanto os juízes que não estavam dotados desse conhecimento comportaram-se de modo ambivalente, condenando oito e absolvendo dez vezes.” (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 211).

⁵³⁹ Leia-se “desvalorização de elementos cognitivos dissonantes.”

⁵⁴⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 211-212.

⁵⁴¹ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 212.

armazenaram corretamente o conteúdo defensivo na audiência, armazenando somente informações incriminadoras (*redundantes*), que já lhes eram conhecidas em razão da leitura prévia dos autos.⁵⁴²

A terceira, que investigava as consequências cognitivas da passividade do julgador na audiência de instrução e julgamento (leia-se possibilidade ou não de inquirição de testemunhas), também foi testada por meio da lembrança das perguntas formuladas às testemunhas na solenidade simulada, sendo possível observar que a realização da inquirição diretamente pelo juiz lhe garante uma maior atenção às respostas dadas. Tal constatação reflete as médias de 8,65 e 6,33, correspondentes a possibilidade e vedação da inquirição de testemunhas, que chega a alcançar 9,25 (das 11 perguntas, repita-se), quando se leva em consideração somente os julgadores que não possuíam o conhecimento dos autos, cenário de melhor memorização possível.⁵⁴³

A quarta e última, que verificava o proceder do julgador no tocante a busca de informações no processo (se seletiva ou não), foi testada por meio da quantidade de perguntas realizadas na audiência, e sua correlação com as condições experimentais e a sentença proferida. Demonstram os resultados que a maior parte das perguntas foi formulada por aqueles que condenaram e possuíam conhecimento da investigação preliminar (média 11,4⁵⁴⁴), reforçando-se a tese de que a formulação de perguntas serve mais para autoconfirmação das cognições já obtidas do que para obtenção de novas informações, dissonantes ou não. Inclusive, o grupo que menos fez perguntas, foi ao mesmo tempo o que teve a melhor memorização.⁵⁴⁵

Em resumo, todas as hipóteses foram confirmadas. De fato, os resultados da pesquisa indicam que o magistrado condena mais frequentemente quando possui conhecimento dos autos do inquérito do que quando não os conhece; o armazenamento correto de informações que contrariam o teor da investigação policial, na instrução processual, é extremamente precário; e as perguntas formuladas na audiência de instrução e julgamento para as testemunhas são, na maior parte das vezes, realizadas

⁵⁴² SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 212.

⁵⁴³ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 212.

⁵⁴⁴ As demais médias foram 4,75 (subgrupo que absolveu e teve acesso aos autos), 2,69 (subgrupo que absolveu sem contato com a investigação policial), e 7,25 (subgrupo que condenou sem conhecimento dos autos do inquérito policial). (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 212).

⁵⁴⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 212.

para se confirmar o conhecimento que já se tem (baseado no caderno policial) e não para absorver novas informações.⁵⁴⁶ Ou seja, o contato do julgador com investigação preliminar, de caráter predominantemente incriminador, é um fator determinante para um juízo condenatório, evidenciando o apego judicial à imagem mental prévia do fato a ser julgado⁵⁴⁷ e o completo comprometimento do processo, que mero simulacro, no qual a presunção de inocência está de cabeça para baixo, competindo à defesa a prova de que o fato narrado na denúncia não existiu.⁵⁴⁸

Nada diferente, note-se, do que se viu na teoria, tanto sob o ponto de vista da dissonância cognitiva (*dissonância pós-primeira impressão*), quanto sob o prisma da percepção social de pessoas, mais especificamente no que se refere ao chamado *efeito primazia*.⁵⁴⁹ Afinal, reitera-se, se após a obtenção de uma cognição inicial (primeira impressão) sobre alguém, a tendência do indivíduo é de preservá-la (*efeito primazia*), evitando-se o rompimento do seu estado de consonância cognitiva, sempre que esta for questionada, sobrevirão processos involuntários (*desvalorização das cognições dissonantes e a adição de novas cognições consonantes à cognição existente*, ou, nos termos de Schünemann, *efeito perseverança e busca seletiva de informações*) e técnicas específicas (*percepção errônea, invalidação e esquecimento seletivo*), destinados a ratificá-la, exatamente o que apontam os resultados da pesquisa empírica realizada.

Outro aspecto relevante que Schünemann aproveitou para denunciar com seu experimento, foi o chamado *efeito aliança* existente entre a figura do juiz e do promotor no desenrolar processual. Amparando-se, desta vez, na teoria dos processos de comparação social, de autoria também de Leon Festinger, examinou o jurista, neste

⁵⁴⁶ Nas palavras conclusivas do próprio autor: “As conclusões, em substância, estavam em conformidade com as hipóteses e podem ser caracterizadas pelos termos efeito perseverança, efeito redundância, efeito atenção e efeito aliança. O processamento de informações pelo juiz é em sua totalidade distorcido em favor da imagem do fato que consta dos autos da investigação e da avaliação realizada pelo ministério público, de modo que o juiz tem mais dificuldade em perceber e armazenar resultados probatórios dissonantes do que consonantes, e as faculdades de formulação de perguntas que lhe assistem são usadas não no sentido de uma melhora do processamento de informações, e sim de uma autoconfirmação das hipóteses iniciais.” (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 221).

⁵⁴⁷ WEDY, Tedesco Miguel; LINHARES, Raul Marques. O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 24, v. 119, p. 201-240, mar./abr. 2016. p. 209.

⁵⁴⁸ “Tudo isso acaba por constituir um “caldo cultural” onde o princípio *in dubio pro reo* acaba sendo virado de ponta cabeça – na expressão de SCHÜNEMANN – pois o advogado vê-se incumbido de provar a incorreção da denúncia.” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 72). Assim também em: SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 216.

⁵⁴⁹ Ambos desenvolvidos no tópico 2.3.

particular, se há influência do promotor sobre o juiz nos atos de recebimento da denúncia e aplicação da pena definitiva, em caso de condenação.

Tendo em vista que a *teoria dos processos de comparação social*, em resumo, sustenta que o indivíduo tem um impulso de autoavaliação, que terá como parâmetro, na falta de meios não-sociais objetivos, a comparação com outra(s) pessoa(s);⁵⁵⁰ e que diante de uma realidade física incerta, a tendência é se confiar na “realidade social”, isto é, na ação de outro sujeito, a fim de que se faça um julgamento correto (ou se aja adequadamente) e correspondente a possíveis expectativas;⁵⁵¹ factível a suspeita de que o julgador quando instado a se manifestar simplesmente confie no julgamento anterior feito pelo promotor de justiça, aderindo irrefletidamente a este.⁵⁵²

Para testar essa hipótese, distribuíram-se entre os participantes da pesquisa anterior (juízes e promotores criminais) autos originais de uma investigação de um possível crime de estelionato, cujo conteúdo era, novamente, ambivalente, podendo-se fundamentar tanto o recebimento da denúncia, quanto sua oferta e rejeição.⁵⁵³ Enquanto metade dos participantes ficou encarregado de decidir sobre o *oferecimento ou não* da denúncia, a outra metade, que se deparava com uma denúncia já ofertada, deveria decidir sobre o seu *recebimento (ou não)*. O critério a ser utilizado era o mesmo para ambas as decisões, traduzindo-se na probabilidade futura de sentença condenatória. Inclusive, apesar da prática forense, por assim dizer, demonstrar que a decisão pelo

⁵⁵⁰ FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 27. “En segunda teoria de gran influencia, Festinger (1954) esbozó el proceso de la comparación social. Postuló que las personas necesitan evaluar sus capacidades y opiniones y que, cuando esto no se puede hacer a través de médios físicos, objetivos y no sociales, recurrirán al establecimiento de comparaciones con otras personas.” (TURNER, John. C. El campo de la psicología social. In: FRANCISCO MORALES, J. (coord.). **Psicología social**. Madrid: McGraw-Hill, 1994. p. 17. Também em: GOLDSTEIN, Jeffrey H. **Psicologia social**. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 219; RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 57.

⁵⁵¹ ARONSON, Elliot. **O animal social**: introdução ao estudo do comportamento humano. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA, 1979. p. 35-39. Exemplificativamente, na esteira de Goldstein: “se você deseja saber quão inteligente é, você primeiramente procura encontrar algum meio objetivo de avaliar sua inteligência. Não dispondo de nenhum meio, você se compara com outras pessoas, especialmente aquelas que você imagina terem um grau de inteligência aproximadamente semelhante: você não se compara com crianças de escola primária ou com seu professor de física, porém mais provavelmente com outros estudantes do seu nível.” (GOLDSTEIN, Jeffrey H. **Psicologia social**. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 219).

⁵⁵² “A atitude pouco crítica especialmente dos juízes em face do conteúdo dos autos da investigação preliminar, que ficou evidenciada nos resultados acima relatados, levou à suposição de que os juízes na audiência de instrução e julgamento simplesmente confiam em que o promotor já examinara os resultados da investigação preliminar e os considerara suficientes para provar a culpa do acusado.” (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 213).

⁵⁵³ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 213.

recebimento da inicial acusatória é mero despacho de rotina, os participantes foram advertidos sobre as trágicas consequências para o indiciado de responder um processo descabido, maximizando-se a seriedade da decisão que tinham em mãos.⁵⁵⁴

No que diz respeito ao *oferecimento* da denúncia, as decisões negativas superaram as afirmativas, tanto para o grupo dos juízes, quanto para o dos promotores, destacando-se a postura mais crítica destes, que chegaram a somar dois terços do total contrariamente ao oferecimento.⁵⁵⁵ Por outro lado, nas decisões acerca do *recebimento* ou não da exordial acusatória, quadro em que já havia a prática de uma ação anterior por outra pessoa (oferecimento), observou-se justamente o contrário, prevalecendo o recebimento sobre o não recebimento em ambos os grupos, ainda que a base de informações tenha sido a mesma. Desse modo, assim como as hipóteses anteriores, estas também restaram comprovadas, podendo-se sugerir, com o pesquisador, que a decisão do magistrado acerca do recebimento da denúncia é influenciada pela manifestação anterior do promotor (leia-se oferecimento da peça acusatória),⁵⁵⁶ o que também ocorre no âmbito da dosimetria da pena, em que o requerimento do promotor pode ser visto como padrão de orientação para o juiz.⁵⁵⁷

Tais investigações empíricas, portanto, além de ratificarem o que se viu em teoria, demonstram a inegável contribuição da *teoria da dissonância cognitiva* para um processo penal imparcial, justificando-se a suspeita sobre a (in)efetividade do princípio da imparcialidade num processo em que: se permita a atuação de ofício de julgador, tanto na fase pré-processual quanto na processual; a prevenção seja critério de fixação de competência e não exclusão, cabendo ao mesmo juiz a jurisdição da fase

⁵⁵⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 213-214.

⁵⁵⁵ Dos juízes, 18 decidiram pelo não oferecimento e 13 pelo oferecimento.

⁵⁵⁶ “[...] Como demonstra a parte 2 da tabela 4, os participantes do primeiro grupo negaram-se, por maioria de dois terços a oferecer a denúncia, enquanto os participantes do segundo grupo, que tinham diante de si uma denúncia já oferecida, decidiram-se, em grande maioria, por recebê-la. A diferença é significativa e confirma a hipótese de que, ainda que idêntica a base de informações, mera orientação segundo o juízo de uma pessoa tida como competente, isto é, segundo a existência de uma denúncia oferecida pelo promotor, já leva a uma avaliação da <<justa causa>> negativa para o acusado.” (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 214).

⁵⁵⁷ “A explicação do comportamento do juiz por meio da teoria dos processos de comparação social se corrobora também em outro contexto, a saber: na explicação da *pena aplicada*. A partir de uma análise de autos de processos criminais pôde-se verificar que a variação na pena aplicada pelo juiz em grande parte é passível de explicação pelo requerimento feito pelo promotor, de modo que também nesse âmbito o comportamento do promotor tem uma influência dominante enquanto fator de orientação para o comportamento decisório do juiz.” (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 215).

investigatória e processual; e, o julgador tenha contato com os autos do inquérito policial, por integrarem os autos do processo.⁵⁵⁸

Por tudo isso, improrrogável a discussão acerca de possíveis medidas de redução de danos “que diminuam a permeabilidade inquisitória e os riscos para a imparcialidade e a estrutura acusatória constitucionalmente demarcada [...]”,⁵⁵⁹ sendo este, pois, o objetivo das próximas linhas.

2.4 Excurso Final: Críticas à Teoria da Dissonância Cognitiva

Antes de avançar às sugestões de medidas redutoras de danos para um processo penal acusatório regido pela imparcialidade, importante examinar, a título de excurso final, as críticas feitas à teoria da dissonância cognitiva, para que se possa avaliar sua idoneidade, bem como sua credibilidade no âmbito da psicologia social, área de estudo na qual foi desenvolvida.⁵⁶⁰

Direto ao ponto, as objeções da teoria em questão por alguns doutrinadores fundamentam-se, em síntese, em três supostas limitações, traduzidas na *vagueza dos conceitos propostos*, na *excessiva utilização de generalizações* e no *escasso rigor metodológico* das pesquisas experimentais,⁵⁶¹ além da falta de formalismo em sentido estrito, que leva Zajonc a afirmar que “[...] a teoria da dissonância não é uma teoria no sentido estritamente formal da palavra. É isso, sim, um dispositivo heurístico cuja principal finalidade (e, na realidade, consequência) é a estimulação da pesquisa.”⁵⁶²

⁵⁵⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 72.

⁵⁵⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 72.

⁵⁶⁰ Uma das críticas, aliás, é justamente a respeito disso (seu pertencimento à psicologia social), em razão do enfoque da teoria, que antes de ocupar-se da transformação material da realidade, ocupa-se da transformação mental das pessoas, de modo que mudem a si mesmas. (OVEJERO BERNAL, Anastasio. Leon Festinger y la psicología social experimental: la teoría de la disonancia cognoscitiva 35 años despues. **Revista Psicothema**. Asturias, n. 1, v. 5, p. 185-199, 1993. p. 190).

⁵⁶¹ OVEJERO BERNAL, Anastasio. Leon Festinger y la psicología social experimental: la teoría de la disonancia cognoscitiva 35 años despues. **Revista Psicothema**. Asturias, n. 1, v. 5, p. 185-199, 1993. p. 189.

⁵⁶² ZAJONC, R. B. Cognitive theories of social behavior. In: LINDZEY, G; ARONSON, E. (orgs.). **The handbook of social psychology**. Menlo-Park: Addison-Wesley, 1968. p. 320. Outras críticas concentram-se no possível conflito da teoria da dissonância com a teoria da aprendizagem, uma vez que Festinger questiona a máxima de que quanto maior a recompensa maior o esforço para obtê-la (LINDGREN, Henry Clay. **Introducción a la psicología social**. 2ª ed. Trad. Nuria Parés; María Inés de Salas. México: Editorial Trillas, 1978. p. 160). De qualquer sorte, não foram objeto de análise, nos tópicos precedentes, as pesquisas de Festinger relativas às recompensas como fator determinante da conduta, não havendo, pois, necessidade de se adentrar nas críticas a respeito disso.

Formalismos a parte, no que tange à primeira controvérsia, o cerne da discussão é a falta de clareza de termos fulcrais da teoria, como “cognição”⁵⁶³ e “cognições dissonantes”⁵⁶⁴, que podem dar vazão a interpretações diferentes e ambíguas, ademais de serem considerados estados abstratos e não mensuráveis,⁵⁶⁵ que contrariam a lógica formal que daria maior rigidez à teoria.⁵⁶⁶ Elliot Aronson explica, a respeito disso, que ao abrir mão da lógica formal, valendo-se de bases psicológicas, a teoria torna-se inconsistente, na medida em que não é possível saber se determinada pessoa, no âmago de sua singularidade, terá a mesma reação do que outra, que siga padrões comuns e esperados. Exemplifica o autor, com a seguinte proposição: “Suponha, por exemplo, que você tem uma grande admiração por Franklin Delano Roosevelt; então você fica sabendo que, embora casado, ele mantinha um caso de amor. Isso causará dissonância?”,⁵⁶⁷ ao responder, chama atenção para a dificuldade de se dar uma resposta inequívoca à questão, tendo em conta que somente sofrerão dissonância os sujeitos que valorizam a fidelidade conjugal e acreditam que grandes homens não devem violá-la, o que não ocorrerá com aqueles que não adotam esses valores simultaneamente.⁵⁶⁸

Relativamente à segunda (uso excessivo de generalizações), refere Anastasio Ovejero Bernal que o problema central está na premissa de que todas as pessoas, em todas as situações, tendem a ser consistentes em suas ações (perspectiva estritamente racional), ignorando-se as estruturas sócio-culturais que influenciam o homem e

⁵⁶³ “A maior dificuldade talvez resida no fato de a exposição original ter sido conceitualmente vaga. Vejamos a exposição teórica que mencionamos no Capítulo 4. O que é cognição?” (ARONSON, Elliot. **O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano**. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA. 1979. p. 141).

⁵⁶⁴ “Uma das objeções centrais dos críticos à teoria de Festinger se prende ao que eles chamam de falta de clareza e rigor nas proposições fundamentais da teoria. Dizem eles que a expressão básica usada por Festinger para definir o que sejam cognições dissonantes [...] não é precisa e permite que um estado de dissonância seja considerado diferentemente por diversos experimentadores. A expressão advém do outro (*follows from*) tem sido alvo das críticas mais severas. Com que base se estabelece se um elemento cognitivo se segue ou não ao outro?” (RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 109).

⁵⁶⁵ “As críticas dos behavioristas giram em torno de três questões. [...] Além disso, conceitos tais como equilíbrio e dissonância são estados inferidos, estados que de nenhum modo se podem observar, e os behavioristas não aceitam essas abstrações não mensuráveis.” (GOLDSTEIN, Jeffrey H. **Psicologia social**. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 219).

⁵⁶⁶ “[...] as inconsistências que produzem dissonância são inconsistências *psicológicas*. Isto, é claro, torna a teoria excitante e aumenta-lhe o escopo. Infelizmente isto também torna a teoria menos precisa do ponto de vista da perfeição. Seria relativamente fácil estabelecer com precisão o domínio da teoria, se suas previsões se limitassem a instâncias de inconsistências lógicas, pois há regras rígidas para determinar se as conclusões são tiradas ou não de premissas baseadas na lógica formal.” (**O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano**. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA. 1979. p. 141).

⁵⁶⁷ **O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano**. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA. 1979. p. 142.

⁵⁶⁸ **O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano**. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA. 1979. p. 142.

viabilizam o alcance dessa consistência de forma não racional.⁵⁶⁹ Finalmente, no que concerne à terceira (falta de rigor metodológico), esclarecem Aroldo Rodrigues, Eveline Assmar e Bernardo Jablonski, que a reprovação da doutrina assenta-se, de modo geral, na exclusão tendenciosa de alguns participantes em certos experimentos sob a vazia alegação de que não haviam experimentado dissonância e nas interpretações dos dados, que não era feita de maneira imparcial, tratando-se com menor cuidado aqueles que invalidavam a hipótese testada.⁵⁷⁰

A despeito dessas críticas, que não serão aqui aprofundadas ou enfrentadas, bastando que se tenha delas ciência para que se possa consolidar um juízo próprio do que realmente é significativo e deve ser levado em consideração e o que não é, importa enfatizar que o sumário das provas experimentais relativas à teoria e que ao estudo da imparcialidade interessam, mostram nitidamente que *após uma decisão segue-se um estado de dissonância cognitiva e desencadeiam-se mecanismos de redução ou eliminação da mesma*, cujos principais são a desvalorização das cognições dissonantes e a supervalorização das cognições consonantes.⁵⁷¹

Além disso, convém salientar que o saldo a favor da teoria é positivo, não havendo quem não reconheça seu valor heurístico, sua amplitude de aplicações e integração de achados experimentais, e sua relevância para a psicologia social,⁵⁷² inspirando mais pesquisas e descobertas sobre comportamento do que qualquer outra teoria.⁵⁷³ De fato, assumindo-se que as teorias não são certas nem erradas, mas apenas úteis, no seu prazo de validade, para explicarem certos eventos e fatos até então incompreensíveis,⁵⁷⁴ incontestável o valor do estudo desenvolvido por Festinger, cujo

⁵⁶⁹ OVEJERO BERNAL, Anastasio. Leon Festinger y la psicología social experimental: la teoría de la disonancia cognoscitiva 35 años despues. **Revista Psicothema**. Asturias, n. 1, v. 5, p. 185-199, 1993. p. 189.

⁵⁷⁰ RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 109. Assim também em: GOLDSTEIN, Jeffrey H. **Psicologia social**. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 113-114.

⁵⁷¹ RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 108.

⁵⁷² RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 110.

⁵⁷³ **O animal social**: introdução ao estudo do comportamento humano. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA. 1979. p. 141; OVEJERO BERNAL, Anastasio. Leon Festinger y la psicología social experimental: la teoría de la disonancia cognoscitiva 35 años despues. **Revista Psicothema**. Asturias, n. 1, v. 5, p. 185-199, 1993. p. 190.

⁵⁷⁴ **O animal social**: introdução ao estudo do comportamento humano. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA. 1979. p. 140-141.

núcleo se pode comparar a um “diamante bruto” que sofre apenas subsequentes trabalhos de lapidação.⁵⁷⁵

3 EM BUSCA DE CONDIÇÕES DE IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL: AS 4 MEDIDAS ANTI-INQUISIÇÃO E A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO (PL 8045/2010)

3.1 O Diagnóstico: os Obstáculos Atuais para o Processo Penal Imparcial à Luz da Psicologia Social

Tendo-se questionado, com base nos estudos da psicologia social, aspectos vigentes no processo penal brasileiro que inviabilizam a efetividade do princípio da imparcialidade⁵⁷⁶ (leia-se tornando o processo imprestável), é hora de se demarcar em definitivo quais são os respectivos obstáculos para um *processo penal imparcial* e se apontar possíveis soluções ou alternativas “reductoras de danos”. Para tanto, deverão ser revisadas especialmente as categorias da prevenção como critério fixador de competência, da (des)necessidade do juiz das garantias (conforme o Projeto do novo CPP), da presença física dos autos do inquérito policial no processo e da (im)possibilidade de se atribuírem poderes instrutórios ao julgador.

Não obstante, antes de tal revisão, impõe-se recapitular o que já se construiu até aqui, tanto no âmbito do direito processual penal, quanto no da psicologia, para que não se percam de vista os fundamentos daquilo que está a problematizar.

Começando pelo primeiro, então, nos termos do capítulo inicial, importa se recordar que falar em imparcialidade judicial pressupõe assumir como modelo processual o intitulado acusatório, cujo núcleo corresponde à gestão da prova e o princípio informador é o dispositivo, que a coloca exclusivamente nas mãos das

⁵⁷⁵ “Em todas as ciências, o ciclo – teoria - testes experimentais – reformulação da teoria – novos testes experimentais – confirmação – reformulação geral ou rejeição da teoria – repete-se a cada passo. A psicologia não é exceção. Apesar das inúmeras críticas sofridas pela teoria de Festinger, ela se constitui, inegavelmente, em uma das realizações mais frutíferas em Psicologia Social. Os muitos anos de intensa atividade experimental suscitada pela teoria provam o que acaba de ser dito. É óbvio que há pontos ainda obscuros e reformulações de certas suposições e proposições da teoria de Festinger ainda por certo virão. O núcleo da teoria, porém, parece que permanecerá para sempre como um diamante bruto que sofre subsequentes trabalhos de lapidação.” (RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 109-110).

⁵⁷⁶ Cujas delimitações foram desenvolvidas no primeiro capítulo.

partes.⁵⁷⁷ Ademais, a compreensão adequada dessa imparcialidade não diz respeito à superada ideia de neutralidade, mas sim a uma construção jurídica, que visa preservar a cognição do julgador (para que não beneficie uma parte em detrimento da outra, involuntariamente ou não), impondo limites à sua atuação no processo (terceiro desinteressado/alheio aos interesses das partes, que aprecie ambas as versões apresentadas sobre o(s) fato(s) em apuração, proporcionando sempre igualdade de tratamento e oportunidades aos envolvidos),⁵⁷⁸ que não deverá se orientar pela revelação de uma “verdade”, mas sim pela Constituição Federal. Eis o que de essencial se deve guardar desse capítulo inaugural.

No que se refere ao segundo, desenvolvido no capítulo seguinte e lastreado em outro campo do conhecimento (psicologia social), cumpre se relembrar que a *teoria da dissonância cognitiva*, fundamentada na premissa de que o indivíduo tende sempre a buscar um estado de coerência entre suas cognições, sustenta que o rompimento deste leva a uma situação cognitiva incômoda, responsável pela manifestação de diversos processos involuntários direcionados a sua recomposição (dos quais se destacam a desvalorização das cognições dissonantes e a adição de novas cognições consonantes), que cognitivamente favorável. Logo, pode-se afirmar que há uma tendência, no ser humano, à estabilidade cognitiva, intolerante a incongruências, que são inevitáveis nos casos de *tomada de decisões* (o que se denominou dissonância pós-decisória),⁵⁷⁹ e de conhecimento de novas informações sobre alguém, que coloquem em xeque a primeira impressão fixada sobre essa pessoa (dissonância pós-primeira impressão - que inclusive encontra apoio nos estudos da percepção de pessoas, no chamado *efeito primazia*),⁵⁸⁰ pelas razões já expostas anteriormente.

Daí a conclusão de que “decidir” não é apenas fazer uma escolha. Muito mais do que isso, é assumir (fiel e involuntariamente) o compromisso de conservar uma posição, que decisivamente vinculará o seu responsável por prazo indeterminado, já que tudo que

⁵⁷⁷ Vide tópico 1.1.2.

⁵⁷⁸ Para melhor compreender o conceito do princípio da imparcialidade ver tópico 1.2.1.

⁵⁷⁹ Já que, lembre-se, “Após a decisão, todos os bons aspectos da alternativa preterida e todos os maus aspectos da alternativa adotada são dissonantes em relação ao que se decidiu.” (FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 359).

⁵⁸⁰ Afinal, como se viu anteriormente, após a obtenção de uma cognição inicial (primeira impressão) sobre alguém (positiva ou negativa), a tendência do indivíduo é de preservá-la, evitando-se o rompimento do seu estado de consonância cognitiva, que somente estará em perigo se esta for contrariada. Não sendo possível, porém, dita manutenção, sobrevivendo cognições que questionam aquela primeira (novas informações aptas a modificarem a primeira impressão), entrarão em cena processos involuntários destinados ao reestabelecimento do *status quo*.

a contrariar produzirá dissonância e deverá ser evitado, ou se não for possível, deturpado. E o mesmo ocorre em relação à fixação de uma *primeira impressão* sobre alguém, que acabará orientando a cognição e o comportamento do indivíduo em relação às cognições posteriores a esta, no sentido de adequá-las a mesma, sob pena de tornarem-se incompatíveis entre si, gerando dissonância cognitiva e todas as suas consequências molestas correlatas. Também aqui está o que de essencial se deve apreender, desta vez sobre o tema abordado no capítulo segundo.

E é este, pois, o arcabouço teórico que servirá de base para a problematização feita nos tópicos à seguir e para a solução (ainda que a título de redução de danos) que se quer ao final apresentar, por meio das intituladas “4 medidas anti-inquisição”. Passa-se, então, ao primeiro dos obstáculos anteriormente identificados, que é a prevenção como caráter fixador de competência.

3.1.1 A Prevenção como Caráter Fixador (Não Seria Excludente?) de Competência

A regra da prevenção estipulada no Código de Processo Penal vigente no Brasil, trata-se de uma regra de delimitação de competência, que terá incidência sempre que “concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa”,⁵⁸¹ ou a um deles tiver sido distribuído o processo.⁵⁸²

Ou seja, havendo mais de um juiz igualmente competente na mesma circunscrição judiciária (igualdade de competência) ou em circunscrições judiciárias diferentes (jurisdição cumulativa),⁵⁸³ restará “preventivo” aquele que primeiro tiver

⁵⁸¹ Conteúdo do artigo 83 (*In verbis*: “Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c).”)

⁵⁸² Como dispõe o artigo 75 (*In verbis*: “A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente.”). Nessa situação específica, ainda não houve prática de qualquer ato por nenhum juiz (já que se houvesse restaria este preventivo, como determina o artigo 83 do CPP) e os outros critérios foram insuficientes, remanescendo a igualdade de competência.

⁵⁸³ Conceituação vista na doutrina de André Machado Maya (MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 110.), que também pode ser extraída do próprio artigo 75 do Código de Processo Penal, que ao dispor que “A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente”, acaba delimitando semanticamente a “igualdade de competência” para abranger uma única comarca; restando para a “jurisdição cumulativa” a mesma igualdade de competência, desta vez relativa a múltiplas circunscrições judiciárias – o que encontra

contato com a causa.⁵⁸⁴ Trata-se, pois, de um critério subsidiário de fixação de competência, que pressupõe a pluralidade de juízes igualmente competentes e prevalecerá quando as hipóteses da natureza da infração, do local em que foi consumada (ou excepcionalmente executada) e do domicílio ou residência do acusado, não forem suficientes.⁵⁸⁵

Assim, ao estabelecer a competência pelo lugar da infração, o artigo 70, §3º, do CPP, menciona que consumando-se/tentando-se consumir o delito na divisa entre duas ou mais jurisdições, ou não se podendo precisar o limite entre elas para fins de se confirmar em qual delas foi praticado, haverá fixada a competência pelo critério da prevenção.⁵⁸⁶ E o mesmo deverá ocorrer, nos termos do artigo 91 do mesmo Diploma legal, nos casos de crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações, quando não for possível identificar o local de onde partiram ou o porto ou aeroporto em que primeiro tocaram o solo brasileiro,⁵⁸⁷ e nos casos de crimes continuados ou permanentes, nos quais os atos do *iter criminis* forem praticados em diferentes jurisdições, conforme o artigo 71 da mesma Lei processual.⁵⁸⁸

No tocante ao domicílio ou residência do réu (critério já subsidiário que pressupõe o desconhecimento do local da infração⁵⁸⁹), possuindo este mais de uma

respaldo também no Diploma Processual, nos artigos 70, §3º, 71 e 78, II, que adotam os termos “duas ou mais jurisdições” e “concurso de jurisdições”. Porém, cabe destacar que há divergência sobre o assunto na doutrina, havendo também quem considere justamente o oposto, sendo a igualdade de competência aquela referente a mais de uma comarca e jurisdição cumulativa aquela concernente a uma única circunscrição judiciária (MARQUES, José Frederico. **Da Competência em Matéria Penal**. 1ª edição revista, atualizada e complementada por José Renato Nalini e Ricardo Dip. Campinas: Millennium Editora, 2000. p. 252-253).

⁵⁸⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26º ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 266.

⁵⁸⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 269-270.

⁵⁸⁶ *In verbis*: “Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução. [...] § 3º Quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.”

⁵⁸⁷ *In verbis*: “Art. 91. Quando incerta e não se determinar de acordo com as normas estabelecidas nos arts. 89 e 90, a competência se firmará pela prevenção.” (Art. 89. Os crimes cometidos em qualquer embarcação nas águas territoriais da República, ou nos rios e lagos fronteiriços, bem como a bordo de embarcações nacionais, em alto-mar, serão processados e julgados pela justiça do primeiro porto brasileiro em que tocar a embarcação, após o crime, ou, quando se afastar do País, pela do último em que houver tocado. Art. 90. Os crimes praticados a bordo de aeronave nacional, dentro do espaço aéreo correspondente ao território brasileiro, ou ao alto-mar, ou a bordo de aeronave estrangeira, dentro do espaço aéreo correspondente ao território nacional, serão processados e julgados pela justiça da comarca em cujo território se verificar o pouso após o crime, ou pela da comarca de onde houver partido a aeronave).

⁵⁸⁸ *In verbis*: “Art. 71. Tratando-se de infração continuada ou permanente, praticada em território de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.”

⁵⁸⁹ Exceto para os crimes de ação penal de iniciativa privada, quando pode-se optar pelo domicílio do réu ainda que se saiba o local da infração, nos termos do artigo 73 do CPP (*In verbis*: “Nos casos de

residência na mesma comarca (cenário em que haverá igualdade de competência) ou em comarcas diferentes (havendo jurisdição cumulativa), não a tendo ou não sendo possível localizá-lo, restará prevento o juiz que primeiro tomar conhecimento do fato, como determina o artigo 72, §§ 1º e 2º, do CPP.⁵⁹⁰

Por fim, nos casos de conexão ou continência,⁵⁹¹ quando não for possível determinar em qual das jurisdições de igual categoria foi cometido o delito com apenamento mais grave ou onde foi praticado o maior número de crimes, também haverá fixação de competência pela prevenção, como estipula o artigo 78, II, “c”, do Diploma processual.⁵⁹²

E são *estas* as regras de fixação de competência por prevenção consignadas no Código de Processo Penal, que trazem nos seus respectivos textos legais as expressões “ato do processo”, “medida a este relativa” e “qualquer outra diligência”, para se referirem as práticas judiciais que autorizam a sua incidência, cujos principais exemplos são o exame da (des)necessidade de aplicação de uma medida cautelar (pessoal ou real), no âmbito da investigação preliminar, e o conhecimento e julgamento de ações de *habeas corpus* ou outros remédios jurídicos por parte dos tribunais, no curso do processo.⁵⁹³

Resta, portanto, averiguar, no que consistem tais práticas e até que ponto estão vinculadas (ou não) ao fato em apuração no processo, para se ponderar, com base no que se viu no capítulo anterior,⁵⁹⁴ se as mesmas são, de fato, obstáculos a efetivação da imparcialidade do julgador detentor da jurisdição no caso concreto. Passa-se, então, imediatamente a isso.

exclusiva ação privada, o querelante poderá preferir o foro de domicílio ou da residência do réu, ainda quando conhecido o lugar da infração”).

⁵⁹⁰ *In verbis*: “Art. 72. Não sendo conhecido o lugar da infração, a competência regular-se-á pelo domicílio ou residência do réu. § 1º Se o réu tiver mais de uma residência, a competência firmar-se-á pela prevenção. § 2º Se o réu não tiver residência certa ou for ignorado o seu paradeiro, será competente o juiz que primeiro tomar conhecimento do fato.”

⁵⁹¹ Causas modificadoras de competência que se fundamentam na necessidade de reunir diversos delitos conexos ou diferentes agentes em um só processo para julgamento simultâneo, seja por interesse probatório (conexão), seja em razão da necessidade de um tratamento coerente e igualitário para um fato praticado por duas ou mais pessoas (continência) cujo desmembramento do processo tornaria inviável (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 307).

⁵⁹² *In verbis*: “Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras: [...] II - no concurso de jurisdições da mesma categoria: a) preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave; b) prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade; c) firmar-se-á a competência pela prevenção, nos outros casos.”

⁵⁹³ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 165.

⁵⁹⁴ Especialmente no que diz respeito as consequências da tomada de uma decisão e da fixação de uma primeira impressão com base em informações unilaterais.

3.1.1.1 As Práticas Judiciais Relacionadas a Prevenção e suas Possíveis Influências no Resultado do Processo

As práticas judiciais *vinculadas ao tema da prevenção* ocorrem tanto na investigação preliminar, quanto no processo propriamente dito, e possuem variações no que tange aos seus requisitos autorizadores, devendo ser contextualizadamente analisadas, para que se possa definir se há margem para tais práticas (que não deixam de ser decisões) influenciarem o provimento final do processo, ou não, por não recaírem sobre o mesmo objeto.

Como mencionado no tópico anterior, distribuídas entre as fases pré-processual e processual, são elas, nessa mesma ordem: a decretação de *medidas cautelares*, a fim de viabilizar a apuração do fato criminoso pela autoridade policial ou garantir posterior indenização da vítima; e o conhecimento e julgamento de ações de *habeas corpus*, recurso em sentido estrito contra a rejeição da denúncia, concessão de liberdade provisória, relaxamento da prisão, indeferimento de revogação da prisão preventiva ou concessão ou denegação de HC, e recurso de apelação contra absolvição sumária, por parte dos tribunais.

Trazendo-as para o plano concreto, para que se possa então examinar individualmente seus respectivos requisitos autorizadores, e começando por aquelas relacionadas à fase investigativa preliminar associadas aos interesses da vítima do ilícito, seja o Estado ou particular, intituladas medidas assecuratórias (sequestro, arresto e hipoteca legal), será necessário, para fins de concessão judicial, *a constatação da existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens*, nos casos de sequestro;⁵⁹⁵ e *a formulação de um juízo de certeza da infração e indícios suficientes da autoria*, nos casos de hipoteca legal e arresto.⁵⁹⁶

Significa dizer que, se exige do magistrado, para a decretação dessas medidas (*tomada de decisão*), que examine atentamente os elementos indiciários colhidos na

⁵⁹⁵ Conforme preceitua o artigo 126 do CPP (*In verbis*: “Para a decretação do seqüestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.”), valendo ressaltar que aqui se está a falar de bens imóveis.

⁵⁹⁶ Expressão trazida pelo artigo 134 do CPP (*In verbis*: “A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria.”) que regula também o arresto, nos termos do artigo 137 do mesmo *codex* (*In verbis*: “Se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis.”).

investigação policial e forme um juízo “provisório” sobre a existência do crime (em grau de *certeza*, repita-se, no que concerne ao arresto e a hipoteca legal) e eventual aquisição dos *bens* com proventos criminosos (quando se tratar de sequestro).⁵⁹⁷ Sem mencionar a imprescindível análise do *fumus comissi delicti*⁵⁹⁸ para o sequestro, e sobretudo do *periculum in mora* para os demais, visto que em atenção aos princípios da excepcionalidade e da proporcionalidade (que regem as medidas cautelares em geral), indispensável a demonstração do nexo causal entre o crime e a aquisição do bem, no primeiro caso, e do flagrante risco à frustração da pretensão indenizatória, nos outros dois.⁵⁹⁹⁻⁶⁰⁰

Adiante, também entre as ditas *medidas cautelares* (reais até aqui, diga-se), deve-se mencionar a busca e apreensão, domiciliar e pessoal, disciplinada nos artigos 240 a 250 do Código de Processo Penal, cujos pressupostos para sua autorização pelo magistrado são a presença de *fundadas razões*,⁶⁰¹ no tocante a busca em domicílio, e *fundada suspeita*⁶⁰² de que determinada pessoa está portando arma ou outros objetos obtidos por meios criminosos, nos termos do artigo 240, § 2º, para a busca pessoal. Dada a vagueza e amplitude semântica dos termos utilizados pelo legislador, sugere Aury Lopes Jr. que também aqui seja demonstrado o *fumus comissi delicti* pelo

⁵⁹⁷ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 167-168.

⁵⁹⁸ Isto é, a *prova da materialidade do crime e os indícios suficientes de autoria*, que para Paulo Rangel, devem ser analisadas da seguinte forma: “[...] Prova de existência do crime refere-se à materialidade do ilícito penal, a existência do corpo de delito, que deverá ser atestada pelo laudo pericial, documentos ou prova testemunhal idônea. Indícios suficientes de autoria não são provas contundentes, robustas e que geram a certeza absoluta de autoria do indiciado ou acusado. Basta apontamentos de que o indigitado ou acusado é o autor do fato. Elementos que apontem a fumaça no sentido de que o acusado é autor do ilícito penal que ora se apura. São indicações. Não é necessário o fogo da certeza, mas sim a mera fumaça de que ele pode ser o autor do fato. [...]” (RANGEL. Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2011. p. 703).

⁵⁹⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 734-735.

⁶⁰⁰ E essa mesma lógica é vista no âmbito da Lei 9.613/98, alterada pela Lei 12.683/12, em relação ao sequestro e apreensão de bens, direitos e valores do acusado por lavagem de dinheiro, que expressamente menciona a necessidade de presença de indícios suficientes de autoria e materialidade; e da Lei 11.343/06, relativamente a apreensão e sequestro de bens oriundos do delito de tráfico de drogas ou proveitos auferidos do mesmo crime.

⁶⁰¹ Conforme artigo 240, § 1º (*In verbis*: “Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: [...]”). Na tentativa de salvar a expressão (extremamente vaga e imprecisa), explica Antonio Scarance Fernandes que fundadas razões são “elementos concretos, objetivos, que permitam uma avaliação positiva do juiz a respeito da autoria ou participação do indiciado.” (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 290).

⁶⁰² Conforme artigo 240, § 2º (*In verbis*: “Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. [...]§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b a f* e letra *h* do parágrafo anterior.”).

juiz, ⁶⁰³ *que deverá então (assim como nas medidas assecuratórias) formar um juízo provisório sobre a ocorrência do crime e sua possível autoria.*

E *mais sensível ainda* são as decisões sobre as denominadas cautelares *pessoais* (restritivas da liberdade do acusado), dentre as quais se destaca a prisão preventiva, regulada nos artigos 312 e 313 do CPP, que exige do juiz, para além dos requisitos de prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus commissi delicti*, frisa-se), que demonstre, a título de fundamentação, que tal prisão visa garantir a instrução criminal, a aplicação da lei penal, a ordem pública ou a ordem econômica e que há efetivo perigo na liberdade do acusado (*periculum libertatis*).⁶⁰⁴ *Note-se a extensão do campo de análise do magistrado para a tomada de uma decisão como essa, que vai do fato ao seu possível autor, devendo, inclusive, apreciar eventuais causas excludentes de ilicite do crime, como dispõe o artigo 314 do mesmo Codex.*

Considerações que também se aplicam, por evidente, a prisão *temporária* (Lei 7.960/89), cujos pressupostos consignados no artigo 1º da Lei, além do rol taxativo de crimes que lá constam, são novamente *fundadas razões* sobre a existência do crime e sua autoria, e *imprescindibilidade* para a investigação preliminar, ou ausência de residência fixa do suspeito e/ou elementos suficientes de sua identificação pessoal.⁶⁰⁵

⁶⁰³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 528 e 544. Fauzi Hassam Choukr, por outro lado, apesar de reconhecer a infelicidade do legislador na escolha da expressão, sugere que o significado de “fundadas razões” seja no sentido de um motivo provável e dotado de credibilidade suficiente, que não pode ser confundido com “meras suspeitas” (CHOUKR. Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 509), entendimento também sustentado por Paulo Rangel (RANGEL. Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2011. p. 157).

⁶⁰⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 599-600. Sensibilidade e cautela também reconhecidas por Giacomolli, para quem: “A existência do crime e dos indícios suficientes de autoria (*fumus commissi delicti*), requisitos prévios da prisão preventiva, bem como o perigo ou o risco do indiciado, flagrando ou réu, permanecerem soltos (*periculum libertatis*), há de motivar-se em fatos e circunstâncias atuais e concretas, capazes de atender aos requisitos autorizadores que lhe dão supedâneo, e não em meras probabilidades, por ser medida excepcional. São os fatos concretos que motivam a medida, os que vão justificar a excepcionalidade da prisão preventiva. A fundamentação, havendo vários sujeitos, há de contemplar cada agente, carecendo de motivação as referências genéricas, desprovidas dos porquês da prisão, as que não explicam as razões da adoção da medida excepcional.” (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 218).

⁶⁰⁵ *In verbis*: “Art. 1º Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: [...]” Segundo Scarance Fernandes, para não se perder de vista a natureza cautelar de *toda* prisão durante a investigação ou processo, mister analisar esse artigo 1º sob o filtro do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Assim, para verificar a presença do *fumus commissi delicti* deve-se analisar o inciso III do respectivo artigo e para analisar o *periculum libertatis* os dois incisos anteriores (I e II), exigindo-se que pelo menos um dos dois últimos esteja conjugado com o III para

E essa mesma formação de um juízo provisório acerca da existência do crime, com todas suas circunstâncias e autoria, é imposta ao magistrado quando diante de uma prisão em flagrante (que necessita de homologação e de uma decisão sobre a conversão da prisão flagrancial em preventiva, seu relaxamento ou a concessão de liberdade provisória, como preceitua o artigo 310, incisos I, II e III, e parágrafo único, do CPP);⁶⁰⁶ e de outras medidas comumente utilizadas na investigação policial, das quais se ressalta a quebra de sigilo telefônico, regulamentada pela Lei 9.296/96, que expressamente estabelece, no seu artigo 2º, a necessidade de o juiz se convencer (ainda que provisoriamente) da materialidade do crime e dos indícios de sua autoria, além da efetiva imprescindibilidade da medida para a investigação em curso.⁶⁰⁷

Como aduz André Machado Maya, ainda que não se tenha esgotado as hipóteses de práticas judiciais vinculadas a prevenção na fase preliminar, pode-se observar que em todos os casos mencionados relativos a tomada de uma decisão pelo magistrado nessa fase pré-processual (lembre-se, que fixarão sua competência, impondo que também julge ao final o processo) há uma imposição legal de sua aproximação com os elementos indiciários colhidos no inquérito policial, o que poderá criar no seu subjetivo impressões e pré-conceitos incompatíveis com a noção de imparcialidade anteriormente desenvolvida,⁶⁰⁸ especialmente considerando-se o que já se viu em relação aos efeitos

para tornar possível a medida constritiva. (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 290-291).

⁶⁰⁶ *In verbis*: “Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.”

⁶⁰⁷ *In verbis*: “Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. [...]”

⁶⁰⁸ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 174. O que também é denunciado por Fauzi Hassan Choukr, que afirma que “A principal consequência do nosso sistema nesse ponto é a de permitir que o juiz que tem contato com os autos do inquérito para qualquer ato (como nas “concessões” de prazo, por exemplo) possa ser indesejavelmente influenciado por tudo aquilo que foi produzido previamente à ação penal, deixando aflorar essa influência não somente no juízo de admissibilidade da inicial, mas, sobretudo, procurando incorporar ao seu convencimento quanto ao mérito elementos de informação que não teriam essa finalidade.” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3ª ed. Ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 93).

da dissonância pós-decisória e da dissonância pós-primeira impressão (efeito primazia).⁶⁰⁹

E o mesmo *problema de formação precoce de um juízo acerca da ocorrência do crime e sua possível autoria* se repete no âmbito dos Tribunais de Justiça, em instância superior, quando chamados a se manifestar sobre um pedido de *habeas corpus* durante o processo, *exempli gratia*, ou quando há interposição de recurso em sentido estrito, fundamentada no artigo 581, I, V e X do CPP, questionando-se eventual rejeição da denúncia por falta de justa causa ou de condições da ação (artigo 395, II e III, da respectiva Lei⁶¹⁰), concessão de liberdade provisória, relaxamento da prisão, indeferimento de revogação da prisão preventiva ou concessão ou denegação de HC,⁶¹¹ e de recurso de apelação, fundado no artigo 593, I, desse mesmo Código, atacando-se uma decisão de absolvição sumária em que o juiz reconheceu manifesta causa excludente de ilicitude ou culpabilidade do agente, ou ainda que o fato evidentemente não constitui crime,⁶¹² *circunstâncias responsáveis pela fixação da competência da respectiva câmara/turma ou do próprio relator, para posterior julgamento final do caso.*

Afinal, em todas essas decisões deverá o magistrado imergir no mérito da causa, mesmo que sumariamente, até chegar a conclusão provisória de probabilidade concreta da ocorrência do crime e possibilidade legítima de se ter desvendado sua autoria, juízos que além de nesse tal momento serem prematuros, justificam o temor da perda da imparcialidade do futuro julgador do processo (que além de já ter tomado uma decisão que buscará confirmar, terá fixado uma primeira impressão negativa do acusado em algumas das situações vistas, capaz de direcionar sua atuação em desfavor deste), impondo-se seu afastamento do caso.⁶¹³

⁶⁰⁹ Vide tópicos 2.2. e 2.3.

⁶¹⁰ *In verbis*: “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: [...] II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.”

⁶¹¹ *In verbis*: “Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: I - que não receber a denúncia ou a queixa; [...] V - V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante; [...] X - que conceder ou negar a ordem de habeas corpus.

⁶¹² *In verbis*: “Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular. Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; [...]”

⁶¹³ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 179.

Não é nenhum exagero, portanto, defender a inconstitucionalidade e inconveniência dos artigos 75 e 83 do Código de Processo Penal,⁶¹⁴ considerando-se a efetiva obstaculização da imparcialidade judicial que se vê levada a efeito por meio da prevenção como fixação de competência.⁶¹⁵ Sucede que, quando o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se manifestar sobre o tema (tendo, então, oportunidade de fazê-lo), o caminho inverso foi trilhado, inclusive tendo sido “ratificada”, por esta mais alta Corte, “a constitucionalidade” do referido artigo 75, a partir de uma análise superficial do tema e quase exclusivamente vinculada ao artigo 252 do CPP, que claramente não dá conta da preservação da imparcialidade, nos termos anteriormente construídos.

Dedicam-se, pois, as próximas linhas, a esses precedentes.

3.1.1.2 Casos Julgados pelo STF Relativos à Imparcialidade e a Prevenção

Por diversas vezes o Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito da imparcialidade judicial (mais especificamente tratando de possíveis impedimentos do juiz, nos termos do artigo 252 do Código de Processo Penal⁶¹⁶) abordando também o critério da prevenção como regra de fixação de competência no processo penal.

Na primeira delas, no ano de 2006, por ocasião do julgamento do HC 86.963/RJ, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, a questão envolvia a possível parcialidade de um magistrado (desembargador Sérgio Túlio) que depois de condenar um funcionário público em grau recursal de um processo administrativo disciplinar, julgou também o recurso do respectivo processo criminal que apurou o mesmo fato.⁶¹⁷

⁶¹⁴ Por violação tanto da Constituição Federal (mais precisamente do devido processo legal, do qual se extrai a imparcialidade) como da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 8.1).

⁶¹⁵ Como o faz André Machado Maya, por exemplo (MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 197).

⁶¹⁶ *In verbis*: “Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.”

⁶¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 86.963/RJ**. Paciente Roger Magno de Castro Dias. Coator Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=479162>>. Acesso em: 29 agosto 2016. Ementa: HABEAS CORPUS. PEDIDO APRECIADO DE OFÍCIO E DENEGADO. CABIMENTO. MAGISTRADO QUE JULGOU RECURSO ADMINISTRATIVO.

O Superior Tribunal de Justiça, apesar de não conhecer do *habeas corpus* impetrado em face da decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, acabou manifestando-se sobre o mérito, alegando que não se tratava de caso de impedimento, pois não se estava diante de nenhum dos incisos do rol do art. 252, CPP. Diversamente, a Segunda Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, decidiu por unanimidade conhecer da referida ação autônoma de impugnação e conceder a ordem, anulando o julgamento da apelação e expedindo alvará de soltura em favor do Paciente.

Em seu voto, o Ministro Relator justificou a decisão a favor do Paciente afirmando que no seu entendimento restou violado o artigo 252 do CPP no caso concreto, que se assemelha a situação do magistrado “[...] que adota medida que interfere na esfera jurídica do acusado [...]” em primeiro grau e posteriormente participa do julgamento na instância superior, hipótese em que o impedimento deve ser reconhecido.⁶¹⁸ Mencionou, inclusive, que “[...] as considerações produzidas no julgamento do recurso administrativo no mínimo tangenciaram o mérito da ação penal [...]” sendo visível que a perspectiva do recorrente na esfera criminal era de um voto, ao menos, desfavorável já de plano, o que feriria o princípio do devido processo legal.⁶¹⁹

PRONUNCIAMENTO DE DIREITO SOBRE A QUESTÃO. POSTERIOR PARTICIPAÇÃO NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL. IMPEDIMENTO EXISTENTE. ORDEM CONCEDIDA. Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha afirmado, na ementa do acórdão impugnado, que não conhecia do pedido, o mérito foi apreciado e a ordem denegada. Assim, conhece-se do presente habeas corpus. O desembargador relator do recurso administrativo pronunciou-se de direito sobre a questão e manteve a pena de demissão, com análise detalhada dos fatos imputados ao paciente. Considerações que, no mínimo, tangenciam o mérito da ação penal. Posterior participação no julgamento do apelo criminal fere o princípio do devido processo legal. Ordem concedida, para que se determine a realização de novo julgamento, declarado nulo o acórdão de que participou o magistrado impedido, nos termos do art. 252, III, do Código de Processo Penal. Como o paciente está preso em razão do trânsito em julgado da sentença condenatória confirmada pelo acórdão que ora se anula, deve ser expedido alvará de soltura em seu favor. (HC 86963, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006).

⁶¹⁸ *In verbis*: “Entendo, pois, que, no caso, houve mesmo afronta ao disposto no art. 252, III, do Código de Processo Penal. A situação é em tudo semelhante àquela em que o magistrado, na primeira instância, **não decide o mérito** da ação penal, mas adota medida que **interfere na esfera jurídica** do acusado e, posteriormente, participa do julgamento no segundo grau de jurisdição. Nessa hipótese, o impedimento é tranquilamente reconhecido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 86.963/RJ**. Paciente Roger Magno de Castro Dias. Coator Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=479162>>. Acesso em: 29 agosto 2016).

⁶¹⁹ *In verbis*: “Depois daquele julgamento, que culminou na pena de demissão, a perspectiva que se anunciou para o apelante foi a de que um voto, de pronto, lhe seria desfavorável. Isto, a meu sentir, fere o princípio do devido processo legal.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 86.963/RJ**. Paciente Roger Magno de Castro Dias. Coator Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=479162>>. Acesso em: 29 agosto 2016).

O Ministro Eros Grau, no seu voto-vista, acompanhou o relator, levantando a discussão sobre a possibilidade de interpretação extensiva da expressão “instância”, como autoriza a Lei adjetiva no artigo 3º, para abrangência de esferas distintas, como no caso sob *judice* em que havia um processo administrativo e um processo criminal.⁶²⁰ Assim, contrariamente ao entendimento expressado pelo STJ, de taxatividade do rol, decidiu o STF pela interpretação extensiva do rol do artigo 252, que foi então considerado exemplificativo.

Após esse julgamento, o STF novamente se deparou com o tema da imparcialidade no HC 92.893/ES, julgado em dois de outubro de 2008, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.⁶²¹ Desta vez, além de se discutir a possível parcialidade de um julgador que atuou na fase pré-processual e posteriormente foi relator da decisão de recebimento da denúncia (Ministro Teori Albino Zavascki, diga-se, que pertencia ao STJ aquela altura), também examinou a Corte Suprema a constitucionalidade do artigo 75, parágrafo único, do CPP (atinentes a prevenção) que fora questionada pelos impetrantes.

⁶²⁰ *In verbis*: “Tenho por acertada a segunda proposição: a expressão ‘instância’ abrange tanto a esfera administrativa quanto a jurisdicional. A não ser assim, estar-se-ia afrontando o princípio da ampla defesa. É importante ressaltar que não se está criando, pela via de interpretação, hipótese de impedimento além das previstas nos incisos I a IV, do art. 252 do CPP. Objetiva-se, tão-somente, conferir interpretação extensiva a seu inciso III, como autorizado pelo artigo 3 do texto codificado.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 86.963/RJ**. Paciente Roger Magno de Castro Dias. Coator Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=479162>>. Acesso em: 29 agosto 2016).

⁶²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 92.893/ES**. Paciente Valci José Ferreira de Souza. Coator Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 02 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=568515>>. Acesso em: 29 agosto 2016. Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRESIDÊNCIA DE INQUÉRITO. IMPEDIMENTO DO MAGISTRADO. INOCORRÊNCIA. ART. 255 DO CPP. ROL TAXATIVO. PRECEDENTES. JUIZADO DE INSTRUÇÃO. INOCORRÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 75 DO CPP COM A CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. II - Não é possível, pois, interpretar-se extensivamente os seus incisos I e II de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público. Precedentes. III - Não se adotou, no Brasil, o instituto acolhido por outros países do juizado de instrução, no qual o magistrado exerce, grosso modo, as competências da polícia judiciária. IV - O juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. V - O art. 75 do CPP, que adotou a regra da prevenção da ação penal do magistrado que tiver autorizado diligências antes da denúncia ou da queixa não viola nenhum dispositivo constitucional. VI - Ordem denegada. (HC 92893, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2008).

O que imediatamente chamou atenção no voto do Relator pela denegação da ordem, foi a mudança de entendimento sobre a taxatividade ou não das hipóteses de impedimento dos juízes previstas no artigo 252 do CPP, que anteriormente (HC 86.963/RJ) havia sido flexibilizada pela Corte, em nome do artigo 3º dessa mesma Lei, aplicando-se uma interpretação extensiva, e nessa oportunidade restou enrijecida, prevalecendo a taxatividade do rol constante no respectivo artigo.

Após, acerca da (in)constitucionalidade do parágrafo único do artigo 75 do CPP, ponderou o Relator que a atuação do juiz na fase pré-processual, durante o inquérito, corresponde a de um administrador e supervisor incumbido de evitar que a autoridade policial cometa abusos, sem fazer qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito, não havendo óbice então para uma posterior atuação imparcial no processo e tampouco se sustentando a referida arguição de inconstitucionalidade, que foi afastada, tendo sido declarando constitucional, à unanimidade, o artigo atacado.⁶²²

No mês seguinte, novamente a Corte Suprema manifestou-se sobre o tema da imparcialidade e da taxatividade ou não do rol do artigo 252 do CPP, por ocasião do julgamento do HC 94.641/BA, realizado em 11 de novembro, sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie.⁶²³ Neste, a discussão recaiu objetivamente na (im)possibilidade de o mesmo magistrado atuar na investigação de paternidade do Paciente (inclusive inquirindo testemunhas, requerendo diligências à autoridade policial e encaminhando o relatório ao Ministério Público para oferecimento de denúncia) e posteriormente julgar o processo criminal que apurava a prática do crime de atentado violento ao pudor.

Apesar da Relatora entender não haver parcialidade na postura do magistrado, os Ministros Joaquim Barbosa e Cesar Peluso entenderam que era, de fato, caso de impedimento do respectivo julgador, visto que o mesmo inclusive teria se utilizado na

⁶²² Ao analisar esse precedente, explica Maya que o que parece não ter sido bem compreendido pelo Supremo Tribunal Federal, é que o objetivo da separação dos magistrados para cada fase da persecução criminal (pré-processual e processual) é justamente otimizar a função de garantia de direitos fundamentais reservada ao Poder Judiciário, que é fulminada quando não há efetiva imparcialidade judicial (MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 185).

⁶²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 94.641/BA**. Paciente Osmar Vieira Barbosa. Coator Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 11 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579556>>. Acesso em: 29 agosto 2016. Ementa: HABEAS CORPUS. Processo Penal. Magistrado que atuou como autoridade policial no procedimento preliminar de investigação de paternidade. Vedação ao exercício jurisdicional. Impedimento. Art. 252, incisos I e II, do Código de Processo Penal. Ordem concedida para anular o processo desde o recebimento da denúncia. (HC 94641, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008).

sentença condenatória de diversas remissões a investigação de paternidade, tendo sido concedido *writ* e anulado o processo de origem desde o recebimento da denúncia. No seu voto, o Ministro Cesar Peluso após tecer comentários sobre o mesmo entendimento utilizado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos para caracterizar a imparcialidade *objetiva*, que entendeu violada,⁶²⁴ ainda reforçou a necessidade de se interpretar a expressão constante no inciso III do artigo 252 do CPP, para além da progressão vertical do processo, já que as razões que fundamentam essa proibição dizem respeito aos pré-juízos inaceitáveis ao exercício jurisdicional que também ocorrem no desenvolvimento processual horizontal.⁶²⁵

Nota-se, aqui, com base nesses três precedentes, a instabilidade da interpretação dada pro artigo 252 do CPP, que ora extensiva, ora restritiva, a depender do caso concreto e da perspectiva de análise, dinâmica semelhante a que ocorreu no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que iniciou vedando *abstratamente* a dupla atuação do juiz em relação a investigação do fato (inquérito policial e posterior processo) e aos poucos passou a relativizar o entendimento, elegendo o exame do caso concreto como fator decisivo.⁶²⁶

Contudo, em novas oportunidades de enfrentamento do tema, o Tribunal Supremo posicionou-se no sentido de não mais admitir a interpretação extensiva do artigo 252 do Código de Processo Penal, ratificando o entendimento exarado pelo

⁶²⁴ *In verbis*: “Caracteriza-se, portanto, hipótese exemplar de ruptura da situação de imparcialidade objetiva, cuja, falta incapacita, de todo, o magistrado para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida, em relação à qual a incontornável predisposição psicológica nascida de profundo contato anterior com as revelações e a força retórica da prova dos fatos o torna concretamente incompatível com a exigência de exercício isento da função jurisdicional. Tal qualidade, carente no caso, diz-se *objetiva*, porque não provém de ausência de vínculos juridicamente importante entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 94.641/BA**. Paciente Osmar Vieira Barbosa. Coator Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 11 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579556>>. Acesso em: 29 agosto 2016).

⁶²⁵ *In verbis*: “A regra processual não pode valer apenas para hipótese da chamado progressão vertical do processo, a qual exclui a atuação de juiz que haja atuado em outro grau de jurisdição da mesma causa, pois as razões que sustentam tal exclusão, de todo em todo se aplicam ao fenômeno do desenvolvimento processual horizontal, proibindo, diante de igual presunção de pré-juízo, exerça jurisdição, no processo principal, o juiz que tenha recolhido provas em procedimento preliminar sobre os fatos.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 94.641/BA**. Paciente Osmar Vieira Barbosa. Coator Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 11 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579556>>. Acesso em: 29 agosto 2016).

⁶²⁶ Análise realizada no tópico 1.2.2.

Ministro Lewandowski no HC 92.893/ES (de taxatividade das hipóteses de impedimento do juiz), que passou então a prevalecer.

Como exemplo dessa nova posição e entendimento, cita-se o HC 97553/PR, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 16 de junho de 2010,⁶²⁷ no qual foi suscitado o impedimento do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, em virtude deste ter atuado no processo nº 96.00.18045-8, após participar do acordo de delação premiada responsável pelo início da investigação contra o Paciente, especialmente considerando-se que o MPF havia opinado pelo arquivamento do inquérito então instaurado, o que não foi aceito pelo magistrado, que invocou o artigo 28 do CPP e encaminhou os autos para o Procurador da República (ao invés de encaminhar ao Procurador-Geral), o qual finalmente ofereceu denúncia.

O cerne da postulação do Paciente recaiu sobre o impedimento do aludido Juiz Federal, forte no artigo 252, III, do CPP, tendo em vista que o mesmo havia participado tanto da fase pré-processual que deu origem a denúncia, quanto do processo. Todavia, tal inconformidade não foi acolhida nem pela Quinta Turma do STJ⁶²⁸ nem pela Corte Superior, que acompanhou o entendimento do Ministro Relator Dias Toffoli, ao denegar a ordem, no sentido de que a palavra “instância”, trazida pelo artigo 252, III do CPP, refere-se exclusivamente ao magistrado que tenha atuado no *mesmo* processo, e não em

⁶²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 97.553/PR**. Paciente Sergio Amilcar De Aguiar Maia. Coator Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 16 de junho de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614108>>. Acesso em: 29 agosto 2016. Ementa: Processual Penal. Habeas Corpus. Impedimento. Imparcialidade do julgador. Intervenção probatória do magistrado em procedimento de delação premiada. Não configuração das hipóteses taxativas. Inocorrência. Art. 252 do CPP. Precedentes. Ordem Denegada. 1. As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. Precedentes (HC nº 92.893/ES, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 12/12/08 e RHC nº 98.091/PB, 1ª Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16/4/10). 2. Não é possível interpretar extensivamente o inciso III de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual ou em sede de procedimento de delação premiada em ação conexa desempenha funções em outra instância (o desempenhar funções em outra instância é entendido aqui como a atuação do mesmo magistrado, em uma mesma ação penal, em diversos graus de jurisdição). 3. Reinterrogatório de corréus validamente realizado em processo distinto daquele em que surgiram indícios contra o investigado (CPP, art. 196) e que não constitui impedimento à condução de nova ação penal instaurada contra o paciente. 4. Inquérito policial instaurado por requisição do Ministério Público. Atuação do magistrado: preside o inquérito, apenas como um administrador, um supervisor, um coordenador, no que concerne à montagem do acervo probatório e às providências acautelatórias, agindo sempre por provocação, jamais de ofício. Não exteriorização de qualquer juízo de valor acerca dos fatos ou das questões de direito emergentes na fase preliminar que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. 4. Ordem denegada. (HC 97553, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 16/06/2010).

⁶²⁸ Que entendeu que o caso em tela não se relacionava com as hipóteses taxativas de impedimento do juiz, constantes no art. 252 do CPP, até porque o magistrado havia atuado dentro de suas prerrogativas, obedecendo aos artigos 40 e 196, ambos do mesmo Diploma Legal.

processos criminais diversos, como no caso concreto, não restando prejudicada eventual imparcialidade judicial.

Outro precedente mais recente (julgado em 27 de maio de 2014), que acaba demonstrando a prevalência deste último entendimento, é o HC 120.017/SP, também de relatoria do Ministro Dias Toffoli,⁶²⁹ no qual foi postulado o constrangimento ilegal da então paciente (juíza federal, acusada dos crimes de formação de quadrilha e corrupção passiva), em virtude de receber a jurisdição na esfera criminal dos mesmos desembargadores que compuseram o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que a condenou na esfera administrativa pelos mesmo fatos objetos do processo em questão.

Ratificando-se o entendimento de que as hipóteses do artigo 252, do CPP, são *numerus clausus* e que por isso não há possibilidade de se interpretar a expressão “instância” para além da verticalidade (o que ocorreria no caso de se estendê-la as esferas administrativa, cível, etc), a Corte decidiu pela denegação da ordem,⁶³⁰ vencida a Ministra Rosa Weber, que chegou a questionar explicitamente qual era o sentido de o mesmo julgador que já participou e julgou o processo administrativo no qual se apurou o mesmo fato, inclusive colhendo prova, julgar também o processo criminal.⁶³¹

⁶²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 120.017/SP**. Paciente Maria Cristina de Luca Barongeno. Coator Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 de maio de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6478870>>. Acesso em: 29 agosto 2016. Ementa: Habeas corpus. Processual Penal. Impedimento de desembargadores integrantes de órgão especial que tenham julgado procedimento administrativo disciplinar contra juíza federal e emitido pronunciamento pela imposição de disponibilidade à magistrada. Inexistência. Ordem denegada. 1. Embora a pretensão formulada no writ não guarde relação direta com a liberdade de locomoção da paciente, circunstância que demonstraria a inadequação da via eleita, no caso vertente, diante de aventada ocorrência de nulidade absoluta, há indiretamente um cerceamento à liberdade de ir e vir da paciente, de modo a, excepcionalmente, entender-se cabível a impetração. 2. O disposto no inciso III do art. 252 do Código de Processo Penal merece interpretação restritiva, circunscrevendo-se o impedimento do juiz às causas em que tenha atuado em graus de jurisdição distintos, não comportando a norma ampliação da hipótese taxativamente estabelecida. 3. Ordem denegada. (HC 120017, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014).

⁶³⁰ Nas palavras do Ministro Relator, Dias Toffoli: “[...] O inciso III, quando fala em instância, ele não está falando em instâncias outras que não a própria instância judicial; assim como o CPC, quando fala de instância, explicita que se trata daquele que já participou de julgamento judicial do processo. Não há, portanto, uma leitura que possa ser extensiva desse dispositivo. Daí que, para mim, isso é o que basta para denegar a ordem.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 120.017/SP**. Paciente Maria Cristina de Luca Barongeno. Coator Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 de maio de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6478870>>. Acesso em: 29 agosto 2016).

⁶³¹ Veja-se como restou consignado no voto divergente da Ministra: “Então, qual o sentido do mesmo julgador que já participou, colheu a prova e a avaliou, em um procedimento administrativo disciplinar, vir atuar como julgador e, aí, sim, condenar alguém por aqueles fatos? Eu tenho muita dificuldade. Eu peço todas as vênias. Reconheço a judiciosidade e a respeitabilidade de todos os fundamentos, mas, neste caso aqui, eu conheço do habeas corpus e já adiantei a minha posição de fundo que me levaria a

Em voto-vista, o Ministro Barroso, que acompanhou os demais, ainda acentuou a falta de estrutura do país, que por ausência de julgadores suficientes sequer poderia levar a efeito uma interpretação extensiva do termo “instância”, que como doutrinam Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, visa unicamente garantir o duplo grau de jurisdição.⁶³²

Enfim, como se pode notar, *o Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar o tema da imparcialidade e da prevenção, muito pouco aprofunda-se na discussão que realmente deveria ser feita, de que o norte da imparcialidade judicial é justamente preservar a cognição do magistrado, para que não beneficie, mesmo que involuntariamente, nenhuma parte em detrimento da outra durante o processo, o que invariavelmente ocorre quando o julgador forma precocemente um juízo de valor sobre o fato (muitas vezes lastreado em versões unilaterais), seja pela equivocada fixação de uma primeira impressão direcionadora, seja pela tomada de uma decisão que tende a lhe vincular por prazo indeterminado* (ambos cenários já devidamente estudados e denunciados no

afetar ao Pleno, na linha da concessão da ordem, porque é uma questão de grande delicadeza.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 120.017/SP**. Paciente Maria Cristina de Luca Barongeno. Coator Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 de maio de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6478870>>. Acesso em: 29 agosto 2016).

⁶³² Nos exatos termos do voto do Ministro Barroso: “Não bastasse, lembro que essa orientação jurisprudencial está alinhada com a doutrina de Eugênio Pacelli e Douglas Fischer (Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência, Editora Atlas, 5ª Edição, página 502), ao enfatizar que o objetivo do inciso III do art. 252 do CPP é a garantia do duplo grau de jurisdição: ‘[...] Estará impedido também o magistrado que tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato e de direito, sobre a questão. Ora, o que se quer aqui é garantir o duplo grau de jurisdição. Com efeito, se o juiz atuar em duas instâncias no mesmo processo, não se terá observado a regra do colegiado nos tribunais, ficando reduzido o número legal de magistrados para a revisão da matéria.’ Nessas condições, a análise prévia das provas que resultaram na disponibilidade da paciente no âmbito administrativo não me parece acarretar o automático impedimento do órgão julgador para enquadramento jurídico desses mesmos fatos para fins penais. Até por uma decorrência lógica da chamada “independência entre as instâncias penal e administrativa” (RMS 28.208, Rel. Min. Luiz Fux), reiteradamente reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 66 do Código de Processo Penal, do art. 935 do Código Civil e do art. 37, § 4º, da CF/88). [...] Devo registrar, contudo, que a universalização dessa solução, ainda que possível no caso específico do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (composto de 34 Desembargadores), seria inviável na grande maioria dos Tribunais do País, tendo em vista que sempre atrairia a regra de competência de que trata o art. 102, I, n, da CF/88: ‘Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados.’ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 120.017/SP**. Paciente Maria Cristina de Luca Barongeno. Coator Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 de maio de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6478870>>. Acesso em: 29 agosto 2016).

capítulo anterior), tendo-se perdido uma boa oportunidade para se declarar a inconstitucionalidade dos artigos 75 e 83 do CPP.

Não obstante, tal obstáculo à imparcialidade judicial (prevenção) está sendo indiretamente rediscutido no legislativo, no âmbito do projeto do novo código de processo penal (PL 8045/2010⁶³³), por meio da implementação do “juiz das garantias” para atuar na fase da investigação preliminar, devendo-se dar máxima atenção a isso, dada a *importância* dessa nova figura para um processo penal imparcial, o que, então, se fará a seguir.

3.1.2 A Figura do Juiz das Garantias e sua Imprescindibilidade para uma Jurisdição Penal Imparcial

De fato, não é *novidade* que deva recair sobre o juiz a função de garantidor dos direitos fundamentais do acusado, levando-se a efeito o texto constitucional e de outros diplomas internacionais, os quais o Brasil é signatário.⁶³⁴ Da própria noção de *processo* que aqui se adota, como efetivação dos direitos fundamentais da parte hipossuficiente, no dizer de Ferrajoli,⁶³⁵ ou instrumentalidade constitucional, como desenvolve Aury Lopes Jr,⁶³⁶ já se extrai essa mesma conclusão, não se estando diante da criação de uma função jurisdicional inédita com a implementação do juiz das garantias, *mas apenas da*

⁶³³ Originariamente etiquetado sob o nº 156/2009, quando proposto pelo Senado Federal, e atualmente, já na Câmara dos Deputados, renumerado para 8045/2010, número que então será aqui utilizado.

⁶³⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 59-62; PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 35-36. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3ª ed. Ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 94; FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 17-23; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 35-37; GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26-31; MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 196.

⁶³⁵ Em especial em: FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. 4 ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madri: Trotta, 2004. Mas também em: FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 10 ed. 1 reimpressão. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2014.

⁶³⁶ Que assim a sintetiza: “Trata-se da limitação do poder e tutela do débil a ele submetido (réu, por evidente), cuja debilidade é estrutural (e estruturante do seu lugar). Essa debilidade sempre existirá e não tem absolutamente nenhuma relação com as condições econômicas ou sociopolíticas do imputado, senão que decorre do lugar em que ele é chamado a ocupar nas relações de poder estabelecidas no ritual judiciário (pois é ele o *sujeito passivo*, ou seja, aquele sobre quem recaem os diferentes constrangimentos e limitações impostos pelo poder estatal). Essa é a *instrumentalidade constitucional* que a nosso juízo funda sua existência.” (LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 68).

*expressão no ordenamento jurídico do reconhecimento de que não há condições de imparcialidade num processo penal em que se autoriza que o julgador de mérito atue na investigação preliminar.*⁶³⁷

Reconhecidos os prejuízos para a imparcialidade do julgador decorrentes do seu contato com os elementos indiciários do inquérito policial, o que se está a buscar é o seu *afastamento* dessa fase investigativa, em prol de efetividade na prestação jurisdicional ulterior,⁶³⁸ que *continua(rá)* submetida à orientação imposta pela Constituição Democrática de 1988 de tutela de direitos fundamentais, sem mais exigir um comportamento inumano do magistrado, como atualmente faz.⁶³⁹

Descabe, portanto, a crítica reducionista de que se a função do juiz já é *essa*,⁶⁴⁰ o que se pretende, por meio dessa *nova figura*, é tão somente a materialização de mera *ideologia* de prevalência de uma jurisdição que priorize o interesse individual ao coletivo.⁶⁴¹ Não é nada disso. Trata-se, o juiz das⁶⁴² *garantias*, do aprimoramento (e até

⁶³⁷ Afinal, como assevera Maya, mas especialmente à luz das teorias desenvolvidas pela psicologia social estudadas no segundo capítulo: “não há como, de fato, verificar a *existência de provas* do crime, de *indícios veementes* da procedência ilícita de bens, de *fundadas razões* que indiquem a necessidade da interceptação telefônica, ou mesmo a sua *imprescindibilidade*, ou, ainda, se convencer da *certeza* da infração, sem se contaminar subjetivamente com os argumentos formulados pela autoridade policial ou pelo Ministério Público e com os próprios elementos indiciários que dão suporte às medidas cautelares postuladas.” (MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 196). A mesma conclusão é também vista em: SCHREIBER, Simone. O juiz de garantias no projeto do Código de Processo Penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 213, p. 02-03, 2010.

⁶³⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias?”. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 213, edição especial CPP, p. 21-23, ago./2010; SÁ, Priscilla Placha. Juiz de Garantias: Breves Considerações sobre o Modelo Proposto no Projeto de Lei do Senado 156/2009. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (Coord.) **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição**: Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 160-161; GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de garantias – um nascituro estigmatizado. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.) **Setenta anos do código de processo penal brasileiro**: balanço e perspectivas de reforma. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 308.

⁶³⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias?”. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 213, edição especial CPP, p. 21-23, ago./2010.

⁶⁴⁰ Leia-se, de garantir direitos fundamentais.

⁶⁴¹ Como propõe Abel Fernandes Gomes, por exemplo, ao afirmar que: “Mas se garantir direitos aos que figuram na relação processual já é a própria função filosófica e histórico jurídica do juiz, a denominação “juiz das garantias” perde o sentido, e somente na sua conjugação com a unilateralidade do objeto da responsabilidade que o Projeto parece reservar para esse juiz – a qual segundo a literalidade do art. 14 do texto do PLS 156/09 é a salvaguarda de direitos individuais do investigado – passa a ser compreendida, mas já agora apenas como uma ideologia: a de que o juiz deve sempre assegurar direitos individuais do réu, independentemente do que orienta a Constituição da República na sua compreensão garantista integral. Com efeito, se o texto projetado ignora a concepção assumida pela figura do juiz no desenvolvimento histórico e filosófico da função judicial, para, não obstante, atrelar a ela o rótulo “das garantias”, e ainda dispõe que a responsabilidade de tal juiz é para com a salvaguarda dos direitos individuais de intimidade e privacidade do indivíduo investigado, a impressão que se colhe é que se pretende arrancar desse juiz o compromisso de garantir com preferência o interesse individual do investigado, em qualquer circunstância. Isso em nada corresponde à própria jurisdição como garantia fundamental do cidadão e da coletividade, tal como

se poderia dizer tentativa de *salvação*) da jurisdição penal atual, que inválida, ilegítima e ilegal, se não for exercida de forma *imparcial*. É isso que deve ser levado em consideração e que obviamente beneficia tanto o indivíduo quanto a coletividade. O escopo da proposta, repita-se, é dar condições de imparcialidade e autonomia para o julgador do caso,⁶⁴³ para que não seja um terceiro involuntariamente manipulado no processo.⁶⁴⁴

inserido de forma pétrea no inc. XXXV do art. 5º da CRFB, para a qual o instituto do processo, dentro de uma concepção sistemática do Direito Penal, também é garantia constitucional de bens jurídicos individuais ou coletivos lesados ou ameaçados de lesão pela prática da infração penal, que por vezes precisa ser investigada com utilização de meios mais incisivos, mas que são considerados conforma a Carta de 1988, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal.” (GOMES, Abel Fernandes. “Juiz das garantias”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**. Brasília, v. 14, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010. p. 100-101). Crítica, aliás, duramente rebatida por Giacomolli, quando refere que: “Bastou enunciar o intento de ser introduzido no Brasil o juiz de garantias para que vozes roucas acordassem de uma longa letargia medieval, saudosas do ferro e fogo, para que, ideologicamente, denegrissem o instituto, pela sua simples nomenclatura. Quiçá a estratégia democrática e cidadã fosse a de eleição de outro nome, silenciador e apaziguador desses espasmos histéricos.” (GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de garantias – um nascituro estigmatizado. *In*: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.) **Setenta anos do código de processo penal brasileiro: balanço e perspectivas de reforma**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 307). Também em resposta a essa crítica, argumenta Maurício Zanoide de Moraes que: “Com o juiz das garantias não se assegura apenas os direitos do cidadão no curso da investigação e o aperfeiçoamento dessa fase da persecução penal, mas, para além e acima disso (que realmente já são, mal ou bem atendidos), está a garantia de melhor isenção do juiz que julgará a causa, logo, uma maior garantia de que toda aquela plêiade de direitos fundamentais será melhor e mais tecnicamente assegurada. O juiz das garantias não está sendo inserido para melhorar a participação judicial em fase investigativa, mas para assegurar que ao juiz da causa não se imporá mais a exigência inumana do atual sistema de ele não poder se contaminar ou se influenciar ou não estar vinculado com os atos por ele mesmo praticados em fase persecutória anterior. Com o juiz das garantias, caminha-se para um juiz da causa mais imparcial, pois, a princípio e de modo sistêmico, ele não estará mais ligado às suas próprias decisões anteriores.” (MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias?”. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 213, edição especial CPP, p. 21-23, ago./2010).

⁶⁴² Também denominado juiz *de* garantias, embora como explica Marcus Vinícius Pimenta Lopes a opção adotada no texto atual (“das”) seja mais adequada, posto que a contração da preposição “das” com o artigo “a” se refere a garantias existentes após o devido processo legislativo, como impõe o princípio democrático, e não quaisquer garantias pensadas em qualquer circunstância (LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. Estudo e crítica do “juiz das garantias”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 22, n. 111, p. 227-260, nov./dez. 2014. p. 251-252). Outra observação a respeito da denominação escolhida que merece ser registrada é sobre a “redundância” na adjetivação “das garantias”, que já é função de todo e qualquer juiz. Pensa-se, a propósito disso, que mais vale o “pleonasma”, do que dar margem a uma possível confusão conceitual entre o juiz das garantias e o juiz dos juizados de instrução, por exemplo, onde o magistrado também está vinculado a investigação preliminar, mas não na condição de garante de direitos fundamentais, e sim como investigador. No mesmo sentido, afirma Daniel Kessler de Oliveira que: “a nomenclatura não fora à toa, e nem poderia ser, as palavras carregam um conjunto de significantes e, com isto, o emprego da terminologia quis ilustrar o caráter de garantidor do juiz, deixando claro o seu papel enquanto guardião das regras do jogo e não “senhor da prova, do processo ou do inquérito.” (OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional: O Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 191-192).

⁶⁴³ “Entenda-se bem. O que a lei faz, ou melhor, o que o projeto de Código pretende fazer, quanto a um requisito essencial de validade da decisão judicial, o princípio da imparcialidade, é oferecer condições que facilitem a sua observância.” (SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O código, as cautelares e o juiz das garantias. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 46, n. 183, p. 77-93, jul./set./2009. p. 90); Assim também em: GOMES, Luiz Flávio. O juiz das garantias projetado pelo novo CPP.

“Não tendo emitido juízo sobre a oportunidade e conveniência de diligências que invadem direitos fundamentais do investigado, tampouco sobre pedidos cautelares, o magistrado entra no processo *sem o peso* de ter decidido a favor ou contra uma das partes.”⁶⁴⁵ É simples o raciocínio. Havendo uma autoridade judiciária exclusivamente responsável pela fase pré-processual (juiz das garantias) há também a *libertação do julgador do processo* do passivo da investigação e do compromisso pessoal com decisões já tomadas naquele momento inicial. Ademais, não se lhe impõe que colabore com a identificação de fontes de prova ou que compartilhe da perspectiva dos órgãos de persecução penal,⁶⁴⁶ tudo à preservar a sua *imparcialidade*.

E basta a leitura da *exposição de motivos* do Projeto do Código que se quer aprovar (formulada pela Comissão de Juristas designada para a elaboração do seu anteprojeto⁶⁴⁷), que já no seu primeiro parágrafo acentua a imprescindibilidade da Reforma em questão para finalmente se adequar o Código de Processo Penal aos ditames da Carta da República de 1988,⁶⁴⁸ para se chegar a essa conclusão a respeito da intenção da Reforma nesse ponto.⁶⁴⁹

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre, v. 7, n. 40, p. 5-11, fev./mar. 2011. p. 9. Explica Christian Bernal Duarte, que as alterações realizadas no CPP Paraguaio relativas a implementação do juiz das garantias também se deram em defesa da preservação do princípio da imparcialidade, visando o afastamento do julgador do caso da investigação e coleta de provas. (DUARTE, Christian Bernal. Reforma del Proceso Penal em Paraguay y el Juez Penal de Garantías y sus funciones. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (Coord.) **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição: Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009**, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 140).

⁶⁴⁴ Expressão utilizada por Bernd Schünemann (como se viu anteriormente no tópico 2.3.1), após pesquisar as consequências do contato do julgador com os elementos colhidos na investigação preliminar para o resultado final de um processo.

⁶⁴⁵ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O código, as cautelares e o juiz das garantias. **Revista de informação legislativa.** Brasília, v. 46, n. 183, p. 77-93, jul./set./2009. p. 89.

⁶⁴⁶ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O código, as cautelares e o juiz das garantias. **Revista de informação legislativa.** Brasília, v. 46, n. 183, p. 77-93, jul./set./2009. p. 89.

⁶⁴⁷ Composta dos seguintes juristas: Hamilton Carvalhido (coordenador); Eugênio Pacelli de Oliveira (relator); Antonio Correa; Antonio Magalhães Gomes Filho; Fabiano Augusto Martins Silveira; Felix Valois Coelho Júnior; Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Sandro Torres Avelar; Tito Souza do Amaral.

⁶⁴⁸ *In verbis*: “[...] Se em qualquer ambiente jurídico há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim, quanto à aplicação de suas normas, há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada, e, práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de Processo Penal atualmente em vigor - Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 -, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado. [...]” (BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal.** Brasília: Senado Federal, 2009).

⁶⁴⁹ Perfeitamente ilustrada também, diga-se, pelo seguinte trecho do relatório do Senador Renato Casagrande sobre o juiz das garantias no projeto de Reforma do CPP: “O projeto de Código institui a figura do juiz de garantias para romper com essa lógica da prevenção. Com efeito, o juiz chamado a

Inclusive, dos oito itens que integram tal justificativa, *quatro* servem de fundamento e disciplina para o *juiz das garantias*, evidenciando-se em definitivo sua relevância para a nova legislação processual. No primeiro deles, item “I”, enfatiza-se o valor inestimável das garantias individuais e o equívoco que é relacionar a eficácia da intervenção penal com a restrição ou diminuição das mesmas, que *são exigências indeclináveis para o Estado e demonstram a consciência das limitações do conhecimento humano e a maturidade social no exercício de poder;*⁶⁵⁰ no segundo e no terceiro, itens “II e III”, o destaque é para a positivação do princípio acusatório com seus contornos mínimos e para a função jurisdicional (dita uma das mais relevantes do

intervir no inquérito policial ficará impedido de julgar o caso (art. 17). Trata-se, portanto, de um giro de 180 graus. A ideia é garantir ao juiz do processo ampla liberdade crítica em relação ao material colhido na fase de investigação. O raciocínio é o seguinte: o juiz que atua no inquérito, seja mantendo o flagrante ou decretando a prisão preventiva do investigado, seja autorizando a quebra dos dados resguardados por sigilo constitucional, incluindo a interceptação das conversas telefônicas, seja permitindo técnicas invasivas como a infiltração de agentes, pois bem, esse juiz tende, cedo ou tarde, a assumir a perspectiva dos órgãos de persecução criminal (polícia e Ministério Público). Por isso, para que o processo tenha respeitado o equilíbrio de forças e assegurada a imparcialidade do magistrado, seria melhor, na ótica do PLS nº 156, de 2009, separar as duas funções. Além do mais, como teríamos um juiz voltado exclusivamente para a investigação, estima-se que isso se traduza em maior especialização e, portanto, ganho de celeridade. Com efeito, a competência do juiz das garantias cessa com a propositura da ação penal e alcança todas as infrações penais (art. 16), ressalvadas as de menor potencial ofensivo, que seguem o rito dos juizados especiais. Todavia, é preciso ter claro que o juiz das garantias difere do juiz das varas de inquérito policial, hoje instituídas em algumas capitais, como São Paulo e Belo Horizonte. É que o juiz das garantias deve ser compreendido na estrutura do modelo acusatório que se quer adotar. Por conseguinte, o juiz das garantias não será o gerente do inquérito policial, pois não lhe cabe requisitar a abertura da investigação tampouco solicitar diligências à autoridade policial. Ele agirá mediante provocação, isto é, a sua participação ficará limitada aos casos em que a investigação atinja direitos fundamentais da pessoa investigada. O inquérito tramitará diretamente entre polícia e Ministério Público. Quando houver necessidade, referidos órgão dirigir-se-ão ao juiz das garantias. Hoje, diferentemente, tudo passa pelo juiz da vara de inquéritos policiais.” (BRASIL. Senado Federal. **Parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal sobre o Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Relator: Senador Renato Casagrande, p. 27-28. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=70407>>. Acesso em 11 set. 2016).

⁶⁵⁰ *In verbis*: “[...] Nesse passo, cumpre esclarecer que a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais. É de ver e de se compreender que a redução das aludidas garantias, por si só, não garante nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional. As garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático. O *garantismo*, quando conseqüente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado. De modo geral, o processo judicial pretende viabilizar a aplicação de uma norma de Direito, necessária à solução de um conflito ou de uma forma qualquer de divergência entre os jurisdicionados. Precisamente por isso, a decisão judicial há de se fundar em *conhecimento* - o mais amplo possível - de modo que o ato de julgamento não seja única e solitariamente um ato de autoridade. Observe-se, mais, que a perspectiva garantista no processo penal, malgrado as eventuais estratégias no seu discurso de aplicação, não se presta a inviabilizar a celeridade dos procedimentos e nem a esperada eficácia do Direito Penal. Muito ao contrário: o respeito às garantias individuais demonstra a consciência das limitações inerentes ao conhecimento humano e a maturidade social na árdua tarefa do exercício do poder.” (BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 2009).

Poder Público), que não se quer ver reduzida com a vedação da atividade instrutória ao juiz na fase de investigação (competência que passa ao juiz das garantias), mas ao contrário, *otimizada*(!), priorizando-se o seu caráter essencial (imparcialidade),⁶⁵¹ e operacional, reflexo da especialização na matéria (que exige tal rigor, dada sua expressão constitucional);⁶⁵² e, no quarto e último, item “VII”, chancela-se a obrigação de se respeitarem os papéis de acusar, defender e julgar, vedando-se a atuação de ofício do juiz das garantias, que deve agir somente mediante requerimento da Polícia ou do Ministério Público.⁶⁵³

⁶⁵¹ *In verbis*: “[...] Com efeito, a explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento de seus contornos mínimos, e, mais que isso, de sua pertinência e adequação às peculiaridades da realidade nacional. A vedação de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais. Na verdade, é precisamente o inverso. A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do Poder Público. A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão *transindividual*, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes. Em processo penal, a questão é ainda mais problemática, na medida em que a identificação com a vítima e com seu infortúnio, particularmente quando fundada em experiência pessoal equivalente, parece definitivamente ao alcance de todos, incluindo o magistrado. A formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional. [...] Não bastasse, é de se ter em conta que o Ministério Público mereceu tratamento constitucional quase equiparável à magistratura, notadamente em relação às garantias institucionais da inamovibilidade, da vitaliciedade e da irredutibilidade de vencimentos. Assim, seja do ponto de vista da preservação do distanciamento do julgador, seja da perspectiva da consolidação institucional do *parquet*, não há razão alguma para permitir qualquer atuação substitutiva do órgão da acusação pelo juiz do processo. [...]” (BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 2009).

⁶⁵² *In verbis*: “Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz *das garantias*, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz *de inquéritos*, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação. [...]” (BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 2009).

⁶⁵³ *In verbis*: “[...] II) A segunda deixa claro que o processo cautelar deve ser compreendido na estrutura básica do modelo acusatório. Logo, na fase de investigação, não cabe ao juiz, de ofício, inclinar-se por uma ou por outra cautelar. Como ainda não há processo, a Polícia ou o Ministério Público é que devem requerer as medidas que julgarem apropriadas, respeitando-se os papéis de cada instituição. Com a formação do processo, já no âmbito da atuação jurisdicional, aí sim, poderá o juiz decretá-las até mesmo de ofício, pois lhe compete, em última análise, zelar pela efetividade da jurisdição. [...]” (BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 2009). Importa aqui salientar, que, como se observa, ao juiz do processo não é vedada a atuação de ofício,

Bastante clara, pois, a lógica por detrás daquilo que se quer efetivamente ver vigorar no futuro processo penal brasileiro, que, seguindo boa parte dos ordenamentos jurídicos europeus e latino-americanos,⁶⁵⁴ deverá contar com o então denominado *juiz das garantias*, autoridade judiciária responsável pelo controle de legalidade da fase *pré-processual* e a salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário⁶⁵⁵ quando tencionados nessa fase investigativa preliminar. O seu dever, pois, é zelar pela regularidade da investigação, sobretudo quando se franqueiam direitos fundamentais, sendo peça-chave no modelo acusatório em construção.⁶⁵⁶

Conforme o rol *exemplificativo* do artigo 14 do Projeto,⁶⁵⁷ farão parte de *suas* atribuições: a) receber a comunicação imediata da prisão; b) receber o auto de prisão em flagrante; c) zelar pela observância dos direitos do preso; d) ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal; e) decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar, podendo prorrogá-las, revogá-las ou substituí-las; f) decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; g) prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso – uma única vez, pelo prazo de 15 dias, sob pena de relaxamento da prisão; h) determinar o trancamento do inquérito,

entendimento que contraria e desafia o que até aqui já se viu acerca da preservação da imparcialidade do julgador.

⁶⁵⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El juez de garantías vs. el juez de instrucción en el sistema procesal penal acusatorio. **Revista peruana de ciencias penales**. Lima, n. 17, p. 409-458, 2005. p. 411-423; CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3ª ed. Ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 93; GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 239-241; GOMES, Luiz Flávio. O juiz das garantias projetado pelo novo CPP. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 40, p. 5-11, fev./mar. 2011. p. 9; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O código, as cautelares e o juiz das garantias. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 46, n. 183, p. 77-93, jul./set./2009. p. 88-89; André Machado. Outra vez sobre o juiz das garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 215, 2010.

⁶⁵⁵ Como prevê o próprio artigo 14, *caput*, do mencionado Projeto de Lei. *In verbis*: “O juiz das garantias é responsável pelo controle de legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: [...]” (BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 07 ago 2016).

⁶⁵⁶ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O código, as cautelares e o juiz das garantias. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 46, n. 183, p. 77-93, jul./set./2009. p. 90.

⁶⁵⁷ Diz-se *exemplificativamente*, pois o próprio artigo 14 do PL 8045/2010 assim autoriza, ao utilizar, já no *caput*, a expressão “competindo-lhe especialmente” para se referir aos respectivos encargos do juiz de garantias, além de incluir no inciso XVII que será responsabilidade desse magistrado decidir sobre “outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* do artigo”, ampliando seu poder de decisão para toda e qualquer relativa a direitos fundamentais ou a legalidade da investigação.

quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; i) requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia; j) decidir sobre os pedidos de interceptação telefônica, de comunicações em sistema de informática e telemática ou de outras formas de comunicação, bem como de quebra de sigilos fiscal, bancário e telefônico, busca e apreensão, acesso a informações sigilosas e outros meios de obtenção de prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; k) julgar *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia; l) determinar a realização de exame médico de sanidade mental; m) arquivar o inquérito policial; n) assegurar amplo acesso ao investigado dos elementos colhidos no inquérito; o) deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar produção de perícia; e, p) decidir sobre outras matérias relacionadas a direitos fundamentais e/ou legalidade da investigação.

Salienta Rubens Casara, que o que se espera, a título de parâmetro decisório desse juiz, é uma atitude *crítica* em relação às agências estatais responsáveis pela persecução criminal, aberta a percepção do invisível que se esconde em cada ato persecutório e marcada pela *desconfiança* de todas as pretensões investigativas que restrinjam direitos fundamentais e afastem a incidência do princípio constitucional da presunção de inocência.⁶⁵⁸

No tocante a *sua competência*, estabelece o artigo seguinte (15) que deverá abranger todas as infrações penais cuja pena máxima ultrapasse dois anos, e cessará com a *propositura* da ação penal, cabendo, por isso, ao juiz do processo (que não está vinculado as decisões anteriores) a deliberação sobre questões pendentes, inclusive a respeito das medidas cautelares em curso.⁶⁵⁹

Dos *três aspectos* englobados pelo dispositivo em questão (leia-se, nesta ordem, *desvinculação das decisões tomadas nas fases pré-processual e processual*, e *abrangência e duração da competência do juiz das garantias*), tranquilamente aceitáveis os *dois primeiros*, haja vista serem conseqüências lógicas, respectivamente, da

⁶⁵⁸ CASARA, Rubens R. R. Juiz das Garantias: Entre uma Missão de Liberdade e o Contexto de Repressão. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (Coord.) **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição: Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009**, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 170-171.

⁶⁵⁹ Consoante previsão do artigo 15, *caput* e parágrafos 1º e 2º, do Projeto em apreço. *In verbis*: “Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal. § 1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo. § 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.” (BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 07 ago 2016).

independência interna do Poder Judiciário (que como já se viu é também garantia de imparcialidade⁶⁶⁰),⁶⁶¹ e da superficialidade dos termos circunstanciados nos crimes de menor potencial ofensivo, os quais, em regra, não promovem medidas investigativas restritivas de direitos fundamentais.⁶⁶² O *último*, porém (que estipula o término da competência na *propositura* da ação penal), é completamente contraditório à linha teórica até aqui exposta (inclusive do ponto de vista da exposição de motivos anteriormente examinada⁶⁶³), não podendo permanecer na redação definitiva do novo Diploma Processual.

Encarregar o *juiz do processo* da decisão de *recebimento/rejeição* da inicial acusatória, com conseqüente análise de pressupostos processuais, condições da ação e justa causa,⁶⁶⁴ é colocar em xeque a própria razão de ser do *juiz das garantias*. É *aproximar* o julgador do caso justamente daquilo que se quer *afastá-lo* (leia-se elementos colhidos na investigação preliminar), rompendo-se com a lógica sob a qual o *juiz garante* foi projetado. Sem mencionar o desprezo aos estudos da psicologia social vistos no capítulo anterior (tanto em relação aos reflexos da tomada de uma decisão, quanto aos efeitos correlatos à fixação de uma primeira impressão sobre alguém), que também servem de fundamento para a vedação da atribuição da decisão de recebimento da denúncia ao magistrado responsável pelo julgamento de mérito.⁶⁶⁵

⁶⁶⁰ Vide tópico 1.2.1.

⁶⁶¹ Valendo apenas registrar a acertada preocupação de André Machado Maya com essa desvinculação entre os juízes de cada fase, que no seu entender, com o qual se concorda, deve respeitar os limites impostos pelo próprio artigo 15 do Projeto, quando autoriza ao juiz do processo somente o “reexame da necessidade de cautelares *em curso*”, baseadas, portanto, em provas produzidas durante a instrução criminal; o que não pode ser confundido com o reexame daquelas indeferidas pelo juiz de garantias, que se vinculavam aos elementos colhidos na fase pré-processual; sob pena de esvaziar-se o instituto, ao se permitir, uma vez mais, o contato do julgador do processo com os elementos colhidos na investigação policial. (MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 205-206).

⁶⁶² Satisfazendo-se, conforme redação do artigo 296 do Projeto do novo Código (antes trazida pelo artigo 69 da Lei 9.099/95), apenas com a identificação do autor do fato e da vítima, além de requisições de exames periciais necessários.

⁶⁶³ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 204.

⁶⁶⁴ Requisitos para o recebimento da denúncia, consoante artigos 395 do CPP atual e 265 do PL 8045/2010.

⁶⁶⁵ Afinal, além de o ato de recebimento da denúncia já ser uma decisão em si (apta a vincular o magistrado ao juízo feito nesse momento – precoce - por tempo indeterminado), o mesmo também dá margem para a fixação de uma primeira impressão negativa em relação ao denunciado (já que busca subsídio no inquérito, cujas versões são, em regra, unilaterais); situações capazes de fulminar a imparcialidade do julgador no conduzir do processo. Vide capítulo 2 para aprofundamento dessas questões.

Extremamente necessária, portanto, a extensão da competência do *juiz das garantias* para o ato de recebimento e não propositura da ação penal,⁶⁶⁶ a ser realizado em audiência própria, na qual se poderia delimitar a acusação, a adoção de medidas despenalizadoras (como *sursis* processual), se fosse o caso,⁶⁶⁷ e apreciar os argumentos trazidos pela defesa em sede de resposta à acusação, que, acertadamente, de acordo com o novo Código deverá ser apresentada antes do recebimento da exordial acusatória.⁶⁶⁸

Afora isso,⁶⁶⁹ há de se destacar a consagração, no artigo 16 do Projeto, da prática de qualquer ato de competência do juiz de garantias como causa de *impedimento* para posterior atuação no processo,⁶⁷⁰ ratificando-se, em absoluto, a impossibilidade de o mesmo juiz atuar nas fases pré-processual e processual (na qual se deve incluir eventual segundo grau de jurisdição). Em que pese o acerto da respectiva vedação, problemático o caráter não transitório da *exceção à regra* trazida pelo artigo 748, I, do Projeto (aplicável às comarcas ou seções judiciárias com apenas um juiz, enquanto não houver a criação do cargo de juiz de garantias pela lei de organização judiciária),⁶⁷¹ que na

⁶⁶⁶ Crítica e sugestão também encontrada em: MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias?”. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 213, edição especial CPP, p. 21-23, ago./2010.; GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de garantias – um nascituro estigmatizado. *In*: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.) **Setenta anos do código de processo penal brasileiro**: balanço e perspectivas de reforma. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 307; MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 204-205; MAYA, André Machado. O juiz das garantias no projeto de reforma do Código de Processo Penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 17, n. 204, 2009. p. 6-7; CASARA, Rubens R. R. Juiz das Garantias: Entre uma Missão de Liberdade e o Contexto de Repressão. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (Coord.) **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição**: Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 175-176;

⁶⁶⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de garantias – um nascituro estigmatizado. *In*: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.) **Setenta anos do código de processo penal brasileiro**: balanço e perspectivas de reforma. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 307.

⁶⁶⁸ Vide artigos 270 até 274 do Projeto do novo Código.

⁶⁶⁹ E sem adentrar na questão do pensamento dos autos da investigação preliminar (inquérito policial) no processo, conforme dispõe o parágrafo 3º também do artigo 15 do PL - o que também deve ser objetado em nome da imparcialidade (especialmente considerando-se os efeitos da dissonância pós-primeira impressão e do efeito primazia - vide tópico 2.3), o que será feito no próximo tópico.

⁶⁷⁰ *In verbis*: “Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748.” (BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 07 ago 2016).

⁶⁷¹ *In verbis*: “Art. 748. O impedimento previsto no art. 16 não se aplicará: I – às comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas 1 (um) juiz, enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre criação de cargo ou formas de substituição; [...]” (BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 07 ago 2016).

ausência de um prazo determinado para sua resolução poderá se perpetuar no tempo tornando imprestável a previsão do novo instituto.⁶⁷²

Enfim, abstratamente analisando (até porque só durante sua vigência, se houver, é que se poderá avaliar concretamente os resultados de sua instituição⁶⁷³) e realizada a adequação sugerida,⁶⁷⁴ é plenamente possível considerar a criação desse *juiz garante um passo fundamental na direção de um processo penal democrático, que preconiza regras claras, harmônicas, éticamente aceitáveis e orientadas pela Constituição Federal*.⁶⁷⁵

E se assim o é, não podem ser mais desprezíveis as críticas a *sua* implementação fundadas em demandas estruturais-orçamentárias, a exemplo da Nota Técnica nº 10 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ),⁶⁷⁶ que lastreada no levantamento feito pela Corregedoria Geral de Justiça de que 40% das Varas da Justiça Estadual no País são

⁶⁷² MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 207.

⁶⁷³ Lembrando-se, com Rubens Casara, de que se trata de um juiz de liberdades imerso em uma sociedade autoritária, exigindo-se, com efeito, para sua concretização, de muito mais do que apenas uma mudança legislativa, embora se deva começar por ela. (CASARA, Rubens R. R. Juiz das Garantias: Entre uma Missão de Liberdade e o Contexto de Repressão. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (Coord.) **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição**: Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 172-175). No mesmo sentido, Manuel Miranda Estrampes adverte sobre a necessidade de que os sistemas processuais se expropiem de todos os vestígios da cultura inquisitória reflexa dos séculos de vigência da inquisição, sob pena de ineficácia das reformas processuais (MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El juez de garantias vs. el juez de instrucción en el sistema procesal penal acusatorio. **Revista peruana de ciencias penales**. Lima, n. 17, p. 409-458, 2005. p. 458).

⁶⁷⁴ De estender a competência do juiz das garantias para o ato de recebimento de denúncia.

⁶⁷⁵ Pautadas também no estado de inocência do acusado, que deverá ter garantido seu *status* de cidadão, mesmo sob investigação. (GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de garantias – um nascituro estigmatizado. *In*: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.) **Setenta anos do código de processo penal brasileiro**: balanço e perspectivas de reforma. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 305-306).

⁶⁷⁶ A qual dispõe o seguinte a esse respeito: “O Projeto, preocupando-se com a consolidação de um modelo acusatório, institui a figura do ‘juiz das garantias’, que será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais, sob duas preocupações básicas, segundo a exposição de motivos, a saber: a de otimizar a atuação jurisdicional criminal e a de manter o distanciamento do juiz incumbido de julgar o processo. Contudo, a consolidação dessa ideia, sob o aspecto operacional, mostra-se incompatível com a atual estrutura das justiças estadual e federal. O levantamento efetuado pela Corregedoria Nacional de Justiça no sistema Justiça Aberta revela que 40% das varas da Justiça Estadual no Brasil constituem-se de comarca única, com apenas um magistrado encarregado da jurisdição. Assim, nesses locais, sempre que o único magistrado da comarca atuar na fase do inquérito, ficará automaticamente impedido de jurisdicionar no processo, impondo-se o deslocamento de outro magistrado de comarca distinta. Logo, a adoção de tal regramento acarretará ônus ao já minguado orçamento da maioria dos judiciários estaduais quanto ao aumento do quadro de juízes e servidores, limitados que estão pela Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como no que tange ao gasto com deslocamentos e diárias dos magistrados que deverão atender outras comarcas. Ademais, diante de tais dificuldades, com a eventual implementação de tal medida haverá riscos ao atendimento do princípio da razoável duração do processo, a par de um perigo iminente de prescrição de muitas ações penais. Também é necessário anotar que há outros motivos de afastamentos dos magistrados de suas unidades judiciais, como nos casos de licença, férias, convocações para Turmas Recursais ou para composição de Tribunais”. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Nota Técnica nº 10 de 17/08/2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos?documento=225>>. Acesso em: 19 set. 2016).

constituídas por um só juiz, reprovou tal inovação. Como se pudesse se tolerar uma prestação jurisdicional deficiente por falta de recursos do Estado. Ora, ter uma jurisdição imparcial (por mais redundante que seja a expressão) é pressuposto para se ter Estado de Direito. E no Brasil, aliás, é estrito cumprimento da ordem constitucional, que já vigora há mais de 20 anos!⁶⁷⁷

Sem falar que a “*falta*”, sendo constitutiva, sempre existirá, não podendo servir de fundamento para se justificar a omissão do Estado no seu *dever* de estruturar-se para atender à realidade posta.⁶⁷⁸ Mais. Há diversas sugestões para a implantação do novo instituto sem maiores investimentos, do que são exemplos a *regionalização* do juiz das garantias (de modo que um único juiz garante atenda um grupo de comarcas próximas) e a sua *concretização progressiva*,⁶⁷⁹ no sentido capital-interior (iniciando nas entrâncias finais até se chegar as iniciais, que contam com um só juiz), de forma semelhante ao que foi feito no Chile, quando implementado o novo CPP chileno (lá na direção inversa, interior-capital).⁶⁸⁰⁻⁶⁸¹

O que se percebe, portanto, nessa *pseudoargumentação*, é o emprego de uma desculpa já conhecida (utilizada, por exemplo, para explicar a inexistência de Defensoria Pública em alguns Estados e a superlotação dos estabelecimentos prisionais do País) para acobertar o velho e perverso propósito de mudar o sistema desde que tudo

⁶⁷⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias?”. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 213, edição especial CPP, p. 21-23, ago./2010.

⁶⁷⁸ LOPES JR., Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações....). **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 213, edição especial CPP, p. 07-08, ago./2010.

⁶⁷⁹ Inclusive com a regulação de uma *vacatio legis* maior e específica, como havia na redação do artigo 701 do PLS 156/2009, atualmente suprimida, que estipulava o prazo comum de três anos para a entrada em vigor do juiz das garantias, exceto para as comarcas com apenas um juiz, as quais contavam com prazo dobrado (seis anos).

⁶⁸⁰ Alternativas encontradas em: MAYA, André Machado. Outra vez sobre o juiz das garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 215, out./2010; p. 14; LOPES JR., Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações....). **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 213, edição especial CPP, p. 07-08, ago./2010; MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias?”. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 213, edição especial CPP, p. 21-23, ago./2010; LUZ, Denise; SILVEIRA, Leon Murelli. A angústia do decidir e o Juiz das Garantias no projeto de reforma do CPP: uma importante contribuição da psicanálise para o direito. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 9, n. 51, p. 15-41, dez./jan. 2013. p. 19-22.

⁶⁸¹ Sem mencionar a *progressiva informatização da justiça* (sistema de processo eletrônico, predominante na Justiça Federal e gradualmente incorporado também pela Justiça Estadual), que dispensando a presença física do juiz para o desempenho de suas funções, também viabiliza a implementação do juiz das garantias. (LUZ, Denise; SILVEIRA, Leon Murelli. A angústia do decidir e o Juiz das Garantias no projeto de reforma do CPP: uma importante contribuição da psicanálise para o direito. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 9, n. 51, p. 15-41, dez./jan. 2013. p. 20).

fique como está,⁶⁸² mantendo-se “[...] viva a espinha inquisitória do atual processo penal brasileiro, exatamente como projetada no período do Estado novo.”⁶⁸³

É isso que não se pode permitir. O “mudar” para deixar tudo como está, legitimando-se práticas autoritárias em pleno Estado Democrático de Direito. E não há qualquer segurança, advirta-se, de que o juiz das garantias será, de fato, aprovado na Câmara dos Deputados, onde está atualmente tramitando o Projeto de Lei. Ao contrário, há sim a tentativa de *abortamento* dessa importante figura, sob a *justificativa* de que representa um “atraso no combate à impunidade”, tendo em vista que daria margem para anulação de processos futuros (acarratando em prescrição) e maior morosidade das investigações, além de conflitar com a realidade judiciária do País, que não teria juízes suficientes para colocar em prática a inovação projetada.

São exemplos disso, vale anotar, as emendas ao PL 8045/10 apresentadas pelos Deputados Roberto Freire (PPS/SP) e Lincoln Portela (PRB/MG), sugerindo, respectivamente, a exclusão absoluta do novo instituto⁶⁸⁴ e prevenção da ação penal

⁶⁸² MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias?”. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 213, edição especial CPP, p. 21-23, ago./2010.

⁶⁸³ MAYA, André Machado. Outra vez sobre o juiz das garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 215, out./2010. p. 14

⁶⁸⁴ Sugestão do Deputado Roberto Freire na emenda supressiva apresentada em 22 de março desse ano (nº 3/2016), assim justificada: “A inovação trazida pela Comissão de Juristas responsável pela elaboração no novo Código de Processo Penal é louvável. Sem dúvidas, é de suma importância que os direitos e as garantias fundamentais do investigado sejam respeitados. Entretanto, devemos observar que, embora na teoria um juiz das garantias apenas para a fase pré-processual seja a solução para problemas de ilegalidades cometidas na fase investigativa, a medida representará um atraso no combate à impunidade. E vários argumentos embasam nossa posição. Em primeiro lugar, há um conflito de ordem prática: Há comarcas no interior do País que possuem apenas um juiz, e outras que não possuem nem um sequer, por que os tribunais não conseguem preencher essas vagas, seja pela falta de recursos ou pela falta de candidatos com o nível de conhecimento exigido pelo concurso público. Além disso, caso haja mais um juiz competente para decidir sobre as medidas pré-processuais, teremos investigações extremamente morosas, e inúmeros processos serão anulados porque na fase investigatória o juiz das garantias não funcionou corretamente. Nesse sentido, haverá aumento de crime prescritos e, como consequência, da impunidade em nossa justiça criminal. Ademais, partir do princípio de que o juiz do processo não pode ser “contaminado” pelo inquérito policial é acreditar que todo o sistema investigatório brasileiro é conduzido à margem da lei, o que não é verdade. Lembramos, por fim, que a investigação policial já se situa sob o controle externo do Ministério Público e do juiz do processo. Criar outra figura para o controle somente irá gerar maiores entraves e morosidade na investigação criminal. Devemos, isso sim, investir em tecnologia e treinamento para a Polícia Judiciária, bem como regulamentar a investigação criminal realizada pelo Ministério Público. Por tal motivo, apresentamos a presente emenda, e esperamos a concordância e o apoio dos Nobres Pares.” (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emendas ao PLS 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas?idProposicao=490263&subst=0>. Acesso em: 07 ago 2016). Inclusive, na mesma data, o referido Parlamentar também apresentou a emenda nº 4/2016, com o fito de alterar a redação do artigo 13 do PL, para *condicionar* o pedidos de diligências por parte dos investigados durante a investigação a *autorização da autoridade policial*, sob a seguinte justificativa: “O inquérito policial é peça informativa de investigação preliminar, útil para a formação do convencimento do Ministério Público sobre a viabilidade da acusação. Entretanto, como dispõe o próprio projeto, não é exigido do parquet que haja uma investigação preliminar para o ajuizamento da

como consequência da prática de qualquer ato previsto no rol do artigo 14 do Projeto em tramitação.⁶⁸⁵

Tal como a questão estrutural-orçamentária (que como se viu não serve de fundamento para objeção a Reforma⁶⁸⁶), igualmente infundada a invocação da *razoável*

ação penal pública. Estabelecer no novo Código que o investigado possui direito a requisições mandatórias nessa fase preliminar irá causar enormes embaraços para a Polícia Judiciária, que inevitavelmente irá se deparar com inúmeras diligências protelatórias. O inquérito policial já está de certa forma ultrapassado, pois foi idealizado com formalismos típicos do processo judicial. Permitir que o advogado do investigado requeira a mais diversa gama de diligências é dar-lhe o caráter de uma ação penal preliminar. Caso isso acontecesse, continuaremos dando um passo atrás na efetividade da Justiça Criminal. Por tal motivo, apresentamos a presente emenda, a fim de a proposta de contraditório no inquérito policial seja acatada de forma mitigada e a peça não se transforme em motivo para expedientes protelatórios, como já acontece no processo judicial.” (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emendas ao PLS 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas?idProposicao=490263&subst=0>. Acesso em: 07 ago 2016).

⁶⁸⁵ Proposta do Deputado Lincoln Portela na emenda apresentada em 23 de maio também do ano corrente (nº 70/2016), assim justificada: “A criação do juiz das garantias é um dos temas mais polêmicos na sistemática processual penal proposta pelo Projeto de Código de Processo Penal. Conquanto louvável a ideia, não há consenso entre os operadores do direito, especialmente a magistratura. A participação de um juiz na fase de investigação não o torna, sic et simpliciter, suspeito para atuar no processo penal decorrente dessa investigação. Durante mais de setenta anos, juízes atuaram na fase de inquérito e no processo com o apoio da maciça maioria da doutrina e da jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal. O sistema acusatório não implica, necessariamente, a adoção do juiz das garantias. Na realidade, o atual sistema brasileiro, que permite que o juiz do inquérito atue no processo, é compatível com o sistema acusatório. Não se presume parcialidade do juiz por ter decidido algo na fase de investigação, sendo que apenas situações concretamente demonstráveis podem afastar um juiz natural de atuar no processo. Verifica-se, então, que o juiz das garantias não implementa nenhum direito fundamental e não se trata de uma imposição constitucional. A criação do juiz das garantias não é inconstitucional, uma vez que se cuida de matéria sujeita à livre discricionariedade do Congresso Nacional, que pode criá-lo ou não. Deve o Congresso Nacional, porém, ter consciência de que essa criação, na prática, será incompatível com a atual estrutura da Justiça Federal e da Justiça Estadual, o que pode inviabilizá-la. Em várias comarcas da Justiça Estadual e subseções da Justiça Federal há apenas um juiz em atuação na área criminal. Se for implementada a figura do juiz das garantias, tal como proposta no Projeto, esse juiz, após atuar na fase do inquérito, ficará impedido de atuar no processo, o que obrigaria o deslocamento de outro juiz, de comarca ou subseção distinta, para o processo, o que implica ônus e morosidade para a Justiça, contrariando o princípio da duração razoável do processo. Ademais, além de não contribuir para uma efetiva melhoria do sistema criminal, verifica-se uma incoerência interna no Projeto quando trata do juiz das garantias no segundo grau de jurisdição. Com efeito, o Projeto admite, no art. 314, que o membro do tribunal que funcionou como juiz das garantias possa votar no processo decorrente, apenas impedindo-o de atuar no processo como relator. Ao assim prever, o Projeto reconheceu que o membro do tribunal que atue como juiz das garantias não ficará contaminado para proceder ao julgamento. Se assim o fez para o juiz de segundo grau, não há sentido em não o fazer também para o juiz de primeiro grau, sob pena de incoerência sistêmica. Ressalte-se que as dificuldades decorrentes da implementação do juiz das garantias poderão contribuir para a prescrição e, em razão disso, para a impunidade, razão pela qual deve ser incluído parágrafo único ao art. 99, com disposição similar ao art. 75 do CPP vigente. Diante do exposto, conto com apoio dos nobres pares para aprovar a presente emenda.” (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emendas ao PLS 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas?idProposicao=490263&subst=0>. Acesso em: 07 ago 2016).

⁶⁸⁶ Sequer sustentando-se, aliás, em si mesma, visto que há sugestões de implementação do juiz das garantias sem largos investimentos.

duração do processo para problematizar o novo instituto,⁶⁸⁷ considerando-se que é inadmissível a utilização de uma garantia fundamental (CF, art. 5º, LXXVIII) em favor do poder punitivo estatal(?), quando sua função é justamente a sua limitação.⁶⁸⁸ O rol do artigo 5º da Constituição impõe deveres para o Estado em face dos indivíduos e não o contrário. Logo, completamente equivocada, pra dizer o mínimo, qualquer interpretação nesse sentido.

Em suma, muito ainda se discutirá a respeito do *juiz das garantias* e de sua (ir)relevância para um processo penal imparcial até a promulgação do novo Código de Processo Penal. Lamentavelmente, talvez não esteja claro o suficiente que o sistema de justiça criminal atual vem autorizando inúmeros abusos (geradores de nulidades) e violações à Constituição Federal, afastando-se cada dia mais de seu objetivo e natureza no Estado Constitucional e Humanista de Direito (fundado na legalidade, constitucionalidade e convencionalidade do seu ordenamento jurídico).⁶⁸⁹ Oxalá se efetive uma reforma processual penal séria nesse ponto, que não despreze o princípio supremo do processo (*imparcialidade*) e a qualidade da prestação jurisdicional - que, sem dúvida, *dependem* da implantação desse novo juiz. Sem o juiz das garantias, a impressão é de que o Código já nasceria “empoeirado”, como que enclausurado no século XX.⁶⁹⁰

Por fim, elementar também registrar que toda a lógica utilizada para fundamentar a necessidade do juiz das garantias deve ser aplicada nas instâncias recursais, impedindo-se que o julgamento definitivo de um processo seja proferido pelo *mesmo* relator ou órgão colegiado que já decidiu anteriormente, no curso do processo, sobre o (im)provimento de outros remédios jurídicos (a exemplo do *habeas corpus*, mandado de segurança, correição parcial e recurso em sentido estrito), como ocorre atualmente por força da regra de prevenção.⁶⁹¹

⁶⁸⁷ Lógica por detrás dos argumentos “atraso no combate à impunidade”, “margem para anulação de processos futuros” e “maior morosidade das investigações”.

⁶⁸⁸ LUZ, Denise; SILVEIRA, Leon Murelli. A angústia do decidir e o Juiz das Garantias no projeto de reforma do CPP: uma importante contribuição da psicanálise para o direito. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 9, n. 51, p. 15-41, dez./jan. 2013. p. 21.

⁶⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio. O juiz das garantias projetado pelo novo CPP. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 40, p. 5-11, fev./mar. 2011. p. 11.

⁶⁹⁰ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O código, as cautelares e o juiz das garantias. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 46, n. 183, p. 77-93, jul./set./2009. p. 92.

⁶⁹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de garantias – um nascituro estigmatizado. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.) **Setenta anos do código de processo penal brasileiro: balanço e perspectivas de reforma**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 308; MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 207-209; LUZ, Denise; SILVEIRA, Leon Murelli. A angústia do decidir e o

A propósito, perfeitamente viável, no âmbito dos julgamentos colegiados da fase recursal, efetivar-se a sugestão de André Machado Maya, de criação de um “juizado de garantias” - órgão jurisdicional com formato idêntico aos demais órgãos colegiados que integram as Cortes recursais (composto por três magistrados) e competência exclusiva para reexame de todos os atos decisórios proferidos tanto pelo juiz das garantias (fase pré-processual) quanto pelo juiz singular (fase processual) -⁶⁹² dissociando definitivamente a fase preliminar da fase judicial e evitando que eventuais decisões interlocutórias pré-estabeleçam o desfecho do processo.

Eis a *revolução copérnica*, no dizer de Fauzi Chouckr, indispensável e urgente ao direito processual penal brasileiro em termos de adequação constitucional,⁶⁹³ impondo-se a aceitação do *novo*,⁶⁹⁴ para se viver uma *nova era* na jurisdição penal.

Passa-se, agora, rapidamente, ao exame do (des)acerto das previsões dos artigos 36 e 15, parágrafo 3º, do Projeto (que mantêm a presença física dos autos do inquérito no processo), observando-se todo o arcabouço-teórico desenvolvido até aqui.

3.1.3 A (Des)Necessidade de Exclusão Física dos Autos do Inquérito Policial do Processo⁶⁹⁵

O artigo 15 do Projeto do novo Código de Processo Penal estipula, no seu parágrafo terceiro, que os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias devem ser apensados ao processo.⁶⁹⁶ Um pouco mais a frente, no artigo 36, há a determinação de que o inquérito deve instruir a denúncia, sempre que lhe

Juiz das Garantias no projeto de reforma do CPP: uma importante contribuição da psicanálise para o direito. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 9, n. 51, p. 15-41, dez./jan. 2013. p. 39.

⁶⁹² MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 208.

⁶⁹³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3ª ed. Ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 184.

⁶⁹⁴ OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional**: O Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 230-234.

⁶⁹⁵ Utiliza-se a expressão “exclusão física” a fim de se amoldar a doutrina já existente. Entretanto, pensa-se que o mais adequado seria a *não* integralização do IP pelo processo desde o início. Logo, não haveria o que excluir. Enfim, o que sequer defender, independentemente do nome que se dê, é que o Inquérito Policial não seja levado aos olhos do juiz do processo, servindo apenas para embasar a inicial acusatória, sem, contudo, instrumentalizá-la.

⁶⁹⁶ *In verbis*: “Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal. [...] § 3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.” (BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 07 ago 2016).

servir de base.⁶⁹⁷ Da leitura desses dois dispositivos, extrai-se a conclusão de que não há no Código projetado qualquer inovação à atual sistemática, na qual o inquérito policial integra os autos do processo, tendo-se apenas ratificado a previsão do artigo 12 do CPP vigente,⁶⁹⁸ que dispõe que o expediente da investigação preliminar deve acompanhar a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.⁶⁹⁹

Percebe-se, assim, que foram *ignoradas* as críticas realizadas pela doutrina à essa *incorporação*⁷⁰⁰, as quais sustentam o comprometimento da imparcialidade do julgador, como corolário da sua *contaminação* (consciente ou inconsciente) pelos elementos produzidos pela polícia judiciária de forma unilateral.⁷⁰¹ Sucede que, essa questão é caríssima ao *novo* processo penal, para fins de efetivação de uma jurisdição imparcial⁷⁰² e de um sistema acusatório-constitucional, devendo ser *cuidadosamente* avaliada e não ingorada! É crucial que se (re)pense essa matéria na Reforma e que se compreenda de uma vez por todas as consequências para a imparcialidade do juiz do seu contato com o material investigativo constante no inquérito policial, e consequentemente, o(s) porquê(s) da (des)necessidade de *exclusão* física desses autos do processo.⁷⁰³

E é a *isso* que serão dedicadas as próximas linhas, à luz da *teoria da dissonância cognitiva* e também do *efeito primazia*, estudos da psicologia social que serão outra vez retomados (ainda que já vistos a exaustão na presente pesquisa) para dar concretude e nova fundamentação às críticas já anunciadas.

⁶⁹⁷ *In verbis*: “Art. 36. Os autos do inquérito instruirão a denúncia, sempre que lhe servirem de base.” (BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 07 ago 2016).

⁶⁹⁸ Com a exceção de que atualmente não há o pensamento propriamente dito (em autos apartados), mas sim a integralização do IP pelo processo.

⁶⁹⁹ *In verbis*: “Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 07 ago 2016).

⁷⁰⁰ Do inquérito policial pelo processo.

⁷⁰¹ As quais são encontradas, por exemplo, nas obras: LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 330; JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 166. GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 116-117; GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 239-240; entre outros tantos escritos, nos quais também há essa crítica para fundamentar o juiz das garantias, a exemplo daqueles citados no tópico anterior.

⁷⁰² Ressaltando-se sempre a redundância dessa expressão.

⁷⁰³ Cabe advertir, que ao se falar em exclusão física dos autos do inquérito, não se está fazendo referência as provas de natureza cautelar, antecipadas e não repetíveis.

Até porque, por mais factível que seja a argumentação de que há uma “contaminação (in)consciente do juiz que aprecia os elementos investigativos constantes no expediente policial, em virtude do desenvolvimento, na sua psiquê, de pré-juízos e pré-conceitos dificilmente modificados com a instrução processual”, não há como negar o caráter *abstrato* dessa afirmação, que conquanto se concorde, não esclarece o que, de fato, acontece em termos cognitivos-comportamentais, quando um indivíduo (leia-se, nesse contexto, o juiz) absorve uma primeira informação sobre alguém e depois passa a conduzir um procedimento no qual novas informações, inúmeras delas contrárias a essa primeira, são levadas a seu conhecimento.⁷⁰⁴ É isso que se quer aclarar.

E o primeiro passo para se compreender essa *contaminação* do julgador decorrente do seu contato *visual* com os elementos produzidos no inquérito policial,⁷⁰⁵ a partir dos estudos supramencionados,⁷⁰⁶ é ter-se em conta que as informações constantes no inquérito, sendo as *primeiras* a serem examinadas pelo juiz a respeito do fato (as vezes as *únicas* no momento em que são analisadas),⁷⁰⁷ são responsáveis pela fixação, nesse magistrado, de uma *primeira impressão* acerca do ocorrido (e do suspeito, evidentemente), que *direcionará* o curso das informações posteriores (a esta relativas), de forma a adequá-las a essa impressão inicial, sob pena de tornarem-se

⁷⁰⁴ Essa *natureza abstrata*, aliás, dá margem para que se atribua à crítica o rótulo de preconceituosa e desprovida de base científica, como o fez Abel Fernandes Gomes, por exemplo, para quem tudo isso não passa de mera suposição generalizada sem qualquer comprovação empírica ou substrato científico. Nas suas próprias palavras (devendo-se apenas ressaltar que se refere a implementação do juiz das garantias com base nessa argumentação de *contaminação* e consequente quebra de imparcialidade): “Outro fundamento da criação da figura do juiz das garantias, não tão expresso no texto do PLS n. 156/09, mas incisivamente apontado pelas opiniões de alguns autores, é que o atual sistema, em que o mesmo juiz que decide sobre a admissibilidade, prorrogação e incidentes de medidas investigatórias; meios de coleta de elementos de convicção para oferecimento de denúncia e até mesmo cautelares, em momento anterior àquele em decidirá o mérito da ação penal à luz das provas carreadas aos autos, acaba por contaminar o julgador, que, segundo opinam tais autores, se veria irremediavelmente envolvido no compromisso de julgar o mérito da ação segundo a mesma valoração feita quando decidiu sobre aquelas medidas. Contudo, com todo respeito aos argumentos que procuram sustentar a afirmação – até certo ponto preconceituosa – de que todo juiz que decide medidas provisórias estará contaminado para sempre por esse contexto decisório, tais assertivas não se revestem de nenhuma base científica. [...] E porque seria difícil ou impossível se manter alheio aos elementos unilaterais? Supõe-se isso, ou parte-se de dados científicos a respeito? [...] É novamente o jurista, sem nenhuma base científica concreta, mas apenas por suposição, procurando diagnosticar o que se passa na cabeça do homem: desta vez o juiz. E o pior, generalizando tal diagnose. [...] Mas de onde se retirou empiricamente a conclusão de que isso se passa na psique dos juizes? [...]” (GOMES, Abel Fernandes. “Juiz das garantias”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**. Brasília, v. 14, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010. p. 102-103).

⁷⁰⁵ Excluindo-se as decisões tomadas, já abordadas anteriormente no âmbito do juiz das garantias.

⁷⁰⁶ Desenvolvidos no segundo capítulo, precisamente no tópico 2.3.

⁷⁰⁷ Tendo em vista que se encontram anexadas a denúncia, cuja versão é a mesma, e até a instrução processual, ressalvada eventual tese de absolvição sumária, não serão confrontadas.

incompatíveis entre si, gerando *dissonância cognitiva* e todos os seus efeitos molestos correlatos.

*Por isso, repita-se, dificilmente uma pessoa será vista simultaneamente como boa e má, honesta e desonesta, etc. Quando se recebe uma informação contraditória sobre alguém, o caminho cognitivo espontâneo é o da reorganização ou distorção dessa informação para se reduzir ao mínimo ou se eliminar essa incoerência (dissonância) e manter a percepção inicial congruente.*⁷⁰⁸ O cerne da problemática é esse.

Essa *mesma* conclusão, aliás, é encontrada nos estudos sobre o fenômeno da *percepção de pessoas*, mais especificamente no âmbito do chamado “efeito primazia”, que, como também já se viu,⁷⁰⁹ revela que as informações posteriores a respeito de um indivíduo, são, em geral, consideradas no contexto da informação inicial recebida,⁷¹⁰ *sendo esta, então, a responsável pelo direcionamento da cognição formada a respeito da respectiva pessoa e pelo comportamento que se tem para com ela.*

Isso ocorre, lembre-se (resumidamente), tanto por haver a necessidade de se manter a coerência entre as informações recebidas (tese central da teoria da dissonância cognitiva),⁷¹¹ quanto pelo nível de atenção dado para as informações, que tende a diminuir substancialmente quando já se tem um julgamento formado, fruto de uma primeira impressão.⁷¹²

Quer dizer que: estando a *primeira impressão* intimamente vinculada ao estado soberano de consonância cognitiva (que se rompe quando novas cognições a colocam em xeque), plenamente aceitável que se lhe atribua também a responsabilidade pela orientação da *cognição* e do *comportamento* do indivíduo relativamente às informações posteriores (a esta relacionadas), fazendo surgir uma tendência de procura por conhecimentos coerentes com a categorização já feita e desprezo por aqueles que a ela se opõem.⁷¹³

Dessa forma, sabendo-se que a primeira informação (*primeira impressão*) recebida pelo juiz sobre o fato, em tese, criminoso, é produto da investigação policial, que é produzida unilateralmente (e tendenciosamente), existe a possibilidade desse

⁷⁰⁸ FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. P. 42.

⁷⁰⁹ Vide tópico 2.3.

⁷¹⁰ GOLDSTEIN, Jeffrey H. **Psicologia social**. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 93.

⁷¹¹ Vide tópico 2.1.

⁷¹² Vide tópico 2.3.

⁷¹³ RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 66-67.

jugador manter-se imparcial no curso do processo? Ou é inviável falar em imparcialidade judicial nesse contexto de fixação de uma primeira impressão negativa sobre uma pessoa, considerando que esta *difícilmente* será revertida em face da busca seletiva por coerência (correlação) entre os conhecimentos que a sustentam e os novos que sobrevierem em relação à mesma (investigação preliminar vs. processo), simultaneamente ao desprezo (involuntário) pelas informações que lhe colocam em xeque? Aí está o prejuízo da *contaminação!*⁷¹⁴

Não por outra razão, tanto se veja decisões que condenam “com base na prova judicial cotejada com a do inquérito”.⁷¹⁵ Nada mais esperado. A imagem que prevaleceu corresponde aquela *primeira*, formada muito antes do processo, e é a ela que se está fazendo referência para justificar a condenação. Inclusive, a pesquisa realizada por Bernd Schünemann explorada no segundo capítulo ilustra perfeitamente esse quadro, revelando que os juízes que têm contato com os autos da investigação preliminar condenam mais do que aqueles que não têm.⁷¹⁶

Nos processos afetos ao Tribunal do Júri, os quais são julgados por jurados, a situação é ainda pior, na medida em que se dispensa a fundamentação da decisão, autorizando que seja tomada até mesmo com amparo exclusivo nessas *primeiras informações* unilaterais do fato, acentuando a necessidade de se vedar o contato do julgador, seja ele quem for, com esse material.⁷¹⁷

Absolutamente *nefastas*, portanto, as consequências para a imparcialidade do julgador, decorrentes do seu contato (mesmo que apenas *visual*) com os elementos produzidos na fase de investigação preliminar e perfeitamente compreensíveis os porquês da necessidade de *exclusão* física dos autos do inquérito policial do processo.⁷¹⁸ Definitivamente, as redações atuais dos artigos 15, parágrafo 3º, e 36, ambos do Projeto

⁷¹⁴ E não se está a afirmar que a primeira impressão é imutável e definitiva. Basta ler o tópico em que se aprofundou a discussão (2.3) para se perceber isso. Apenas, se está a defender que se é possível reduzir as chances de fixação de uma primeira impressão *unilateral* que assim se faça, tanto em prol da jurisdição (que pressupõe imparcialidade), quanto do próprio processo, que *deve* ser dialético e com iguais oportunidades às partes.

⁷¹⁵ LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 330; LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 166.

⁷¹⁶ Vide tópico 2.3.1.

⁷¹⁷ LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 331.

⁷¹⁸ Para além dessa contaminação, lembra Nereu Giacomolli que sequer há funcionalidade para o processo nos elementos da investigação preliminar (ressalvadas as provas irrepetíveis e cautelares), o que também justificativa a exclusão física dos seus autos do processo propriamente dito (GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 116-117).

do novo Código de Processo Penal, precisam ser revistas, levando-se a efeito a exclusão dos autos do inquérito do processo em nome da imparcialidade da jurisdição.⁷¹⁹

Somente assim se evitará a *contaminação* do juiz, e os prejuízos da fixação, por sua parte, de uma *primeira impressão* unilateral e negativa contra o investigado, capaz de lhe influenciar cognitivo-comportamentalmente para a condução do processo ulterior e também do seu desfecho - lógica já vista quando examinada a imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial, com a peculiaridade de que naquela situação específica não há apenas o contato visual com os elementos do IP, mas também a tomada de decisões, aumentando-se substancialmente o *grau* de contaminação.

Era o que se tinha sobre isso a registrar. Resta, agora, por derradeiro, analisar a (in)compatibilidade da iniciativa probatória do julgador com o princípio da imparcialidade, partindo-se do mesmo arcabouço-teórico ora utilizado para o exame da prevenção como caráter excludente de competência, da (in)dispensabilidade do juiz das garantias e da exclusão física dos autos do inquérito do processo.

3.1.4 A (In)Compatibilidade da Iniciativa Probatória do Julgador com o Princípio da Imparcialidade

Na perspectiva que se apresentou o *sistema acusatório-constitucional* no primeiro capítulo,⁷²⁰ partindo-se da delimitação de seu *núcleo* como a *gestão da prova* e de seu *princípio informador* como o *dispositivo* (que a coloca nas mãos das partes), descabe falar na possibilidade de *iniciativa probatória do julgador*.⁷²¹ Como àquela altura se viu, ou a produção de provas é tarefa das partes e se está diante do modelo acusatório, ou é do juiz, e se está então diante de um modelo *diverso*, qual seja, o inquisitório.⁷²² Não há meio-termo, portanto, nem espaço para a conciliação de uma

⁷¹⁹ E se assim não se fizer, que pelo menos seja vedada a valoração na sentença dos elementos produzidos na fase pré-processual, como sugerem, em caráter subsidiário, Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner (LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 332).

⁷²⁰ Ao se contextualizar a imparcialidade nos modelos processuais. Vide tópico 1.1.2.

⁷²¹ As expressões “poderes instrutórios do juiz” e “iniciativa probatória do juiz” serão utilizadas indistintamente.

⁷²² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 211.

prática tal que vai de encontro à própria *essência* do sistema (nos moldes ora sintetizados), como é o caso.⁷²³

E inúmeras críticas, aliás, desde essa perspectiva, já foram dirigidas a tais poderes instrutórios do juiz. Afirma Geraldo Prado, por exemplo, que estes são responsáveis pela prolongação da vida do Código de Processo Penal de 1941 e de sua matriz autoritária, mesmo após o advento da Constituição.⁷²⁴ Para Ricardo Gloeckner, além de os mesmos estarem intimamente vinculados à inquisitividade, sua ilimitação no processo caracteriza uma estrutura infensa às regras do contraditório, da ampla defesa e demais garantias próprias do sistema acusatório.⁷²⁵ No entender de Aury Lopes Jr., por fim, o juiz-espectador (sem poderes investigatórios ou de gestão/iniciativa probatória), em oposição à figura inquisitória do juiz-ator, representa justamente o preço a ser pago para se ter um sistema acusatório.⁷²⁶⁻⁷²⁷

Ocorre que, a despeito de tais posicionamentos mais críticos, *não* é essa, reconheça-se, a perspectiva adotada e disseminada pela doutrina processual penal majoritária.⁷²⁸ E para esta, ao contrário, é *lícita e justificável* essa postura *ativa* do juiz, por uma séria de razões, que logo serão vistas. Inclusive, o próprio Código de Processo Penal vigente legitima e é legitimado por essa linha de raciocínio, ao autorizar diversas

⁷²³ Como, em tom de advertência, reconhece Ricardo Gloeckner: “Pelo prisma aqui adotado, segundo o qual o processo acusatório distingue-se do inquisitorial pela gestão da prova (possibilidade de intervenção judicial na instrução) não há possibilidade de conciliação em um meio-termo, como sugere Foschini. Ou há poderes judiciais instrutórios ou é faculdade das partes a colheita das provas. [...] Inquisitividade – poderes instrutórios do juiz – somente pode ser pensada a partir do sistema inquisitório. Impossível um significante querer dizer uma mesma coisa e seu contrário (princípio da não contradição).” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 211-217).

⁷²⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 140.

⁷²⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 217-218.

⁷²⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 64-65.

⁷²⁷ Entre outras doutrinas que se poderia trazer para dar musculatura teórica à crítica, das quais são exemplo: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v.46, n. 183, jul./set., 2009; RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2011; KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013; WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 24, v. 119, p. 201-240, mar./abr. 2016; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional**: O Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁷²⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 217.

práticas de ofício pelo magistrado, do que são exemplos os artigos 127, 156, incisos I e II, 196, 209, 242, 310, inciso II, 383 e 385, que tratam, respectivamente, do sequestro de bens, das diligências na fase pré-processual, do reinterrogatório, da testemunhas do juízo, da busca e apreensão, da conversão da prisão em flagrante em preventiva, da *emendatio libelli* e do reconhecimento de agravantes na sentença.⁷²⁹

O que está por detrás dessa defesa de um juiz *ator* e não *espectador*, vale dizer, é uma leitura *tradicional/clássica* dos sistemas acusatório e inquisitório, que, *independentemente* da gestão da prova, reconhece na separação das atividades de acusar, julgar e defender⁷³⁰ (presente somente no acusatório) o traço basilar e distintivo entre tais modelos, descartando a vedação de tal prerrogativa judicial sob a justificativa de que esta não se vincula ao núcleo de um sistema ou outro, sendo mero desdobramento do caráter *público* do processo.⁷³¹ Conferir ou não poderes instrutórios

⁷²⁹ *In verbis*: “Art. 127. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o seqüestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa. [...] Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. [...] Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes. [...] Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. [...] Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes. [...] Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: [...] II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. [...] Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. [...] Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. (BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 07 ago 2016).

⁷³⁰ “Em suma, o núcleo ou essência do modelo acusatório é a separação entre as funções de acusar, defender e julgar em sujeitos distintos, com partes em igualdade de condições e um juiz imparcial”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 112). BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**: tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. De modo semelhante, também em: ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 38. GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 78.

⁷³¹ “[...] Por isso nos preocupamos, em diversos escritos, em salientar aquilo que distingue, sinteticamente, o modelo acusatório do inquisitório. No primeiro, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, enquanto no segundo as funções estão reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente. [...] Vê-se daí que o conceito de processo acusatório e de processo de partes (no sentido de a acusação e a defesa serem sujeitos da relação jurídica processual, juntamente com o juiz) nada tem a ver com a iniciativa instrutória do juiz no processo penal.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 78). “Essa tendência, que não vem ao caso discutir aqui, no processo penal é consagrada como fazendo parte de suas linhas mestras, e justifica-se, inegavelmente, em virtude do interesse público nele envolvido: de um lado a necessidade social da repressão penal e, de outro, o direito de liberdade.” (GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 216).

ao juiz, desse modo, não está diretamente relacionado à essência do sistema,⁷³²⁻⁷³³ mas sim à natureza *pública* e à *função social do processo*,⁷³⁴ que visa *descobrir a verdade*.⁷³⁵

A própria concepção de processo, aqui, note-se, já é outra. Não há falar no mesmo como efetivação dos direitos fundamentais da parte hipossuficiente, ou instrumentalidade constitucional, como se viu anteriormente. Desta vez, o que se leva em consideração são os objetivos da jurisdição, que se vinculam à manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, finalidade última do Estado.⁷³⁶ O processo, nesse prisma, não passa de um *instrumento*, sem qualquer correspondência aos interesses ou direitos subjetivos das partes.⁷³⁷ E o papel do juiz, coerente com esse viés *publicista*, é necessariamente *ativo*, sem qualquer dependência das partes em matéria de prova. “O juiz deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória oficial [...]”,⁷³⁸ justifica Ada Pellegrini Grinover.

⁷³² “[...] havendo separação de funções, sendo a acusação conferida a uma pessoa distinta do julgador, que terá missão exclusiva de julgar, sendo-lhe vedado exercer conjuntamente a acusação, ter ou não este juiz poderes instrutórios é algo que não diz respeito com a essência do sistema.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 112-113). Assim também em: ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 26).

⁷³³ Para Gloeckner, tal lógica (também vista no âmbito da defesa de um sistema acusatório reformado ou sistema acusatório dotado de princípio da investigação) objetiva a refutação de um modelo liberal de processo, que não poderia corresponder a um Estado social. *Verbis*: “Alguns doutrinadores, sem levar em consideração a temática da gestão da prova insistem em falar de um sistema acusatório (ou por alguns inquisitorial) reformado, ou ainda, sistema acusatório com princípio de investigação, no qual além das garantias próprias de um sistema processual democrático, consagram-se, em nome da refutação a um modelo “liberal” de processo, os poderes instrutórios do magistrado (espera-se dele um “equilíbrio imparcial”).” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 216-217).

⁷³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 79-80.

⁷³⁵ “[...] independentemente de provocação das partes, movido pela necessidade de descobrir a verdade, o juiz pode determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, portanto, durante o andamento da ação penal, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” (BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 4 ed. São Paulo: RT, 2013. p. 164). “Assim, a verdade real, aquela dos fatos da forma em que ocorreram, supera a verdade que as partes colocam, e deve ser buscada pelo juiz, independentemente de iniciativa de parte.” (GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 216).

⁷³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 79-80.

⁷³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 79-80.

⁷³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 80. Destaca, ainda, a autora, que: “Por isso, deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário. Ninguém é melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes, são suficientes para a formação de seu convencimento. Isto não significa

Sem adentrar no mérito dessa fundamentação, no mínimo perigosa e preocupante a tolerância com arbítrio estatal vista nessa desvinculação do processo à tutela do indivíduo (parte hipossuficiente) na sua relação com o Estado-persecutor.⁷³⁹ E igualmente problematizável (até controversa) é a utilização da *busca da verdade* como justificativa para tal atividade instrutória,⁷⁴⁰⁻⁷⁴¹ levando-se em consideração que essa prática marcadamente inquisitória a qual se está recorrendo para sustentar esse ponto de vista, sequer é compatível com o sistema acusatório que se pretende efetivado.⁷⁴²

Mas para além dessas duas questões,⁷⁴³ o que se quer mesmo ora acentuar é que ao se levar em consideração somente os aspectos suprarreferidos e a constituição dos sistemas para se examinar esse complexo fenômeno que envolve os poderes da autoridade judiciária no processo, se está retirando o foco de análise do que realmente importa para qualquer atividade jurisdicional, que é a estrita observância ao princípio da imparcialidade, princípio basilar da função jurisdicional.⁷⁴⁴ E os prejuízos decorrentes disso não podem ser maiores. Pois acaba se legitimando um *pseudosistema* acusatório, que nem mesmo possui uma jurisdição *válida* e *legítima*, regida por essa imparcialidade. A atividade jurisdicional, portanto, antes de ser adequada a qualquer sistema processual, deve estar submetida ao filtro do princípio-garantia da imparcialidade.

que a busca da verdade seja o fim do processo e que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará. O juiz deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória oficial.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 80).

⁷³⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 220-221.

⁷⁴⁰ Como defendem Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 347, jul./ago./set., p. 08, 1999); Julio Fabrini Mirabete, que confere à *verdade* o status de princípio autorizador da postura ativa do julgador na produção probatória, estando não frente a uma possibilidade, mas sim diante de um dever (MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 44); entre outros, especialmente na Escola Paulista de processo. O que remete, aliás, ao pensamento de Eugenio Florian, que refutava por completo os limites à atividade probatória, em virtude do processo estar dominado por interesse público. *Verbis*: “dado que está dominado por un interés público, es necesario que la verdad resplandezca en su totalidad sin ninguna clase de limitaciones. En él se averigua la llamada verdad material [...]” (FLORIAN, Eugenio. **Elementos de Derecho procesal penal**. Tradução de L. Prieto Castro. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1934. p. 59).

⁷⁴¹ O que, sublinhe-se, já foi melhor abordado no primeiro capítulo (tópico 1.3) em sentido diametralmente oposto a esse.

⁷⁴² KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 167.

⁷⁴³ Que não serão aprofundadas, bastando que delas se tenha ciência para reflexão.

⁷⁴⁴ Expressão, repita-se, utilizada por Juan Montero Aroca (MONTERO AROCA, Juan. et al. **Derecho jurisdiccional III**: proceso penal. 10ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 29).

Por isso, superando-se essa dicotômica “perspectiva sistêmica” ora sintetizada (clássica vs. “moderna”), pensa-se que é hora de dar um passo adiante, examinando-se essa (im)possibilidade de atuação judicial diretamente no âmbito do princípio da *imparcialidade*, valendo-se também, uma última vez, dos estudos da *teoria da dissonância cognitiva*.

Para tanto, deve-se recordar que como desenvolvido nos tópicos 1.2, 1.2.1 e 1.2.2, *a compreensão adequada dessa imparcialidade não diz respeito à superada ideia de neutralidade, mas sim a uma construção jurídica, que visa preservar a cognição do julgador (para que não beneficie uma parte em detrimento da outra, involuntariamente ou não), impondo limites à sua atuação no processo (terceiro desinteressado/alheio aos interesses das partes, que aprecie ambas as versões apresentadas sobre o(s) fato(s) em apuração, proporcionando sempre igualdade de tratamento e oportunidades aos envolvidos), que não deverá se orientar pela revelação de uma “verdade”, mas sim pela Constituição Federal.*

Ademais, também à guisa de recapitulação, deve-se ter em conta que a *teoria da dissonância cognitiva*, fundada na premissa de que o indivíduo tende sempre a buscar um estado de coerência entre suas cognições, revela que a *tomada de uma decisão* produz uma ruptura inevitável nessa estabilidade cognitiva, na medida em que “Após a decisão, todos os bons aspectos da alternativa preterida e todos os maus aspectos da alternativa adotada são dissonantes em relação ao que se decidiu.”⁷⁴⁵ E a partir daí, predominando essa situação cognitiva desagradável, haverá de se manifestarem diversos processos cognitivo-comportamentais direcionados a recomposição daquela harmonia cognitiva anterior, impondo-se uma verdadeira tendência, no indivíduo, a refutar as informações ou conhecimentos posteriores à decisão que a contrariem (aumentando a dissonância); e, ao mesmo tempo, a buscar novas informações ou conhecimentos que a corroborem.

Daí se dizer que “decidir” não é apenas fazer uma escolha, mas muito mais do que isso, é assumir (fiel e involuntariamente) o compromisso de conservar uma posição, que decisivamente vinculará o seu responsável por prazo indeterminado.

E se assim o é, não é difícil de se entender aonde se quer chegar no que se refere aos poderes instrutórios do magistrado. Em suma, como ser humano *comum*, se o juiz tomar qualquer decisão de ofício, seja em benefício da tese acusatória ou defensiva,

⁷⁴⁵ FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. 3ª ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 359.

restará vinculado (ainda que possa reverter o quadro) a esta decisão, e buscará involuntariamente a sua manutenção, superestimando novas informações que possam confirmá-la e subestimando outras que a contrariem, para não ampliar a dissonância cognitiva pós-decisória, estado psicológico que lhe é incômodo. Aí reside o problema.

Há espaço, nessa lógica, para atribuição de poderes instrutórios ao magistrado no processo, sem que se esteja colocando em risco a sua imparcialidade, em decorrência de sua possível e provável vinculação com as decisões (*ex officio*) que proferir a respeito da prova? Elementar que não. Ao determinar a produção de uma prova ou tomar outra decisão de ofício, o magistrado estará assumindo sua parcialidade para condução do caso, ainda que no plano do inconsciente. Incompatíveis, portanto, os poderes instrutórios do julgador com o princípio da imparcialidade. O risco é muito alto para ser encarado. Ou é melhor um juiz parcial (que torna ilegítima a jurisdição) à um juiz passivo?

Com efeito, extremamente problemáticos os artigos antes mencionados e suas respectivas ratificações no Projeto da Reforma do novo Código, que está mantendo, por exemplo, a possibilidade de: (a) decretação de medidas cautelares de ofício pelo juiz no curso do processo;⁷⁴⁶ (b) determinação de ofício de diligências antes da sentença;⁷⁴⁷ (c) conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva;⁷⁴⁸ e (d) aplicação de

⁷⁴⁶ Consoante previsão do artigo 525 do Projeto. *In verbis*: “Art. 525. No curso do processo penal, as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, observados os princípios do Código e as disposições deste Livro.” (BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 07 ago 2016).

⁷⁴⁷ Como dispõe o artigo 165, parágrafo único, do Projeto. *In verbis*: “Art. 165. As provas serão propostas pelas partes. Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes. (BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 07 ago 2016).

⁷⁴⁸ Conforme determinação do artigo 555, inciso II, do Projeto, em ratificação ao artigo 310, inciso II, do CPP vigente. *In verbis*: Art. 555. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, deverá: I – relaxar a prisão ilegal; ou II – converter, fundamentalmente, a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os seus pressupostos legais; ou III – arbitrar fiança ou aplicar outras medidas cautelares mais adequadas às circunstâncias do caso; ou IV – conceder liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Parágrafo único. A concessão de liberdade provisória na forma do inciso iv do caput deste artigo somente será admitida se o preso for pobre e não tiver condição de efetuar o pagamento da fiança. (BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 07 ago 2016).

emendatio libelli,⁷⁴⁹ práticas atualmente permitidas pelo Código vigente, que, no entanto, colocam em xeque à imparcialidade, à luz do que até aqui se viu.

E mesmo que seja louvável a Emenda na Comissão proposta pelo Deputado Paulo Teixeira (PT-SP), objetivando a alteração da redação do artigo 165 do Projeto,⁷⁵⁰ para se incluir no texto a necessidade de *fundamentação expressa* dessa atividade probatória do julgador no momento de sua decisão, pensa-se que o melhor caminho é a apresentação de emendas supressivas de todos os artigos que autorizam a atuação ex officio do juiz,⁷⁵² a exemplo dos supracitados, para se sanar de vez esses vilipêndios ao princípio da imparcialidade.

Enfim, independentemente da leitura que se fizer dos sistemas processuais penais, o que se quis aqui demonstrar é que a iniciativa probatória do julgador é incompatível

⁷⁴⁹ Possibilidade dada pelo artigo 418 do Projeto, ratificando-se o artigo 383 do CPP atual. In verbis: Art. 418. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. § 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo ou da transação penal, o juiz procederá de acordo com o disposto nos arts. 266 e 304. § 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, em razão da matéria, a este serão encaminhados os autos. (BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 07 ago 2016).

⁷⁵⁰ Sugerindo que seja incluída ao final do parágrafo único do artigo 165 a expressão “de forma fundamentada”, restando como redação definitiva a seguinte: “Art. 165. As provas serão propostas pelas partes. Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes, *de forma fundamentada*.” (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emendas ao PLS 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas?idProposicao=490263&subst=0>. Acesso em: 07 ago 2016).

⁷⁵¹ Valendo-se transcrever a justificativa por ele apresentada: “O PL reconhece que no sistema acusatório o ônus da prova é da acusação e que as partes têm direito a produzir provas. Assim, fica a cargo das partes a definição dos fatos e dos meios de provas que serão utilizados no processo. Contudo, ao final da instrução permite-se que o juiz atue quando ainda houver fatos não esclarecidos, pois se trata de ponto necessário para que o juiz possa formular sua decisão. Contudo, a atuação suplementar do juiz na referida fase deve ser sempre cuidadosa e esta fundada em critérios técnico, sob tema do juiz atuar de forma assimétrica, auxiliando sobremaneira uma das partes na produção de provas. Quando o juiz atua ativamente na produção de provas, isso afeta a sua imparcialidade. Para que sua atuação possa ser controlada, a proposta inclui a necessidade de delimitar os pontos controvertidos que foram vislumbrados pelo juiz a partir da prova produzida pelas partes para que as diligências probatórias sejam dirigidas com a garantia do contraditório ao esclarecimento dos referidos pontos. Segue-se assim o mesmo caminho já empreendido na reforma dos procedimentos em 2008 (art. 404 do CPP), quando já se limitou as diligências aos pontos não esclarecidos de fatos e circunstâncias ocorridas na audiência de instrução (art. 277 do PL8.045/2010). Não impede que o juiz atue quando necessário, mas exige que o faça de forma limitada e fundamentadamente.” (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emendas ao PLS 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas?idProposicao=490263&subst=0>. Acesso em: 07 ago 2016).

⁷⁵² Ou adaptação, excluindo-se essa possibilidade.

com o princípio da imparcialidade, devendo se repensada a postura e os poderes do juiz no novo processo penal acusatório-constitucional.

3.2 Excurso Final: o Modelo Ideal de Processo Penal Imparcial e as “4 Medidas Anti-inquisição”

Antes de se passar as conclusões da presente pesquisa, importa, a título de excurso final, retomar todas as sugestões que foram dadas no decorrer desse terceiro capítulo, como forma de redução de danos para um processo penal imparcial.

Tendo-se, então, como fio condutor o princípio da imparcialidade e como pano de fundo o sistema acusatório, o que se quer ratificar neste tópico, sob o título de “4 Medidas Anti-inquisição”, são os mecanismos de controle da contaminação da cognição e subjetividade do magistrado - figura central do processo - para que seja válida e legítima a sua jurisdição. Cientes, com Carnelutti de que “A justiça humana não pode ser mais do que uma justiça parcial; [...] Tudo que se pode fazer é tentar diminuir essa parcialidade.”⁷⁵³

Em busca, portanto, de um modelo “ideal” de processo penal acusatório-imparcial-constitucional, por assim dizer, propõe-se como medidas redutoras de danos a reformulação de algumas categorias e contextos não mais sustentáveis do ponto de vista da imparcialidade jurisdicional, levando-se em consideração os estudos da psicologia social apresentados no segundo capítulo, dos quais merece destaque a *teoria da dissonância cognitiva*.

De salientar, que o momento, também, para tanto, não pode ser mais oportuno, haja vista estar em tramitação na Câmara dos Deputados, já tendo passado pelo Senado, o Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (PL 8045/2010), o qual pode e deve dar conta da complexidade das questões aqui postas em relevo, sob pena de se lançar um novo Código já ultrapassado.

Direto ao ponto, então, sugere-se como *primeira medida anti-inquisição*, a alteração nas regras de competência, para tornar o critério subsidiário da prevenção uma causa de *exclusão* e não fixação da mesma, como atualmente prevê o CPP. Tal medida se justifica, como se viu,⁷⁵⁴ em razão de que da forma como está, pressupõe-se ingenuamente que o juiz mais qualificado para o julgamento do caso penal é aquele que

⁷⁵³ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 1ª ed. 3ª tiragem. Campinas: Russell Editores, 2008. p. 39.

⁷⁵⁴ Vide tópico 3.1.1.

primeiro contato com este tiver, visto que será o que melhor o conhecerá ao final. Entretanto, ao assim se pensar, se está fechando os olhos para uma realidade inegável reflexa a esse cenário, que é a possível vinculação desse julgador às suas decisões anteriores à sentença (tomadas, por exemplo, na investigação preliminar e no curso do processo), violando-se o princípio da imparcialidade e legitimando-se a possibilidade de se julgar um caso exclusivamente com base na fase investigativa, dispensando-se o processo, que servirá tão somente para confirmação de uma decisão já tomada antecipadamente. A correta sistemática, pois, em termos de jurisdição imparcial,⁷⁵⁵ mostra-se diametralmente oposta à atual, devendo o juiz do processo tomar conhecimento do caso somente a partir da instrução processual, momento em que deverá, livre de *pré-conceitos*, valorar a prova (judicializada) e finalmente realizar o julgamento - o que apenas é possível com a modificação da regra da prevenção, que, advirta-se, deve ser aplicada igualmente nas instâncias recursais.

E é precisamente nesse contexto que se insere também a *segunda medida*, que pode ser considerada a maior inovação do Projeto de novo CPP e se traduz na implementação do juiz das garantias. Seguindo a mesma linha de raciocínio da medida anterior, a pretensão aqui é de afastar o juiz do processo da fase pré-processual, designando um magistrado específico para exercer a jurisdição desta primeira fase, e preservando-se, com isso, a cognição do juiz encarregado do julgamento de mérito. A imprescindibilidade dessa medida se justifica, também como já viu,⁷⁵⁶ para que a fase investigativa não determine o desfecho do processo, através da contaminação do julgador pela perspectiva acusatória/policial, seja em face da tomada de alguma decisão nesse sentido (que tenderá a vincular essa autoridade judiciária no futuro processo), seja por força da fixação de uma primeira impressão relacionada a mesma (que também prevalecerá sobre outras impressões que a contrariem), situações passíveis de comprometerem a sua imparcialidade.

A *terceira medida*, trata-se da exclusão física dos autos do inquérito e também vincula-se intimamente com as razões das medidas anteriores, tendo em vista que o que se procura, com essa prática, é novamente a eliminação de uma possível contaminação do julgador do processo pelos elementos investigativos produzidos no inquérito policial, o que pode ocorrer pelo simples contato visual com os mesmos, como se demonstrou

⁷⁵⁵ Devendo-se sempre frisar a redundância dessa expressão, que é utilizada apenas para não se perder de vista a indissociabilidade dos termos jurisdição e imparcialidade.

⁷⁵⁶ Vide tópico 3.1.2.

com o chamado *efeito primazia*,⁷⁵⁷ que segue a lógica da teoria da dissonância cognitiva e desvela as consequências cognitivo-comportamentais correlatas à fixação de uma primeira impressão em um indivíduo (leia-se, aqui, o juiz) quando frente a outras impressões/informações contrárias a esta.

Por derradeiro, a *quarta e última medida* cuida da vedação da iniciativa probatória do julgador, prática incompatível com o sistema acusatório e com o princípio da imparcialidade, diretrizes constitucionais que perfeitamente lhe servem de obstáculo (e vice-versa).⁷⁵⁸ A justificativa para a indispensabilidade de sua proibição, na contramão dos ordenamentos jurídicos internacionais e da doutrina processual majoritária, relaciona-se aos efeitos cognitivo-comportamentais originados pela tomada de uma decisão, à luz dos estudos da psicologia, como anteriormente se demonstrou.⁷⁵⁹ Afinal, se é verdade que toda decisão produz dissonância cognitiva, que esse estado é molesto e ocasiona pressões involuntárias para eliminá-lo a fim de se retomar o equilíbrio cognitivo anterior e que essas pressões se manifestam no indivíduo, nesse caso, por meio da tendência a supervalorização de novas cognições consonantes à decisão tomada e desvalorização daquelas dissonantes, também é o fato de que o juiz que tomar decisões *de ofício* estará fulminando sua própria imparcialidade, conscientemente ou não, o que não pode ser tolerado.

Sem qualquer dificuldade, portanto, pode-se perceber que o ponto nevrálgico das propostas realizadas diz respeito ao afastamento do magistrado da fase pré-processual, inclusive no que se refere ao simples contato visual com os elementos nesta produzidos, a fim de se preservar a sua cognição para o julgamento do processo. Quanto maior o distanciamento entre as fases, mais imparcial poderá ser a jurisdição.

Acerca das 4 Medidas Anti-inquisição sugeridas no desenrolar desse terceiro capítulo, são elas, em resumo: 1) a prevenção como regra de exclusão de competência; 2) a implementação do juiz das garantias; 3) a exclusão física dos autos do inquérito policial do processo; e 4) a vedação dos poderes instrutórios do juiz.

De fato, tais propostas não são nenhuma novidade, já tendo sido há muito sustentadas pela doutrina processual penal mais crítica. No entanto, a nova perspectiva de análise para as mesmas, que ora se utilizou, impõe que se lhes dê novamente atenção e que se lhes leve finalmente a sério, em termos de efetivação no ordenamento jurídico,

⁷⁵⁷ Vide tópicos 2.3 e 3.1.3.

⁷⁵⁸ Vide tópico 3.1.4.

⁷⁵⁹ Vide tópicos 2.2 e 3.1.4.

para a concretização de um processo penal com condições de exercício de imparcialidade. A Reforma está aí!

4 CONCLUSÃO

Longe de qualquer pretensão determinista em relação a perspectiva adotada para se pensar o tema da *imparcialidade jurisdicional* (leia-se desenvolvida no âmbito da psicologia social), e, inclusive, salientando que certamente outros arcabouços teóricos de diferentes campos do saber são de igual ou maior importância para se refletir sobre o mesmo, o que indispensavelmente deve ser registrado a título de conclusão na presente pesquisa, é que se há coerência e razoabilidade nos estudos apresentados no decorrer da mesma (e se pensa que há), o processo penal brasileiro atual *não* oferece condições de exercício para essa imparcialidade.

E isso é gravíssimo, se levada em consideração sua qualidade de princípio supremo do processo⁷⁶⁰ ou princípio basilar da função jurisdicional,⁷⁶¹ como a definem Pedro Aragonese Alonso e Juan Montero Aroca, respectivamente. O que está em jogo é a própria validade da jurisdição, que núcleo do Estado de Direito. Se a teoria da dissonância cognitiva desvela processos cognitivo-comportamentais nos seres humanos desencadeados após a tomada de decisões (dissonância pós-decisória) e o conhecimento de novas informações sobre alguém, que coloquem em xeque a primeira impressão fixada sobre essa pessoa (dissonância pós-primeira impressão e efeito primazia), sustentando haver uma tendência no indivíduo (ora contextualizado na figura do juiz) a supervalorizar certas informações em um determinado sentido e desvalorizar outras em sentido diverso, máxima atenção a isso deve ser dispensada.

A postura do juiz no processo, quer se queira, quer não, determina sua respectiva natureza, em termos de sistema acusatório e democrático ou inquisitório e autoritário. Qualquer alteração nessa posição, portanto, pode comprometer toda a estrutura porocessual, como bem adverte Carnelutti, quando afirma que “*el juicio es un mecanismo delicado como un aparato de relojería: basta cambiar la posición de una ruedecilla para que el mecanismo resulte desequilibrado y comprometido*”.⁷⁶² E evidente que não se pode tolerar um processo autoritário em meio a democracia. Todo o contrário. Os esforços devem ser sempre direcionados a um processo mais democrático, respaldado por uma jurisdição efetiva e imparcial e vice-versa.

⁷⁶⁰ ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal (introducción)**. 2ª ed. Madrid: Edersa 1997, p. 127.

⁷⁶¹ MONTERO AROCA, Juan. et al. **Derecho jurisdiccional III: proceso penal**. 10ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 29.

⁷⁶² CARNELUTTI, Francesco. **Derecho Procesal Civil y Penal**. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. Colección Clásicos del Derecho. Editorial Pedagógica Iberoamericana: México, 1994. p. 342.

Havendo, então, aspectos vigentes no processo penal brasileiro que inviabilizam ou, no mínimo, colocam em risco a efetividade do princípio da imparcialidade (leia-se tornando o processo imprestável), não deve haver dúvida de que estes devem ser imediatamente eliminados. Daí se afirmar a imprescindibilidade de serem revisadas as categorias da prevenção como critério fixador de competência, da (des)necessidade do juiz das garantias (conforme o Projeto do novo CPP), da presença física dos autos do inquérito policial no processo e da (im)possibilidade de se atribuírem poderes instrutórios ao julgador, levando-se a efeito as intituladas “4 medidas anti-inquisição”, que são: 1) a prevenção como regra de *exclusão* de competência; 2) a implementação do *juiz das garantias*; 3) a *exclusão* física dos autos do inquérito policial do processo; e 4) a *vedação* dos poderes instrutórios do juiz.

Em síntese, o que se quer com isso, repita-se, é o afastamento da autoridade judiciária competente para julgamento do caso da fase pré-processual, inclusive no que se refere ao simples contato visual com os elementos nesta produzidos, a fim de se preservar a sua cognição para atuar no processo (para que não beneficie uma parte em detrimento da outra, involuntariamente ou não); e a imposição de limites à sua atuação na instrução processual (terceiro desinteressado/alheio aos interesses das partes, que aprecie ambas as versões apresentadas sobre o(s) fato(s) em apuração, proporcionando sempre igualdade de tratamento e oportunidades aos envolvidos), que não deverá se orientar pela revelação de uma “verdade”, mas sim pela Constituição Federal.

Como frisado no decorrer da pesquisa, apesar de tais propostas não serem nenhuma novidade, assim o é a perspectiva ora utilizada para análise das mesmas, impondo-se que de outro ângulo se lhes dê atenção, para quem sabe, finalmente serem levadas a sério, concretizando-se um devido processo penal, de cariz acusatório-constitucional e jurisdição imparcial. Destaca-se: a Reforma está aí!

5 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.v. 1.
- ÁLVARO, José Luis; GARRIDO, Alicia. **Psicologia social: perspectivas psicológicas e sociológicas**. Trad. Miguel Cabrera Fernandes. São Paulo: McGraw-Hill, 2006.
- AMARAL, Augusto Jobim do. **Discurso penal e política da prova: nos limites da governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. 2011. 467 f. Tese (Doutorado em Altos Estudos Contemporâneos – Ciência Política) -- Programa de Pós-Graduação em Letras, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2011.
- AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal (introduccion)**. 2ª ed. Madrid: Edersa 1997,
- ARAMBURO RESTREPO, José Luís. El papel del juez: una aproximación teórica. **Pensamiento Jurídico**. Bogotá, n. 27, jan./abr., 2010.
- AROCA, Juan Montero. **Principios del proceso penal: una explicación basada na razón**. Valência: Tirant lo Blanch, 1997,
- ARONSON, E.; FRIED, C.; STONE, J. Overcoming denial and increasing the intention to use condoms through the induction of hypocrisy. **American Journal of Public Health**, 81. 1991
- ARONSON, Elliot. **O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano**. Trad. Noé Gertel. São Paulo: IBRASA. 1979.
- ASCH, Solomon E. **Psicologia social**. 4ª ed. Trad. Dante Moreira Leite; Miriam Moreira Leite. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.
- ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio *versus* Inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). **Proceso penal y sistemas acusatórios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo Penal, Constituição e Crítica – Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>> Acesso em: 07 dez 2015.
- _____. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. 1.

- _____. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. (org.) **Direito penal e processo penal: teoria geral do direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. Coleção doutrinas essenciais; v.1.
- _____. (org.) **Direito penal e processo penal: processo penal I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. Coleção doutrinas essenciais; v.6.
- BARON, Roberta A; BYRNE, Donn. **Psicología social**. 8ª ed. Trad. Montserrat Ventosa; Blanca de Carreras; Dolores Ruiz; Genoveva Martín; Adriana Aubert; Marta Escardó. Madrid: Prentice Hall Iberia, 1998.
- BARREIROS, José António. **Processo penal**. Coimbra: Almedina, 1981.
- BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno**. Vila Nova de Gaia: Edições 70, 1990. v. I.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.
- BERKOWITZ, Leonard. **Psicologia social**. Trad. Magali Rigaud Pantoja Bastos. Rio de Janeiro: Interamericana, 1980.
- BOFF, Leonardo. Prefácio. *In*: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.
- BOVINO, Alberto. **Problemas del derecho procesal penal contemporáneo**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.
- BRAGHIROLI, Elaine Maria; PEREIRA, Siloé; RIZZON, Luiz Antônio. **Temas de psicologia social**. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emendas ao PLS 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas?idProposicao=490263&subst=0>. Acesso em: 07 ago 2016.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 07 ago 2016.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Nota Técnica nº 10 de 17/08/2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos?documento=225>>. Acesso em: 19 set. 2016).
- BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 dez 2015.

- BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 2009.
- BRASIL. Senado Federal. **Parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal sobre o Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Relator: Senador Renato Casagrande, p. 27-28. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=70407>>. Acesso em 11 set. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 120.017/SP**. Paciente Maria Cristina de Luca Barongeno. Coator Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 de maio de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6478870>>. Acesso em: 29 agosto 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 86.963/RJ**. Paciente Roger Magno de Castro Dias. Coator Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=479162>>. Acesso em: 29 agosto 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 92.893/ES**. Paciente Valci José Ferreira de Souza. Coator Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 02 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=568515>>. Acesso em: 29 agosto 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 94.641/BA**. Paciente Osmar Vieira Barbosa. Coator Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 11 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579556>>. Acesso em: 29 agosto 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 97.553/PR**. Paciente Sergio Amilcar De Aguiar Maia. Coator Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 16 de junho de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614108>>. Acesso em: 29 agosto 2016.
- BROWN, Roger. **Psicología social**. Trad. Francisco González Aramburu y Jesús Morales. México: Siglo XXI editores, s. a., 1972.
- CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Trad. Ivo de Paula. São Paulo: Editora Pillares, 2013.
- _____. **Proceso y democracia**: conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autonoma de Mexico. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 1ª ed. 3ª tiragem. Campinas: Russell Editores, 2008.

- _____. **Derecho procesal civil y penal:** principios del proceso penal. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971.
- _____. **Derecho Procesal civil y penal.** Trad. Enrique Figueroa Alfonso. Colección Clásicos del Derecho. Editorial Pedagógica Iberoamericana: México, 1994.
- _____. **Verità, Dubbio e Certezza.** Revista di Diritto Processuale, v. XX (II serie) 1965.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. **Pena e garantias.** 2ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003
- CASARA, Rubens R. R. Juiz das Garantias: Entre uma Missão de Liberdade e o Contexto de Repressão. *In:* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (Coord.) **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição:** Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro.** Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. v. 1.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal.** 3ª ed. Ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. **Código de Processo Penal.** Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. Modelos processuais: uma discussão (ainda) necessária?. **Boletim Informativo IBRASPP,** São Paulo, ano 01, n. 01, p. 15-16, 2011/02.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 26º ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. **Derecho procesal penal.** Atualizado por Jorge E. Vázquez Rossi. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998. t. 1.
- CLEMENTEL, Fabiano Kingeski. Vale a pena salvar a dicotomia sistema inquisitório – sistema acusatório? **Boletim Informativo IBRASPP,** São Paulo, ano 01, n. 01, 2011/02,
- Convenção Americana de Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 07 dez 2015).
- Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.** Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em: 07 dez 2015).
- CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale.** Torino: Utet, 1986.

- CORDÓN MORENO, Faustino. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. 2ª ed. Navarra: Arazandi, SA, 2002.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 26-51, jul. 2001.
- _____. O papel do juiz no processo penal. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v.46, n. 183, jul./set., 2009.
- Declaração Americana dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 07 dez 2015).
- Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <<http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html>>. Acesso em: 07 dez 2015.
- DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria da prova**. Trad. Enrico Maciel. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942.
- DESCARTES, René. **Discurso do método/meditações**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.
- DEUTSCH, Morton; KRAUSS, Robert M. **Teorías en psicología social**. Trad. Silvia Zeigner. Barcelona: Ediciones Paidós, 1980.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1ª ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DUARTE, Christian Bernal. Reforma del Proceso Penal em Paraguay y el Juez Penal de Garantías y sus funciones. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (Coord.) **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição: Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ERLICH, Danuta; GUTTMAN, Isaiah; SCHONBACH, Peter; MILLS, Judson. Post-decision exposure to relevant information. **The journal of abnormal and social psychology**. Boston, v. 54, mar., 1957.
- European Court of Human Rights. **Case of D.N vs. Switzerland**: Application nº 27154/95. 29 march 2001. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"D.N Switzerland\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-59364\"\]}>](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)>. Acesso em: 07 dez 2015.
- European Court of Human Rights. **Case of De Cubber vs. Belgium**: Application nº 9186/80. 26october1984. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"de](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

cubber"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-57465"]}>. Acesso em: 07 dez 2015.

European Court of Human Rights. **Case of Hauschildt vs. Denmark**: Application nº 10486/83. 24 may 1989. Disponível em: <

European Court of Human Rights. **Case of Piersack vs. Belgium**: Application nº 8692. 1 october 1982. Disponível em: <

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 10ª ed. 1ª reimpressão. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2014.

_____. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. 4 ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madri: Trotta, 2004.

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

FLORIAN, Eugenio. **Elementos de Derecho procesal penal**. Trad. L. Prieto Castro. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1934.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

FRANCISCI, Pietro de. **Síntesis histórica del derecho romano**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.

FRANCISCO MORALES, J.; REBOLLOSO, Enrique; MOYA, Miguel. Teorías de la consistencia y de la disonancia. *In*: FRANCISCO MORALES, J. (coord.). **Psicología social**. Madrid: McGraw-Hill, 1994.

FREEDMAN, Johnatan; FRASER, Scott. Compliance without pressure: the foot-in-the-door technique. **Journal of Personality and Social Psychology**. v. 4, n. 2. 1996.

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

GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). *In*: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). **A qualidade do tempo**: para além das experiências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. A ilusão totalizadora e a violência da fragmentação. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- _____. Inovação e Interdisciplinaridade (Sistema Penal e Violência). *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**: crises, misérias e novas metodologias investigativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- _____. Juiz de garantias – um nascituro estigmatizado. *In*: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.) **Setenta anos do código de processo penal brasileiro**: balanço e perspectivas de reforma. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- _____. **O devido processo penal**: abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- _____. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, jan./fev. 2015.
- GOLDSCHMIDT, Werner. La imparcialidad como principio basico del proceso: la parcialidad y la parcialidad. *In*: **Monografias de Derecho Español**. Publicaciones del Instituto de Derecho Procesal, Série 2^a, n. 1., Madrid: Gráfica Clemares, 1950. Disponível em: <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf> . Acesso em: 22 jul. 2015.
- GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.
- GOLDSTEIN, Jeffrey H. **Psicologia social**. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983.
- GOLDSTEIN, LINDGREN, Henry Clay. **Introducción a la psicología social**. 2 ed. Trad. Nuria Parés; María Inés de Salas. México: Editorial Trillas, 1978.
- GOMES, Abel Fernandes. “Juiz das garantias”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**. Brasília, v. 14, n. 51, out./dez. 2010.
- GOMES, Luiz Flávio. O juiz das garantias projetado pelo novo CPP. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 40, p. 5-11, fev./mar. 2011.
- GOMEZ ORBANEJA, Emílio; HERCE QUEMADA, Vicente. Derecho procesal: Vol II Derecho Processal Penal. Madrid: EGESA, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 347, jul./ago./set., 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- HALL, Calvin S.; LINDZEY, Gardner; CAMPBELL, John B. **Teorias da personalidade**. 4ª ed. Trad. Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artmed, 2000.
- HASTORF, Albert; SCHNEIDER, David J.; POLEFKA, Judith. **Percepção de pessoa**. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Edgard Blücher e Editora da Universidade de São Paulo, 1973.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. 15ª ed. Trad. Maria Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005.
- ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. *In*: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). **Proceso penal y sistemas acusatórios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Inter-American Court of Human Rights. **Case of Castillo Petruzzi et al. vs. Peru**. Judgment of May 30, 1999. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_ing.pdf>. Acesso em: 21 mar 2016.
- KELLEY, Harold H. The warm-cold variable in the first impressions of persons. **Journal of Personality**, 18, 1950.
- KHALED Jr., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.
- KRECH, David; CRUTCHFIELD, Richard S.; BALLACHEY, Egerton L. **Psicologia social**. Trad. Alfonso Alvarez Villar. Madrid: Biblioteca Nueva, 1965.
- LAZARSELD *apud* FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975.
- LEONE, Giovanni. **Come si svolge un processo penale**. Torino: ERI, 1967.
- _____. **Tratado de derecho procesal penal: doctrinas generales**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963. t. 1.
- LIMA, Luísa Pedrosa de. Atitudes: estrutura e mudança. *In*: VALA, Jorge; MONTEIRO, Maria Benedicta (coord.). **Psicologia social**. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- LINDGREN, Henry Clay. **Introducción a la psicología social**. 2ª ed. Trad. Nuria Parés; María Inés de Salas. México: Editorial Trillas, 1978.

- LOPES JR., Aury. (Re)pensando os sistemas processuais penais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. **Boletim Informativo IBRASPP**, São Paulo, ano 03, n. 05, 2013/02).
- _____. A (im)prestabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 123, fev./2003.
- _____. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações....). **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 213, edição especial CPP, ago./2010.
- _____. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. Juízes inquisidores? e paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, ano 3, n. 10, 2003.
- LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. Estudo e crítica do “juiz das garantias”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 22, n. 111, nov./dez. 2014.
- LUCHINS, A. S. Primacy-recency in impression formation. *In*: Carl Hovland (org.). **The order presentation in persuasion**. New Haven: Yale University Press, 1957.
- LUZ, Denise; SILVEIRA, Leon Murelli. A angústia do decidir e o Juiz das Garantias no projeto de reforma do CPP: uma importante contribuição da psicanálise para o direito. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 9, n. 51, dez./jan. 2013.
- MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.
- MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). **El procedimiento abreviado**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2ª ed. Trad. J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.
- MANN, Leon. **Elementos de psicología social**. 1ª ed. 2ª reimpressão. Trad. Marcelino Llanos Braña. México: Limusa, 1975.
- MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: EJEJA, 1951. t. 1.
- MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. Inquisitório versus acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. **Boletim Informativo IBRASPP**, São Paulo, ano 03, n. 04, 2013/01.

- MARQUES, José Frederico. **Da Competência em Matéria Penal**. 1ª edição revista, atualizada e complementada por José Renato Nalini e Ricardo Dip. Campinas: Millennium Editora, 2000.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1965. v. I.
- MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito: the brazilian lessons**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. O juiz das garantias no projeto de reforma do Código de Processo Penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 17, n. 204, 2009.
- _____. Outra vez sobre o juiz das garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 215, out./2010.
- MICHENER, H. Andrew; DELAMATER, John D.; MYERS, Daniel J. **Psicologia social**. Trad. Eliane Fittipaldi; Suely Sonoe Murai Cuccio. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.
- MILLS, Judson. Changs in moral attitudes following temptation. **Journal of personality**. v. 26, mar., 1958.
- MINNESOTA POLL INSTITUTE *apud* FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975.
- MIRABBETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El juez de garantias vs. el juez de instrucción en el sistema procesal penal acusatorio. **Revista peruana de ciencias penales**. Lima, n. 17, 2005.
- MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado de la prueba en materia criminal: ó esposicion comparada de los principios en materia criminal**. México: Rafael, 1853.
- MONTERO AROCA, Juan. et al. **Derecho jurisdiccional III: proceso penal**. 10ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.
- _____. **Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias?”. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 213, edição especial CPP, ago./2010.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. O processo penal como instrumento da democracia. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, n. 17, jan/mar. 2005.
- MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

- MORIN, Edgar. Complexidade e liberdade. *In*: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya (Org.) **A sociedade em busca de valores**: para fugir à alternative entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Editora Atlas, 1996. v. 1.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MOYA, Miguel. Percepción social y de personas. *In*: FRANCISCO MORALES, J. (coord.). **Psicología social**. Madrid: McGraw-Hill, 1994.
- MOYA, Miguel. Percepción social y de personas. *In*: FRANCISCO MORALES, J; OLZA, Miguel (coord.). **Psicología social y trabajo social**. Madrid: McGraw-Hill, 1999.
- MYERS, David G. **Psicología social**. 4ª ed. Trad. Jorge Alberto Velázquez Arrellano. México: McGraw-Hill, 1995.
- OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional**: O Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- OVEJERO BERNAL, Anastasio. Leon Festinger y la psicologia social experimental: la teoria de la disonancia cognoscitiva 35 años despues. **Revista Psicothema**. Asturias, n. 1, v. 5, 1993.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 3ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2005.
- Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 07 dez 2015).
- PICÓ Y JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso penal: luces y sombra. **Justicia: Revista de derecho procesal**. Ano 2009, nº 1-2. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- PICÓ Y JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997.
- PISAPIA, Gian Domenico. **Il segreto istruttorio nel processo penale**. Milão: Giuffrè, 1960.
- POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição. **Revista Direito e Justiça**, v. 39, n. 1, Porto Alegre, jan./jun. 2013.

- POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. **Revista da Ajuris**, v. 34, n. 108, Porto Alegre, dez. 2007,
- POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição**: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RAMÍRES, Germán Echeverría. Imparcialidad del Tribunal Oral en lo Penal: Tras la conquista de la garantía. **Revista de Derecho**. v. 23, n. 1, Valdivia, jul. 2010.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2011.
- REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. **Revista de Estudos Criminais**. São Paulo, ano 10, n. 43, out./dez., 2011.
- RICOEUR, Paul. **Verdade e história**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- RIVERA SILVA, Manuel. **El procedimiento penal**. 38ª ed. México: Editorial Porrúa, 2009.
- RODRIGUES, Aroldo. **Aplicações da psicologia social**: à escola, à clínica, às organizações, à ação comunitária. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1983.
- RODRIGUES, Aroldo. **Estudos em psicologia social**. Petrópolis: Vozes, 1979.
- RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2ª ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.
- ROSENHAN, D. L. On being sane in insane places. **Science**, v. 179, 1973.
- SÁ, Priscilla Placha. Juiz de Garantias: Breves Considerações sobre o Modelo Proposto no Projeto de Lei do Senado 156/2009. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (Coord.) **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição**: Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SALAMANCA, Andrés Bordalí. El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial em el ordenamiento jurídico chileno. **Revista de Derecho**. v. 33. Valparaíso, segundo semestre de 2009.
- SCHREIBER, Simone. O juiz de garantias no projeto do Código de Processo Penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 213, 2010.
- SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.

- SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O código, as cautelares e o juiz das garantias. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 46, n. 183, jul./set./2009.
- SOUZA, Raquel de. O direito grego antigo. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). Fundamentos de história do direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. México, ano 38, n. 114, set./dez., 2005.
- TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y motivación. *In*: _____; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; CANDAU PÉREZ, Alfonso. **Consideraciones sobre la prueba judicial**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. cap. 2.
- THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- TIMM DE SOUZA, Ricardo. Sobre as origens das filosofias do diálogo: algumas aproximações iniciais. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. p. 43. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2510/2.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2015).
- TURNER, John. C. El campo de la psicología social. *In*: FRANCISCO MORALES, J. (coord.). **Psicología social**. Madrid: McGraw-Hill, 1994.
- VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- WALLEN, Richard. Ego-involvement as a determinant of selective forgetting. **The journal of abnormal and social psychology**. Boston, v. 37, p. 20-39, 1942.
- WALSTER, E. The temporal sequence of post-decision processes. *In*: FESTINGER, L. (org.). **Conflict, Decision and Dissonance**. Stanford: Stanford, 1964.
- WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 24, v. 119, mar./abr. 2016.
- WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. Processo Penal e História – A origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 114. ano 23. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, maio/jun. 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2ª ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: Crises acertos e desacertos**. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995

ZAJONC, R. B. Cognitive theories of social behavior. *In*: LINDZEY, G; ARONSON, E. (orgs.). **The handbook of social psychology**. Menlo-Park: Addison-Wesley, 1968.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.