

Revistas Magister de Direito Penal e Processual Penal/Edições/73 - Ago/Set 2016 - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal/Doutrina/A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a Partir da Teoria da Dissonância Cognitiva /Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter

## **A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a Partir da Teoria da Dissonância Cognitiva**

Aury Lopes Jr.

*Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid; Professor Titular do Programa de Pós-Graduação - Especialização, Mestrado e Doutorado - em Ciências Criminais da PUCRS; Advogado.*

Ruiz Ritter

*Mestrando em Ciências Criminais na PUCRS; Especialista em Ciências Penais pela PUCRS; Advogado; Sócio-Fundador do Escritório Ritter & Linhares Advocacia.*

**RESUMO:** O trabalho analisa a figura do juiz das garantias na perspectiva de inserção no sistema jurídico brasileiro na reforma do Código de Processo Penal. Pretende demonstrar a incompatibilidade entre a figura do juiz prevento e a imparcialidade jurisdicional, a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e também da teoria da dissonância cognitiva, comprovando a imprescindibilidade do juiz das garantias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Juiz das Garantias. Imparcialidade. Reforma do CPP. PL nº 8.045/2010. Teoria da Dissonância Cognitiva.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A Imparcialidade Judicial como Princípio Supremo do Processo Penal. O Problema do Juiz Prevento. 3 Críticas à Prevenção como Critério Definidor da Competência. Imparcialidade Subjetiva e a "Estética" de Imparcialidade. 4 O Contributo da Teoria da Dissonância Cognitiva e do Chamado "Efeito Primazia". 5 Conclusão Lógica: a Indispensabilidade do Juiz das Garantias no Novo CPP. 6 Referências.

### **1 Introdução**

Tradicionalmente, no Brasil, o juiz que participa da investigação preliminar, seja ativamente (juiz-ator-inquisidor), seja mediante invocação, é considerado prevento e, como tal, será aquele que no processo irá decidir. Os prejuízos de se ter um mesmo juiz participando da fase pré-processual e posteriormente do juízo oral, decidindo o caso penal, são evidentes e já foram objeto de inúmeras decisões pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e causa de significativas mudanças legislativas em diversos países europeus (Espanha, Itália, Portugal e Alemanha, entre outros) e também na América Latina, merecendo destaque a profunda e qualificada reforma realizada pelo Chile, onde foi consagrado na sua integralidade o "juiz das garantias".

Página 13. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 73 - Ago-Set/2016

No Brasil, a necessidade é antiga, mas a proposta de solução é nova, estando inserida agora no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal. Infelizmente o "juiz das garantias", projetado para o novo CPP, vem sofrendo ataques de variadas ordens. Da doutrina ao CNJ, as críticas a sua implementação já ecoaram na Câmara dos Deputados (onde atualmente tramita o respectivo Projeto de Lei), resultando na tentativa de seu *abortamento*, desprezando-se os seus benefícios para um processo penal democrático e constitucionalmente orientado e para uma prestação jurisdicional efetiva.

O que estava "definido", portanto (sua implantação), já não apresenta a mesma segurança, sendo necessário *voltar* a falar do novo instituto, a fim de se esclarecer, em definitivo, a sua imprescindibilidade para uma jurisdição penal imparcial (inclusive recorrendo aos estudos da psicologia social, mais especificamente da teoria da dissonância cognitiva e do efeito primazia) e os trágicos prejuízos de sua não efetivação.

É nesse contexto, pois, que se insere o presente texto e eis o seu objetivo.

### **2 A Imparcialidade Judicial como Princípio Supremo do Processo Penal. O Problema do Juiz Prevento**

A imparcialidade do órgão jurisdicional é um "princípio supremo do processo" <sup>1</sup> e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e final julgamento da pretensão acusatória e do caso penal. Sobre a base da imparcialidade funda-se a estrutura dialética de um processo penal constitucional e democrático. Contudo, a complexidade da fenomenologia processual é bastante sensível, de modo que a posição do juiz funda um processo acusatório e democrático ou inquisitório e autoritário. Mexer na posição do juiz pode significar uma mudança completa da estrutura processual. Nas esclarecedoras palavras de Carnelutti <sup>2</sup>, "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". É essa a posição que o juiz deve adotar quando chamado a atuar no inquérito policial: como garante dos direitos fundamentais do sujeito passivo.

Página 14. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 73 - Ago-Set/2016

A atuação do juiz na fase pré-processual (seja ela inquérito policial, investigação pelo MP, etc.) é e deve ser muito limitada. O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito

passivo. O juiz não deve orientar a investigação policial, tampouco presenciar seus atos, mantendo uma postura totalmente suprapartes e alheia à atividade policial. Como regra, o juiz deve agir mediante a invocação, diante de medidas investigatórias submetidas à reserva de jurisdição. Infelizmente o art. 156, I, do CPP cria a possibilidade (substancialmente inconstitucional e incompatível com a imparcialidade, a nosso juízo), de o juiz ordenar, de ofício e na fase pré-processual, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Cumpre sublinhar que é uma ilusão de proteção a parte final do inciso, na medida em que, sendo o ato praticado de ofício, cumprirá ao mesmo juiz que determina a realização aferir necessidade, adequação e proporcionalidade. Ou seja, ele age de ofício e como controlador de si mesmo...

A intervenção do órgão jurisdicional deve ser contingente e excepcional. Isso porque o inquérito policial pode iniciar, desenvolver-se e ser concluído sem a intervenção do juiz, sendo chamado quando a excepcionalidade do ato exigir autorização ou controle jurisdicional ou ainda quando o sujeito passivo estiver sofrendo restrições no seu direito de defesa, à prova, acesso aos autos, etc., por parte do investigador.

Interessa-nos, nesse breve ensaio, destacar dois grandes perigos aos quais está exposto o juiz brasileiro ao atuar na fase pré-processual e posteriormente ser o mesmo que vá - no processo - julgar:

- postura inquisitória, ou seja, agindo de ofício na coleta da prova, como formalmente permite o art. 156, I, do CPP;

- ou ainda, mesmo que não tenha uma postura inquisitória (juiz ator), o fato de autorizar a busca e apreensão, a interceptação telefônica, uma prisão cautelar, enfim, qualquer medida restritiva de direitos fundamentais, conduz a inequívocos "prejulgamentos" (ou pré-juízos) que geram imensos prejuízos cognitivos para o exercício posterior da jurisdição "no processo".

Portanto, tendo o juiz uma postura ativa, inquisitória, ou mesmo passiva (decidindo mediante invocação), o risco de prejulgamentos e contaminações que fulminam a sua imparcialidade exigem que o Brasil adote a figura do juiz de garantias - para atuar na fase pré-processual - que não possa julgar. Além disso, é preciso acabar com a prevenção como causa de fixação da competência e convertê-la em causa de exclusão da competência, como veremos a seguir.

Página 15. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 73 - Ago-Set/2016

### 3 Críticas à Prevenção como Critério Definidor da Competência. Imparcialidade Subjetiva e a "Estética" de Imparcialidade [3](#)

Como vimos, cabe ao juiz decidir sobre aqueles incidentes do inquérito policial que necessitam de prévia autorização judicial ou ainda como órgão de controle da legalidade desses atos. Quando dois ou mais juízes forem igualmente competentes em razão da matéria, pessoa e lugar utilizaremos a prevenção como critério definidor. O juiz que eventualmente foi chamado a atuar como garantidor no inquérito policial, proferindo uma decisão interlocutória, será o prevento e caberá a ele receber a ação penal e presidir o processo.

Como argumento favorável ao critério da prevenção como causa definidora da competência, aduz-se que melhor julga aquele juiz que já teve um contato prévio com a causa, que já conhece a situação e os atos praticados, que dispôs com antecipação. Mas a prevenção possui diversos inconvenientes, que nos levam a sustentar que o juiz prevento não pode ser o mesmo que, ao final, vá julgar o caso penal. Deve ser uma causa de exclusão de competência, pois fulmina a principal garantia das partes no processo penal: o direito a um juiz imparcial.

Como ensina Oliva Santos [4](#), a prevenção (como causa de exclusão) deriva mais da natureza das decisões que o juiz adota (como nas medidas cautelares) do que propriamente dos atos de reunir material ou estar em contato com as fontes de prova. Na síntese do autor, o juiz que não conhece a investigação determinará sistematicamente o que o promotor propuser ou examinará os autos para decidir segundo seu próprio critério. Neste último caso, converter-se-ia em juiz prevento, inapto para o processo e a sentença. No primeiro caso, não é necessário dizer que a reprovação é patente.

No mesmo sentido, decidi diversas vezes o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), especialmente nos casos *Piersack*, de 01.10.82, e *De Cubber*, de 26.10.84. Para o TEDH, a atuação do juiz instrutor no Tribunal sentenciador supõe uma violação do direito do juiz imparcial consagrado no art. 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950. Segundo o TEDH, a contaminação resultante da parcialidade pode ser fruto da falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva. Desde o caso *Piersack*, de 1982, entende-se que a subjetiva alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de prejulgamentos. A objetiva diz respeito a se tal juiz encontra-se em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua parcialidade (é a estética de imparcialidade). Em ambos os casos, a parcialidade é a desconfiança e a incerteza da comunidade nas suas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido, é importante que o magistrado se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial. É preciso que esteja colocado no processo - simbolicamente e aos olhos do jurisdicionado - como um terceiro afastado, estranho aos interesses (punitivo e defensivo) em jogo.

Página 16. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 73 - Ago-Set/2016

O Tribunal Constitucional espanhol reconheceu, na decisão STC 162/99, de 27 de setembro, que em uma sociedade democrática os Tribunais devem inspirar confiança em seus cidadãos [5](#). Esse foi o argumento utilizado nas decisões do TEDH: casos *Piersack contra Bélgica*, de 1º de outubro de 1982, *De Cubber contra Bélgica*, de 26 de outubro de 1984, e *Perote Pellón contra Espanha*, de 25 de julho de 2002. Um segundo critério das decisões do Tribunal Constitucional espanhol encontra respaldo na aparência de imparcialidade. Essa preocupação com as aparências surge no caso *Del Court contra Bélgica*, de 17 de janeiro de 1970, no qual o TEDH, apesar de não reconhecer violação ao art. 6.1 do CEDH, leva pela primeira vez em conta a aparência nas atividades de um Tribunal. Mais recentemente o TEDH decidiu, no caso *Salov contra Ucrânia*, de 6 de setembro de 2005, que as aparências são importantes e que se deve do ponto de vista objetivo levar em consideração a possível existência de fatos que possam comprometer a imparcialidade do juiz.

No caso *Pescador Valero contra Espanha*, julgado em 2003, o TEDH asseverou que para se definir a violação da imparcialidade do magistrado, que deve estar baseada em dados objetivos, evidentemente, o acusado desenvolve papel decisivo, embora não esteja circunscrito o Tribunal ao exame de suas impressões pessoais. O elemento decisivo é a verificação das hipóteses lançadas pelo acusado como objetivamente constatadas nos autos. Essa é a lição básica dos casos *Hauschildt contra Dinamarca*, julgado em 1989, *Ferrarteli y Santangelo contra Itália*, de 1996, e *Wettstein contra Suíça*, de 2000.

Portanto, para assegurar a imparcialidade objetiva - estética de imparcialidade - é preciso que o juiz esteja objetivamente afastado, ou seja, que não pratique "atos de parte", que não determine medidas restritivas de direitos fundamentais de ofício. É um dado objetivo e facilmente

aferível, sendo, portanto, mais eficiente do que se discutir a imparcialidade subjetiva. É neste ponto que se situa o problema mais comum do processo penal brasileiro, no qual o juiz, ainda que não atue como instrutor, inegavelmente tem comprometida sua imparcialidade objetiva, entendida como aquela que deriva não da relação do juiz com as partes, mas, sim, de sua relação com o objeto do processo.

Página 17. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 73 - Ago-Set/2016

Como aponta Oliva Santos [6](#), essas ideias preconcebidas até podem ser corretas - fruto de uma especial perspicácia e melhores qualidades intelectuais -, mas inclusive nesse caso não seria conveniente iniciar o processo penal com tal comprometimento subjetivo.

Em síntese, partindo das decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a maior parte dos países europeus passou a considerar a prevenção como geradora de uma presunção absoluta de parcialidade. Isto é, o juiz preventivo tem sua imparcialidade comprometida e não pode participar do julgamento. Em definitivo, a prevenção é uma causa de exclusão [7](#) da competência. O juiz instrutor é preventivo e, como tal, não pode julgar. Reforçando essa argumentação jurídica, é preciso conhecer o que nos ensina a psicologia social sobre a teoria da dissonância cognitiva e o efeito primazia, como veremos a seguir.

#### 4 O Contributo da Teoria da Dissonância Cognitiva e do Chamado "Efeito Primazia"

A teoria da dissonância cognitiva tornou-se conhecida em 1957, por meio da obra *A Theory of Cognitive Dissonance*, de Leon Festinger [8](#), e se trata, essencialmente, de um estudo acerca da cognição e do comportamento humano [9](#).

Página 18. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 73 - Ago-Set/2016

Fundamentada na premissa de que o indivíduo tende sempre a buscar um *estado de coerência* (consonância) entre seus conhecimentos (opiniões, crenças e atitudes), desenvolve-se 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 (dissonância)* 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), identifica e apresenta reflexos cognitivo-comportamentais decorrentes desse contexto *antagônico e inquietante* [10](#).

Deve-se avaliar 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 [11](#). Assim, admitindo-se que o indivíduo tenta sempre estabelecer uma *harmonia* interna entre suas opiniões, ações, crenças, 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, ambos responsáveis pelo desencadeamento, no indivíduo, de comportamentos involuntários direcionados à recuperação desse "*status*" de *congruência plena* que tanto é favorável.

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* (que imprevisível), 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. Ademais, ainda que nada de *novo ou imprevisto* ocorra, pouquíssimas coisas são totalmente pretas ou totalmente brancas, totalmente boas ou totalmente ruins, para que se possa nitidamente chegar a um juízo definitivo, sem ter de enfrentar algum tipo de contradição [12](#). Por isso, "desgraciadamente, la disonancia cognitiva es una experiencia muy comun" [13](#).

Página 19. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 73 - Ago-Set/2016

Em sendo assim, sem se adentrar nos processos involuntários que se desencadeiam a partir daí (em busca da retomada da consonância cognitiva), os quais não se aprofundará (dado o limite do presente), o que particularmente interessa ao debate sobre o juiz das garantias e que corrobora a ideia de que a *dissonância cognitiva* é um fenômeno muito mais comum do que possa aparentar, são os *dois* contextos em que a *mesma* se manifesta *inevitavelmente*, que se traduzem na *tomada de decisões* (o que se denominou dissonância pós-decisória), e no *contato com informações sobre alguém que coloque 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*).

Resumidamente, no que diz respeito à *tomada de decisão* como causa inevitável de dissonância, isso ocorre porque "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" [14](#). Muito mais do que "apenas fazer uma escolha", decidir 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, em prol da decisão tomada. Na mesma linha vêm os estudos sobre o "efeito primazia", que revela que as informações posteriores a respeito de um indivíduo, são, em geral, consideradas no contexto da informação inicial recebida [15](#), *sendo esta, então, a responsável pelo direcionamento da cognição formada a respeito da respectiva pessoa e pelo comportamento que se tem para com ela*.

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 em relação às cognições posteriores a ela. Aí está o perigo de se rotular as pessoas com base em conhecimento superficial delas. Uma vez feito isso, a tendência será a de procurar elementos coerentes com a categorização feita e rechaçar os que a ela se opõem [16](#).

Página 20. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 73 - Ago-Set/2016

As causas para esse fenômeno são atribuídas tanto à necessidade de se manter a coerência entre as informações recebidas [17](#) (tese central da teoria da dissonância cognitiva) 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 [18](#). 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 informação para se reduzir ao mínimo ou se eliminar essa incoerência e manter a percepção da pessoa congruente [19](#).

Note-se, portanto, que ambas as situações relacionam-se à atuação do julgador na fase preliminar, fundamentando-se em definitivo a necessidade de implantação do juiz das garantias, sob pena de não haver sequer condições para o exercício de uma jurisdição imparcial.

Afinal, sabendo-se que a tomada de uma decisão na fase de investigação preliminar (uma conversão de prisão em flagrante em preventiva, por exemplo), pode vincular cognitivo-comportamentalmente seu responsável (magistrado) por prazo indeterminado, bem como que a primeira informação (primeira impressão) recebida pelo juiz sobre o fato, com base na qual deverá admitir ou não a abertura de um processo (ato de recebimento/rejeição da denúncia), é produto dessa investigação policial, produzida de forma unilateral; existe a possibilidade da autoridade judiciária que participou dessa primeira fase manter-se imparcial no futuro desenrolar processual? Ou é inviável falar em imparcialidade judicial nesse contexto de tomada de decisão e fixação de uma primeira impressão negativa em relação a uma pessoa, considerando-se que se estará vinculado a essa decisão e impressão fixada, e conseqüentemente que haverá uma forte resistência (negação antecipada) à absorção de conhecimentos posteriores que as coloquem em xeque (investigação preliminar vs. processo)?

Página 21. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 73 - Ago-Set/2016

No processo penal, é importante analisar o trabalho de Bernd Schünemann [20](#) que bem demonstra o grave problema existente no fato de o mesmo juiz receber a acusação, realizar a audiência de instrução e julgamento e posteriormente decidir sobre o caso penal. Existe não apenas uma "cumulação de papéis", mas um "conflito de papéis", não admitido como regra pelos juízes, que se ancoram na "formação profissional comprometida com a objetividade". Tal argumento nos remete a uma ingênua crença na "neutralidade" e supervalorização de uma (impossível) objetividade na relação sujeito-objeto, já tão desvelada pela superação do paradigma cartesiano (ainda não completamente compreendido). Ademais, desconsidera a influência do inconsciente, que cruza e permeia toda a linguagem e a dita "razão".

O autor traz a teoria da dissonância cognitiva para o campo do processo penal, aplicando-a diretamente sobre o juiz e sua atuação até a formação da decisão, na medida em que precisa lidar com duas "opiniões" antagônicas, incompatíveis (teses de acusação e defesa), bem como com a "sua opinião" sobre o caso penal, que sempre encontrará antagonismo diante de uma das outras duas (acusação ou defesa). Mais do que isso, considerando que o juiz constrói uma imagem mental dos fatos a partir dos autos do inquérito e da denúncia, para recebê-la, é inafastável o prejulgamento (agravado quando ele decide anteriormente sobre prisão preventiva, medidas cautelares, etc.). É de se supor - afirma Schünemann - que "tendencialmente o juiz a ela se apegará (a imagem já construída) de modo que ele tentará confirmá-la na audiência (instrução), isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes".

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 as informações fornecidas pelo inquérito ou a denúncia, tanto que ele as acolhe 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.

Página 22. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 73 - Ago-Set/2016

A partir disso, Schünemann desenvolve uma interessante pesquisa de campo que acaba confirmando várias hipóteses, entre elas a já sabida - ainda que empiricamente - por todos: quanto maior for o nível de conhecimento/envolvimento do juiz com a investigação preliminar e o próprio recebimento da acusação, menor é o interesse dele pelas perguntas que a defesa faz para a testemunha e (muito) mais provável é a frequência com que ele condenará. Toda pessoa procura um equilíbrio do seu sistema cognitivo, uma relação não contraditória. A tese da defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz à (molesta) dissonância cognitiva. Como consequência existe o efeito inércia ou perseverança, de autoconfirmação das hipóteses, por meio da busca seletiva de informações.

Demonstra Schünemann que - em grande parte dos casos analisados - o juiz, ao receber a denúncia e posteriormente instruir o feito, passa a ocupar - de fato - a posição de parte contrária diante do acusado que nega os fatos e, por isso, está impedido de realizar uma avaliação imparcial, processar as informações de forma adequada. Grande parte desse problema vem do fato de o juiz ler e estudar os autos da investigação preliminar (inquérito policial) para decidir se recebe ou não a denúncia, para decidir se decreta ou não a prisão preventiva, formando uma imagem mental dos fatos para, depois, passar à "busca por confirmação" dessas hipóteses na instrução. O quadro agrava-se se permitirmos que o juiz, de ofício, vá em busca dessa prova sequer produzida pelo acusador. Enfim, o risco de prejulgamento é real e tão expressivo que a tendência é separar o juiz que recebe a denúncia (que atua na fase pré-processual) daquele que vai instruir e julgar ao final.

Conforme as pesquisas empíricas do autor, "os juízes dotados de conhecimentos dos autos (a investigação) não apreenderam e não armazenaram corretamente o conteúdo defensivo" presente na instrução, porque eles só apreendiam e armazenavam as informações incriminadoras que confirmavam o que estava na investigação. "O juiz tendencialmente apegar-se à imagem do ato que lhe foi transmitida pelos autos da investigação preliminar; informações dissonantes desta imagem inicial são não apenas menosprezadas, como diria a teoria da dissonância, mas frequentemente sequer percebidas". O quadro mental é agravado pelo chamado "efeito aliança", no qual o juiz tendencialmente se orienta pela avaliação realizada pelo promotor. O juiz "vê não no advogado criminalista, mas apenas no promotor, a pessoa relevante que lhe serve de padrão de orientação". Inclusive, aponta a pesquisa, o "efeito atenção" diminui drasticamente tão logo o juiz termine sua inquirição e a defesa inicie suas perguntas, a ponto de serem completamente desprezadas na sentença as respostas dadas pelas testemunhas às perguntas do advogado de defesa.

Página 23. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 73 - Ago-Set/2016

Tudo isso acaba por constituir um "caldo cultural" onde o princípio do *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 acusação. Entre as conclusões encontra-se a impactante constatação de que o juiz é "um terceiro inconscientemente manipulado pelos autos da investigação preliminar".

Em suma:

- a) é uma ameaça real e grave para a imparcialidade a atuação de ofício do juiz, especialmente em relação à gestão e iniciativa da prova (ativismo probatório do juiz) e à decretação (de ofício) de medidas restritivas de direitos fundamentais (prisões cautelares, busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico, etc.), tanto na fase pré-processual como na processual (referente à imparcialidade, nenhuma diferença existe com relação a qual momento ocorra);
- b) é uma ameaça real e grave para a imparcialidade o fato de o mesmo juiz receber a acusação e depois instruir e julgar o feito;
- c) precisamos da figura do "juiz da investigação" (ou juiz das garantias, como preferiu o Projeto do CPP), que não se confunde com o "juizado de instrução", sendo responsável pelas decisões acerca de medidas restritivas de direitos fundamentais requeridas pelo investigador (polícia ou MP) e que ao final recebe ou rejeita a denúncia;
- d) é imprescindível a exclusão física dos autos do inquérito, permanecendo apenas as provas cautelares ou técnicas irrepetíveis, para evitar a contaminação e o efeito perseverança.

Considerando a complexidade do processo e de termos - obviamente - "um juiz-no-mundo", deve-se buscar medidas de redução de danos, que diminuam a permeabilidade inquisitória e os riscos para a imparcialidade e a estrutura acusatória constitucionalmente demarcada.

### 5 Conclusão Lógica: a Indispensabilidade do Juiz das Garantias no Novo CPP

Como visto, seja na perspectiva do direito processual, seja no âmbito da psicologia social, há algo de inquestionável na discussão sobre a figura do juiz de garantias: sua imprescindibilidade para ter-se uma jurisdição imparcial. 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 imparcial.

É preciso que seja aprovada a redação do art. 16 do Projeto ("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") para que a prevenção seja uma casa de impedimento de sua atuação no processo. Quanto ao problema das comarcas "com um único juiz", a regra de transição do art. 748 do Projeto é uma boa solução, mas precisa ser condicionada no tempo (na redação originária havia a previsão de três anos, duplicável em caso de necessidade) para ter efetividade. Os argumentos de insuficiência estrutural também são frágeis, pois existem formas de contornar-se o problema. Há diversas sugestões para a implantação do novo instituto sem maiores investimentos, como a *regionalização* do juiz das garantias (de modo que um único juiz das garantias atenda a um grupo de comarcas próximas); a implantação do inquérito *online* ou pelo sistema de processo eletrônico; a distribuição cruzada quando houver um juiz criminal e um cível; sua *concretização progressiva* [21](#), 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). Enfim, soluções existem, basta um mínimo de vontade para levá-las adiante.

Página 24. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 73 - Ago-Set/2016

O que não se pode mais é tolerar como "normal" o "anormal" funcionamento do sistema de administração de justiça [22](#).

TITULO: La indispensabilidad del juez de garantías para una jurisdicción penal imparcial: reflexiones a partir de la teoría de la disonancia cognitiva.

RESUMEN: El artículo analiza la figura del juez de garantías en la perspectiva de integración en el sistema legal brasileño en la reforma del Código de Proceso Penal. Su objetivo es demostrar la incompatibilidad entre la figura del juez prevenido con la imparcialidad judicial, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la teoría de la disonancia cognitiva, lo que comprueba la imprescindibilidad del juez de garantías.

PALABRAS CLAVE: Juez de Garantías. Imparcialidad. Reforma Procesal. Teoría de la Disonancia Cognitiva.

### 6 Referências

ARAGONESES ALONSO, Pedro. Proceso y derecho procesal. Madrid: Aguilar, 1960.

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

Página 25. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 73 - Ago-Set/2016

ASCH, Solomon E. *Psicología social*. 4. ed. Trad. Dante Moreira Leite; Miriam Moreira Leite. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.

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

BROWN, Roger. *Psicología social*. Trad. Francisco González Aramburu; Jesús Morales. México: Siglo XXI Editores, 1972.

CARNELUTTI, Francesco. Derecho procesal civil y penal. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. Colección Clásicos del Derecho. México: Pedagógica Iberoamericana, 1994.

- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. El derecho fundamental ao juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional español. Anuario de Derecho Constitucional. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.
- DEUTSCH, Morton; KRAUSS, Robert M. *Teorías en psicología social*. Trad. Silvia Zeigner. Barcelona: Paidós, 1980.
- 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.
- FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.
- 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, Jonathan L.; CARLSMITH, J. Merril; SEARS, David O. *Psicología social*. 3. ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1977.
- GOLDSTEIN, Jeffrey H. *Psicología social*. Trad. José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Guanabara Dois, 1983.
- HASTORF, Albert; SCHNEIDER, David J.; POLEFKA, Judith. *Percepção de pessoa*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Edgard Blücher e Universidade de São Paulo, 1973.
- KELLEY, Harold H. The warm-cold variable in the first impressions of persons. *Journal of Personality*, 18, p. 431-439, 1950.
- LINDGREN, Henry Clay. *Introducción a la psicología social*. 2. ed. Trad. Nuria Parés; María Inés de Salas. México: Trillas, 1978.
- 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. 7-8, ago. 2010.
- \_\_\_\_\_. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- \_\_\_\_\_; GLOECKNER, Ricardo. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MANN, Leon. *Elementos de psicología social*. 1. ed. 2. reimp. Trad. Marcelino Llanos Braña. México: Limusa, 1975.
- MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MICHENER, H. Andrew; DELAMATER, John D.; MYERS, Daniel J. *Psicología social*. Trad. Eliane Fittipaldi; Suely Sonoe Murai Cuccio. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.
- MYERS, David G. *Psicología social*. 4. ed. Trad. Jorge Alberto Velázquez Arrellano. México: McGraw-Hill, 1995.
- OLIVA SANTOS, Andrés. Jueces imparciales, fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal.
- RODRIGUES, Aroldo. *Aplicações da psicología social: à escola, à clínica, às organizações, à ação comunitária*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1983.
- \_\_\_\_\_; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. *Psicología social*. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.