

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

HEBERT SOARES LEITE

**A COGNIÇÃO JUDICIAL IMPARCIAL E OS EFEITOS DOS VIESES COGNITIVOS
NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO**

BELO HORIZONTE

2020

HEBERT SOARES LEITE

**A COGNIÇÃO JUDICIAL IMPARCIAL E OS EFEITOS DOS VIESES COGNITIVOS
NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais pelo aluno Hebert Soares Leite como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Felipe Martins Pinto

BELO HORIZONTE

2020

L533c Leite, Hebert Soares
A cognição judicial imparcial e os efeitos dos vieses cognitivos no processo penal democrático / Herbert Soares Leite. — 2020.

Orientador: Felipe Martins Pinto.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Processo penal – Teses 2. Psicologia cognitiva – Teses 3. Juízes
4. Processo decisório – Teses I. Título

CDU(1976) 343.1



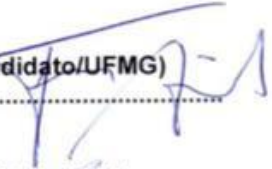
FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. HEBERT SOARES LEITE

Aos dezessete dias do mês de fevereiro de 2020, às 09h00, na Sala da Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Cristian kiefer da Silva (Centro Universitário UNA) e Prof. Dr. Fernando Gonzaga Jayme (UFMG), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Dissertação de Mestrado do **Bel. HEBERT SOARES LEITE**, matrícula nº **2018701228**, intitulada: "**A COGNIÇÃO JUDICIAL IMPARCIAL E OS EFEITOS DOS VIESES COGNITIVOS NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO**". Os trabalhos foram iniciados pelo Presidente da mesa e orientador do candidato, Prof. Dr. Felipe Martins Pinto, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Cristian kiefer da Silva, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Cristian kiefer da Silva, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Fernando Gonzaga Jayme e Felipe Martins Pinto. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato, em cartão individual, depositando-o em envelope próprio. Recolhidos os envelopes, procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado:

Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (orientador do candidato/UFMG)

Conceito: *aprovado 100,00* 

Prof. Dr. Cristian kiefer da Silva (Centro Universitário UNA)

Conceito: *aprovado 300* 

Prof. Dr. Fernando Gonzaga Jayme (UFMG)

Conceito: *APROVADO 100 (CRM)* 

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Centro - Belo Horizonte - MG - Brasil - 30130-180
Fone: (31) 3409.8635 - E-mail: info_pos@direito.ufmg.br - https://pos.direito.ufmg.br

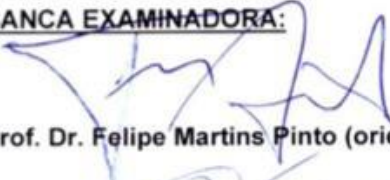


FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

A Banca Examinadora considerou o candidato *APROVADO* com nota *1,00*. Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Felipe Martins Pinto, Presidente da Mesa e Orientador do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

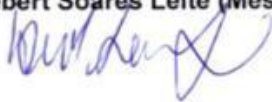
BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (orientador do candidato/UFMG)


Prof. Dr. Cristian Kiefer da Silva (Centro Universitário UNA)


Prof. Dr. Fernando Gonzaga Jayme (UFMG)

- **CIENTE:** Hebert Soares Leite (Mestrando)



HEBERT SOARES LEITE

**A COGNIÇÃO JUDICIAL IMPARCIAL E OS EFEITOS DOS VIESES COGNITIVOS
NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais pelo aluno Hebert Soares Leite como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Felipe Martins Pinto

Belo Horizonte, fevereiro de 2020.

Componentes da banca examinadora:

Professor Doutor Felipe Martins Pinto (orientador)

Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme

Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

Professor Doutor Cristian Kiefer da Silva

Centro Universitário UNA

À minha filha Maria e seus cachinhos dourados.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Felipe Martins Pinto, orientador e mestre, pela inestimável orientação, pelo tempo despendido, por acreditar em mim.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em especial, Dr. Fernando Gonzaga Jayme, Dra. Mônica Sette Lopes, Dra. Miracy Barbosa de Souza Gustin, Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta e Dra. Adriana Goulart de Sena Orsini.

Aos meus colegas de docência.

Aos meus alunos, razão maior de querer estudar mais e mais a cada dia.

À Professora Debora Fioratto, pelas constantes discussões acerca do Processo Penal.

À Defensoria Pública do Estado de Minas Gerias, instituição essencial à função jurisdicional, que possibilitou, por meio da prática cotidiana, o surgimento de reflexões teóricas e práticas que resultaram na presente pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo compreender o princípio da imparcialidade no Direito Processual Penal Brasileiro, a partir dos estudos da psicologia comportamental cognitiva, mais precisamente da teoria da dissonância cognitiva, dos vieses cognitivos e da forma dual do pensamento: rápido e devagar. Por conseguinte, o tema foi desenvolvido em seis capítulos. Inicialmente, restou traçado um panorama acerca do Modelo Constitucional de Processo Penal Democrático, por meio da revisitação das características dos sistemas acusatório clássico, inquisitorial, misto e democrático. Posteriormente, analisou-se a imparcialidade no âmbito dos sistemas processuais penais como nota essencial de um processo democrático, sua devida conceituação, dimensão e importância para o Estado de Direito, bem como a falácia do conceito de neutralidade judicial. Nos capítulos terceiro e quarto, como objeto central da pesquisa, aprofundou-se no estudo da psicologia comportamental cognitiva, dos sistemas S1 - automático - e S2 - deliberativo, da teoria da dissonância cognitiva, das heurísticas e vieses. No quinto capítulo, visando a demonstrar e comprovar a influência da teoria da dissonância cognitiva e dos vieses cognitivos nas decisões judiciais, apresentaram-se os resultados das pesquisas desenvolvidas por Schünemman e Gloeckner. Por fim, analisaram-se as propostas de *debiasing* trazidas pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

Palavras-chave: Processo Penal. Imparcialidade. Psicologia Comportamental Cognitiva. Teoria da Dissonância Cognitiva. Vieses Cognitivos.

ABSTRACT

This paper aims to understand the principle of impartiality in Brazilian Criminal Procedural Law, based on the studies of cognitive behavioral psychology, more precisely the theory of cognitive dissonance, cognitive biases and the dual-system theory: fast and slow. Therefore, the theme was developed in six chapters. Initially, an overview of the Constitutional Model of the Democratic Criminal Procedure was outlined, by revisiting the characteristics of the classic, inquisitorial, mixed and democratic accusatory systems of justice. Subsequently, impartiality in the context of criminal procedural systems was analyzed as an essential support of a democratic process, its due conceptualization, dimension and importance for the Rule of Law, as well as the fallacy of the concept of judicial neutrality. In third and fourth chapters, as the main object of the research, it went deeper into the study of cognitive behavioral psychology, the systems S1 - automatic - and S2 – deliberative, the theory of cognitive dissonance, heuristics and biases. In the fifth chapter, in order to demonstrate and to prove the influence of cognitive dissonances and cognitive biases in judicial decision-making, the results of the researches developed by Schünemman and Gloeckner are presented. Finally, the proposals for *debiasing* brought by Legislation 13.964/2019 is analyzed.

Keywords: Criminal Procedure. Impartiality. Cognitive Behavioral Psychology. Cognitive Dissonance Theory. Cognitive biases.

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
S1 – Sistema 1
S2 – Sistema 2
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos
Vs. – Versus

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. POR UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: PARA ALÉM DA DICOTOMIA ENTRE O MODELO INQUISITIVO E O MODELO ACUSATÓRIO.....	16
1.1 O sistema acusatório clássico.....	18
1.2 O sistema inquisitivo.....	20
1.3 O sistema misto.....	24
1.4 O sistema constitucional: a democraticidade como princípio identificador do sistema.....	27
2. A IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO.....	34
2.1 O falacioso dogma da neutralidade judicial.....	34
2.2 A imparcialidade no ordenamento jurídico brasileiro.....	37
2.3 O conceito de imparcialidade no contexto do modelo constitucional de processo.....	41
2.4 A imparcialidade subjetiva e a imparcialidade objetiva.....	45
3. A PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL COGNITIVA, AS DUAS FORMAS DE PENSAR E A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA.....	51
3.1 A psicologia.....	51
3.2 A psicologia cognitiva.....	52
3.3 As duas formas de pensar, a resolução de problemas e a tomada de decisões.....	54
3.4 A teoria da dissonância cognitiva.....	60
3.4.1 A busca natural por um estado de consonância cognitiva.....	63
4. HEURÍSTICAS, VIESES E EFEITOS COGNITIVOS.....	69
4.1 A heurística da disponibilidade.....	71
4.2 A heurística da representatividade.....	73
4.3 A heurística da perseverança da crença ou viés da confirmação (<i>confirmation bias</i>)	74
4.4 O viés da ancoragem, referência ou ajustamento.....	78

4.5 O efeito primazia, <i>priming</i> ou halo e a busca seletiva de informações: a primeira impressão é a que fica.....	82
5. A COMPROVAÇÃO DA INFLUÊNCIA DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA E DOS VIESES COGNITIVOS NAS DECISÕES JUDICIAIS.....	89
5.1 A pesquisa de Ricardo Jacobsen Gloeckner.....	89
5.2 A pesquisa de Bernd Schünemann.....	91
6. AS HIPÓTESES DE <i>DEBIASING</i> TRAZIDAS PELA LEI N°. 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019.....	95
6.1 A impossibilidade de produção de provas <i>ex officio</i> pelo julgador.....	96
6.2 O juiz das garantias.....	99
6.3 A necessária exclusão dos autos da investigação dos autos do processo judicial.....	102
CONCLUSÃO.....	104
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	108

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo realizar uma construção dos estudos da psicologia comportamental cognitiva com vistas a demonstrar os impactos da forma dual de pensamento, dos vieses cognitivos, das heurísticas e da dissonância cognitiva na imparcialidade do julgador.

Assim, a psicologia cognitiva é a ciência da mente humana e sua interrelação com o meio ambiente. Estuda aspectos ligados à percepção, atenção, memória, linguagem, conhecimento, pensamento, resolução de problemas e tomada de decisões.

O pensamento reflete a maneira do ser humano processar informações, resolver problemas e tomar decisões. Existem duas formas de pensar: uma rápida e outra devagar. Uma intuitiva e outra lógica (KAHNEMAN, 2012, p. 22).

Ambas são formas de funcionamento da mente humana, da maneira como as pessoas pensam e posteriormente tomam decisões. O Sistema 1 (S1) consiste em uma forma mais direta, automática, intuitiva, de pensamento. O Sistema 2 (S2) representa, contudo, uma atividade cognitiva mais reflexiva, silogística, demorada, racional (KAHNEMAN, 2012, p. 22).

A interação entre os sistemas reflete o próprio funcionamento do pensamento humano. O S2 faz escolhas com base em informações fornecidas pelo S1, com base nos automatismos do S1, nos vieses cognitivos. Assim, o S2 atua como articulador do raciocínio em face das informações passadas pelo S1.

O grave problema da interação entre os sistemas é que o S2 muitas vezes aceita sugestões equivocadas do S1, automatismos mentais errados, o que acarreta em decisões também equivocadas.

O S1 cria automatismos que facilitam o conforto cognitivo. Contudo, tais automatismos, muitas vezes, criam ilusões de veracidade, ilusões de verdade. As ilusões são endossadas pelo S2 criando soluções equivocadas para problemas complexos.

Impossível, assim, não se pensar no problema do julgamento judicial. Decisões eivadas de profunda racionalidade que direcionam, informam e conformam a vida das pessoas envolvidas. O juiz, como ser humano que é, raciocina e racionaliza por meio dos sistemas S1 e S2, o que pode acarretar decisões equivocadas, enviesadas cognitivamente, parciais.

Com base no embasamento teórico citado, considerando que a imparcialidade do juiz é princípio supremo do processo (ARAGONESES ALONSO, 1997, p. 127), considerando que não existe jurisdição sem a existência de um juiz imparcial (GRINOVER, 1983, p. 11), a

presente pesquisa questiona a influência dos vieses cognitivos nas decisões judiciais e o seu impacto na imparcialidade do juiz.

Mais precisamente, após recortes metodológicos com vistas a melhor definir o tema-problema, a hipótese e o objeto de estudo, chega-se ao seguinte questionamento: o modelo processual penal brasileiro coíbe que heurísticas, ilusões cognitivas e vieses cognitivos próprios do S1 maculem a imparcialidade subjetiva do julgador?

A hipótese que se levanta é que não, uma vez que o Código de Processo Penal de 1941 possui matriz essencialmente inquisitorial ou (neo)inquisitorial, trazendo em seu bojo dispositivos que precisam ser repensados para se garantir a imparcialidade subjetiva do julgador, evitando o enviesamento psíquico-cognitivo do juiz.

Em termos de aporte metodológico, adota-se a linha crítico-metodológica uma vez que se propõe repensar a ciência do direito, seus fundamentos e objetos. Busca-se a compreensão do objeto pesquisado por meio dos métodos histórico, primeiro capítulo, jurídico-dogmático e jurídico-doutrinário, demais capítulos. Nestes termos, trabalha-se com investigação histórica, elementos internos ao ordenamento jurídico e com pesquisa doutrinária, respectivamente (GUSTIN, 2006, p. 21). No quinto capítulo, contudo, fez-se a opção jurídico-sociológica, uma vez que se propõe compreender o fenômeno jurídico em um ambiente social, antropológico e psicológico mais amplo (GUSTIN, 2006, p. 22).

A abordagem utiliza essencialmente material bibliográfico e documental. Por conseguinte, o trabalho se deu por meio de ampla pesquisa em livros, artigos e pesquisas científicas, nacionais e estrangeiras. Da mesma forma, em termos de documentação, fez-se análise legislativa, decisões jurisprudenciais, nacionais e estrangeiras.

A interdisciplinaridade circunda as balizas do estudo. Muito embora a presente pesquisa esteja situada na área do direito processual penal, os estudos da psicologia comportamental cognitiva são essenciais para se compreender a tomada de decisões. As formas de se resolver problemas está no direito, na psicologia e na própria vida em sociedade. Por isso, a transdisciplinaridade do tema. Não é possível pensar em imparcialidade, sem entender psicologia cognitiva.

Explicada a metodologia adotada, o capítulo primeiro será destinado a construir um modelo constitucional de processo, tendo a democraticidade como princípio unificador do sistema. Para isso, contudo, essencial perpassar aspectos do modelo acusatório clássico, inquisitório e misto ou (neo)inquisitorial, com vistas a se entender a experiência autoritária em que se fundou o processo penal brasileiro.

Posteriormente, com cariz estritamente jurídico-dogmático e jurídico-doutrinário, será explicado o conceito de imparcialidade para a pesquisa. Parte-se do conceito de processo desenvolvido por Elio Fazzalari para a compreensão da imparcialidade. O processo penal é uma sucessão de atos realizados em contraditório, com ampla participação das partes, sendo a simétrica paridade de armas daqueles que serão afetados pelo provimento final núcleo central do modelo constitucional em permanente construção (GONÇALVES, 2001). Contudo, não existe processo, não existe jurisdição sem imparcialidade. Considera-se, assim, que o principal princípio processual constitucional, corolário da cláusula do devido processo legal, é a imparcialidade do juiz, uma vez que não existe devido processo sem um terceiro imparcial a julgar os casos. Após, rechaçando a ideia da imparcialidade como neutralidade judicial, delimita-se o conceito de imparcialidade no modelo constitucional de processo. Aprofunda-se, por conseguinte, na teoria da aparência adotada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em termos de imparcialidade objetiva. Conceitua-se ainda a imparcialidade subjetiva ou anímica, construindo o arcabouço teórico para se adentrar na possibilidade de contaminação inconsciente do julgador no momento decisório.

Nos terceiro e quarto capítulos, relacionam-se os principais estudos desenvolvidos pela psicologia comportamental cognitiva e que devem ser apropriados para a compreensão do processo de cognição e tomada de decisões: as duas formas de pensar, a teoria da dissonância cognitiva e os vieses cognitivos.

No quinto capítulo, exploram-se os resultados das pesquisas desenvolvidas por Schünemman e Gloecker os quais desvelam os processos cognitivos-comportamentais do ser humano, entre eles, os juízes, com vistas a se demonstrar a contaminação inconsciente do julgador e, por conseguinte, a possível quebra de imparcialidade, por meio dos vieses e efeitos cognitivos e das heurísticas.

Por fim, elencam-se as hipóteses de *debiasing* trazidas pela lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

Assim, por meio de pesquisas empíricas, da ampla pesquisa jurisprudencial e doutrinária, e do rigor metodológico, confirma-se a hipótese do trabalho, qual seja, a contaminação inconsciente do julgador e a consequente quebra da imparcialidade por enviesamento psíquico-cognitivo.

Notadamente, a pesquisa apresentada enquadra-se na linha de pesquisa *Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade*, área de estudo, *O modelo constitucional de processo penal*, do Programa de Pós-Graduação em

Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, uma vez que levar a sério a imparcialidade judicial é pressuposto da construção de um modelo constitucional de processo penal e da própria sociedade democrática.

Apresentado o tema-problema, o método de investigação, as fontes utilizadas e o caminho que se percorreu, finaliza-se a introdução e passa-se ao relatório da pesquisa.

1. POR UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: PARA ALÉM DA DICOTOMIA ENTRE O MODELO INQUISITIVO E O MODELO ACUSÁTÓRIO

Em um primeiro momento, é importante delimitar os sistemas processuais penais naquilo em que importa para a pesquisa. Dessa forma, restará conceituado o atual sistema processual penal, chamado na pesquisa de sistema processual penal democrático. Para isso, contudo, os modelos acusatório clássico, inquisitivo e misto serão delineados, com vistas a se chegar, posteriormente, ao modelo constitucional democrático.

A origem dos sistemas processuais penais, por conseguinte, se relaciona à própria história do direito nos Estados Nação. Em regra, cada país teve uma evolução da ciência do direito em seu território, sendo que o sistema processual penal evoluiu da mesma forma, conforme o Estado, a sociedade e as leis de cada local. O modelo de processo penal, assim, está intimamente relacionado à origem e desenvolvimento de cada Estado, sendo uma artificialidade inocente unificar sistemas processuais, épocas, modelos processuais, como se fossem uma coisa só.

Contudo, histórica e politicamente, uma característica sempre chamou a atenção de qualquer estudioso do processo penal: Estados repressivos sempre elegeram um inimigo social, criaram um direito penal mais severo, o que influenciou sobremaneira na construção de um processo penal menos democrático. Por outro lado, em Estados mais democráticos, a construção do processo penal restou alicerçada em garantias fundamentais dos cidadãos.¹ Essa é a verdadeira tensão que assombra o processo penal: modelos autoritários de processo *versus* modelos democráticos de processo. Por conseguinte, a depender do poder político do Estado, a construção do processo penal caminha de autoritário a democrático como um pêndulo em permanente movimento.

Em Estados democráticos, por conseguinte, o processo se tornou uma garantia do cidadão frente ao poder punitivo estatal. A importante relação entre Constituição e Processo consolida o Estado Democrático de Direito, na medida em que se destina à construção legítima e compartilhada da decisão jurisdicional. Ultrapassada, então, aquela ideia de processo como instrumento da jurisdição, como relação jurídica entre autor, réu e juiz, em que o julgador é alçado a uma posição de superioridade em relação às partes. Os poderes oficiosos do juiz, isto

¹ Diversos autores, desde tempos remotos até a atualidade, defendem que a maior garantia do cidadão frente ao Estado foi o instrumento do Habeas Corpus, com vistas a garantir a liberdade dos indivíduos. Ver: ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 776; MIRANDA, 2007, p. 42; HANISCH, 1984, p. 13; MARQUES, 1965, p. 373; TOURINHO FILHO, 1997, p. 496; TORNAGHI, 1989, p. 382; MOSSIN, 2005, p. 08.

é, o ativismo judicial e os escopos meta-jurídicos do processo permitem ao juiz decidir de maneira solipsista, sem considerar os argumentos e provas apresentadas pelas partes².

O processo penal é uma garantia constitucional que efetiva direitos humanos democraticamente conquistados e positivados na Constituição e nos Tratados e Convenções de Direitos Humanos que o Brasil é signatário. Por isso, deve ser entendido como um processo de partes, construído em contraditório, sendo a função de cada parte – órgão da acusação e defesa - bem delineada e seus princípios e regras interpretados com vistas a garantir máxima eficácia aos direitos humanos. A decisão deve ser construída com ampla participação dos possíveis afetados pelos efeitos desta decisão.

O processo penal serve como instrumento da democracia com vistas a garantir direitos humanos previstos constitucionalmente. Por isso, deve ser entendido como um processo de partes, sendo a função de cada parte bem delineada e seus princípios e regras interpretados com vistas a garantir máxima eficácia aos direitos humanos, com ampla participação dos possíveis afetados pelas decisões.

Dessa forma, o processo só pode ser interpretado e aplicado como um medidor da relação entre o Estado e seus cidadãos, tendo em vista a relação indissociável entre Constituição, direitos fundamentais e processo penal. O processo penal é o sismógrafo do Estado Democrático de Direito (ROXIN, 2003, p. 10).³ Essa é sua verdadeira natureza jurídica.⁴

O processo penal segue então as diretrizes do poder político. É o termômetro dos elementos autoritários e democráticos de um Estado, da forma em que o Estado aplica suas leis e garante direitos aos cidadãos (GOLDSCHMIDT, 1935, p. 67). Por isso, a estrutura do processo penal diz muito acerca do Estado que se tem ou que se deseja ter.

Por conseguinte, o efetivo exercício do poder político exercido pelo Estado chega ao cidadão por meio do processo penal, uma vez que o direito penal se afirma por meio do processo. Assim, as regras processuais realizam a intervenção do Estado na esfera de liberdade dos cidadãos. Materializam o direito penal e a Constituição do Estado.⁵

² Antes da formulação do processo como procedimento em contraditório de Elio Fazzalari, o processo era visto como instrumento da jurisdição, uma relação jurídica entre juiz, autor e réu (GONÇALVES, 1992, p. 75). Especificamente, no que concerne a natureza jurídica do processo penal, ver: PINTO, 2004; FAZZALARI, 2006.

³ Afirma Claus Roxin que: *el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado!* (ROXIN, 2003, p. 10).

⁴ Ver: PINTO, 2004, p. 52.

⁵ Não se está querendo dizer, por óbvio, que a função do processo penal seja única e exclusivamente materializar o direito penal. Tal concepção não traduz a complexidade do processo penal como ciência autônoma. Como afirmado, o processo penal é o sismógrafo da forma como o Estado trata seus cidadãos e tem por objetivo garantir direitos fundamentais. Ver: HASSEMER, 1997, p. 67 e seg.

Lado outro, Estados autoritários criam sistemas processuais mais autoritários. Esse autoritarismo no processo penal tem sempre como ponto de partida o aumento de poderes instrutórios dos juízes, chegando mesmo à possibilidade de conduzir investigações. Perpassa pela adoção do dogma da verdade real como objetivo processual, provas tarifadas e a tortura como método de investigação (PINTO, 2012, p. 16). Posteriormente, se tem atos dominados pelo segredo, forma escrita e inversões no ônus da prova, características do sistema inquisitorial. Assim, em países autoritários ou totalitários a hegemonia estatal se sobressai frente aos direitos do cidadão, o que é refletido no processo penal.

Em países com sólida base democrática, contudo, predomina um sistema processual penal onde se respeita mais a liberdade individual e as garantias fundamentais, tendo em vista a relação indissociável entre Constituição e processo penal.

Ultrapassada, e é importante pontuar, do ponto de vista teórico e prático, a dicotomia entre o modelo inquisitorial e acusatório, ou mesmo a tricotomia entre os modelos acusatório, inquisitório e misto, uma vez que nada mais são que modelos históricos que se substituíram ao longo do tempo, em face das características de cada Estado Nação e à ideologia de cada época.

Como não se trata de uma pesquisa histórica, portanto, não será aprofundado o estudo das sucessivas substituições dos sistemas processuais ao longo do tempo. Contudo, uma informação não pode passar despercebida ao longo do desenvolvimento do processo penal. Todos os sistemas processuais penais sempre reuniram características inquisitórias e acusatórias, sendo um reducionismo insuficiente, ilusório e ultrapassado pensar em sistemas com características puras.

1.1 O sistema acusatório clássico

Como se afirmou, os sistemas processuais penais foram se substituindo ao longo do tempo em cada País ou região, não sendo possível se pensar em um modelo processual penal puro. Dessa forma, para se entender um sistema processual penal com base democrática, importante pontuar o modelo acusatório clássico como relevante registro histórico do século XII.

É tarefa das mais difíceis, contudo, conceituar um sistema⁶ processual penal. Parte-se então do pressuposto de que os modelos processuais penais aplicam e efetivam o direito penal do Estado, além de ser um termómetro entre o poder estatal e o respeito aos direitos fundamentais (ROXIN, 2003). Relevante então, para se pontuar e melhor entender, estabelecer as características que compõem cada um dos modelos. Ressalta-se, contudo, a impossibilidade teórica de se pensar na pureza de um sistema, como afirmado.

Por conseguinte, como marco temporal para se entender o contexto histórico do sistema acusatório clássico, cronologicamente, o modelo predominou até meados do século XII. Posteriormente foi substituído pelo modelo inquisitivo, paradigma que permaneceu até o final do século XVIII, momento em que as revoluções liberais e os movimentos sociais clamaram por uma mudança significativa do sistema processual, surgindo então o que se chamou de sistema misto (LOPES JR., 2015, p. 137).

O sistema acusatório clássico, assim, remonta ao direito grego e ao direito romano. Uma das principais características desse modelo, apesar das variações existentes, era a clara distinção entre as atividades de acusar e julgar, característica que ilustra bem a distinção entre os modelos acusatório e inquisitório. Além disso, não se admitia um juiz ator no processo penal, uma vez que a atuação do terceiro imparcial era passiva, inerte (COUTINHO, 2001; KHALED JR., 2013; LOPES JR., 2015).

No modelo grego, havia a participação direta do povo como acusador, uma vez que qualquer pessoa podia acusar, sendo permitido até mesmo a acusação privada em delitos considerados menos graves. Utilizava-se, por conseguinte, princípios do direito civil no processo penal (ARAGONESES ALONSO, 1984, p. 52).

No direito romano, o processo penal era dividido entre *cognitio* e *accusatio*, formas preestabelecidas de processamento. Na *cognitio*, órgãos do Estado conduziam o processo, existindo a figura do magistrado, com amplos poderes para esclarecer os fatos. Na *accusatio*, a acusação era assumida por um cidadão romano. Representou uma inovação no processo penal romano, uma vez que a ação penal era titularizada por um representante da coletividade, não pertencente ao Estado.

⁶ Jacinto Nelson de Miranda Coutinho conceitua sistema a partir de Kant enquanto conjunto cujos elementos estão interligados por uma ideia fundante, um princípio unificador (COUTINHO, 2001, p. 65). Contudo, tendo em vista que não será trabalhado a diferença dos sistemas processuais a partir do princípio dispositivo e inquisitivo, discussão esta que já deveria ter sido superada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, defende-se que a democraticidade permite a interpretação das normas e institutos processuais penais a partir da Constituição.

Em linhas gerais, o procedimento era oral em sua maior parte. Havia garantias processuais, como o contraditório e a ampla defesa e os julgamentos eram públicos, sendo que ao final do processo os magistrados votavam pela absolvição ou condenação dos acusados.

A acusação se submetia ao princípio do *ne procedat iudex ex officio*, não se admitindo, em um primeiro momento, o procedimento judicialiforme. Por conseguinte, exigia-se um acusador legítimo e idôneo, não se permitindo denúncias anônimas ou apócrifas para o início da persecução penal. A acusação era por escrito e deveria estar acompanhada ou indicar provas para a condenação. Constatada que a denúncia era falsa, existia o delito de denunciação caluniosa. Não se admitia ainda o processamento em face de réu ausente, sendo a presença física do acusado, direito previsto em lei (ARAGONESES ALONSO, 1984, p. 45).

A atuação dos juízes era passiva, inerte. O judiciário reproduzia a palavra da lei, exercendo uma atividade mecânica de aplicação silogística da norma, após a produção de provas realizada pelas partes, sem a interferência judicial (FERRAJOLI, 2002, p. 41). A gestão da prova, assim, ficava a cargo das partes, vez que vigorava o princípio dispositivo (BRONZO, 2018, p. 81). Os juízes se mantinham afastados da iniciativa e da gestão da prova, evitando se imiscuir em um papel que não lhes pertencia (TONINI, 2002, p. 15).

1.2 O sistema inquisitivo

Da mesma forma que ocorre com o sistema acusatório, a conceituação do modelo inquisitivo é tarefa difícil sobremaneira. Trata-se, pois, de um modelo que teve início basicamente a partir da insatisfação com o sistema acusatório clássico ao longo do século XII, o que fez com que os juízes gradativamente invadissem as funções dos acusadores, originando uma união das funções de acusar e julgar em um só órgão estatal (LOPES JR, 2015, p. 139). Por isso, o modelo inquisitório tem como principal característica a reunião das funções de acusar e julgar em uma mesma pessoa. A mesma instância acusa, julga e pune (BOFF, 1993, p. 24).

A atuação inerte das partes levou à insatisfação com o modelo acusatório clássico que estava sendo visto como incapaz de conter um suposto avanço da criminalidade. A persecução penal, por conseguinte, passou a ser uma função estatal e muitas vezes controlada pelos juízes.

Assim, gradativamente, os poderes judiciais foram crescendo e o juiz assumindo um papel de protagonismo no processo (COUTINHO, 2001; KHALED JR., 2013; LOPES JR., 2015).

O processo judicial passou a ser oficioso na maioria dos casos. O juiz gradativamente passou a assumir mais poderes instrutórios, invadindo a esfera de competência do acusador público ou privado. Posteriormente, o próprio juiz passou a exercer a persecução penal, uma vez que tal situação aparentemente facilitava o combate à delinquência (COUTINHO, 2001; KHALED JR., 2013; LOPES JR., 2015).

Diferentemente da oralidade característica do modelo acusatório, no modelo inquisitório a acusação era escrita, sendo impossibilitada até mesmo a vista dos autos ao acusado, sendo entendida como desnecessária. As provas para se provar a veracidade dos fatos passaram a ser indicadas por escrito, mas de forma secreta, em segredo. Passou a ser uma prática reitera a delação no processo inquisitorial.⁷

Com a evolução do sistema inquisitorial, a inquisitorialidade se aprofunda cada vez mais. Inexistência de advogado, procedimento secreto, negação ao acesso às atas dos processos pelos acusados, impossibilidade de apelação ou recurso são, por exemplo, características do modelo inquisitorial em sua essência. Da mesma forma, sobreleva a tortura física e psicológica dos acusados, vistos como meros objetos da investigação criminal (BOFF, 1993, p. 27; PINTO, 2012).⁸

A inquisitorialidade foi adotada inicialmente pela Igreja Católica, com o procedimento canônico (PINTO, 2010, p. 193). Logo, o sistema foi incorporado por outras legislações, em face das vantagens que aparentemente detinha sobre o sistema acusatório, visto naquele momento como benevolente com o criminoso.

Assim, o processo e o procedimento do modelo acusatório clássico são alterados pelo modelo inquisitivo em sua essência. A tríade da justiça, baseada no antagonismo entre as partes e em um terceiro imparcial é substituída por um juiz que acusa e julga ao mesmo tempo. O juiz inquisidor atua como investigador e acusador, perdendo, por conseguinte, qualquer imparcialidade (MARINHO MARQUES, 2009).

Afirma Franco Cordero, fazendo referência aos juízes inquisidores:

O inquisidor trabalha em segredo o quanto quer, sobre os animais que confessam; concedida uma hipótese, sobre ela constroem-se conjecturas indutivas; a falta do debate contraditório abre uma passagem lógica ao pensamento paranoico; tramas

⁷ Conforme afirma Aury Lopes Junior, as acusações falsas eram tipificadas como delito de calúnia (Aury, 2015, p.143).

⁸ Leornado Boff afirma que no direito canônico ainda vigora o modelo inquisitorial em sua mais ampla pureza (BOFF, 1993, p. 28).

sofisticadas eclipsam os fatos. Dono do tabuleiro, ele dispõe de peças como lhe convém: a inquisição é um mundo verbal semelhante ao mundo onírico: tempos, lugares, coisas, pessoas, acontecimentos pairam e se movem em quadros manipuláveis [...]. Jogo perigoso, pois o escrevente (inquisidor) redige com liberdade, seletivamente atento ou surdo aos dados, de acordo com a convalidação ou não da hipótese; e, sendo as palavras uma matéria plástica (os acusados lançam-nas como torrentes), qualquer conclusão se torna possível. O ardor poético desencadeia um sentimento narcisista de onipotência, no qual desaparece qualquer cautela de autocrítica (CORDERO, 2000, p. 23).

O acusado passa a ser mero objeto da investigação criminal, perdendo por completo seu papel como sujeito processual. O julgador inquisidor atua de ofício, sem provocação, acusa para posteriormente buscar provas para fundamentar a acusação por ele mesmo iniciada (COUTINHO, 2001). A inatividade das partes é substituída pela atuação ativa do juiz, que investiga, acusa, recolhe o material probatório da forma que deseja e julga (LOPES JR., 2015).

Em um procedimento secreto, escrito e sem contraditório e ampla defesa, o juiz perde a função de terceiro imparcial equidistante às partes. Na verdade, não existe sequer sombra de imparcialidade, pois não é possível se pensar em imparcialidade com um juiz que investiga, acusa e julga.

Em relação à prova, não era possível falar em sistema do livre convencimento motivado, como existia no sistema acusatório clássico. Assim, a prova tarifada é a regra, sendo a confissão do acusado a rainha das provas no processo penal inquisitorial. O acusado é chamado a declarar a verdade dos fatos investigados, não lhe sendo garantido o direito ao silêncio ou mesmo o direito de não produzir provas contra si mesmo, *nemo tenetur se detegere*.

A denúncia anônima era amplamente utilizada, não fazendo jus o acusado a saber quem foi o responsável por sua prisão ou acusação. Abandonou-se o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, sendo o processo judicialiforme quase uma regra. Em um procedimento unilateral, o direito de defesa é cada vez mais esquecido e criminalizado (COUTINHO, 2001, p. 25).

O processo é então iniciado de ofício pelo juiz inquisidor com base em sua própria vontade ou no depoimento de testemunhas anônimas, mesmo que por um depoimento informal. Até mesmo um rumor poderia dar início a um processo. As declarações escritas das testemunhas são mantidas em segredo, não sendo permitido acesso aos autos ao acusado, que não tem possibilidade de se defender de forma efetiva (LOPES JR, 2015, p. 148).

Por conseguinte, o fundamento lógico do sistema inquisitivo estava ancorado na busca por uma suposta verdade real dos fatos. A apuração do fato se sobrepunha então às normas do ordenamento jurídico e à própria proteção do acusado, que é relegada (PINTO, 2012, p. 01).

Dessa forma, quaisquer meios de apuração de uma suposta verdade serviriam como instrumento para revelar o oculto e contribuir para a descoberta dos fatos (PINTO, 2012, p. 16).

Com o dogma da verdade real, a prisão provisória se transforma em regra, uma vez que o corpo do acusado deve ficar à disposição do juiz para se descobrir a verdade. Como o acusado é mero objeto de investigação, para se alcançar a verdade real, a tortura é o método a ser utilizado (KHALED JR., 2013; PINTO, 2012).

Explica Felipe Martins Pinto que:

De fato, as instruções de tortura, muito mais do que um regramento, serviram como divulgação do método e estímulo para os inquisidores que, em razão do sucesso da técnica de apuração, passavam a acreditar que o “abençoado” método gozava de uma providencial infalibilidade (PINTO, 2012, p. 19).

Utilizada adequadamente, a tortura levava à confissão do acusado e o processo chegava ao final com a resolução do problema e a descoberta da verdade. Em um sistema de hierarquia de provas, a confissão, assim, é o ápice da descoberta da verdade, a rainha das provas.

Continua Felipe Martins Pinto:

Dentro desse contexto, o interrogatório tornou-se um ato processual de extrema relevância, posto que consistia na formalização da obtenção da prova mais valiosa, na prova inquestionável e que, por essa razão, correspondia a verdade real. (...) Sob a manipulação desse discurso, a tortura adquire um caráter medicinal para a alma, pois mesmo que o acusado fosse inocente das imputações, a sua submissão aos suplícios, enquanto expiação de seus pecados, o aproximaria da divindade celestial e, dessa forma, todos os martírios, todas as dores, todas as angústias e até mesmo as marcas deixadas nos corpos (sinais externos da purificação), passaram a gozar de uma conotação benéfica (PINTO, 2012, p. 20-21).

Por conseguinte, a confissão era a mais importante das provas no processo penal e a tortura o meio mais eficiente de consegui-la. Para a defesa, desprestigiada e sem muita utilidade, restava o papel de orientar uma confissão rápida para que a execução da pena logo tivesse início e o processo terminasse. A eficiência do sistema em condenar era tamanha que logo o modelo inquisitivo se expandiu para diversos outros ordenamentos.

Ressalta Aury Lopes Junior que:

Tendo em vista a importância da confissão, o interrogatório era visto como um ato essencial, que exigia uma técnica especial. Existiam cinco tipos progressivos de tortura, e o suspeito tinha o “direito” a que somente se praticasse um tipo por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado “suficientemente” torturado e era liberado. Sem embargo, os métodos utilizados eram eficazes e quiçá alguns poucos tenham conseguido resistir aos 15 dias. O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas (LOPES JR., 2015, p. 149).

No modelo inquisitivo, ainda, o processo não resultava em definitividade, uma vez que não havia coisa julgada. Por isso, dentro de uma minoria de sentenças absolutórias, a absolvição por ausência de provas era a regra. Assim, o processo poderia ainda ser reaberto pelos inquisidores, permanecendo o acusado ao alcance da inquisição, permanentemente vigiado pelo sistema (EYMERICH, 1993, p. 89).

Com o movimento iluminista do século XVIII, contudo, o sistema inquisitorial foi perdendo protagonismo em face da sua incompatibilidade com a valorização dos direitos do homem e da noção de cidadania. Paulatinamente a inquisição passa a ser desacreditada. Da mesma forma, o processo penal inquisitório vai perdendo espaço e monta-se a estrutura do sistema misto.

1.3 O sistema misto

Com o passar do tempo e o “fracasso” da inquisição, o modelo acusatório retorna como uma solução a ser aplicada, mas sem desprezar a inquisitorialidade. As funções de acusar e julgar permanecem com o Estado, mas em órgãos diferentes, Ministério Público e Poder Judiciário, respectivamente. Separa-se novamente então as funções de investigar, acusar e julgar, unidas no modelo inquisitorial.

Cria-se, por conseguinte, uma parte pública para acusar no processo penal, o Ministério Público. Verifica-se assim que historicamente o Ministério Público no processo penal foi criado para retirar aquele poder acusatório do juiz inquisidor, pois incompatível com o sistema acusatório e com a imparcialidade. Por isso, é um erro crasso falar em imparcialidade do *parquet* no processo penal, uma vez que tal instituição foi idealizada para ser parte no processo penal (GOLDSCHMIDT, 1935, p. 23).

Não ocorreu, contudo, em certos locais, uma volta ao sistema acusatório, mas uma junção de características dos dois modelos. O processo penal então passou a contar com duas fases, uma fase extraprocessual, inquisitiva, e uma fase processual, acusatória, com a separação das funções de acusar e julgar. Daí o surgimento do dito sistema misto. Uma reunião de características dos sistemas acusatório e inquisitório. Um sistema bifásico, com características inquisitoriais e acusatórias (COUTINHO, 2001).

Afirmava-se assim a impossibilidade de sistemas puros, porque históricos e incompatíveis com os novos tempos. Surge então a ideia da junção de características e a denominação de sistema misto por grande parte da doutrina. O sistema seria misto uma vez que impossível a existência de um sistema puramente acusatório ou puramente inquisitório (KHALED JR., 2013).

A maioria dos países⁹ então adotou esse sistema, separando as atividades investigativas e judiciais. Geralmente, uma investigação inquisitorial preliminar e um processo judicial acusatório posterior. Ressalta-se que o elemento identificador dos sistemas era basicamente a junção das atividades de acusar e julgar em uma investigação inquisitorial. Por outro lado, uma fase judicial com a separação das funções de acusar e julgar. Este era o modelo.

Para fins de registro histórico, o primeiro ordenamento jurídico a adotar tal sistema foi o francês em 1808, período ditatorial napoleônico. Posteriormente, restou expandido para o restante do mundo (LOPES JR, 2015, p.152), em face da aparente eficiência do sistema.

Salta aos olhos, contudo, a contradição de tal sistema artificialmente chamado de misto. Uma investigação criminal totalmente inquisitorial e uma fase processual dita acusatória simplesmente porque cabe ao Ministério Público o poder acusador e ao juiz a função de julgar. O que identificaria os sistemas, portanto, seria a mera separação entre as funções de acusar e julgar ou a inexistência dessa separação. Nasce o que Franco Cordero chama de monstro de duas cabeças (CORDERO, 1986).

Em verdade, o *Code des délits et des peines* de 1795 foi o embrião do sistema misto. Uma investigação secreta produzia elementos de informação com base no depoimento de testemunhas. Em caso de contradição na fase de julgamento, o material produzido na fase de investigação era entregue aos jurados julgadores, o que fazia com que o júri de julgamento fosse influenciado pelas informações secretas produzidas em sede de investigação (CORDERO, 1986, p. 65). Mesclava-se pela primeira vez a inquisitorialidade com um sistema dito acusatório.

Com o passar do tempo e a eficiência do novo sistema, cria-se o *Code d'Instruction criminelle*, em que ocorria o acesso integral da investigação inquisitorial pelos julgadores. O juiz de instrução produziria as provas em uma primeira fase inquisitiva. Em uma segunda fase, dita acusatória, haveria a fase de debates e o julgamento, onde os juízes teriam acesso tanto ao material investigatório quanto ao que foi debatido em audiência (CORDERO, 2000, p. 55). A

⁹ Países da Europa continental que foram influenciados pelo processo misto do Código de Instrução Criminal de Napoleão e os países latino americanos que, por sua vez, foram influenciados pelo processo penal dos países europeus (COUTINHO, 2001).

fase de debate, assim, era uma mera rediscussão da fase investigatória. Qualquer semelhança com o sistema brasileiro não é mera coincidência.

Afirma ainda Aury Lopes Junior que:

É necessário ler com muita atenção para compreender o alcance desse fenômeno, pois ele reflete exatamente o que temos no sistema brasileiro. O monstro de duas cabeças (inquérito policial totalmente inquisitório e fase processual com “ares” de acusatório) (outro engodo, ensinará Jacinto na continuação) é a nossa realidade diária, nos foros e tribunais do País inteiro. (...)

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou, melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que, na verdade, está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase (LOPES JR., 2015, p. 154).

O sistema serviu perfeitamente a um tirano como Napoleão, que inclusive escolhia os juízes instrutores. Se servia a Napoleão, jamais serviria a um modelo democrático, por óbvio.

Continua Aury Lopes Junior:

[...] alguém imagina que Napoleão aceitaria o tal sistema bifásico se não tivesse certeza de que era apenas um “mudar para continuar tudo igual”? Como “bom” tirano, jamais concordaria com uma mudança dessa natureza se não tivesse certeza de que continuaria com o controle total, por meio da fase inquisitória, de todo o processo. (LOPES JR., 2015, p. 154).

Verifica-se assim que o sistema misto parte, na verdade, de uma fraude, de uma incompatibilidade visceral. Tem-se uma primeira fase inquisitorial, sem a presença da defesa, onde elementos probatórios são produzidos. Posteriormente, a fase julgadora acaba se tornando uma mera repetição do que ocorreu na fase investigativa (CORDERO, 1986, p. 51). É claramente o sistema processual penal brasileiro, a prática que ocorre nas varas criminais do país. Uma investigação policial totalmente inquisitorial e uma posterior repetição daquilo que foi produzido pela polícia nas salas de audiência.

O julgador cria uma hipótese condenatória solipsista (COUTINHO, 2001; 2018; LOPES JR., 2015) com base nos elementos unilaterais produzidos na investigação inquisitorial. Posteriormente, faz uso daquelas hipóteses punitivas de quem conduziu a investigação e direciona o julgamento. Busca, na fase de julgamento confirmar a investigação. O procedimento manipula o juiz a criar hipóteses antes da análise probatória, antes da audiência de instrução e julgamento.

O sistema misto, então, repisando, tem como ponto de partida duas fases de um procedimento judicial. Uma fase investigatória, em que vigora a inquisitorialidade, sem a separação de funções de acusar e julgar, e outra julgadora, com a separação das funções de acusar e julgar. Trazendo para o modelo brasileiro, poderia se pensar na investigação, conduzida pelo delegado, em um modelo inquisitivo, ao passo que no processo, com a acusação conduzida pelo Ministério Público e o julgamento pelo juiz, o modelo seria acusatório. O sistema misto estaria formado, portanto.

O grande problema, e aqui reside a crítica que se faz ao sistema misto, é que não existe uma fase inquisitorial e outra acusatória. O que existe, na verdade, é uma fase inquisitorial que contamina todo o procedimento subsequente, maculando toda a produção probatória e a imparcialidade do juiz. Por isso, o sistema misto não é uma soma dos dois sistemas, mas um sistema (neo)inquisitorial (MARINHO MARQUES, 2014, p. 26; LOPES JR, 2015, p. 152).

Por conseguinte, é no mínimo falacioso conceituar um sistema como misto. Não existem sistemas mistos, mas sistemas inquisitoriais travestidos de mistos (COUTINHO, 2001; LOPES JR., 2015; MORAIS DA ROSA, 2017; MARINHO MARQUES, 2014).

1.4 O sistema constitucional: a democraticidade como princípio identificador do sistema

O modelo constitucional de processo penal inaugurou um novo sistema processual penal, o sistema constitucional. Assim, permeado por princípios constitucionais, o processo penal deve ser lido à luz da Constituição da República de 1988 e dos Tratados Internacionais.

Não poderia ser diferente, por óbvio. O processo penal nada mais é que a garantia de proteção do cidadão frente ao Estado punitivista. Os mais relevantes direitos fundamentais elencados na Constituição são resguardados por meio do processo penal. Essa é verdadeiramente sua função.

Nestes termos, ao instituir um Estado Democrático, a Constituição de 1988 confere papel central ao processo penal de proteger o cidadão contra os abusos do poder estatal. Por conseguinte, impossível se pensar em processo penal sem Constituição. Assim, a Constituição da República de 1988 informa e conforma toda a prática processual penal, ou, pelo menos, é desejável que se construa um processo penal nessa perspectiva.

Por isso, não importa qual sistema de processo se adote (desde que não seja o inquisitório, claro), mas tal sistema deve cumprir os ditames constitucionais democráticos.

Concretizar as promessas constitucionais, concretizar direitos fundamentais, garantir participação social, reduzir as desigualdades, construir uma sociedade justa, livre e solidária. Não existe processo penal democrático se esses não forem os objetivos.

Por tudo isso, perde importância o estudo da dicotomia entre o modelo acusatório e inquisitório. Assim, pergunta Alexandre Morais da Rosa: *sendo impossível um sistema misto, qual o sentido em se continuar insistindo no dilema acusatório versus inquisitório?* (MORAIS DA ROSA, 2017, p. 289). A verdade é que não há nenhuma relevância mais na discussão teórica, por isso não se aprofundou em tal estudo.

Além disso, até mesmo as referências à sistemas acusatórios, inquisitórios ou mistos são incorretas e causam uma discussão doutrinária ingênua. Não existem mais tais sistemas na forma em que foram criados, são meros registros históricos de uma época passada. Perderam pureza ao longo do tempo e se misturaram um ao outro, não havendo que se falar mais em tais sistemas, sob pena de sempre se cometer erros conceituais.

Citando Montero Aroca, Alexandre Morais da Rosa afirma que:

Daí que Montero Aroca está correto ao afirmar que não há sentido em se invocar conceitos do passado para dar sentido ao presente, no contexto dos sistemas processuais penais, justamente porque a estrutura de pensar se modificou em face do monopólio jurisdicional e constitucional. Isso implica, assim, na necessidade de realinhar a noção a partir da leitura dos documentos de Direitos Humanos (Declarações e Pactos Internacionais) e da Constituição da República. Manter-se a noção histórica somente ajuda a obscurecer, confundir e impedir a leitura constitucionalmente adequada dos lugares e funções do e no processo penal (...) (MORAIS DA ROSA, 2017, p. 290).¹⁰

É claro que algumas características do modelo acusatório clássico persistem e são necessárias até os dias de hoje, como, por exemplo, a separação das funções de acusar e julgar e o juízo como alheio aos fatos. Contudo, tais características não são suficientes para se explicar o atual modelo, como muitos pretendem. Reafirma-se, pois, que não faz mais sentido o desejo a um modelo acusatório, porque insuficiente para se alcançar os escopos do atual processo penal democrático.

Por isso a estranheza, o equívoco e os imbróglis causados em se chamar o atual sistema de acusatório. A Constituição da República de 1988 não deseja e não criou um sistema acusatório, nem o clássico e nem um sistema acusatório moderno. Quem defende tal posição parte do pressuposto que a característica essencial do sistema processual que se deseja instituir seria a separação entre a figura do acusador e do julgador, o que é um erro crasso.

¹⁰ Ver: Jayme, 2005.

Reafirma-se que essa separação inicial não conduz propriamente ao sistema que se deseja. A questão é mais complexa. É constitucional! O novo modelo deve garantir, acima de tudo, um processo justo, um processo democrático, com ampla participação dos afetados pelas decisões.

O arcabouço principiológico instituído em 1988, então, determina a construção de um modelo constitucional de processo muito além do clássico sistema acusatório ou inquisitorial.

Assim, se deseja um sistema em que exista de fato a separação entre as funções de acusar, defender e julgar. Mas é um equívoco, contudo, pensar que a mera separação de funções identificará o sistema desejável. Esse é o ponto nevrálgico. É insuficiente identificar os sistemas acusatório e inquisitório pela mera separação dos atores processuais. Isso é pressuposto.

Afirma Aury Lopes Junior:

Portanto, é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um sistema acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz (LOPES JR, 2015, p. 153).

Da mesma forma, é pressuposto do sistema constitucional democrático, a gestão da prova ser das partes e não do juízo.¹¹ Por óbvio, é inaceitável se pensar em um sistema democrático alicerçado nos princípios constitucionais se o juiz conduz a iniciativa probatória, se produz provas, função exclusiva das partes, dos que serão afetados pelo provimento jurisdicional. O juiz gerir a prova rompe com a separação de funções, uma vez que a iniciativa probatória deve ser das partes e não do juízo.

Dessa forma, a Constituição da República de 1988 estabeleceu atribuições, sendo que no processo penal, quem produz a prova nas ações penais públicas é o Ministério Público e nas ações penais privadas, o querelante. Impensável, portanto, o juiz assumir o papel do Ministério Público em um sistema constitucional democrático.

O juiz deve ser então passivo no que se refere à coleta de prova. Da mesma forma, alheio ao labor investigatório, uma vez que não é parte no processo penal. Juiz é terceiro imparcial, sendo a imparcialidade, como se verá, essencial para o próprio exercício do poder jurisdicional.

No modelo democrático desejável, portanto, o juiz é inerte, alheio. Tal característica, sem dúvida, sempre foi alvo de críticas, uma vez que não poderia o juiz atuar mesmo diante de

¹¹ Jacinto Nelson de Miranda Coutinho afirma que o núcleo fundante para se identificar um sistema como acusatório ou inquisitório é a gestão da prova ser das partes ou do juiz, respectivamente (COUTINHO, 2009, p. 103).

uma atuação incompleta das partes. O sistema acusatório pregava e ainda defende tal situação. Mesmo diante de um material probatório defeituoso, não seria possível no modelo acusatório, o juiz substituir as partes quando da produção probatória. Diferentemente, ocorre em um modelo inquisitorial em que o juiz possui poderes instrutórios e até mesmo produz provas.

Nada obstante, sem defender uma atuação ativa do julgador, incompatível com qualquer sistema imparcial, não se pode fechar os olhos quando se tem uma atuação incompleta das partes. Por isso, em um sistema constitucional democrático, a igualdade entre as partes deve ser pressuposta, até para se permitir a possibilidade de produção de provas. Daí a necessidade de se estruturar a Defensoria Pública da mesma forma que o Ministério Público é estruturado, com vistas a impedir atuações deficientes das partes.

Por ser imparcial, imprescindível se torna o tratamento igualitário às partes. Igualdade de oportunidades, assim, é essencial para o desenvolvimento democrático do sistema processual. Dessa forma, o juiz deve garantir não somente um contraditório formal no desenrolar do procedimento, mas estar aberto a ser influenciado pelas manifestações das partes, garantido um contraditório substancial, com ampla e efetiva participação (JAYME; FRANCO, 2014, p. 340).

Em um modelo democrático, ainda, não se adota um juízo com poderes ativos para se buscar a verdade real dos fatos, como ocorre no modelo inquisitorial. Aliás, no modelo democrático, a verdade real é um mito que deve ser rechaçado, pois própria do sistema inquisitorial.

Afirma Felipe Martins Pinto:

Dentre os institutos que compunham a estrutura do processo inquisitório, três gozam de especial atenção no presente estudo: a verdade real ou material como objetivo processual, o sistema de provas legais ou tarifadas e a tortura como método de investigação (PINTO, 2012, p. 16).

Verdade real justifica provas ilegais, ilícitas. Justifica atuação do juiz como parte, parcial. Aprofunda um modelo oposto a princípios constitucionais mais comezinhos.

Poderes instrutórios do juiz não estão de acordo com o novo modelo, portanto, por isso a necessidade da releitura do Código de Processo Penal, no que concerne à previsão legal de poderes instrutórios do juiz, resquício do sistema inquisitorial. Aliás, tal previsão legal não poderia ser diferente, uma vez que o Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 é idealizado a partir do Código Rocco da Itália Fascista. Autoritário, inquisitorial e inconstitucional em grande parte, portanto.

Em relação ao procedimento, a oralidade deve ser a regra, não sendo mais admissível um procedimento escrito. Tal característica, por óbvio, não afasta a possibilidade de atos escritos no processo. Assim, predominantemente a sucessão de atos que compõe o procedimento penal deve ser oral.¹²

Além disso, a publicidade é a regra em um sistema constitucional democrático. Ressalta-se que não obstante existirem casos que devam tramitar em segredo de justiça, a regra é a publicidade de todo o procedimento, não se admitindo mais julgamentos secretos. Como a jurisdição nada mais é que o exercício de poder do Estado, a publicidade é importante para o próprio controle do exercício da função judicial.

O livre convencimento motivado do órgão jurisdicional é outro fator importante em um sistema processual penal democrático. Dessa forma, a sentença deve ser baseada no livre convencimento do magistrado, tendo em vista os fatos trazidos pelas partes. Não se admite mais, portanto, a tarifação probatória, própria do sistema inquisitivo¹³.

Importante ainda a sistematização da definitividade do processo penal. Assim, a resolução de casos concretos deve ser definitiva, com o aprimoramento da coisa julgada material. Ao final, em um processo penal democrático se resolve o conflito de interesses de forma definitiva.

A possibilidade de recurso contra as decisões judiciais, e, mais precisamente, a existência de um duplo grau de jurisdição identificam a democraticidade de um sistema, uma vez que para um processo ser devido, a insatisfação com o resultado deve poder ser questionada. Assim, a revisão do julgado por outro juízo legitima o sistema e garante maior imparcialidade da jurisdição, ante a possibilidade de o caso ser analisado por outro juiz. Não é à toa que em um modelo inquisitivo, como regra, não existe duplo grau de jurisdição.

Como não poderia ser diferente, em um sistema democrático a liberdade do cidadão é a regra, sendo a prisão somente admitida após a análise por um outro juízo competente, ou mesmo, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A prisão então só pode ser admitida ao final de um processo em que legalmente restou comprovada a culpabilidade do acusado. O cidadão em um sistema constitucional democrático deve ter presumida a sua inocência, presumida a sua não culpabilidade.¹⁴

¹² Ressalta-se que no processo penal chileno, todos os atos, desde a apresentação da acusação, até a sentença, são orais, não sendo admitida, após a reforma processual penal refundadora, etapas escritas (COLAVOLPE, 2017, p. 122).

¹³ Atualmente, alguns autores questionam o sistema do livre convencimento motivado e uma possível volta ao sistema das provas tarifadas, com vistas a aumentar a segurança jurídica (NUNES; LEITE; STRECK, 2018).

¹⁴ Para aprofundar no estudo do princípio da presunção de inocência, ver: PINTO, 2019; MORAES, 2010.

Por conseguinte, o ônus da prova e de qualquer dúvida razoável é do órgão acusador. Não cabe então ao acusado o dever de provar sua inocência, uma vez que se presume a não culpa. Assim, em um processo penal democrático, a dúvida beneficia o agente, pois mais vale um culpado solto do que um inocente preso, máxima invertida em um modelo inquisitivo.

Não há dúvida da relevância de tal estruturação proposta para um processo penal adequado. Da mesma forma, essenciais são as garantias constitucionais para se atingir um processo penal realmente democrático. O núcleo central então do modelo é a democracia, a democraticidade.

Garantias como o devido processo legal, imparcialidade, contraditório, ampla defesa, juiz natural, publicidade, presunção de inocência, não autoincriminação, vedação de provas ilícitas devem nortear toda a prática processual penal. O novo modelo criado por um Estado Democrático de Direito exige a democraticidade como princípio unificador.

Afirma Rui Cunha Martins:

É este o motivo pelo qual o quadro dos princípios a eleger não pode considerar-se senão parcialmente disponível – e o critério de admissibilidade não pode ser outro senão o da democraticidade. Em bom rigor, o sistema processual de inspiração democrático-constitucional só pode conceber um e um só “princípio unificador”: a democraticidade; tal como só pode conceber um e um só modelo sistêmico: o modelo democrático. Dizer democrático é dizer o contrário de inquisitivo, é dizer o contrário de misto e é dizer mais do que acusatório. Inquisitivo, o sistema não pode legalmente ser; misto também não se vê como (porque se é misto haverá uma parte, pelo menos, que fere a legalidade); acusatório, pode ser, porque se trata de um modelo abarcável pelo arco de legitimidade. Mas só o poderá ser à condição: a de que esse modelo acusatório se demonstre capaz de protagonizar essa adequação. Mais do que acusatório, o modelo tem que ser democrático. A opção por um modelo de tipo acusatório não é senão a via escolhida para assegurar algo de mais fundamental do que ele próprio: a sua bandeira é a da democracia e ele é o modo instrumental de a garantir. Pouca virtude existirá em preservar um modelo, ainda que dito acusatório e revestido, por isso, de uma prévia pressuposição de legalidade, se ele comportar elementos susceptíveis de ferir o vínculo geral do sistema (o tal princípio unificador: a democraticidade), ainda quando esses elementos podem até não ser suficientes para negar, em termos técnicos, o caráter acusatório desse modelo. Não é o modelo acusatório enquanto tal que o sistema processual democrático tem que salvar, é a democraticidade que o rege (MARTINS, 2013, p. 73).

A verdade é que, independentemente da lei que se tem, antes de aplicá-la, deve o interprete se perguntar se aquela aplicação está compatível com o cenário democrático constitucional estabelecido. Não existe processo penal fora da Constituição.

Afirma Rui Cunha Martins, citando Geraldo Prado:

Eis que desembocamos, dito isto, numa interrogação estimulada pelo entendimento da realidade processual. Tem sido dito, e bem, que o processo penal não é apenas o instrumento de composição do litígio, mas, sobretudo, um instrumento político de participação, com maior ou menor intensidade, conforme evolua o nível de

democratização da sociedade, afigurando-se para tanto imprescindível a coordenação entre direito, processo e democracia, o que ocorre pelo desejável caminho da Constituição. E tem sido dito, bem assim, que o marco constitucional se oferece doutrinariamente como limite à derivas processuais de fundo autoritário, impondo um sistema processual que possa considerar-se ele mesmo um aparelho limite ao poder punitivo (MARTINS, 2013, p. 75).

Por conseguinte, o modelo constitucional de processo exige um modelo democrático de processo penal. O princípio identificador de tal sistema é a democraticidade e os princípios constitucionais se irradiam na aplicação do processo penal.

Delimitadas as características dos sistemas processuais penais, passa-se ao estudo do princípio da imparcialidade, com vistas a demarcar o tema-problema da pesquisa.

2. A IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Como recorte necessário para fins de verticalizar a pesquisa, inicialmente será estudado o conceito de neutralidade e o mito a ser superado do intérprete neutro. Posteriormente, serão descritas as normas que tratam da imparcialidade no ordenamento jurídico brasileiro, com vistas a pontuar a relevância que o legislador conferiu ao princípio. Após a descrição legislativa, será aclarado o conceito de imparcialidade no modelo constitucional de processo penal. Por fim, como núcleo central do trabalho, a imparcialidade será conceituada em sua forma objetiva e subjetiva.

2.1 O falacioso dogma da neutralidade judicial

No contexto do modelo constitucional do processo democrático a imparcialidade judicial não se confunde com a neutralidade. Não existe ser humano neutro, uma vez que neutralidade seria ausência absoluta de experiências de vida e de ideologias.

Assim, toda pessoa é formada por suas experiências que conseqüentemente influenciaram nos valores adquiridos ao longo da vida. O ser humano, invariavelmente, é dotado de uma personalidade que foi construída, por isso existem pessoas das mais variadas ideologias e pensamentos. Por conseguinte, não se pode falar em neutralidade do ser humano, uma vez que tal exigência seria negar o próprio caráter humano de uma pessoa.

Luigi Ferrajoli entende assim que *por mais que o ser humano se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos* (FERRAJOLI, 2002, p. 46). O homem é inseparável do seu mundo social, da sua criação, das suas experiências e vivências adquiridas no mundo da vida (HABERMAS, 1984, p. 285). Assim, a neutralidade é um mito a ser desconstruído.

Como não existe ser humano neutro, falacioso seria exigir neutralidade do juiz para o ato de julgar, uma vez que, se não existe ser humano neutro em suas ideologias, da mesma forma, não é possível se pensar em um juiz neutro. Assim, como o juiz não está nem além nem aquém do mundo da vida (HABERMAS, 1984, p. 285), não é possível exigí-lo neutro em suas convicções. Como todo ser humano, o juiz é um amalgama de pré-conceitos ou concepções

adquiridas ao longo da vida.

Analisando o tema de maneira filosófica, afirma Miguel Reale que:

Todos nós, repito, estamos imersos no mundo da vida: o juiz e o réu, o advogado e o seu cliente; [...] cada qual na sua circunstancialidade. Não há dúvida de que o juiz não pode julgar senão com base no alegado e provado, mas isto não significa que ele, no ato de julgar, não deva tomar consciência do mundo no qual se situa a realidade dos autos, a qual é inseparável do complexo dos motivos sociais, econômicos e transpessoais que vão além da pessoa do réu por pressuporem os modelos éticos da *lebenswelt* (mundo da vida), da vida coletiva (REALE, 1994, p.138).

Exigir neutralidade do juiz, seria transformá-lo em verdadeira divindade, desconsiderando as próprias características do sujeito intérprete. Remeteria à ideia de juiz como um ser divino, não humano, pronto a fazer a vontade de Deus e não dos homens, o que a muito está superado.

O direito é ciência, não um mito de cunho religioso, e o fazer científico nunca é livre de ideologias ou escolhas. Assim, a neutralidade judicial é uma quimera impossível de ser alcançada, tendo em vista que todo ser humano, e aí se inclui o juiz (apesar de alguns pensarem não serem humanos, mas uma verdadeira divindade), é um amálgama de valores, crenças, experiências. Existem, por conseguinte, juizes de todas as formas, educados, racistas, xenófobos, leais, preconceituosos¹⁵, tradicionalistas, sexistas.

O juiz julga por meio de uma visão construída culturalmente, não estando alheio a valores adquiridos ao longo da vida. Assim, não é possível a abstração dos conceitos e valores que foram adquiridos e internalizados pelo sujeito. Direito não se confunde com moral, ética, filosofia, não obstante tenha alto conteúdo valorativo. Assim, em uma análise que se pretenda científica e imparcial, não se pode pensar ou exigir um juiz neutro para julgar os casos, uma vez que tal exigência seria utópica.

Afirma José Renato Silva Martins:

Mas, definir o que seja neutralidade é algo complexo, significando dizer que o magistrado deve decidir com ausência de valores, sem prevenção contra ou a favor de pessoas envolvidas no litígio. Isto significa inferir que o juiz deve agir de forma lógica, dentro do que foi apresentado, livre de qualquer interferência ou ingerência. Entretanto, o juiz, ser humano que é, inserido no contexto social, marcado por contradições, possui valores e crenças próprias de seu mundo, o que quer dizer que nunca é um observador desapaixonado (MARTINS, 2001, p. 10).

¹⁵ Em decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro restou definido que uma mãe perderia a guarda do filho, pois a cidade do Rio de Janeiro e a comunidade onde vivia com o filho seria, segundo o juiz, *uma semente de crimes, e, portanto, a criança deveria morar com o genitor na cidade de Joinville, mais civilizada*, segundo o juiz do caso. O processo está em segredo de justiça (BOECKEL; COELHO, 2019).

Acreditar na existência de um juiz neutro seria interpretar a ciência ou o fazer científico com neutralidade, livre de ideologias ou preconceções, desconsiderando o binômio conhecimento e interesse no fazer ciência (HABERMAS, 1980, p. 27). O conhecimento científico não é puro de interesses externos, por óbvio. Da mesma forma, a construção de uma sentença judicial não é pura de interesses dos mais variados.

Por isso, Eros Roberto Grau, analisando o ato de interpretar e compreender, afirma que:

O compreender é algo existencial, consubstanciando, destarte, na experiência. O que se compreende, no caso da interpretação do direito, é algo – um objeto- que não pode ser conhecido independente de um sujeito.

Quando afirmo ser uma prudência o direito estou a dizer, também, que o saber prático que interpreta é o saber prático do sujeito, isto é, do intérprete – quer dizer, daquele interprete.

Ser uma prudência o direito, isso também explica sua facticidade e historicidade, razão pela qual sua operacionalização reclama o manejo de noções, e não somente de conceitos.

Ensina mais ainda a reflexão hermenêutica: ensina que o processo de interpretação dos textos normativos encontra na pré-compreensão seu momento inicial, a partir do qual ganha dinamismo, um movimento circular, que compõem o círculo hermenêutico (...) (GRAU, 2009, p. 16).

Assim, não há como se separar o intérprete de sua historicidade, dos valores adquiridos. Da mesma forma, não há como separar sujeito e objeto no momento da interpretação. O que se deve exigir é imparcialidade do intérprete e não uma inocente neutralidade.

A derrocada do mito da neutralidade, dessarte, e a insistência na exigência da imparcialidade possuem uma posição de destaque em todo trabalho que se pretenda científico e focado na função do ato de decidir. Não existe jurisdição sem imparcialidade. Contudo, da mesma forma, não existe jurisdição neutra.

Imparcialidade, portanto, não se confunde com neutralidade. Pensar assim, imparcialidade significaria desumanização, ausência de vivências e de personalidade do próprio ser humano juiz. Dessa forma, é um erro exigir do juiz neutralidade, uma vez que tal condição não existe.

Analisando a questão de neutralidade judicial, afirma Ruiz Ritter que:

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). 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 (RITTER, 2016, p. 55).

Continua Ritter:

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. 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. Neutralidade ideológica essa, duramente criticada por Zaffaroni, que considera, inclusive, uma imagem pobre e estereotipada do juiz, aquela que correspondente a neutralidade. 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 (RITTER, 2016, p. 56).

Assim, tem-se que a exigência da imparcialidade assegura um julgamento justo, livre de influências ou interferências. Assegura às partes oportunidades iguais, contraditório e ampla participação, nada mais. Por conseguinte, não existe neutralidade política ou ideológica do intérprete, tampouco do juiz. Justamente por isso que independentemente das preferências do julgador, o devido processo legal deve ser observado com vistas a garantir a imparcialidade das decisões. A imparcialidade é uma construção jurídica que não se confunde, certamente, com neutralidade.

Neutralidade e imparcialidade são, assim, conceitos que não se confundem, apesar do senso comum, muitas vezes, sobrepor os dois conceitos em um só. Nestes termos, não é exigência do juiz imparcial uma neutralidade impossível de ser alcançada. Por conseguinte, a imparcialidade do juiz não pode ser confundida com uma exigência de neutralidade, característica que inexiste no ser humano.

Superada a pretensa neutralidade do ato de julgar, passa-se ao estudo do princípio da imparcialidade.

2.2 A imparcialidade no ordenamento jurídico brasileiro

Antes de conceituar imparcialidade, faz-se necessário descrever formalmente os dispositivos legais que tratam da imparcialidade. Por conseguinte, para um melhor

entendimento do leitor, muitas citações diretas de artigos de diplomas nacionais e internacionais serão realizadas, uma vez que a compreensão dessa forma se torna mais fidedigna. Considera-se relevante tal descrição para se demonstrar a aparente importância da imparcialidade para o legislador, que excessivamente positivou o princípio.

Assim, estabelece a Constituição da República de 1988 que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
XXXVII – não haverá júízo ou tribunal de exceção; (...)
LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; (...).

Nestes termos, a Constituição da República de 1988 não prevê explicitamente o princípio da imparcialidade, mas ao vedar a existência dos tribunais de exceção e ao privilegiar o juiz natural atenta para a necessidade de se ter num caso concreto um juiz inquestionavelmente equidistante às partes (MARTINS, 2001, p. 10). Por conseguinte, o princípio da imparcialidade no texto da Constituição da República deriva da vedação de tribunais de exceção e da exigência de julgamento pela autoridade competente, ou seja, o juiz previamente constituído aos fatos que irá julgar.

Além disso, a Constituição traz diversas prerrogativas aos magistrados para se garantir essa imparcialidade. Estabelece ainda a Constituição de 1988:

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 artigos 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I (...).

A vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios permitem ao juiz atuar com a independência necessária para bem desempenhar suas funções, evitando interferências de outros poderes estatais, do próprio poder judiciário ou mesmo externas ao poder público. Daí a necessidade de a Constituição da República especificar tais garantias.

Afirma Eugênio Raul Zaffaroni:

A independência do juiz, ao revés, é a que importa a garantia de que o magistrado não estará submetido às pressões de poderes externos à própria magistratura, mas também implica a segurança de que o juiz não sofrerá as pressões dos órgãos colegiados da própria judicatura (ZAFFARONI, 1995, p. 87).

O parágrafo único do citado artigo 95 da Constituição da República traz ainda vedações de condutas que poderiam macular a imparcialidade dos juízes no momento do julgamento.

Assim:

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II – receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III – dedicar-se à atividade político-partidária.

IV- receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V- exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Não obstante a previsão somente implícita na Constituição, diversos outros diplomas legais do ordenamento jurídico brasileiro trazem de forma explícita o princípio.

Dessa forma, o Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional perante o qual o Brasil é signatário, prevê em seu artigo 8.º, n.º 1 a exigência em um Estado Democrático de um juiz imparcial. Assim:

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.

Da mesma forma, prevê a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no artigo 10 que *toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública, julgada por um tribunal independente e imparcial.*

Ainda, a Declaração Americana de Direitos Humanos:

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.

Como não poderia ser diferente, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos estabelece em seu artigo 14 que:

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, quer 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 controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.

De igual forma, a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais:

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 carácter 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 protecção 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.

Como condutor da atuação dos juízes no Brasil, o Código de Ética da Magistratura preceitua ainda que:

Art. 1º O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro.

Ressalta, ainda, o mesmo diploma legal, que:

Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

Art. 9º Ao magistrado, no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação. Parágrafo único. Não se considera tratamento discriminatório injustificado: I - a audiência concedida a apenas uma das partes ou seu advogado, contanto que se assegure igual direito à parte contrária, caso seja solicitado; II - o tratamento diferenciado resultante de lei.

A Lei Orgânica da Magistratura estabelece como corolário da imparcialidade que:

Art. 36 - É vedado ao magistrado:

I - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou quotista;

II - exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração;

III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

Por fim, o Código de Processo Penal, com vistas a preservar a imparcialidade garantida no ordenamento, prevê situações que podem levar à suspeição ou impedimento do magistrado.

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.

Verifica-se, por conseguinte, que a imparcialidade do juiz é um princípio deveras caro ao legislador. Não é à toa que o princípio está previsto em praticamente todos os ordenamentos jurídicos do mundo, de forma implícita ou explícita, sendo tratado inclusive como direito humano fundamental.

Contudo, de nada adianta a previsão legal se o próprio intérprete diz o direito a partir de sua subjetividade, desconsiderando a ordem processual participativa, como será demonstrado com o estudo dos vieses cognitivos. Passa-se, por ora, à construção do conceito de imparcialidade no modelo constitucional do processo.

2.3 O conceito de imparcialidade no contexto do modelo constitucional de processo

O aspecto imaginário da justiça, desde há muito, é representada, principalmente em sua desejável imparcialidade, por uma mulher vendada com uma espada pronta a golpear. Paradoxal, contudo, poderia parecer tal imagem, uma vez que a justiça deveria ter os olhos bem abertos para ver as desigualdades e igualá-las (PORTA-NOVA, 1995, p. 79). Nada obstante, tal ícone representativo da imparcialidade significa, sem dúvida, que o juiz deve estar alheio ao objeto do processo e às próprias partes.

Dessa forma, a imparcialidade do juiz democrático consiste no estar alheio aos interesses processuais das partes. Um alheamento ou equidistância do julgador em relação aos

interesses em jogo no processo.¹⁶ Assim, para que seja imparcial, o juiz deve permanecer equidistante às partes e ao resultado do processo.

Afirma Rubens Casara que:

Imparcialidade é sinônimo de alheabilidade, ou seja, os juízes não podem ter interesse pessoal em relação ao resultado do processo, nem atuar para retirar proveito político, midiático, financeiro ou social da causa posta em julgamento. Mais do que isso: todo julgador deve ter contato com o processo em uma situação de não-saber, sem ter convicções ou certezas acerca dos fatos atribuídos ao acusado. A grosso modo, pode-se afirmar que, no processo penal brasileiro, a decisão do juiz imparcial só é tomada no momento constitucionalmente adequado, a saber: após a apresentação das alegações finais das partes. Até esse derradeiro momento, o juiz deve estar em condições de alterar suas impressões provisórias sobre o caso. Trata-se de um dos pilares da estrutura judiciária democrática (CASARA, 2019).

O juiz como terceiro imparcial alheio aos fatos e às partes não pode ter interesse pessoal no resultado do litígio. Tampouco pode atuar por interesses políticos, financeiros, midiáticos ou de qualquer tipo, que não o de aplicar a lei ao caso concreto, mediante a ampla participação das partes, visto que aqueles que serão afetados pela decisão são coautores e participam da construção da sentença (PINTO, 2004).

Considera-se, assim, que o principal princípio processual constitucional, corolário da cláusula do devido processo legal, é a imparcialidade do juiz, uma vez que não existe devido processo sem um terceiro imparcial a julgar os casos. A imparcialidade é, assim, requisito irrenunciável do juízo. Não existe jurisdição sem a existência de um juiz imparcial para julgar o caso concreto (ANDOLINA;VIGNERA, 1997, p. 41). Nestes termos, a imparcialidade vai muito além de uma mera exigência processual. É essência da jurisdição, sendo princípio basilar de toda a função jurisdicional do Estado.¹⁷ É uma garantia tão essencial da função do juiz que condiciona a própria existência da jurisdição.¹⁸ Não existe jurisdição sem imparcialidade.

Continua Casara:

O juiz fica impedido de exercer jurisdição sempre que ocorra ou que tome conhecimento de algum fato, alguma circunstância, que o torne passível de parcialidade. Assim, por exemplo, um juiz não pode julgar os seus adversários ou inimigos (ou mesmo os adversários de sua família ou de seus amigos íntimos). De igual sorte, se o juiz tem pretensão de exercer cargos políticos no poder executivo não pode julgar causas que facilitem essa nomeação ou que gerem vantagem para seus familiares ou aliados. Apenas em uma “república de bananas” se teria por normal um

¹⁶ O que a doutrina italiana compreende como *terzietà* (FERRAJOLI, 1995, p. 580).

¹⁷ Pedro Aragonese Alonso afirma com propriedade que a imparcialidade é o princípio supremo do processo (ARAGONESES ALONSO, 1997, p. 31).

¹⁸ José Renato Martins afirma que a imparcialidade é um pressuposto processual de existência válida do processo, dando às partes igualdade de condições para exercerem suas atividades postulatórias e instrutórias na formação do convencimento do magistrado (MARTINS, 2001, p. 84).

juiz condenar uma pessoa (vamos imaginar um candidato a cargo eletivo), retirando-lhe as chances de vitória em uma disputa eleitoral, e, em seguida, concorrer ao mesmo cargo pretendido por aquele ou mesmo ser nomeado para cargo no governo vitorioso em razão da eliminação do concorrente (CASARA, 2019).

Não obstante à crítica política externada, o cerne da questão diz respeito ao juiz estar alheio por completo ao resultado do litígio, às partes. Relaciona-se ao desinteresse, a não parcialidade, na resposta dada pela aplicação da lei ao caso concreto. Este é o ponto!

Ressalta-se que a compreensão adequada do princípio da imparcialidade não diz respeito, como afirmado anteriormente, àquela superada ideia de neutralidade, em um *colocar entre parênteses todas as considerações subjetivas do julgador* (GOLDSCHMIDT, 1950), o que, por óbvio, seria impossível, mas sim a uma construção jurídica com o objetivo de preservar a cognição do juiz como terceiro desinteressado. Como princípio supremo do processo (ARAGONESES ALONSO, 1997, p. 127), a imparcialidade impõe limites ao agir judicial, para que exija do juiz a apreciação igualitária das versões trazidas pelas partes, proporcionando igualdade e limites na atuação. Assim, imparcialidade significa que o juiz deve ser alheio aos fatos, desinteressado em relação ao objeto do litígio, equidistante em relação às partes, inerte. É a única possibilidade de um julgamento justo, consoante o que se espera em um Estado Democrático.

Além disso, a imparcialidade está intimamente relacionada a um juiz disposto a julgar com base nas provas produzidas em contraditório judicial (JAYME; FRANCO, 2014, p. 338), sem preconceitos ou pré-juízos acerca do caso a ser julgado. Por isso se torna inadmissível o juiz no processo penal democrático produzir provas, ou mesmo direcionar ou influenciar na produção de provas, prerrogativa exclusiva das partes, a despeito da previsão legal do artigo 156 do CPP. Tal característica assegura o distanciamento necessário para o ato de decidir.

Afirma Casara que:

Sinais da violação à imparcialidade, portanto, podem ser percebidos ao se analisar a relação de parceria entre o órgão acusador e o juiz ao longo do processo. Também basta pensar na prática inquisitorial de alguns juízes que ficam por horas a formular perguntas ao réu durante o interrogatório na tentativa de “produzir” contradições ou encontrar elementos probatórios que não foram produzidos durante toda a instrução, para se identificar indícios de parcialidade. Em apertada síntese, sempre que o juiz adota o compromisso de confirmar a hipótese acusatória tem-se clara violação à imparcialidade judicial (CASARA, 2019).

Assim, para garantir a imparcialidade, princípio basilar da função jurisdicional, (MONTERO AROCA, 2001, p.29) deve-se admitir que o juiz, como ser humano que é, em seu horizonte de sentido que não foi produzido endoprocessualmente (COUTINHO; 2001, p. 42), caso atue ativamente no processo, produzindo provas, interferirá no julgamento, sendo

relevante o distanciamento para se evitar a contaminação quase certa do julgador. Ressalta-se que a justiça humana nada mais é do que uma justiça parcial, sendo que o juiz deve tentar diminuir a todo momento essa parcialidade (CARNELLUTTI, 2008, p. 39).

Afirma José Renato Silva Martins que:

A imparcialidade não exige que o juiz seja um ente alheio ao mundo. O juiz no seu dia-a-dia ouve boatos sobre os casos que irá julgar, possui opiniões pré-formadas sobre determinados âmbitos da realidade que podem vir a constituir-se objeto de seu julgamento, etc. Todavia não se torna parcial, a menos que não observe os mecanismos do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal que disciplinam as hipóteses que geram a imparcialidade (MARTINS, 2001, p. 78).

Por isso, o juiz democrático deve se manter alheio como nota essencial de um agir imparcial em todos os processos. Em um processo penal democrático, principalmente, acusatório, com alicerce no princípio dispositivo, com a gestão da prova na mão das partes, o alheamento, a equidistância em relação às partes é essencial. A imparcialidade, em uma leitura consoante o modelo constitucional de processo, decorre da observância pelo terceiro imparcial das garantias constitucionais e convencionais: contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões, presunção de inocência. O juiz deve ser o garantidor desses princípios que constituem o modelo constitucional de processo. Logo, a instrução probatória exclusiva das partes, permite ao juiz, fiscalizar a atuação das partes, controlar os atos produzidos e fundamentar a decisão com fundamentos e provas apresentadas pelas partes. A inércia, da mesma forma, em um processo penal democrático, é assim característica essencial do magistrado, uma vez que não se pode admitir um juiz produtor de provas.

Ressalta Piero Calamandrei que:

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, 2013, p. 46).

Lado outro, nada disso, alheamento ou inércia, altera o protagonismo do juiz no processo, uma vez que sempre a palavra final, o ato de decidir, é do magistrado.¹⁹ O dever de aplicar a norma ao caso concreto, desde que haja uma interpretação compartilhada dessa norma pelas partes, impõe-se como uma tônica no exercício da jurisdição. Configura-se desde a

¹⁹ Afirma Salah H. Khaled Júnior que *toda dinâmica processual acabará inevitavelmente desembocando no papel do juiz, pois afinal é ele que terá de decidir* (KHALED JUNIOR, 2013, p. 495).

flexibilidade atribuída pelas pautas de equidade, até a reconstrução da hipótese de fato pelo exame da prova, trazida ao processo pelas partes (LOPES, 1993, p. 206). Por conseguinte, não existe jurisdição sem imparcialidade. Impensável, portanto, a existência de uma jurisdição parcial, uma vez que o próprio conceito de jurisdição seria afetado.

Aprofundando no conceito de imparcialidade, afirmam Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera que:

A imparcialidade pode ser definida como a indiferença pessoal do juiz ao resultado do processo que lhe foi confiado e se explica na inexistência de vínculos subjetivos, objetivos e psicológicos suscetíveis de condicionarem o conteúdo de sua decisão (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 40).

Assim, em relação ao vínculo subjetivo, a imparcialidade implica na inexistência de interesses pessoais do juiz em relação à causa a ser julgada. Por outro lado, em relação ao vínculo objetivo, o juiz deve ser estranho ao objeto do processo.

Consoante o vínculo psicológico, tema objeto central desse estudo, o juiz não pode ter proferido decisão anterior quanto à mesma causa, seja em qualquer grau de jurisdição, uma vez que a avaliação prévia acerca da mesma matéria dispara mecanismos psicológicos suscetíveis de condicionar o conteúdo de uma decisão (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 44). Daí o aprofundamento do estudo dos vieses cognitivos e da teoria da dissonância cognitiva.

Antes, contudo, relevante delinear a diferença entre a imparcialidade subjetiva e a imparcialidade objetiva.

2.4 A imparcialidade subjetiva e a imparcialidade objetiva

A imparcialidade subjetiva e objetiva são duas facetas da mesma moeda, sendo de extrema relevância se entender a distinção desses conceitos. Sem dúvida, a análise mais completa do princípio restou realizada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Resumidamente, a imparcialidade tida por subjetiva se refere ao fato de o juiz ser de forma efetiva cognitivamente imparcial, sem predileções em relação às partes.

Em síntese, ressalta o juiz romeno Cristi Danilet:

A análise mais completa sobre imparcialidade foi feita pela E. Court of Human Rights. De acordo com o artigo 6, parágrafo 1 da Convenção Europeia, o Tribunal de

Estrasburgo considerou que a imparcialidade de um tribunal deve ser determinada mediante o enfrentamento de um aspecto subjetivo e objetivo, analisado em face de cada juiz no tribunal.

a) A abordagem subjetiva: A imparcialidade subjetiva pessoal parte do pressuposto de que nenhum membro do órgão julgante deve ter qualquer preconceito ou predileção. O juiz não deve ter motivos para favorecer ou desfazer qualquer das partes. A abordagem subjetiva para determinar a imparcialidade de um juiz significaria, portanto, determinar a condenação particular do juiz durante o julgamento e na adjudicação de um caso particular. A conduta que favorece ou desfavorece uma das partes pode, por exemplo, consistir em fazer observações sugerindo que o juiz esteja convencido da culpa do acusado ou do parentesco do juiz com uma das partes. O Tribunal de Estrasburgo decidiu que um membro de um júri de um tribunal que havia sido ouvido dizendo que era racista não cumpria a condição de imparcialidade. Da mesma forma, nem um juiz da câmara criminal que fez uma declaração pública sugerindo que o acusado era culpado. Reconhecendo que a imparcialidade subjetiva diz respeito ao “foro interior” do juiz, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos lembrou que a imparcialidade pessoal de um juiz deve ser presumida até que haja prova em contrário. Isso se aplica a juízes profissionais, membros de um júri e profissionais especializados que participam ao lado dos juízes no julgamento dos casos (DANILET, 2000).

A imparcialidade subjetiva corresponde à ideia de originalidade cognitiva do juiz no ato de julgar. Dessa forma, o juiz seria parcial de forma subjetiva se de modo consciente ou inconsciente tivesse formado sua convicção sobre os fatos que está a apurar. Verifica-se, por conseguinte, que é deveras dificultoso provar uma parcialidade cognitiva, uma vez que está no inconsciente do julgador.

Afirma acertadamente Ruiz Ritter que a imparcialidade subjetiva deve ser analisada no íntimo do julgador, por mais dificultoso que possa parecer. O juiz parcial subjetivamente já está contaminado em sua íntima convicção, uma vez que já possui sua opinião formada antes da decisão (RITTER, 2016, p. 61). Por conseguinte, a finalidade do princípio da imparcialidade subjetiva é garantir que os julgamentos sejam pautados em juízos objetivos, que o juiz esteja comprometido com a análise imparcial do caso, sem estar, mesmo que inconscientemente, vinculado a um resultado antes da produção probatória.

Ao contrário, em termos de imparcialidade objetiva o juiz não poderia exercer a *jurisdição no processo em que tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se de fato ou de direito sobre a questão*. Além de ser imparcial, o juiz deve parecer ser imparcial, não assumindo posições que levantem dúvidas acerca de sua imparcialidade.

Continua Cristi Danilet:

b) A abordagem objetiva: O Tribunal Europeu considera que a noção de imparcialidade contém não apenas um elemento subjetivo, mas também um elemento objetivo. Não apenas o tribunal deve ser mentalmente imparcial, pois "nenhum de seus membros deve ter preconceito pessoal ou predileções", mas também “tem que ser imparcial de um ponto de vista objetivo”, o que significa que “devem existir garantias para se excluir todas as dúvidas a esse respeito.” Para esse aspecto, o critério introduz a necessidade de analisar se, independentemente da conduta pessoal do juiz,

há algum fato determinante e verificável que possa justificar dúvidas quanto à sua imparcialidade. Sob escrutínio está a competência funcional do juiz. O objetivo desta análise é determinar se o juiz ofereceu garantias suficientes para descartar qualquer dúvida legítima no caso que está atuando. Desse ponto de vista, os conceitos de independência e imparcialidade objetiva parecem estar intimamente relacionados. No assunto do Projeto de Direitos Constitucionais, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos teve que considerar, entre outras coisas, compatibilidade com o parágrafo 1 do artigo 7 da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos com a Lei de Perturbações Civis (Tribunal Especial) que declara que o tribunal será composto por um juiz e quatro membros das forças armadas. Como tal, a Comissão concluiu que o tribunal "é composto por pessoas pertencentes em grande parte ao ramo executivo do governo, o mesmo ramo que aprovou a Lei de Perturbações Civis". A Comissão posteriormente lembrou que a letra (d) do artigo 7, parágrafo (1) da Carta "exige que o tribunal seja imparcial" e continua dizendo que "independentemente do caráter dos membros individuais de tais tribunais, apenas sua composição cria a aparência, se não a falta real, de imparcialidade (DANILET, 2000).

Continua o autor:

O princípio número 3 da Carta dos Juízes na Europa declara expressamente que não apenas o juiz deve ser imparcial, mas deve ser visto por todos como imparcial. O Tribunal Europeu, por sua vez, eleva o requisito da aparência de imparcialidade à categoria de princípio. Isso é necessário para não prejudicar a confiança do público (e, em matéria penal, a confiança do acusado está acima de qualquer outra coisa) que um tribunal deve inspirar em qualquer sociedade democrática. O Tribunal atribuiu grande importância ao adágio inglês: "Além de ser feita, a justiça deve parecer estar sendo feita." O resultado é que a maneira, a atitude e as manifestações de um juiz que julga um caso devem ser de natureza a mostrar às partes que ele não pretende favorecer-las ou desfavorecê-las. Portanto, é explicitamente sustentado que "o tribunal deve ser e deve parecer independente e imparcial". A consequência é que o sistema de "tribunais sem rosto" (juízes usando máscaras para permanecerem anônimos por razões antiterroristas) falha em garantir a aparência necessária de independência e imparcialidade (DANILET, 2000).

Nestes termos, na imparcialidade objetiva o juiz deve parecer imparcial, não deixando espaço para dúvidas acerca de sua imparcialidade na condução do processo. A situação jurídica do magistrado deve ser objetivamente imparcial. Assim, o que se busca é a confiança da sociedade na administração da justiça, que jamais pode ser ou parecer parcial.

Jorge de Figueiredo Dias afirma que:

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. [...] 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, 2004. p. 315).

Dessa forma, em termos de imparcialidade objetiva, vigora a teoria da aparência²⁰. Mais do que imparcial, o juiz deve aparentar ser imparcial, não deixar dúvidas acerca de sua imparcialidade.

Afirma Gustavo 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, 2011, p. 343).

Caso emblemático foi decidido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos acerca da imparcialidade objetiva. No caso *Piersack vs. Bélgica*, de 01 de outubro de 1982, um fabricante de armas chamado Christian Piersack foi preso acusado de homicídio. Atuou como promotor do caso *Pierre Van de Walle*, o mesmo que posteriormente condenou Piersack à pena de dezoito anos de trabalhos forçados. Insatisfeito, Piersack recorreu da decisão sendo que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu que houve violação ao dever de imparcialidade objetiva, uma vez que no mesmo processo foram acumuladas as funções de acusar e julgar (EUROPEAN, 1982).

Ressalta-se que em nenhum momento foi questionada a convicção do julgador no caso, mas apenas a sua parcialidade objetiva, uma vez que estava em jogo a confiança dos jurisdicionados no Poder Judiciário.

Com análise acerca da imparcialidade objetiva e subjetiva, o caso *Cubber vs. Bélgica* é, de fato, interessante. De Cubber foi condenado a cinco anos de prisão por furto de um automóvel e em outro processo a um ano de prisão por falsificação de documentos. Contudo, um dos três magistrados responsáveis pelo julgamento atuou também na investigação dos fatos criminosos, o que gerou a irresignação do acusado. Em decorrência da dupla atuação do juiz, como julgador e investigador, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos concluiu que as atividades do julgador em fase investigatória podem gerar dúvida nos jurisdicionados acerca da imparcialidade do Poder Judiciário, maculando sua imparcialidade objetiva. Além disso, a atuação como investigador conduziria a um estar contaminado para se proferir um julgamento isento, restando, pois, violado do artigo 6º, parágrafo 1º, da Convenção Europeia dos Direitos

²⁰ A teoria da aparência orienta os julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (BADARÓ, 2011, p. 343).

do Homem, Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (EUROPEAN, 1994).

Assim:

ARTIGO 6º 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 carácter 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 protecção 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.

Assim, o juiz que profere decisão no mesmo processo torna-se parcial, comprometido cognitivamente, para decidir naquele processo posteriormente. Prevenção, por conseguinte, deveria ser causa de exclusão de competência e não de atração para o ato de julgar. Crer na imparcialidade cognitiva de quem já proferiu decisão sobre o mesmo fato é de uma inocência sem tamanho, verdadeiro erro psicológico próprio do modelo inquisitorial (LOPES JR., 2013, p. 184).

No caso D.N. vs. Suíça, de 2001, a demandante possuidora de longo histórico de internações, teve um novo pedido de internação negado pela Comissão Administrativa de Recursos do Distrito de St. Gall, cuja composição contava com cinco membros. Contudo, um dos membros havia participado também da perícia técnica quanto ao quadro psiquiátrico apresentado por D. N., que a diagnosticou como portadora de diversos distúrbios mentais. Dessa forma, ocorreu um acúmulo de funções de julgador e perito médico, o que foi questionado por D.N.. Em decisão, o tribunal considerou que a atuação no processo em dois momentos distintos, como perito e julgador, era suficiente para colocar em dúvida a imparcialidade do julgamento na perspectiva objetiva e que provavelmente o juiz já estaria manipulado por pré-juízos (EUROPEAN, 2001).

Em todos os casos citados, foi questionada a atuação do juiz em fase investigatória, às vezes no sentido de gerar dúvida na sociedade acerca da imparcialidade do Poder Judiciário, às vezes considerando a provável contaminação voluntária ou involuntária do juiz para proferir uma decisão isenta.

Nada obstante, as definições de imparcialidade subjetiva e objetiva partem, geralmente, do pressuposto que os magistrados impõem conteúdo racional ao ato de decidir. Ou seja, decidir

dependeria de escolhas conscientes do julgador. Esquece-se, contudo, do conteúdo inconsciente da imparcialidade, dos vieses cognitivos que tanto influenciam na tomada de decisões. Passa-se então para a análise da psicologia comportamental cognitiva e o ato de julgar, tema central do presente trabalho, com vistas a se demonstrar os reflexos das heurísticas na quebra da imparcialidade subjetiva do juiz.

3. A PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL COGNITIVA, AS DUAS FORMAS DE PENSAR E A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

Consoante afirmado, para que seja possível superar a dicotomia acusatório-inquisitivo e compreender o processo penal a partir da demarcação principiológica constitucional e convencional, outras ciências, incluída a psicologia, devem ser estudadas com vistas a esclarecer e motivar o afastamento do juiz da produção de provas e o mecanismo de tomada de decisão que permita a imparcialidade do julgador.

Assim, como recorte necessário, importante saber como o juiz pensa para tomar uma decisão em um processo criminal. Por conseguinte, essencial o estudo da psicologia e da psicologia cognitiva. Não é possível mais se pensar em um direito puro (KELSEN, 1999, p. 18), sem influências externas, isolado.

3.1 A psicologia

A psicologia é a ciência que estuda o comportamento humano e sua interrelação com os processos mentais. Estuda então a epistemologia dos processos mentais e sua relação com a memória, a linguagem e o pensamento do ser humano. É o estudo da mente e da alma do indivíduo (DAVIDOFF, 2001, p. 06).

Em tese, tradicionalmente, a ciência psicológica é classificada de diversas formas. Chama a atenção a psicologia behaviorista, humanista, psicanalítica e cognitivista (NUNES; LUD; PEDRON, 2018, p. 42).

O behaviorismo, em síntese, consiste em o psicólogo utilizar métodos objetivos e fenômenos observáveis para tirar suas conclusões. Não se preocupa tanto com a mente humana, portanto. Fenômenos externos ao agente, mais facilmente observáveis dão o condão de atuação do estudo (DAVIDOFF, 2001, p. 13).

A psicologia humanista parte da premissa de que o ser humano deve se encontrar para resolver os seus próprios problemas. A interpretação subjetiva de cada ser humano é a base para o desenvolvimento da pessoa. A possibilidade do ser humano se encontrar como pessoa parte do pressuposto de se conhecer primeiro (DAVIDOFF, 2001, p. 14).

A perspectiva psicanalítica tem por estudo problemas no sistema nervoso, com ênfase nas neuroses. Tem como expoente máximo Sigmund Freud, sendo um dos ramos mais difundidos da psicologia atualmente. Ao contrário das perspectivas anteriores, se aprofundou no tratamento de doenças emocionais (DAVIDOFF, 2001, p. 16).

Não é o objetivo do presente trabalho se aprofundar na ciência psicológica.²¹ Contudo, necessário se faz um estudo mais aprofundado da psicologia cognitiva, uma vez que é o alicerce do presente trabalho. Assim, o estudo da cognição será feito em tópico separado.

3.2 A psicologia cognitiva

A psicologia cognitiva é a ciência da mente humana e sua inter-relação com o meio ambiente. Estuda aspectos ligados à percepção, atenção, memória, linguagem, conhecimento, pensamento, resolução de problemas e tomada de decisões.

Afirma Laurie Lundy- Ekman:

A neurociência cognitiva cobre os campos de pensamento, aprendizado e memória. Os estudos do planejamento, do uso da linguagem e das diferenças entre a memória para eventos específicos e a memória para a execução de habilidades motoras, são exemplos da análise ao nível cognitivo (EKMAN, 2017, p. 33).

Relevante, pois, o estudo, uma vez que a atuação judicial nada mais é que tomar decisões no caso concreto.

Por conseguinte, a percepção consiste na capacidade de reconhecer e entender aspectos provenientes de estímulos ambientais. Cada indivíduo assim pode ter uma percepção diferente de cada situação, não sendo uma característica objetiva, mas subjetiva. Relaciona-se à capacidade de cada um compreender estímulos ambientais (STERNBERG, 2012, p. 65).

A atenção é a capacidade de detectar estímulos. Tal capacidade é relevante, pois, dependendo do nível de atenção do sujeito, as lembranças podem se perder em curto espaço de tempo. De outra forma, um alto nível de atenção acarreta conseqüentemente fixação de memórias por mais tempo. Assim, a atenção influencia consideravelmente na memória do sujeito acerca de determinado fato (STERNBERG, 2012, p. 123).²²

²¹ Para se aprofundar no tema, ver: DAVIDOFF, 2001; MYERS, 2016; GLEITMAN, 2009.

²² Chama-se atenção para o estudo das falas memorias no processo penal. Ver: MORAIS DA ROSA, 2017, p. 181; ÁVILA, 2016.

A memória diz respeito à maneira como se codifica, se armazena e se recupera informações obtidas por meio das experiências do dia a dia. Consiste na capacidade maior ou menor de se recordar informações recebidas e percebidas. A memória é, pois, limitada, questionável, utiliza heurísticas e vieses, estando sujeita ao contexto biológico e ambiental (MORAIS DA ROSA, 2017, p. 180).

Afirma Robert Sternberg que:

Na codificação você transforma dados sensoriais em uma forma de representação mental. No armazenamento você mantém as informações codificadas na memória. Na recuperação você acessa ou usa as informações armazenadas na memória (STERNBERG, 2012, p. 153).

Muito comum e perigoso, por conseguinte, distorções na memória. A memória pode desaparecer rapidamente, falhar em momentos cruciais, enganar. Citando os sete pecados da memória de Schacter, afirma Robert Sternberg:

Essas distorções tendem a ocorrer de sete maneiras específicas, que Schacter (2001) denominou os 'sete pecados da memória'. Eis os sete pecados de Schacter: 1. Transitoriedade. A memória desaparece rapidamente. Por exemplo, embora a maioria das pessoas saiba que O. J. Simpson foi absolvido da acusação de assassinato de sua esposa, elas não se lembram como tomaram conhecimento de sua absolvição. Em uma ocasião, poderiam afirmá-lo, mas não conseguem mais. 2. Falta de atenção. Algumas vezes, as pessoas escovam seus dentes após já tê-los escovado ou entram em uma sala procurando algo e acabam percebendo que esqueceram o que estavam buscando. 3. Bloqueio. As pessoas, algumas vezes, têm algo que sabem que deveriam se lembrar, mas não conseguem. É como se a informação estivesse na ponta da língua, porém não conseguem recuperá-la. Por exemplo, as pessoas podem ver alguém que conhecem, mas o nome da pessoa lhes escapa. Ou podem tentar pensar um sinônimo para uma palavra, sabendo que existe um sinônimo óbvio, mas são incapazes de lembrá-lo. 4- Atribuição errônea. As pessoas, frequentemente, não conseguem se lembrar onde ouviram algo ou leram uma informação. Algumas vezes, as pessoas pensam que viram coisas que não viram ou ouviram coisas que não ouviram. Por exemplo, o testemunho ocular, algumas, vezes obscurecido por aquilo que julgamos ter visto ao invés daquilo que realmente vimos. 5. Sugestionabilidade. As pessoas são suscetíveis à sugestão, portanto, caso lhes seja sugerido que viram algo, podem pensar que se lembram de tê-lo visto. Por exemplo, na Holanda, quando perguntadas se tinham visto um filme na televisão mostrando um avião se chocando contra um prédio de apartamentos, muitas pessoas disseram que o tinham visto. Esse filme nunca existiu. 6. Viés. As pessoas apresentam, frequentemente, viés em sua recordação. Por exemplo, pessoas que, atualmente, estão sentindo dor crônica em suas vidas são mais predispostas a se lembrar de dor no passado, tenham ou não a sentido. Pessoas que não estão sentindo tal dor apresentam menos probabilidade de lembrar-se de dor no passado, novamente com pouca relação à sua experiência passada real. 7. Persistência. As pessoas, algumas vezes, se lembram de fatos considerando-os importantes, mas que, em contexto amplo, não o são. Por exemplo, alguém com muito sucesso, mas um fracasso importante, pode se lembrar melhor deste único fracasso do que dos diversos sucessos. (STERNBERG, 2012, p. 210).

Assim, a formação da memória é dinâmica e falha. Por isso, a constante preocupação no processo penal com as falsas memórias.

Leciona Gustavo Noronha de Ávila que:

Nos processos que tenham a reconstrução do fato criminoso pretérito, podem existir artimanhas do cérebro, informações armazenadas como verdadeiras, ou induções dos entrevistadores, de outras pessoas e/ou da mídia que, no entanto, não condizem com a realidade. Estas são as chamadas falas memórias, processo que pode ser agravado, quando da utilização de técnicas por repetição, como as empregadas de forma notória no âmbito criminal. Falsas memórias consistem em recordações de situações que, na verdade, nunca ocorreram. A interpretação errada de um acontecimento pode ocasionar a formação de falsas memórias (ÁVILA, 2016).

A linguagem consiste na capacidade de receber, interpretar e emitir informações. Por meio da linguagem o ser humano manipula signos linguísticos, permitindo a troca de informações entre os sujeitos. Assim, reflete a maneira de se expressar e interagir.

O conhecimento reflete as informações que ficam armazenadas na memória e estão aptas a serem utilizadas pelo sujeito. É aquilo que se sabe e que se aprendeu. Compreende a representação mental das informações de cada indivíduo.

O pensamento consiste no fato de o ser humano ter ideias, refletir, raciocinar e resolver problemas. Abrange a atividade de se recordar e recuperar informações que estão armazenadas na memória. Como o pensamento está intimamente relacionado com resolver problemas e tomar decisões, tal assunto será explorado no próximo tópico.

Assim, a psicologia cognitiva estuda a cognição e os processos mentais que estão por detrás do comportamento humano. A inter-relação entre a capacidade de armazenar, transformar e aplicar o conhecimento na resolução de questões. Daí a importância do tema para o estudo da imparcialidade das decisões judiciais.

3.3 As duas formas de pensar, a resolução de problemas e a tomada de decisões

O pensamento reflete a maneira do ser humano processar informações, resolver problemas e tomar decisões. Existem duas formas de pensar: uma rápida e outra devagar. Uma intuitiva e outra lógica (KAHNEMAN, 2012, p. 22).

Ambas são formas de funcionamento da mente humana, da maneira como as pessoas pensam e posteriormente tomam decisões. O Sistema 1 (S1) consiste em uma forma mais direta, automática, intuitiva, de pensamento. O Sistema 2 (S2) representa, contudo, uma atividade cognitiva mais reflexiva, silogística, demorada, racional (KAHNEMAN, 2012, p. 22).

A interação entre os sistemas reflete o próprio funcionamento do pensamento humano. Existe, pois, interações recíprocas entre os sistemas, sendo que o S1 influencia demasiadamente o S2. Assim, o S2 faz escolhas com base em informações fornecidas pelo S1.

Afirma Daniel Kahneman que:

O Sistema 1 opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário.
O Sistema 2 aloca a atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. As operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração. (...)
As operações automáticas do Sistema 1 geram padrões de ideias surpreendentemente complexos, mas apenas o Sistema 2, mais lento, pode construir pensamentos em séries ordenadas de passos (KAHNEMAN, 2012, p. 29).

Assim, o S1 é um pensamento inconsciente, mais rápido e eficiente, enraizado com base nas experiências dos indivíduos. Permite assim a realização das diversas atividades diárias. Ao contrário, o S2 é um pensamento consciente, elaborado, raciocinador, faz escolhas e decide o que pensar e o que fazer a respeito de algo. Raciocina para se chegar a certa conclusão.

Daniel Kahneman exemplificando os dois sistemas, afirma:

Em ordem aproximada e complexidade, eis aqui alguns exemplos das atividades automáticas que são atribuídas ao Sistema 1:

- Detectar que um objeto está mais distante que outro.
- Completar a expressão “pão com...”
- Detectar hostilidade de uma voz. (...)

As operações altamente diversificadas do Sistema 2 tem uma característica em comum: elas exigem atenção e são interrompidas quando a atenção é desviada. Eis alguns exemplos:

- Procurar uma mulher de cabelos brancos.
- Monitorar a conveniência de seu comportamento numa situação social.
- Comparar duas máquinas de lavar roupa em relação ao valor global (KAHNEMAN, 2012, p. 31).

O S1 funciona por meio de uma atitude inconsciente, sem esforço perceptível do sujeito. Assim, intuitivamente se detecta hostilidade de uma voz ou se responde quanto é $1 + 1$. O pensamento é imediato e sem esforço. Tomam-se atitudes sem questionamentos, sem saber o real motivo. É o que ocorre na maioria das decisões do dia a dia.

Para resolver problemas, o S1 faz a utilização de heurísticas e vieses cognitivos que auxiliam na tomada de decisões. Muitas vezes, contudo, por ser um sistema automático, estimula decisões equivocadas. Não se percebe as peculiaridades do caso concreto, tendo em vista a automaticidade do S1.

Como o S1 opera de maneira inconsciente, simplifica atividades rotineiras da vida. Contudo, tal simplificação de atividades cerebrais rotineiras pode ocasionar desvirtuamentos da racionalidade. O S1 então auxilia a vida, mas induz ao erro.

Assim, o S1, como uma das formas de pensar, é eficiente, mas ao mesmo tempo, perigoso. Ajuda em atividades simples. Cria automatismos, vieses cognitivos. Mas pode induzir de forma equivocada o S2.

Ressalta Daniel Kahneman que:

Quando pensamos em nós mesmos, nos identificamos com o Sistema 2, o eu consciente, raciocinador, que tem crenças, faz escolhas e decide o que pensar e o que fazer a respeito de algo. Embora o Sistema 2 acredite estar onde a ação acontece, é o automático Sistema 1 o herói deste livro. Descrevo o Sistema 1 como originando sem esforço as impressões e sensações que são as principais fontes de crenças explícitas e escolhas deliberadas do Sistema 2. As operações automáticas do Sistema 1 geram padrões de ideias surpreendentemente complexos, mas apenas o Sistema 2, mais lento, pode construir pensamentos em séries ordenadas de passos (KAHNEMAN, 2012, p. 29).

O S1 opera por heurísticas, atalhos mentais. Oferece respostas corretas de forma rápida, mas muitas vezes incompletas. Questões cotidianas como amarrar os sapatos, ligar a televisão, escovar os dentes são exemplos claros de funcionamento do S1 (WOJCIECHOWSKI; MORAIS DA ROSA, 2018, p. 24).

Verifica-se assim que as ações operadas por meio do S1 derivam do hábito cotidiano do sujeito. Não se exige raciocínio, uma vez que o organismo já aprendeu os automatismos. Praticamente não necessitam de esforço cognitivo as ações praticadas por meio do S1.

O S2, entretanto, é utilizado quando o S1 não oferece uma resposta. Exige maior esforço cognitivo. É mobilizado em atividades que exigem maior raciocínio e assume o controle da cognição quando as coisas se tornam mais tormentosas.

Atividades como preencher um formulário de imposto, monitorar a conveniência de um comportamento numa situação social, multiplicar 17×24 são tarefas afetas ao S2 (KAHNEMAN, 2012, p. 32). Da mesma forma, manter a concentração no momento de atirar em um alvo distante ou resolver questões matemáticas complexas (NUNES; LUD; PEDRON, 2018, p. 60). Igualmente, o ato de calcular porcentagens, estudar, raciocinar e guardar informações lógicas.

O S2, assim, não opera de forma automática, exige consciência e raciocínio. Caso o agente esteja desatento, com absoluta certeza, não conseguirá resolver as questões, ou cometerá erros. Cálculos errados, estudo sem memorização, um tiro desperdiçado, são resultados de equívocos do S2.

O S2 interliga-se ao S1, contudo. O S1 deixa a disposição do S2 um catálogo de automatismos, respostas prontas e rápidas para que o S2 escolha a melhor resposta. Assim, o S2 atua como articulador do raciocínio com base nas informações passadas pelo S1.

Daniel Kahneman, explicando a relação entre os sistemas, afirma:

O Sistema 1 funciona automaticamente e o Sistema 2 está normalmente em um confortável modo de pouco esforço, em que apenas uma fração de sua capacidade está envolvida. O Sistema 1 gera continuamente sugestões para o Sistema 2: impressões, intuições e sentimentos. Se endossados pelo Sistema 2, impressões e intuições se tornam crenças, e impulsos se tornam ações voluntárias. Quando tudo funciona suavemente, o que acontece na maior parte do tempo, o Sistema 2 adota as sugestões do Sistema 1 com pouca ou nenhuma modificação. Você geralmente acredita em suas impressões e age segundo seus desejos, e tudo bem – normalmente (KAHNEMAN, 2012, p. 33).

O grave problema da interação entre os sistemas é que o S2 muitas vezes aceita sugestões equivocadas do S1, automatismos mentais errados, o que acarreta em decisões também equivocadas. Assim, o S2, por exigir esforço e concentração, endossa intuições, impressões e crenças do S1. Atua de forma preguiçosa, portanto.

Explicando a relação entre os sistemas, afirma Daniel Kahneman:

A combinação de um Sistema 1 que busca coerência com um Sistema 2, preguiçoso, significa que o Sistema 2 vai endossar muitas crenças intuitivas, as quais refletem intimamente as impressões geradas pelo Sistema 1. Claro que o Sistema 2 também é capaz de uma aproximação mais sistemática e cuidadosa da evidência, e de seguir uma lista de itens que devem ser listados antes de se tomar uma decisão – pense na compra de uma casa, quando você deliberadamente busca informação que não possui. Contudo, espera-se que o Sistema 1 influencie até as decisões mais cuidadosas. Seu input nunca cessa. (...) O Sistema 1 é radicalmente insensível tanto à qualidade como à quantidade da informação que origina as impressões e intuições (KAHNEMAN, 2012, p. 112).

O S1 cria automatismos que facilitam o conforto cognitivo. Contudo, tais automatismos, muitas vezes, criam ilusões de veracidade, ilusões de verdade. As ilusões são endossadas pelo S2 criando soluções equivocadas para problemas complexos.

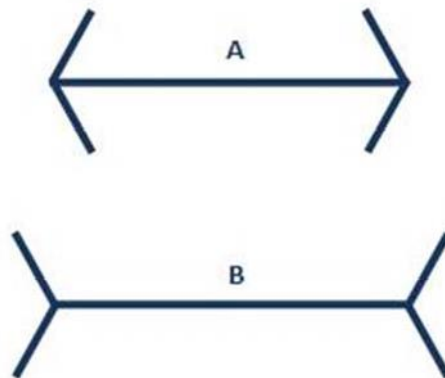
O S2, ao raciocinar, *tira conclusões precipitadas com base em evidências limitadas* fornecidas pelo S1 (KAHNEMAN, 2012, p. 112). Como *o S1 é radicalmente insensível à qualidade como à quantidade da informação que origina as impressões e intuições*, o S2 é influenciado a concluir com base em poucos elementos (KAHNEMAN, 2012, p. 112). *O que você vê é tudo que há*, ou *what you see is all there is*, ou simplesmente *WYSIATI*, reflete, na verdade, as intuições endossadas pelo S2 do S1 (KAHNEMAN, 2012, p. 112).

Daniel Kahneman explicando como os julgamentos acontecem e a relação entre os sistemas afirma:

As perguntas são dirigidas ao Sistema 2, que vai dirigir a atenção e fazer uma busca na memória para encontrar as respostas. O Sistema 1 opera de modo diferente. Ele monitora continuamente o que está acontecendo fora e dentro da mente, e gera continuamente avaliações dos vários aspectos da situação sem intenção específica e com pouco ou nenhum esforço. Essas *avaliações básicas (basic assessments)* desempenham importante papel no julgamento intuitivo, pois elas facilmente entram no lugar de questões mais difíceis – essa é a ideia essencial da abordagem de heurísticas e vieses (KAHNEMAN, 2012, p. 116).

Assim, as heurísticas e vieses se colocam no lugar de questões mais difíceis, enganando o S2. Em um problema de difícil solução, o S2 faz uso, por ser mais fácil e menos oneroso, de *basic assessments*. Para todo problema complexo existe uma resposta simples, rápida e completamente errada (MENCKEN, 1920, p. 158). É basicamente isso.

Continuando ainda a falar dos sistemas que determinam a tomada de decisões, importante analisar a figura abaixo:



A figura é chamada de *ilusão de Muller-Lyer*. Consiste em duas linhas horizontais com setas nas extremidades apontando para diferentes direções. Em uma análise rápida, realizada pelo S1, acredita-se que a linha horizontal de A é menor que a linha horizontal de B (KAHNEMAN, 2012, p. 37).

Contudo, quando se mede ambas as linhas, raciocínio feito pelo S2, verifica-se que ambas as retas tem o mesmo comprimento. Assim, conclui Kahneman:

Agora que já mediu as linhas, você - seu Sistema 2, o ser consciente que você chama de “eu” – tem uma nova crença: você sabe que as linhas são igualmente longas. Se questionado sobre sua extensão, você vai dizer o que sabe. Mas você continua a ver a linha de baixo como maior. Você decidiu acreditar na medição, mas não consegue impedir o Sistema 1 de executar seu truque; você não pode decidir ver as linhas como iguais, embora você saiba que são (KAHNEMAN, 2012, p. 37).

A figura representa uma maneira simples de provar a influência do S1 no S2 e indicar os equívocos que podem ocorrer na tomada de decisões. O S1 gera impressões, ilusões, sentimentos e inclinações. Opera automática e rapidamente, induzindo em erro o S2, raciocinador.

Aprofundando ainda na relação entre os sistemas, responda ao seguinte questionamento: *Um bastão e uma bola custam \$1,10 no total. O bastão custa \$1,00 a mais do que a bola. Quanto custa a bola?* (COSTA, 2016, p. 64).

Imediatamente, sem pestanejar, o SI responde intuitivamente que a bola custa \$0,10. O S1 atua intuitivamente e indica a resposta ao S2 que endossa a ilusão de veracidade. Ou seja, o S1 cria um conforto cognitivo quase que imediato para o S2.

Contudo, em uma análise racional do caso, verifica-se que a bola custa \$0,05 e não \$0,10 como o S1 fez acreditar. Como o SI gera um conjunto limitado de avaliações, induz o S2 ao erro.

Da mesma forma ocorre no seguinte questionamento: *Se 5 máquinas levam 5 minutos para fazerem 5 ferramentas, quanto tempo 100 máquinas levariam para fazer 100 ferramentas?* (COSTA, 2016, p. 64).

O S1 indica que a resposta certa seria 100 minutos. Contudo, raciocinando melhor, ou seja, usando o S2, chega-se à conclusão correta. O tempo gasto seria os mesmos 5 minutos.

Dessa forma, qualquer sujeito humano, pelo simples ato de pensar, está sujeito a ilusões cognitivas. Os atalhos mentais criados pelo S1 ajudam a resolver problemas do dia a dia. Contudo, podem resultar em decisões equivocadas. Induzir a erro, como visto.

Impossível, nesse momento, não se pensar no problema do julgamento judicial. Decisões eivadas de profunda racionalidade que direcionam, informam e conformam a vida das pessoas envolvidas. O juiz, como ser humano que é, raciocina e racionaliza por meio dos sistemas S1 e S2, o que pode acarretar decisões equivocadas, enviesadas cognitivamente, parciais.

Decisões resultantes de automatismos, sem a interferência correta do S2, levam a resultados catastróficos em termos do acerto de uma decisão judicial. A interação correta entre os sistemas S1 e S2, diferentemente, levam ao acerto de uma decisão, que é construída com a

ampla participação das partes em contraditório judicial. Decisões difíceis, como as judiciais, exigem uma correta interação entre os sistemas. Aí está o ponto nevrálgico.

Ressalta-se, assim, que muito embora a presente pesquisa esteja situada na área do direito processual penal, os estudos da psicologia comportamental cognitiva são essenciais para se compreender a tomada de decisões. As formas de se resolver problemas estão no direito, na psicologia e na própria vida em sociedade. Por isso, a transdisciplinaridade do tema. Somente é possível se pensar em imparcialidade e no modelo constitucional de processo, se a instrução probatória permitir que o julgador acesse o S2 para a tomada de decisão. Caso contrário, as intuições do S1 construídas com os fragmentos de informações colhidos na fase de investigação, se tornarão crenças e o juiz irá buscar provas – iniciativa probatória – para decidir. Logo, a psicologia cognitiva auxilia na garantia da imparcialidade.

Por conseguinte, por mais que o intérprete esteja de boa-fé, pode ser levado a erro, pode estar enviesado. A qualidade da interpretação então será prejudicada. Da mesma forma, ocorre nas decisões judiciais (NUNES; LUD; PEDRON, 2018, p. 64). Corroborando o entendimento quanto à forma dual do pensamento e os possíveis erros na tomada de decisão, passa-se aos estudos da consonância e dissonância cognitiva que também estão conexos à cognição do juiz e à formação de seu convencimento.

3.4 A teoria da dissonância cognitiva

Para se poder atingir um verdadeiro estado de cognição judicial imparcial, faz-se necessário levar a sério a teoria da dissonância cognitiva. Nestes termos, afirma Leon Festinger que todo ser humano busca voluntária ou involuntariamente um estado de consonância cognitiva, coerência cognitiva, à luz das experiências acumuladas durante a vida e das novas informações recebidas diariamente. Nestes termos, sempre que um indivíduo experimenta um estado de dissonância cognitiva, incoerência cognitiva, tende a reduzi-la para evitar a desarmonia cognitiva, restabelecendo um estado de consonância (FESTINGER, 1975). Tende a equilibrar o S1 e o S2.

Assim, a teoria desenvolvida por Leon Festinger em 1957, em verdade, relaciona-se a um profundo estudo sobre o comportamento humano e psicologia cognitiva. Nesses termos, o indivíduo sempre busca incansavelmente um estado de consonância psíquica entre os seus

conhecimentos e experiências. Desenvolve, por conseguinte, um processo voluntário ou involuntário para se atingir uma coerência interna desejável.

O sujeito sempre busca um estado de coerência entre o conhecimento que detém e suas atitudes diárias. Caso ocorra o rompimento desse estado de coerência interna, por exemplo, quando se toma uma atitude que contradiz uma crença ou uma premissa enraizada, surge imediatamente modificações psíquicas involuntárias com vistas a reduzir a incoerência interna, a dissonância. Assim, a psicologia social conceitua como dissonância cognitiva esse estado desagradável que ocorre quando mantemos um comportamento em discordância ao conhecimento que temos sobre o assunto (FESTINGER, 1975).

Afirma Aury Lopes Junior:

Em linhas introdutórias, a teoria da ‘dissonância cognitiva’ desenvolvida na psicologia social, analisa as formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de ‘consonância’ (mudar uma das crenças ou as duas para torná-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos etc) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estresse gerado. Pode-se afirmar que o indivíduo busca – como mecanismo de defesa do ego – encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e sua opinião. É um anseio por eliminação das contradições cognitivas (LOPES JR., 2014).

Partindo dessa incoerência surgida entre ações e os conhecimentos internalizados, a teoria afirma que o organismo humano tende a eliminar a incoerência, a dissonância. Assim, o postulado básico da teoria é que a dissonância cognitiva verificada tende a ser eliminada ou reduzida voluntária ou involuntariamente pelo indivíduo. A desarmonia cognitiva então tende a ser reduzida e a teoria da dissonância cognitiva estuda as formas dessa redução ou eliminação (FESTINGER, 1975).

Assim, em psicologia social, caso surja uma incoerência cognitiva no sujeito, uma pressão interna buscará eliminar essa incoerência. Como o organismo humano prima por equilíbrio e coerência, mecanismos involuntários fazem com que se elimine ou se reduza dissonâncias. Processos voluntários ou involuntários fazem restabelecer a coerência íntima do indivíduo, equilibrando os sistemas cognitivos.

Qualquer decisão, por mais simples que seja, pode gerar um desconforto cognitivo. Como todos buscam um estado psíquico harmonioso entre os conhecimentos internalizados e os novos conhecimentos adquiridos, quando se toma uma decisão, mesmo que simples, surge uma pressão interna para se reduzir possíveis dissonâncias entre conhecimentos (cognições). Assim, quando se toma uma decisão, elementos contrários àquela decisão sedimentados

internamente no sujeito fazem surgir uma pressão, o que é o objeto de estudo da dissonância cognitiva.

Afirma Leon Festinger:

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, 1975. p. 14).

Continua o autor:

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, 1975, p. 14).

Todo indivíduo se esforça para manter um estado de consonância ou coerência psíquica. Uma incoerência resulta em uma pressão psicológica, um impulso involuntário para diminuir a dissonância, para diminuir aquela incoerência. Assim opera a dissonância cognitiva (LINDGREN, 1978, p. 154).

Por conseguinte, a dissonância cognitiva é um estado de incômodo que atinge todas as pessoas diante de atitudes incoerentes com o conhecimento pré-adquirido. Esse estado de incômodo tende a ser eliminado, criando um estado de consonância, coerência, no conhecimento, na cognição. Uma dissonância, incoerência psíquica, é desagradável para a tranquilidade humana e assim o organismo busca formas de eliminar aquela incoerência.

Afirma Leon Festinger:

A existência de dissonância, ao ser psicologicamente incômoda, motivará a pessoa para tentar reduzi-la e realizar a consonância. Quando a dissonância está presente, a

peessoa, além de procurar reduzi-la, evitará ativamente situações e informações suscetíveis de aumentar a dissonância. (...) 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, 1975, p.12).

Assim, o sujeito busca diminuir mesmo que involuntariamente a dissonância, tida por incoerência psíquica existente. A tendência do organismo é então voltar ao estado de harmonia existente antes da dissonância. Leva-se, como afirma Festinger, a uma atividade orientada para a redução da incoerência psíquica.

3.4.1 A busca natural por um estado de consonância cognitiva

Após a existência de uma dissonância cognitiva, existe, como afirmado, uma tendência natural do organismo humano de voltar ao estado de equilíbrio. O organismo humano então passa a criar vários mecanismos para reduzir ou eliminar a dissonância cognitiva.

Ressalta Festinger:

A presença da dissonância dá azo a pressões para reduzi-la ou eliminá-la. A força das pressões para reduzir a dissonância é uma função da magnitude da dissonância. Por outras palavras, a dissonância atua da mesma forma que um estado de impulso, necessidade ou tensão. A presença da dissonância leva a ação para reduzi-la (...) (FESTINGER, 1975, p. 25).

A teoria da dissonância cognitiva, assim, afirma que todo indivíduo tende a manter a coerência interna da sua mente, independentemente das experiências contrárias do dia a dia, que às vezes confirmam, às vezes não confirmam as experiências de vida do sujeito. O conhecimento adquirido pode ser incongruente ao conhecimento sedimentado de uma pessoa, o que provoca a dissonância do conhecimento, a dissonância cognitiva. Essa dissonância causa um incômodo e o indivíduo passa a tentar reduzir o desconforto psíquico gerado. Assim restará alterada a forma de entender novas informações, o próprio conhecimento.

Leon Festinger então elenca algumas formas de reduzir o estado de dissonância cognitiva. Afirma que uma incoerência cognitiva leva a uma mudança de um elemento cognitivo comportamental, à mudança de um elemento cognitivo ambiental, à desvalorização de elementos cognitivos dissonantes ou à adição de novos elementos cognitivos consonantes. Todos esses mecanismos buscam reduzir ou eliminar a dissonância cognitiva adquirida

(FESTINGER, 1975, p. 26). Dessa forma, com vistas a estabelecer uma harmonia interna, em caso de dissonância, o agente buscará eliminar as incoerências entre os conhecimentos e as ações empreendidas.

Assim, com relação à mudança de elementos cognitivos comportamentais, basta o agente não praticar a ação tida por dissonante ao conhecimento enraizado. Ou seja, não agir em desconformidade as premissas enraizadas em sua mente.

Afirma Ruiz Ritter:

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. 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. Trata-se da harmonização entre a cognição e a ação por meio da mudança desta última, resultando na eliminação do estado de dissonância anterior (RITTER, 2016, p. 96).

Da mesma forma, a mudança de um elemento cognitivo ambiental traduz-se na redução da dissonância. Contudo, tal procedimento pode ser por demais dificultoso, ou até impossível de ser realizado, uma vez que se precisaria alterar aspectos ambientais.

Afirma Festinger, citando um exemplo de elemento cognitivo ambiental apto a eliminar a dissonância:

Imagine-se uma pessoa dada a caminhar de um lado para o outro na sala de estar de sua casa. Imagine-se ainda que, por alguma razão desconhecida, essa pessoa pula sempre sobre uma certa zona do assoalho. O elemento cognitivo correspondente ao salto sobre esse local é indubitavelmente dissonante com o seu conhecimento de que o assoalho é todo ele plano e sólido, não existindo diferença alguma entre a zona do pulo e qualquer outra parte do piso. Se, numa tarde em que sua mulher saiu de casa, ele abrir um buraco no local exato do assoalho onde costuma saltar, a dissonância será completamente eliminada. A cognição de que existe um buraco no assoalho seria perfeitamente consonante com o conhecimento de que salta sobre o local onde existe o buraco. Em resumo, a pessoa teria mudado um elemento cognitivo ao mudar concretamente o meio físico, eliminando assim a dissonância (FESTINGER, 1975, p. 27).

Verifica-se que tal situação é irreal, não sendo objeto do presente trabalho o aprofundamento nessa forma de redução de dissonâncias.

A desvalorização de elementos cognitivos dissonantes, ponto 3 citado por Festinger, diferentemente, parte do pressuposto que o agente começará a menosprezar os elementos cognitivos que contrariem a ação que pretende praticar.

Afirma Ruiz Ritter, retomando o exemplo citado:

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. 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. Suma, há a desvalorização dos elementos cognitivos dissonantes, até que se torne mínimo o valor que se lhe atribui, retomando-se a consonância cognitiva (RITTER, 2016, p. 92).

Da mesma forma, o agente evita elementos novos que possam causar dissonância cognitiva. O agente evita contato com informações dissonantes ao conhecimento sedimentado. Manipula inconscientemente informações para não aumentar uma dissonância existente.

Por último, a adição de novos elementos cognitivos para se reduzir a dissonância. Assim, o agente buscaria elementos que corroborassem a cognição existente, eliminando, por conseguinte, a dissonância. Após tomar a decisão, então, se busca novas informações para se reduzir a dissonância criada.

Com vistas a eliminar a dissonância cognitiva, o agente altera a cognição e vai à caça de elementos consonantes à atitude tomada. Busca incessantemente reduzir a incoerência psíquica com novos elementos.

Assim, o agente buscaria informações consonantes com sua cognição pré-existente. Buscaria informações com vistas a corroborar as atitudes já tomadas, evitando informações que produzam dissonâncias. Assim, o equilíbrio psíquico seria mantido.

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; PEREIRA; RIZZON, 2002. p. 89).

De um jeito ou de outro, a teoria da dissonância cognitiva afirma que o organismo humano tende a buscar evitar qualquer estado de incoerência entre ações e o conhecimento existente, mesmo que de forma artificial. Por isso, voluntária ou involuntariamente se rechaça novos elementos cognitivos que possam aumentar a dissonância. Ao mesmo tempo, o indivíduo permanece mais aberto a elementos cognitivos que reduzem a dissonância cognitiva.

Como se busca incessantemente manter a coerência cognitiva, tende a se desconsiderar argumentos novos ou mesmo desqualificar o conteúdo novo experimentado, mantendo assim a consonância cognitiva. Relativiza-se, por conseguinte, argumentos que contrariem o mundo da vida interno de cada intérprete.

O sujeito manipula, então, consciente ou inconscientemente, novos argumentos incoerentes com a sua coerência interna. Busca assim manter sua crença internalizada, desconsiderando ou mesmo desqualificando argumentos ou experiências novas. Tudo que contradiz premissas enraizadas, faz o sujeito se esforçar para manter a harmonia cognitiva. A dissonância provoca então uma pressão para manter a coerência com o novo argumento apresentado.

Dessa forma, aplicando a teoria da dissonância cognitiva e as duas formas de pensar nas decisões judiciais, como o juiz tem seu primeiro contato com a tese acusatória, forma ali sua primeira impressão sobre o caso, forma ali sua cognição, seu primeiro conhecimento sobre o assunto. Caso concorde com o fato dado pelo Ministério Público, os argumentos trazidos pela defesa serão dissonantes em relação àquela premissa formada anteriormente, uma vez que a defesa atua posteriormente à acusação.

Afirma Alexandre Morais de Rosa que:

Se o processo é o embate entre acusação e defesa, a instauração de dissonância cognitiva é o modo pelo qual se estabelecerá o mecanismo da decisão, já que o julgador precisa superar as dissonâncias cognitivas no ato decisório. Como o primeiro ato cognitivo do julgador será sempre com a acusação, quer analisando pedidos cautelares, quer o recebimento da ação penal, a primeira impressão sobre a responsabilidade penal do acusado/indiciado será, mesmo inconscientemente, formada. (...) A defesa, portanto, larga atrasada, muitas vezes precisando articular táticas de instauração efetiva da dissonância cognitiva do julgador, tarefa árdua (MORAIS DA ROSA, 2017, p. 203).

Assim, aparentemente, o julgador já tem a decisão pronta antes da produção probatória, antes da audiência de instrução e julgamento quando concorda com o fato dado pelo Ministério Público. Os argumentos defensivos são tidos como dissonantes e a decisão anterior ou os próprios elementos da investigação são confirmados, sufragando o princípio da imparcialidade. A teoria da dissonância cognitiva faz com que o magistrado evite argumentos contrários, supervalorize argumentos favoráveis, com vistas a preservar a consonância cognitiva criada com a primeira impressão do caso.

Ressalta Bern Schünemann:

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 em 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 autoconfirmação da hipótese), 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, 2013, p. 218).

A tendência do juiz então passa a ser confirmar informações tidas por consonantes à primeira impressão, viciando a produção probatória. O mapa mental cognitivo é impactado pelas primeiras informações obtidas pelo magistrado. Por isso, a prática verificada nas audiências de instrução e julgamento criminais de meramente confirmar o depoimento das testemunhas prestado em fase policial, sem se inquirir adequadamente as testemunhas, principalmente policiais.

Tal situação já levou o STJ a anular diversos processos:

Informativo Nº: 0491 Período: 13 a 24 de fevereiro de 2012.

TESTEMUNHAS. INQUIRICAÇÃO. JUIZ. DEPOIMENTO POLICIAL. LEITURA. RATIFICAÇÃO.

A discussão diz respeito à maneira pela qual o magistrado efetuou a oitiva de testemunhas de acusação, ou seja, a forma como a prova ingressou nos autos. Na espécie, o juiz leu os depoimentos prestados perante a autoridade policial, indagando, em seguida, das testemunhas se elas ratificavam tais declarações. O tribunal a quo afastou a ocorrência de nulidade, por entender que a defesa encontrava-se presente na audiência na qual teve oportunidade para formular perguntas para as testemunhas. Nesse panorama, destacou a Min. Relatora que, segundo a inteligência do art. 203 do CPP, o depoimento da testemunha ingressa nos autos de maneira oral. Outrossim, frisou que, desse comando, retiram-se, em especial, duas diretrizes. A primeira, ligada ao relato, que será oral, reforçado, inclusive, pelo art. 204 do CPP. A segunda refere-se ao filtro de fidedignidade, ou seja, ao modo pelo qual a prova ingressa nos autos. Dessa forma, ressaltou que a produção da prova testemunhal, por ser complexa, envolve não só o fornecimento do relato oral, mas também o filtro de credibilidade das informações apresentadas. In casu, tal peculiaridade foi maculada pelo modo como empreendida a instrução, na medida em que o depoimento policial foi chancelado como judicial com uma simples confirmação, não havendo como, dessa maneira, aferir sua credibilidade. Assim, concluiu não se mostrar lícita a mera leitura do magistrado das declarações prestadas na fase inquisitória, para que a testemunha, em seguida, ratifique-a. Com essas, entre outras considerações, a Turma, prosseguindo o julgamento, concedeu a ordem para anular a ação penal a partir da audiência de testemunhas de acusação, a fim de que seja refeita a colheita da prova testemunhal, mediante a regular realização das oitivas, com a efetiva tomada de depoimento, sem a mera reiteração das declarações prestadas perante a autoridade policial. Precedentes citados do STF: HC 75.652- MG, DJ 19/12/1997, e HC 54.161-RJ, DJ 22/4/1976. HC 183.696-ES, Rel.Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 14/2/2012.

Ricardo Gloeckner analisando a possibilidade de o juiz proferir várias decisões no mesmo processo ressalta que:

Em qualquer processo judicial, já não existem alternativas simples, mas decisões sequenciais. Isto é, as decisões do julgador não apenas levam em conta o quadro decisório presente, mas também levam em consideração aquelas decisões passadas, provocando um quadro decisório complexo. Naturalmente, as decisões supervenientes terão como condicionante insuprimível a primeira importante decisão. A procura pela redução de dissonância acarreta a tomada de decisão coerente com aquela primeira

decisão. Instala-se, por assim dizer, um processo de manutenção da consonância das decisões seguintes a partir da primeira (GLOECKNER, 2015, p. 280).

Não é difícil perceber que, da mesma forma que ocorre nas decisões judiciais no que concerne a tendência de se confirmar decisões, na própria investigação criminal, o foco inicial como autor do delito repousa em determinado suspeito, o que leva muitas vezes a um foco exclusivo naquele primeiro suspeito. Por conseguinte, a teoria da dissonância cognitiva leva a uma seleção e filtragem de provas que constrói um quadro mental paranoico (CORDERO, 2001) no investigador em produzir elementos de informação que confirmem a hipótese criada. Despreza-se, portanto, elementos de informação exoneratórios e supervaloriza-se provas consonantes a uma condenação daquele suspeito (FINDLEY; SCOTT, 2006, p. 295).

A primeira impressão é sempre relevante. Determina toda a relação de consonância e dissonância futura. Assim, uma primeira impressão processual define o destino da prova a ser produzida, uma vez que a tendência de consonância cognitiva é uma verdade científica (MORAIS DA ROSA, 2017, p. 206).

A teoria da dissonância cognitiva cria uma tensão psíquica no julgador e para reduzir tal desconforto, o julgador buscará confirmar a hipótese anteriormente criada. Superestima-se informações coerentes com a hipótese, ao passo que se subvaloriza elementos contrários à hipótese traçada.

Nestes termos, quando o juiz se depara com as informações trazidas pelo inquérito policial, produzido sem contraditório ou ampla defesa, cria ali uma hipótese condenatória. Tende, por conseguinte, a confirmar tal hipótese durante a produção probatória, desprezando provas contrárias à hipótese traçada.²³

Daí a relevância do estudo das heurísticas, vieses e efeitos cognitivos que tanto influenciam o julgador na tomada de decisões e na busca por um estado de consonância cognitiva.

²³ Berns Schünemann chama de efeito inércia ou perseverança essa tendência de confirmar hipóteses anteriormente consideradas corretas (SCHÜNEMANN, 2013, p. 215)

4. HEURÍSTICAS, VIESES E EFEITOS COGNITIVOS

Os excessos de informações e estímulos fazem com que o organismo humano, para tomar decisões, filtre tais informações. Assim, naturalmente, a mente humana reduz os estímulos que chegam até o sujeito a uma quantidade administrável. Heurísticas, vieses e efeitos cognitivos ajudam então a diminuir a quantidade de elementos disponíveis para o cérebro chegar a certa conclusão em um tempo razoável.

Explicando as heurísticas, os vieses e os efeitos cognitivos, afirma Robert Sternberg e Karin Sternberg:

Para tomarmos uma decisão em tempo razoável, precisamos reduzir as informações disponíveis para uma quantidade que seja possível administrar. A heurística nos ajuda a alcançar essa meta e, ao mesmo tempo, diminuir nossos esforços por meio da verificação de poucas pistas ou poucas partes de informação (Shah e Oppenheimer, 2008). No entanto, às vezes nossos pensamentos são influenciados por nossa tendência de simplificar a tomada de decisão. As heurísticas e os vieses – atalhos mentais – não apenas aliviam a carga cognitiva da tomada de decisão, como também levam a uma probabilidade muito maior de erro (STERNBERG; STERNBERG, 2016, p. 422).

As pré-compreensões são inerentes a cada ser humano, formando a bagagem utilizada na tomada de decisões. Os atalhos mentais transformam informações excessivas em informações administráveis pela mente humana. Simplificam a tomada de decisão, mas ao reduzir artificialmente a carga cognitiva, levam a erros.

São inúmeros as heurísticas, vieses e efeitos cognitivos identificados. Para maior delimitação do tema, contudo, serão citados somente os atalhos mentais que impactam na atividade decisória do juiz no processo penal. Efeitos cognitivos que de uma forma ou de outra maculam a imparcialidade do juiz.

Nestes termos, por mais que as decisões judiciais são tomadas com a análise do caso concreto, com todas as suas circunstâncias, os vieses direcionam as decisões. Análises fáticas e normativas assim, são profundamente influenciadas por atalhos mentais, da mesma forma que decisões cotidianas. Os sistemas S1 e S2 e a busca eterna por um estado de consonância cognitiva praticamente definem como será uma decisão judicial.

Mesmo que de forma inconsciente, a imparcialidade do julgador estará maculada se a racionalidade não se sobrepõe a julgamentos intuitivos. Por isso, atalhos mentais são tão perigosos se influenciarem e influenciam a decisão do juiz. Devem ser, portanto, controlados.

Falaciosa a ideia, portanto, da imparcialidade ser maculada somente por aspectos conscientes. Muito ao contrário, o ser humano, ao tomar decisões busca um estado de conforto cognitivo influenciado demasiadamente pelo sistema S1. Igualmente o juiz na decisão judicial.

O juiz, como todo ser humano, é enviesado, mesmo que não perceba tal situação. Ilusões cognitivas dificilmente são controladas. Muito ao contrário.

Afirma Daniel Kahneman:

A pergunta que se faz com mais frequência sobre as ilusões cognitivas é se elas podem ser dominadas. (...) Como o Sistema 1 opera automaticamente e não pode ser desligado a seu bel-prazer, erros do pensamento intuitivo muitas vezes são difíceis de prevenir. Os vieses nem sempre podem ser evitados, pois o Sistema 2 talvez não ofereça pista alguma sobre o erro. Mesmo quando dicas para prováveis erros estão disponíveis, estes só podem ser prevenidos por meio do monitoramento acentuado e da atividade diligente do Sistema 2. Como um modo de viver sua vida, porém, vigilância contínua não necessariamente é um bem, e certamente é algo impraticável. Questionar constantemente nosso próprio pensamento seria impossivelmente tedioso, e o Sistema 2 é vagaroso e ineficiente demais para servir como um substituto para o Sistema 1 na tomada de decisões rotineiras. O melhor que podemos fazer é um acordo: aprender a reconhecer situações em que os enganos são prováveis e se esforçar mais para evitar enganos significativos quando há muita coisa em jogo (KAHNEMAN, 2012, p. 38/39).

Aspectos dos mais variados podem influenciar na decisão judicial. O cansaço, o estresse e a fome, fatores biológicos em geral, podem definir uma decisão judicial em um ou outro sentido.

Fatores biológicos influenciam a capacidade cognitiva de forma involuntária. Condições físicas, hormonais, emocionais, podem influenciar no momento da decisão. Afirma Alexandre Morais da Rosa que:

O que é preciso entender é que a dor, a fadiga, o nível de estresse, etc., alteram a possibilidade, muitas vezes, até mesmo de prestarmos atenção. Quem já fez regime para emagrecer sabe a alteração de humor que isso acarreta. Os aspectos biológicos não deveriam entrar no jogo processual? Eles arrombam a porta e estão associados aos jogadores, assim como os estados mentais (MORAIS DA ROSA, 2016, p. 232).

Em estudo recente²⁴ da Universidade de Negev, em Israel, restou demonstrado que juízes com fome tendem a negar a liberdade condicional, ao passo que descansados e após as refeições, o número de liberdades concedidas aumenta demasiadamente. A porcentagem de pedidos acolhidos no início dos trabalhos era em torno de 65%, mas diminuiria a quase 0% ao

²⁴ O estudo é relatado de forma mais profunda por KAHNEMAN, 2012, p. 58; MORAIS DA ROSA, 2017, p. 233; NUNES; LUD; PEDRON, 2018, p. 76.

final do expediente. Após o almoço, contudo, a porcentagem de liberdades concedidas chegava a 65% novamente, caindo para quase 0% novamente ao final do dia.

Em pesquisa recente realizada no Brasil, restou demonstrado que suco de uva durante as audiências de conciliação aumentam em mais de 30% os acordos realizados. Mais especificamente, a pesquisa de mestrado da juíza Aline Vieira Tomás Protásio tinha como objetivo testar a influência da glicobiologia na mente das pessoas submetidas ao procedimento conciliatório. Demonstrou, ao final, que a glicose é um poderoso combustível para o cérebro, possibilitando resultados mais favoráveis nas audiências de conciliação.²⁵

Tais situações citadas, não dizem respeito, por óbvio, às heurísticas. Contudo, demonstram que o que influencia em uma decisão judicial vai muito além da análise objetiva de fatos e normas. Fatores aparentemente irrelevantes alteram profundamente a cognição e a tomada de decisões, como a busca por um estado de consonância cognitiva.

Acontece o mesmo com os vieses, heurísticas e efeitos cognitivos. As decisões judiciais são profundamente marcadas pelos atalhos mentais, o que pode macular a confiabilidade de uma decisão. Passemos então ao estudo dos vieses cognitivos.

4.1 A heurística da disponibilidade

A maneira de decidir do juiz engloba as informações diretamente disponíveis em sua mente, sua experiência profissional e de vida, além dos conhecimentos jurídicos adquiridos. A heurística da disponibilidade então refere-se aquele conteúdo facilmente acessado pela memória, disponível. Não existe, portanto, grande esforço interpretativo, sendo empregada no julgamento de casos mais simples.

Produz erros de julgamento, contudo. Acessar a memória recente para responder perguntas fáceis é uma dádiva do ser humano, mas pode conduzir a julgamentos equivocados. Em atividade judicial, decidir prontamente, leva muitas vezes a erros de julgamento por deficiência na análise do caso concreto.

²⁵ Apesar da dissertação de mestrado da discente Aline Vieira Tomás Protásio não ter sido ainda publicada pela Universidade Federal de Goiás, diversos jornais já noticiaram a matéria. Ver: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/17-tribunal/18208-ingerir-doce-auxiliar-no-aumento-do-numero-de-acordos-em-audiencias-de-conciliacao>.

Decide-se com vistas a garantir uma justiça célere, mas se esquece que celeridade não é sinônimo de justiça. Por isso que a tendência de se aplicar a mesma regra a casos semelhantes pode facilitar a aplicação da lei, mas pode comprometer a justiça da decisão. A heurística da disponibilidade permite ao julgador decidir casos de forma mais rápida, com base em casos parecidos decididos anteriormente, muitas vezes se desconsiderando as peculiaridades do caso concreto.

Assim, como a memória de trabalho é limitada, a disponibilidade (facilidade de evocação) de experiências pessoais do ser humano pode implicar em atalhos da decisão (MORAIS DA ROSA, 2016, p. 210). Sendo impossível de se analisar as probabilidades, o juiz simplifica a decisão, utilizando a heurística da disponibilidade, o que fará decidir o caso com base em um exemplo preso na memória recente (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 35). A probabilidade de decisões relativamente iguais proferidas pelo mesmo juízo é grande, desconsiderando a análise de cada caso separadamente, atingindo um estado de consonância cognitiva.

A heurística da disponibilidade, por conseguinte, toma uma decisão anterior no processo penal como base para uma decisão em sequência. Tal situação cria conforto cognitivo para o juiz, mas pode ocasionar equívocos interpretativos. Daí a necessidade de se analisar a singularidade de cada caso concreto e levar a sério a *teoria do caso* (BENAVENTE CHORRES, 2015, p. 27; TARUFFO, 2002, p. 123).

Por exemplo, se um policial realiza a prisão de um indivíduo por tráfico de drogas em certa *boca de fumo*, provavelmente, se em outra oportunidade encontrar indivíduos com antecedentes criminais no mesmo local, pensará que o são também traficantes. O que está disponível na memória do policial é mais fácil de ser acessado pelo inconsciente. Da mesma forma, não tenha dúvida, ocorre com o juiz no momento da decisão.

Justamente por isso que em processos que envolvam o crime de tráfico de drogas nas Varas de Tóxicos de Belo Horizonte, o órgão acusador requer ao juiz, como regra, a juntada aos autos de outros boletins de ocorrência que envolvam o acusado. Busca verificar se aquele indivíduo já foi abordado no mesmo local dos fatos, com vistas a criar um direcionamento para a futura decisão judicial. Tenta induzir o juiz a acreditar que, se o acusado já foi abordado no mesmo local dos fatos, seria então um traficante que comercializaria drogas ilícitas naquela localidade. Tentam, em verdade, diante de uma situação de dúvida, que por si só, já deveria levar à absolvição, criar mecanismos psíquicos para fazer com que o juiz pense da mesma forma que o policial que realizou a abordagem.

O juiz, por conseguinte, tende a manter um estado de consonância cognitiva se entender coerente o argumento ministerial e policial. Despreza, por conseguinte, elementos dissonantes à primeira impressão que internalizou.

4.2 A heurística da representatividade

Muitas vezes se tomam decisões com base em um pequeno número de dados, por entender que são representativos de uma suposta verdade. Orienta-se a tomada de decisão a partir da probabilidade de que alguém ou algo se encaixe em um modelo padrão (ANDRADE, 2019, p. 518). Conclusões são tiradas por meio de uma amostra muito pequena de dados, o que leva a equívocos (STERNBERG; STERNBERG, 2016, p. 424). Se esquece da probabilidade e se assume a representatividade como solução para as decisões.

O maquinário associativo procura causas. Não se examina bem o que realmente ocorreu em face da representação do que se imagina que ocorreu. A predileção pelo pensamento causal expõe o julgador a graves enganos (KAHNEMAN, 2012, p. 146).

Cite-se como exemplo (KAHNEMAN, 2012, p. 147)²⁶ a probabilidade de nascimentos em um hospital. Qual sequência de nascimentos entre o sexo feminino e o sexo masculino seria mais provável?

1- ♀♀♀♀♀♀♀
2- ♂♂♂♂♂♂♂
3- ♂♂♀♂♀♀♂

Por incrível que pareça, a maioria das pessoas responde que a sequência 3 é mais provável de acontecer, mesmo sabendo que os eventos são aleatórios. Isso ocorre, uma vez que acreditar no nascimento de sete meninas em sequência é contra intuitivo para o S1. As pessoas, na verdade, veem padrões onde eles não existem (KAHNEMAN, 2012, p. 147).

²⁶ O mesmo exemplo é citado em MORAIS DA ROSA, 2017, p. 212; STERNBERG; STERNBERG, 2016, p. 424.

Esse raciocínio aparentemente lógico em eventos aleatórios pode levar a erros crassos. Realizar análise de provas processuais e se deduzir por meio de estigmas, estereótipos, locais do crime, desprezando a análise do caso concreto pode gerar equívocos no julgador (MORAIS DA ROSA, 2016, p. 212). Não é possível concluir que um morador de um bairro carente, onde existe intenso tráfico de drogas, também é traficante, apesar do raciocínio intuitivo muitas vezes levar o julgador a essa conclusão. É o mesmo caso do indivíduo preso várias vezes próximo ao local de intenso tráfico de drogas.

A aplicação da heurística da representatividade, da mesma forma, ocorre na aplicação desmedida de precedentes judiciais, ou mesmo de jurisprudência. Corriqueiramente, magistrados, assim que vão julgar um caso, verificam se existem precedentes sobre o assunto. Tentam de todas as formas encaixar um precedente jurisprudencial ao caso analisado (ANDRADE, 2019, p. 525).

É uma maneira rápida de se decidir um caso concreto com o S1, buscando conforto cognitivo. Contudo, precedentes que não se encaixam perfeitamente ao caso analisado são amplamente usados, uma vez que provoca celeridade na decisão. Decisões céleres, no entanto, não significam decisões corretas.

A aplicação desmedida de precedentes vai propiciar uma solução rápida, mas sem analisar o caso concreto. Resolverá casos semelhantes, mas não idênticos. Desconsidera-se, muitas vezes, as características do caso concreto para se aplicar um precedente e resolver a questão de forma mais rápida e fácil.

4.3 A heurística da perseverança da crença ou viés de confirmação (*confirmation bias*)

O viés de confirmação consiste na possibilidade de o juiz involuntariamente interpretar informações com vistas a confirmar pré-julgamentos ou preconceções. O ser humano assim tende a interpretar um acontecimento com base em uma ideia acerca de determinado acontecimento. Uma primeira impressão então pode definir uma futura decisão.

O juiz então, como todo ser humano, cria uma hipótese solucionativa sobre determinado caso. Ou seja, as crenças primárias sobre certo assunto definem, muitas vezes, o olhar acerca das informações adicionadas posteriormente. Sobre qualquer assunto, criam-se preconceções, premissas.

Os pré-conceitos definem a forma de se interpretar regras futuras acerca do mesmo caso, ou casos semelhantes, gerando uma tendência de se corroborar informações consonantes àquelas premissas. Busca-se informações compatíveis com as crenças, com a hipótese traçada, desconsiderando informações dissonantes às premissas.

Afirma Eduardo José da Fonseca Costa:

A primeira impressão tem peso desproporcional. Esse processo mental se caracteriza pela tendência do sujeito a filtrar uma informação que recebe, de maneira que, de forma inconsciente, busca e supervaloriza as provas e os argumentos que confirmam sua própria posição inicial, e ignora e não valora as provas e argumentos que não respaldam essa posição. A propensão à confirmação é uma tendência irracional de buscar, interpretar ou recordar informação de uma maneira tal que confirme alguma de nossas concepções iniciais ou hipóteses. Enfim, trata-se da “tendência de priorizar as informações que apoiam uma hipótese inicial e ignorar informações contraditórias que apoiam hipóteses ou soluções alternativas”: mesmo quando encontramos evidências que contradigam uma solução que escolhemos, somos inclinados a continuar com nossa hipótese original (COSTA, 2016, p. 115).

Cite-se, como exemplo, experimento realizado na Universidade de Stanford em que 48 estudantes deveriam analisar estudos acerca da pena de morte. Metade dos estudantes eram a favor da pena de morte, ao passo que a outra metade era contra. Confirmando a heurística da perseverança da crença, a metade a favor da pena de morte considerou que os estudos que apoiavam essa perspectiva eram mais fidedignos que ou outros. Por outro lado, os estudantes inicialmente contra a pena de morte, consideraram que os estudos que justificavam sua premissa eram os mais consistentes (COSTA, 2016, p. 115).²⁷

De forma idêntica, o viés de confirmação atua na prática judicial. Por conseguinte, existe uma tendência do magistrado em confirmar na sentença premissas que possuía anteriormente ao fato, ou mesmo adquiridas durante o processo e não ao seu final, após a produção de provas. Uma decisão liminar proferida, a análise do inquérito policial, o deferimento de medidas cautelares, todas essas decisões anteriores criam premissas na mente do juiz, mesmo que involuntariamente.

Assim, se busca confirmar informações consonantes às adquiridas anteriormente, consonantes às hipóteses traçadas. A decisão judicial então passa a decorrer não de uma construção com base no contraditório e na ampla participação das partes, mas da utilização de jurisprudência e doutrina para fundamentar uma decisão que já estava tomada. O juiz decide para depois buscar provas que corroborem a decisão anteriormente tomada.

²⁷ Ver também: NUNES; LUD; PEDRON, 2018, p. 82.

Quando da análise judicial dos fatos, o juiz enviesado buscará informações que confirmem uma hipótese traçada. Não analisará as provas com a imparcialidade necessária, portanto. Desprezará elementos dissonantes à hipótese traçada, ao passo que privilegiará provas consonantes com a hipótese inicial.

O juiz falha então na tarefa de buscar uma solução alternativa quando cria premissas do que aconteceu naquele caso concreto. Assim, se quando um juiz ao analisar um inquérito policial, mesmo antes da produção de provas, presume a autoria de um crime, irá buscar provas durante o processo que confirmem a hipótese, negligenciando a análise das provas que apontem para outro autor.

Não há como concordar então com Michelle Taruffo (TARUFFO, 2012, p. 145), quando propõe aumentar os poderes instrutórios do juiz para se chegar à verdade dos fatos, uma vez que, na verdade, o juiz com amplos poderes buscaria provas para fundamentar uma verdade dele, premissas criadas artificialmente. A gestão das provas, como se viu, em um processo penal democrático, pertence às partes, sendo característica de um sistema inquisitivo um juiz com poderes para se produzir provas. Ademais, a busca da verdade por meio da determinação de ofício de produção de provas que corroborem a premissa inicialmente criada, afasta a imparcialidade. O juiz se torna inconscientemente parcial.

Nestes termos, o juiz enviesado pelo viés de confirmação, produz decisões parciais, uma vez que não respeita a produção probatória. Está contaminado subjetivamente para sentenciar. Inconscientemente supervaloriza provas consonantes com a hipótese traçada. Por isso, com vistas a preservar a imparcialidade do magistrado que julgará o mérito, restou aprovada, em 24 de dezembro de 2019, a Lei 13.964, que institui no Brasil a figura do juiz das garantias.

Acerva do viés de confirmação no processo civil, afirma Dierle Nunes, Natanael Lud e Flávio Quinaud Pedron que:

Na maior parte das vezes, a decisão liminar de tutela provisória, seja de urgência, seja de evidência (arts. 294 e ss. Do CPC/2015), é prolatada com base em uma análise perfunctória dos elementos trazidos aos autos, ainda que desprovida de contraditório dinâmico.

Observa-se a influência do viés de confirmação quando o magistrado se vincula à decisão liminar proferida, analisando todas as demais provas e evidências do processo sob o prisma da conclusão jurídica adotada inicialmente, atribuindo maior ou menor representatividade às provas conforme contribuam para sua ratificação, inabilitando o princípio da imparcialidade (NUNES; LUD; PEDRON, 2018, p. 89).

Ressalta-se que, mesmo diante de evidências em sentido oposto, o juiz insiste na hipótese inicialmente traçada. Presente o viés confirmatório, o juiz não enxerga informações

dissonantes às suas crenças. Novas informações são vistas com ceticismo, desconsideradas, se não confirmam a hipótese.

Não se está a desejar, por óbvio, um juiz neutro, até porque neutralidade, como visto, não existe. A questão é, se presente o viés confirmatório, o juiz ficará propenso a levar em conta apenas informações ou provas que corroborem sua primeira impressão sobre o caso. O viés confirmatório torna-se um obstáculo para o juiz decidir com a imparcialidade subjetiva necessária.

O juiz permanece vinculado psicologicamente a uma posição. Provas que contrariem sua posição serão desprezadas, ao passo que será dado mais valor para as provas em conformidade com a sua posição inicial. Caso o juiz seja inquisidor, então, a situação piora.

Franco Cordero adverte que o julgador no sistema inquisitório, ao acumular as funções de investigar, acusar e julgar, desenvolve um *quadro mental paranoico* e, uma vez eleita a hipótese, o que ocorre na fase de investigação, ele vai à cata de provas que corroborem a hipótese previamente imaginada por ele. Decide-se antes para depois buscar provas para a fundamentação da decisão, o que Cordero intitula de primado das hipóteses sobre os fatos (CORDERO, 2000, p. 23).

Nestes termos, traçada a hipótese inicial em um processo penal, hipótese que pode ser criada com a leitura do inquérito policial que indica a autoria perfunctória de um fato criminoso, faz com que o juiz crie uma hipótese de autoria. Pelo viés confirmatório, a audiência de instrução e julgamento se tornaria o momento de o juiz instrutor determinar a produção de provas de forma manipulável, seletiva, pronto a convalidar a hipótese traçada, mesmo que inconscientemente.

Por tudo isso, a necessidade urgente de se excluir os autos do inquérito policial dos autos do processo judicial (COUTINHO, 2001; LOPES JR., 2015; LOPES, 2016), a necessária instituição do juiz das garantias, instituto aprovado pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, mas questionada a constitucionalidade pela Associação dos Magistrados Brasileiros no Supremo Tribunal Federal, e o afastamento do juiz da iniciativa probatória.²⁸

²⁸ Ressalta-se que o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, em caráter liminar, na ação direta de inconstitucionalidade n. 6.299, suspendeu a eficácia por tempo indeterminado de vários dispositivos da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2020, inclusive a criação do juiz das garantias e a exclusão dos autos da investigação dos autos do processo (STF, 2020, ADI 6299).

4.4 O viés da ancoragem, referência ou ajustamento

Conhecendo os vieses cognitivos, é possível verificar como uma decisão judicial pode ser tendenciosa. O viés da ancoragem, referência ou ajustamento parte do pressuposto que as pessoas podem se valer de informações aleatórias que servirão de âncoras para uma futura decisão (NUNES; LUD; PEDRON, 2018, p. 103). *Ocorre quando as pessoas consideram um valor particular para uma quantidade desconhecida antes de estimar essa quantidade* (KAHNEMAN, 2012, p. 152). A informação anterior serviria de referência para fundamentar decisões.

Em pesquisa realizada por Daniel Kahneman e Tversky, foi perguntado aos participantes se o número de nações africanas que integravam a ONU era maior ou menor do que 65, um número aleatório. Para o outro grupo, o número aleatório foi 10. Posteriormente, perguntaram para os grupos qual a porcentagem de países africanos no total de países pertencentes a ONU. A resposta do primeiro grupo foi que 65% dos países que compunham a ONU eram africanos, ao passo que o segundo grupo afirmou que esse número era apenas 25% (KAHNEMAN, 2012, p. 152).

Não poderia ser diferente, uma vez que aquele número aleatório serviu como âncora para as pessoas involuntariamente imaginarem a quantidade de países africanos membros da ONU, mesmo sendo números completamente aleatórios. Na verdade, qualquer número sugerido induziria o efeito ancoragem e serviria de referência para a resposta.

Dessa forma, se a pergunta fosse *se Gandhi tinha mais do que 114 anos quando morreu*, os candidatos provavelmente tenderiam a afirmar que Gandhi morreu com uma idade bem mais elevada do que a realidade, 35 anos (KAHNEMAN, 2012, p. 153). Ou seja, traçariam a idade sugerida de 114 anos como âncora para se imaginar a idade real de Gandhi, mesmo sendo um número completamente aleatório.

Da mesma forma, quando se está dirigindo em alta velocidade em uma estrada, onde a velocidade média é naturalmente maior, acarreta uma âncora, ou o efeito referência, para se dirigir na cidade. Daí a tendência em dirigir mais rápido nas ruas da cidade quando se está vindo imediatamente de uma estrada (KAHNEMAN, 2012, p. 154).

Perguntaram a visitantes de um museu se a sequoia mais alta era maior ou menor do que 365 metros. Para um outro grupo perguntaram se a sequoia era maior ou menor que 55 metros. Verifica-se que o experimento criava âncoras, referências, para o tamanho da sequoia mais alta.

Assim, quando perguntado aos participantes da pesquisa qual era sua estimativa para o tamanho da sequoia mais alta, o primeiro grupo, com âncora em 365 metros respondeu que a sequoia mais alta tinha 257 metros. O grupo com referência em 55 metros, afirmou que a sequoia mais alta tinha 86 metros (KAHNEMAN, 2012, p. 158). Resultado esperado, portanto, uma vez entendido o viés do ajustamento.

Juízes alemães analisaram um caso em que uma mulher teria furtado uma loja. Havia prova robusta para a condenação. Para um grupo de juízes foi perguntado se condenariam a mulher a mais de 3 meses de prisão ou a menos de 3 meses de prisão. Para o outro grupo, se condenariam a mais de 9 meses de prisão ou a menos de 9 meses de prisão. O primeiro grupo condenou a 5 meses e o segundo, com uma referência mais elevada, condenou a 8 meses. Ou seja, usaram como referência, mesmo que inconscientemente, o número de meses passados aleatoriamente (KAHNEMAN, 2012, p. 175).

Em processos indenizatórios é recorrente os advogados realizarem pedidos superiores ao realmente devido, com vistas a fixar um padrão decisório com um valor mais elevado. Mesmo sem lastro probatório, os advogados tentam induzir os juízes a usar os pedidos como âncoras para uma futura decisão. É a prática jurisdicional usando, mesmo que inconscientemente ou conscientemente, o viés da ancoragem ou ajustamento (NUNES; LUD; PEDRON, 2018, p. 104).

Da mesma forma, em audiência de conciliação, a parte que oferece um valor em uma negociação, tenta criar um padrão âncora para o acordo (NUNES; LUD; PEDRON, 2018, p. 104), o que induz a outra parte a usar aquele padrão como referência.

Em processos trabalhistas, igualmente, o advogado do reclamante, como regra, pede um valor acima do valor realmente devido, com vistas a criar um patamar de referência para uma possível negociação. Criam, ainda, com a mesma atitude, um valor âncora para a decisão judicial. A par de discussões acerca da ética ou legalidade de tais atitudes por parte dos advogados, no jogo processual a prática é corriqueira.

No processo penal, a defesa, por vezes, diante de uma sentença que sabidamente será condenatória, tenta indicar ao juiz a fixação da pena no mínimo legal. Por isso, em alegações finais, a defesa, muitas vezes, antes da fixação da pena pelo juiz, explica os motivos pelos quais a pena deve ser fixada no mínimo legal.

Na fixação da fiança, em audiências de custódia, a defesa parte do mesmíssimo método. Antes da fixação do valor, a defesa já questiona o magistrado se o parcelamento seria possível

em face das parcas condições econômicas do réu. Tenta, com isso, conseguir a fixação da fiança no mínimo legal ou mesmo abaixo do mínimo.

Em um dano ambiental, o promotor de justiça, por vezes, tenta ancorar as futuras decisões com um valor mais alto. Eleva o pedido indenizatório para fixar um valor de referência.

Assim, naturalmente as pessoas partem de informações prévias para responder questões. Ao fazerem estimativas numéricas, partem de um valor inicial disponibilizado que serve como referência.

Tal situação não ocorre somente na prática judicial. Por exemplo, quando se pretende alugar um imóvel, a referência é o valor estabelecido pela imobiliária para a negociação, por isso a prática de colocar um valor mais alto. Da mesma forma, quando se pretende vender um imóvel ou um veículo, se estabelece um preço mais elevado, como vistas a se fixar um valor de referência para a futura negociação.

Por óbvio que na maioria das vezes os valores usados como ancoragem são verdadeiros, mas não se pode desconsiderar que as informações podem ser manipuladas e mesmo assim servirem como âncora. Não se pode desconsiderar, dessa forma, que a heurística de ancoragem afeta sobremaneira os julgamentos.

Ressalta-se, contudo, que o viés da ancoragem não está presente somente na relação com números. O contato com provas ilícitas, da mesma forma, afeta a imparcialidade do julgador, uma vez que ajusta o entendimento da decisão em acordo àquela prova ilícita que deveria ser desprezada. A ilicitude da prova produziria no magistrado a referência para a verdade dos fatos, induzindo o julgamento meritório, mesmo que a prova seja desentranhada dos autos. Por isso, ressalta-se novamente a relevância da aprovação da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que instituiu a figura do juiz das garantias e expressamente prevê que o juiz que conhecer do conteúdo de prova ilícita não poderá decidir o caso.

Pontua Alexandre Morais da Rosa, estabelecendo a relação entre a ordem dos casos a serem julgados em um dia com o viés do ajustamento ou ancoragem:

(...) a ordem das audiências pode fazer a diferença, já que se são pautados casos graves para o início e acontece condenação, fixa-se a âncora, muitas vezes, para análise do caso subsequente, com a tendência de se considerar um caso menor como sendo de bagatela. Por exemplo, já realizei audiências no início da tarde de roubo (uso de armas e violência), com condenação, tendo, na sequência, o mesmo representante do Ministério Público considerado o caso de furto que havia denunciado, como sendo insignificante. Se a ordem das audiências fosse invertida, talvez o resultado fosse outro. A referência ao julgamento anterior pode contaminar o seguinte. A elaboração de uma pauta de audiência é uma arte (MORAIS DA ROSA, 2016, p. 214).

Da mesma forma ocorre em um dia de audiências de custódia. É relevante o defensor público solicitar ao juiz que analise a possibilidade de concessão de liberdade aos acusados de crimes mais graves, primeiramente. Por exemplo, em um dia de audiências de custódia em que serão realizadas 10 audiências, sendo que os fatos são em teoria 3 furtos simples, 3 furtos qualificados, 2 roubos simples, 1 roubo majorado com a utilização de arma de fogo e 1 estupro com violência real. Provavelmente, se a ordem das audiências for, conforme os fatos, estupro com violência real, roubo majorado com a utilização de arma de fogo, roubos simples, furtos qualificados e furtos simples, a concessão de liberdades será maior, em números absolutos, do que se a ordem das audiências for diferente. Isso ocorre uma vez que o caso grave inicial fixou um patamar de referência para o juiz e para o membro do Ministério Público.

No âmbito do processo penal, ainda, muitas vezes os juízes utilizam a denúncia ou o inquérito policial para conduzir o processo. Utilizam as peças acusatórias como âncora para a condenação, como referência. Por isso, alguns promotores de justiça, sabendo dos efeitos do viés da ancoragem, denunciam por crimes mais graves, esperando uma condenação no delito menos grave, ou denunciam por um crime qualificado ou majorado, esperando uma condenação por um delito simples.

Nos crimes dolosos contra a vida, é prática recorrente, os promotores de justiça denunciarem o acusado por homicídio qualificado, esperando a condenação em um homicídio simples. Utilizam a qualificadora para criar uma referência nos jurados, no próprio advogado, defensor público, ou até mesmo no réu, que muitas vezes entende uma condenação em homicídio simples como uma vitória, em face da referência de condenação em um homicídio qualificado.

Ressalta Paola Wojciechowski e Alexandre Moraes da Rosa acerca do papel de ancoragem que tem a denúncia do Ministério Público, principalmente no que se refere às duas formas de pensar de Daniel Kahneman:

(...) engajam-se em uma tentativa de corroborar a denúncia – ancorados nela – ou mesmo guiados por intuições, sensações ou impressões geradas no âmbito do Sistema 1, a partir das quais ajustam-se para exercer uma busca apenas por evidências que corroborem a acusação (WOJCIECHOWSKI; MORAIS DA ROSA, 2018, p. 50).

Necessário pensar formas de se combater os vieses cognitivos e garantir a imparcialidade dos julgadores, portanto. Existem mais coisas que influenciam a tomada de decisões do que se imagina. Continua-se, por conseguinte, o estudo dos vieses cognitivos.

4.5 O efeito primazia, *priming* ou halo e a busca seletiva de informações: a primeira impressão é a que fica

O efeito primazia diz respeito à vinculação do ser humano à primeira impressão para se formar o convencimento definitivo acerca do caso. Leva-se em conta, por conseguinte, a teoria da dissonância cognitiva, principalmente no que concerne à consonância buscada após se concordar com informações que se tem contato primeiramente. Assim, a impressão primeira pode definir na mente do indivíduo o que se pensa sobre determinado fato ou sobre pessoas, sendo por demais dificultoso alterá-la posteriormente.

Após uma primeira impressão, se forma uma imagem mental do fato ou das pessoas na mente do intérprete. O processo perceptivo então é instantâneo e a partir dele se infere características que podem permanecer na memória dos indivíduos. Tais características formam a impressão que se tem daquela situação, dos indivíduos ou dos fatos em uma interligação cognitiva entre pensamento e memória.

Situações corriqueiras podem fazer com que se forme uma primeira impressão. A partir de uma conduta ou de uma imagem ou de informações muito limitadas se infere características que compõem o arcabouço inicial sobre certa situação. Assim:

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; CARLSMITH; SEARS, 1977. p. 41).

Forma-se então uma primeira impressão a partir de uma rápida observação ou mesmo de uma descrição da pessoa. Quando um amigo afirma que tal pessoa é honesta, trabalhadora, perseverante, atenciosa, forma-se ali uma primeira impressão acerca da pessoa. Da mesma forma ocorre quando vemos a imagem de um indivíduo ou ficamos sabendo de atitudes daquele indivíduo.

Albert Hastorf, David Schneider e Judith Polefka afirmam que:

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, amistoso,

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; SCHNEIDER; POLEFKA, 1973. p. 34).

Algumas características, contudo, se sobressaem no processo perceptivo, ou seja, são mais marcantes que outras, ingressam mais facilmente na memória ou ficam mais perceptíveis no pensamento. Além disso, as primeiras características recebidas tendem a se fixar mais facilmente na memória que as posteriormente recebidas. Aí está o cerne do efeito primazia.

Afirma Ruiz Ritter:

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 características negativas constavam a frente. Daí a afirmação de que há uma primazia das informações que se recebe primeiro sobre as demais (...) (RITTER, 2016, p. 113)

Por mais que as características sejam as mesmas, as que são fornecidas primeiro estabelecem a primeira impressão acerca da pessoa. Quando se recebe as demais características, o cérebro já formou uma impressão sobre a pessoa e o S1 torna disponível mais facilmente a impressão primeira. Assim opera o efeito *priming* ou primazia.

Assim, segundo as pesquisas de Solomon Asch, fornecer características positivas de uma pessoa ao intérprete primeiro, conforma a mente para se ter a impressão que aquela é uma pessoa positiva. Ao contrário, se as características negativas forem fornecidas primeiramente, o intérprete criará uma impressão ruim da pessoa, mesmo que características boas forem fornecidas também. Os primeiros adjetivos estabelecem uma direção para a mente do sujeito.

Outra pesquisa acerca do efeito primazia que estabeleceu contornos teóricos para o efeito cognitivo foi a realizada por Harold Kelley:

Harold Kelley, por meio de um experimento ainda mais realista, reforçou a conclusão de Asch sobre o efeito primazia. 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

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, 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.” 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 (RITTER, 2016, p. 115).

Conforme o efeito primazia, então, imagine que seja elaborada uma lista de características de uma pessoa fictícia, por exemplo, introvertido, perseverante, amigável, alegre e receptivo. O efeito primazia ressalta que, se para um outro grupo de pessoas se fornecer as mesmas características, mas em uma ordem distinta, a impressão que se terá da pessoa fictícia será diferente, vinculada às primeiras características fornecidas. A primeira impressão é a que fica, portanto.

As primeiras informações definem a cognição, o conhecimento de determinada situação que ficará facilmente disponível na memória do intérprete. Sistematizam a informação que temos de determinada pessoa ou situação no S1. Daí a importância do efeito cognitivo causado pela primeira impressão.

Em termos de processo penal, levando em conta o efeito primazia, necessário se excluir dos autos do processo, a folha de antecedentes criminais e a certidão de antecedentes criminais. Ora, quando o juiz tem uma pequena dúvida acerca da autoria delitiva, essa dúvida irá se esvaír se perceber que o acusado apresenta um grande número de reincidências naquele mesmo delito, induzindo o juiz a condenar o acusado, mesmo que não existam provas robustas para a condenação naquele caso concreto.

Por exemplo, imagine que ocorra um assalto a um posto de combustível, realizado, segundo depoimento da vítima, por um motociclista que estava em uma moto vermelha, sendo que a placa da moto estava encoberta. No presente caso, a vítima não consegue reconhecer o autor do delito, uma vez que o rosto do criminoso estava coberto com um capacete. A polícia, diligenciando na região, prende um motociclista com características semelhantes às aquelas narradas pela vítima. No julgamento, o juiz terá duas opções, absolver o acusado por ausência de provas ou condená-lo pelo crime de roubo. Diversas peculiaridades levam o juiz a formar seu convencimento acerca dos fatos, mas talvez a primeira medida tomada pelo juiz será analisar a certidão e a folha de antecedentes criminais daquele acusado. Caso se verifique que o acusado apresente outras condenações ou mesmo inquéritos em andamento pelo crime de

roubo em postos de combustíveis, provavelmente o juiz formará ali uma primeira impressão sobre o criminoso, levando a uma condenação.

Tal raciocínio, por óbvio, subverte a lógica da presunção de inocência, uma vez que o acusado deveria ser absolvido por ausência de provas, mas não é o que geralmente ocorre. Ou seja, muitas questões envolvem a formação do convencimento do magistrado, e como a palavra é uma matéria plástica, maleável, o juiz pode decidir condenar o acusado e depois buscar elementos para fundamentar a condenação, subvertendo ainda toda a lógica do raciocínio silogístico da sentença.

Da mesmíssima forma, ocorre em processos que envolvam, como já citado, a dúvida acerca do indivíduo que é encontrado com certa quantidade de drogas ilícitas próximo a uma *boca de fumo*. Pelo princípio da presunção de inocência, se não existem provas robustas da traficância, o acusado deveria ser condenado por porte para uso próprio da droga. Contudo, seria inocente acreditar que o juiz não verificará a certidão e a folha de antecedentes criminais do acusado com o intuito de verificar se já ocorreram prisões no mesmo local por tráfico de drogas, o que pode levar a uma condenação por tráfico.

Novamente, alerta-se que tal raciocínio subverte por completo o princípio da presunção de inocência²⁹, principalmente em relação à regra probatória, mas seria de uma ingenuidade gigantesca acreditar que tais situações não ocorram.

Veja-se, por exemplo, alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais acerca da presunção de inocência.

EMENTA: V.V.P - APELAÇÃO CRIMINAL - REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL - POSSIBILIDADE - ANÁLISE EQUIVOCADA DE ALGUMAS DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. 1. Diante de uma análise equivocada de algumas das circunstâncias judiciais, a redução da pena-base é medida que se impõe. 2. Tendo em vista o quantum da pena corporal e a análise favorável das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, o regime de cumprimento comporta adequação para outro mais brando, nos termos do art. 33, § 2º, 'c', c/c o § 3º, do Código Penal.

V.V.P - APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE – CONFISSÃO DO AGENTE – PALAVRA DA VÍTIMA – CONFIGURAÇÃO DA GRAVE AMEAÇA - CONDENAÇÃO MANTIDA – RECEPÇÃO - APREENSÃO DA "RES FURTIVA" EM PODER DO AGENTE - PRESUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - CONDENAÇÃO MANTIDA – PENAS – REDUÇÃO – ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL - VIABILIDADE – RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. Em sede de crimes patrimoniais, prevalece o entendimento de que a palavra da vítima deve preponderar à do réu, mormente se segura e harmônica com os demais elementos de convicção existentes nos autos. Presume-se a responsabilidade do acusado encontrado na posse da coisa subtraída,

²⁹ Não é objeto do presente trabalho o estudo do princípio da presunção de inocência. Contudo, para se aprofundar no tema, ver: PINTO, 2019; MORAES, 2010.

invertendo-se o ônus da prova, transferindo-se ao agente o encargo de comprovar a legitimidade da detenção da "res furtiva", mormente se não há prova da escusa apresentada (TJMG, Processo n 1.0525.12.008540-8/001, Rel. Des. Rubens Gabriel Soares, julgado em 02/12/14).

EMENTA: PENAL – RECEPÇÃO CULPOSA – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – RECEPÇÃO DOLOSA – PROVIMENTO – RECURSO DEFENSIVO – PENA-BASE – MÍNIMO LEGAL - IMPOSIÇÃO.

- O conhecimento da origem ilícita da coisa no crime de recepção dolosa pode ser demonstrado por circunstâncias e indícios que ornamentam a prática criminosa.

- A posse da *res furtiva*, aliada às condições da prisão, mediante denúncia anônima, bem como diante da fragilidade da versão do agente e seu envolvimento com a criminalidade, faz presumir o dolo, conduzindo à inversão do ônus da prova, cabendo ao réu demonstrar o desconhecimento da ilicitude do bem.

- Justifica-se a aplicação da pena-base no mínimo legal, se favoráveis as balizas judiciais (TJMG, Processo 1.0024.11.2829.84-1/001, Rel. Júlio Cezar Gutierrez, julgado em 16/12/14).³⁰

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA - USO DE DOCUMENTO FALSO – ADULTERAÇÃO DE CRV - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – ABSOLVIÇÃO – INVIABILIDADE – NEGATIVA DE AUTORIA EM JUÍZO – INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO – ART. 156 DO CPP - ACRÉSCIMO DE PENA RESTITUTIVA DE DIREITOS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE – REPRIMENDA CONCRETIZA EM DOIS ANOS DE RECLUSÃO – POSSIBILIDADE – – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELA PENA EM CONCRETO – TRÂNSITO EM JULGADO PARA ACUSAÇÃO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 109, V, C/C 110, §1º. AMBOS DO CÓDIGO PENAL - NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA, DADO PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL E DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE DO AGENTE. Demonstrada a adulteração de documento de Certificado de Registro de Veículo através da prova documental e da prova testemunhal, resta inviável o pleito absolutório. Inverte o ônus probatório, a teor do disposto no art. 156 do CPP, o acusado que confessa o fato criminoso perante a autoridade policial, mas muda a versão dos mesmos fatos em juízo. Estando a narrativa do acusado apartada de quaisquer provas produzidas nos autos é de rigor a manutenção da decisão condenatória. A teor do disposto no art. 44, §2º, do Código Penal, para penas superiores a 01 (um) ano é de se substituir a sanção corporal por prestação pecuniária e uma restritiva de direitos ou por duas restritivas de direitos. Impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, se entre a data do recebimento da denúncia e da prolação da sentença já tiver se escoado o prazo prescricional correspondente a pena aplicada (TJMG, Processo 1.0456.06.04.7203-6/001, Rel. Sálvio Chaves, julgado em 11/12/14)

Verifica-se que em todos os julgados, aparentemente não existia prova para a condenação e os magistrados inverteram o ônus da prova no processo penal, o que *data venia* é uma aberração jurídica. Em verdade, provavelmente o efeito primazia fez com que o juiz acreditasse que o acusado era culpado e fundamentou uma condenação mesmo sem os

³⁰ Comentando o referido acórdão, Lênio Luiz Streck afirmou que: “No processo 1.0024.11.2829.84-1/001, o tribunal criou outra figura jurídica: a *presunção do dolo*, que, aliado à inversão do ônus da prova, torna impossível a absolvição de qualquer vivente (...) STRECK, Lênio Luiz. No TJ-MG o MP não precisa provar acusação; lá invertem o ônus da prova. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-05/senso-incomum-tj-mg-mp-nao-provar-acusacao-la-invertem-onus-prova>. Acesso em 30 de dezembro de 2019.

argumentos devidos. Em um dos casos, inclusive, o Desembargador ressalta que *o seu* (do agente) *envolvimento com a criminalidade, faz presumir o dolo, conduzindo à inversão do ônus da prova.*

Assim, o efeito primazia é explicado primeiramente pela maior atenção que naturalmente se dá às primeiras informações. Posteriormente, quando já se forma a primeira impressão, é explicado pela constante busca de consonância cognitiva. Busca-se interpretar os fatos com base na primeira impressão que se tem.

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 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; DELAMATER; MYERS, 2005. p. 150).

Por diversos motivos, o intérprete pode prestar menor atenção aos dados fornecidos posteriormente. Cansaço pode ser uma explicação, mas não existe dúvida que as primeiras características fornecidas chamam mais atenção que as últimas. Os últimos dados são naturalmente esquecidos e não permanecem fixados na memória.

O ser humano tende a buscar um estado de consonância cognitiva, rechaçando informações dissonantes ao conhecimento estabelecido. Por mais complexas que sejam as pessoas, o intérprete sempre tem uma opinião sobre alguém ou sobre algum objeto. Por isso, as pessoas não são vistas com características opostas, como boa e má, atencioso e desatencioso, honesto e desonesto, ao mesmo tempo. A busca pela coerência cognitiva não permite tal situação.

O cérebro tende a ver as pessoas como um todo harmônico, coerente. Por isso a impossibilidade de se considerar características opostas atribuídas a uma pessoa. Imediatamente, o cérebro reorganizará as características para se atingir um estado de consonância, valorizando informações de acordo com a primeira impressão formada.

Por conseguinte, após a primeira impressão, o organismo tende a preservá-la. Assim, informações correspondentes à primeira impressão são valorizadas. Informações dissonantes à primeira impressão são desvalorizadas ou mesmo desprezadas.

O *status quo* é então mantido, independentemente das informações adquiridas. Após se fixar na memória a primeira impressão, o efeito primazia faz com que o cérebro interprete informações com vistas a manter a consonância cognitiva. O organismo passa então a evitar elementos cognitivos dissonantes à primeira impressão.

Quando se conhece uma pessoa, portanto, imediatamente o S1 traça um perfil com base na primeira impressão. Como novas informações seriam dissonantes àquele conhecimento assentado no S1, o sistema cognitivo rechaça informações dissonantes com a impressão formada. Informações correspondentes, contudo, são supervalorizadas. A grande questão é que mesmo quando se conhece uma pessoa superficialmente, a primeira impressão é também fixada na mente, o que pode levar a julgamentos errôneos.

Fixada a primeira impressão, fecham-se os olhos para elementos em desacordo com ela. Buscam-se, contudo, elementos que a confirmem. O efeito primazia determina o julgamento que se faz das pessoas.

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. 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) (RITTER, 2016, p. 119).

Não há dúvidas, portanto, que o efeito primazia é um efeito cognitivo que aflige todo ser humano. Da mesma forma, o juiz é influenciado em seu sistema cognitivo pela primeira impressão formada. A imparcialidade então pode ser maculada.

Assim, quando o juiz fixa uma primeira impressão sobre determinado caso, tende a mantê-la independentemente de novos elementos. Formada a cognição inicial, elementos dissonantes serão involuntariamente desconsiderados, ou mesmo, interpretados em favor da primeira impressão. Percepção errônea da realidade, esquecimento seletivo, busca por informações consonantes à primeira impressão são comuns.

Seria possível então se manter a imparcialidade judicial se o juiz forma uma impressão sobre o caso e só posteriormente existirá a produção de provas no processo penal?

5. A COMPROVAÇÃO DA INFLUÊNCIA DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA E DOS VIESES COGNITIVOS NAS DECISÕES JUDICIAIS

5.1 A pesquisa de Ricardo Jacobsen Gloeckner

Ricardo Gloeckner, em pesquisa realizada em julgamentos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ressalta que existe uma tendência de confirmação das decisões tomadas anteriormente, na decisão meritória. Assim, o juiz que profere uma decisão cautelar durante o processo, permanece vinculado cognitivamente àquela decisão, repetindo na maioria das vezes tanto os argumentos, como o sentido da decisão proferida anteriormente. Tal postura reflete a influência da teoria da dissonância cognitiva na mente do julgador, além de macular a imparcialidade judicial. Ou seja, o juiz tende a confirmar uma decisão tomada anteriormente, ou mesmo, confirmar as informações colhidas em fase investigatória na tomada da decisão judicial meritória. É o efeito da interligação entre a teoria da dissonância cognitiva e os sistemas de tomada de decisões.

A pesquisa realizada, nesse sentido, tinha por hipótese que o proferimento de uma decisão que determinasse uma prisão cautelar configuraria o critério definitivo para uma decisão condenatória de mérito. Existiria uma tendência do juiz em confirmar uma decisão tomada anteriormente, afastando argumentos dissonantes à decisão anteriormente tomada. Estaria presente assim o viés confirmatório e a tendência de se proferir decisões consonantes àquela decisão tomada anteriormente (GLOECKNER, 2015, p. 264).

Afirma Ricardo Gloeckner:

Em números brutos, das 90 sentenças e dos 90 acórdãos analisados, chegou-se à conclusão de que de forma direta ou indireta a prisão processual foi utilizada como elemento formador de convicção judicial em todos os casos (...) Ao que parece se encontram presentes os mecanismos da tendência confirmatória da decisão, geradores de uma equivalência de 100% entres as decisões de prisão processual e as condenações (GLOECKNER, 2015, p. 263).

Dessa forma, o pesquisador analisou 90 acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgados em certo e limitado período de tempo. O resultado indicou que em todos os casos analisados, quando houve decreto de prisão preventiva, houve também a confirmação da decisão ao final, condenando o preso cautelar. Além disso, em todas as decisões meritórias se fez referência à decisão que decretou a prisão cautelar, o que indicaria a existência do viés

confirmatório, e, por conseguinte, a influência dos vieses cognitivos nas decisões judiciais (GLOECKNER, 2015, p. 274).

Em todos os casos analisados a decisão de mérito foi fundamentada em algum aspecto da decisão cautelar. Pontua Ruiz Ritter que:

No mínimo, verossímil, portanto, a hipótese inicial, fundamentando-se os três problemas epistemológicos identificados pelo autor como decorrência disso, que são: a “sub-rogação 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, imperando-se o regime de *evidência* (alucinatória) incompatível com o processo penal que preze pelo contraditório, como já alertava Rui Cunha Martins; e, a transformação da prisão cautelar em ato probatório, categorias completamente distintas (RITTER, 2016, p. 110).

Afirma Ricardo Gloeckner:

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 autuadas 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, 2015, p. 283).

Restou demonstrado que o juiz que decreta uma prisão cautelar não deve decidir o mérito, por ausência completa de imparcialidade. Ressalta-se que não obstante a robustez dos requisitos encontrados pelo juiz para decretação de uma prisão preventiva, não ocorreu ainda, na imensa maioria dos casos, principalmente quando se converte uma prisão em flagrante em preventiva, a produção probatória. A prisão processual não pode ser utilizada para formar a convicção judicial, portanto.

Da mesma forma, um juiz que concede uma liminar em habeas corpus, caso aponte a atipicidade da conduta ou a ausência de justa causa, provavelmente estaria vinculado a esse entendimento já expressado, quando analisasse o mérito. É a mesma situação, mas tomada em benefício da defesa. O viés confirmatório e o efeito aliança em face daquela decisão tomada anteriormente levaria a uma repetição da mesma decisão posteriormente.

Acontece o mesmo quando, em um colegiado, ocorre antecipação de voto. Por mais variados que sejam os argumentos do desembargador que apresentou seu voto posteriormente,

o primeiro desembargador a votar dificilmente mudaria seu voto, uma vez que estaria vinculado psicologicamente a sua posição (ANDRADE, 2018, p. 529) manifestada anteriormente.

Cite-se ainda o caso dos embargos declaratórios, ou dos recursos que tem juízo de retratação, como o agravo em execução. Por mais evidente que seja a contradição, obscuridade ou a omissão apontada, existe uma tendência em que o juiz mantenha a decisão recorrida. Nessa hipótese, está clara a heurística de perseverança na crença.

Não se está querendo dizer, por óbvio, que a manutenção das decisões judiciais seria a heurística da preservação na crença. Pode simplesmente indicar o acerto de uma decisão, sua lógica e coerência. É inclusive o que geralmente acontece. A compreensão do caso derivada do livre convencimento motivado do juiz não é alterada por simples pedido em sentido oposto, mas a situação citada pode ocorrer, conforme a pesquisa de Ricardo Gloeckner.

5.2 A pesquisa de Bernd Schünemann

O autor alemão Bernd Schünemann foi pioneiro no estudo sobre a relação entre a imparcialidade do juiz e a estrutura procedimental que mantenha o material das investigações preliminares na fase de julgamento de um processo criminal. Buscou demonstrar a impossibilidade de o juiz permanecer imparcial quando tem contato com informações do inquérito policial, uma vez que involuntariamente se vincularia a uma primeira impressão formada com a leitura do procedimento investigatório produzido sem contraditório e ampla defesa. Assim, o julgador não seria um terceiro imparcial, mas um terceiro manipulado no processo penal pela investigação preliminar.

Com a leitura do inquérito policial, o juiz construiria ali uma imagem mental dos fatos, uma primeira impressão criada exclusivamente pela polícia, sem a participação do acusado. Estaria, por conseguinte, impossibilitado de analisar os fatos com imparcialidade, uma vez que conduziria o processo vinculado àquela primeira impressão retirada da investigação. Desconsideraria provas dissonantes à primeira impressão e valorizaria provas consonantes à primeira impressão (SCHÜNEMANN, 2013. p. 207).

Afirma Bernd Schünemann, ressaltando a influência do contato da investigação preliminar na cognição do juiz:

[...] 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-lo na audiência, isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consonantes e menosprezar as informações dissonantes. (SCHÜNEMANN, 2013, p. 208).

Como marco teórico da pesquisa, Schünemann utilizou a teoria da dissonância cognitiva de Leon Festinger, já estudada, mas na versão de Martin Irle (LOPES, 2016, p. 47). O autor visava provar a superestimação de hipóteses pré-concebidas, da primeira impressão, em detrimento de outras impressões que poderiam surgir, mas que o julgador não as levaria em consideração por serem incoerentes com a primeira impressão. O juiz então buscaria informações que fossem consonantes à primeira impressão formulada, o que chamou de *busca seletiva de informações*, uma espécie de efeito cognitivo.

Afirma o autor, relacionando os vieses cognitivos com a teoria da dissonância cognitiva:

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 superestimadas, enquanto as informações contrárias são sistematicamente menosprezadas (...) 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, 2013, p. 208).

Tendo por base a teoria da dissonância cognitiva, o efeito primazia e os vieses cognitivos, questiona Schünemann se a investigação preliminar não criaria uma primeira impressão no julgador, sendo que posteriormente e de forma involuntária, o juiz tentaria confirmar aquela primeira hipótese traçada, como ocorre no efeito perseverança da crença. Tal situação comprometeria a imparcialidade do julgador, uma vez que um modelo de sentença já estaria na mente do juiz antes da produção de provas. O julgador, vinculado aos elementos de informação que induziram a primeira impressão, fecharia os olhos para provas que fossem contrárias à primeira impressão.

Como metodologia da pesquisa, foram selecionados 58 juízes e promotores alemães. Receberam então um processo criminal real. Posteriormente, foram simuladas audiências de instrução e julgamento em circunstâncias idênticas às da prática forense (SCHÜNEMANN, 2013, p. 210). Foram então os participantes separados em grupos, sendo que a principal

diferença entre os grupos separados era a investigação preliminar fazer parte do processo judicial ou não. A variável então era o inquérito policial fazer parte ou não dos autos do processo judicial.

O resultado confirmou o efeito primazia e a influência dos vieses cognitivos nas decisões judiciais. Indicou que os juízes que tiveram contato com o inquérito policial proferiram sentenças condenatórias de forma mais frequente do que os juízes que não tiveram contato com a investigação.

Ao comentar o resultado da pesquisa, Ruiz Ritter afirma que:

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), podendo-se considerar confirmada a primeira hipótese (RITTER, 2016, p. 124).

Além disso, o grupo de juízes que tinha conhecimento dos autos não lembrava posteriormente das respostas das testemunhas em audiência, ao passo que o grupo que não tinha conhecimento da investigação, tinha maior lembrança. Tal ocorrência demonstrou que os juízes que conhecem os autos do inquérito e criam, por consequência, uma primeira impressão do fato criminoso, tendem a não assimilar informações dissonantes à aquela impressão criada, ou seja, não prestam a atenção devida ao depoimento das testemunhas que não confirmam as informações do inquérito policial. A verdade é que a decisão inconscientemente já estaria pronta antes da produção de provas (SCHÜNEMANN, 2013. p. 212).

Conclui Bernd Schünemann:

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, 2013. p. 221).

Como o juiz já tem uma hipótese condenatória memorizada, o réu acaba tendo que provar sua inocência. A presunção de não culpabilidade então se torna uma grande falácia. O princípio do *in dubio pro reo* passa a ser *in dubio contra reo*.

A pesquisa de Schünemann prova tudo o que já havia sido dito. A leitura do inquérito policial cria no juiz uma hipótese condenatória. Essa primeira impressão, pelo efeito primazia

tende a ser mantida. Evita-se assim o estado de dissonância cognitiva, em face da eterna busca por consonância cognitiva na mente do ser humano juiz.

Dessa forma, com vistas a manter a coerência cognitiva, o juiz busca seletivamente informações que corroborem a primeira impressão. Inconscientemente despreza resultados probatórios dissonantes ao efeito primário.

É a confirmação do efeito primazia e da conseqüente busca seletiva por informações que confirmam a hipótese fixada na mente do juiz.

Demonstra-se, por conseguinte, que a imparcialidade subjetiva do juiz resta comprometida com o enviesamento cognitivo decorrente de uma equivocada relação entre o S1 e o S2. Comprova-se, assim, a hipótese do trabalho.

Assim, com os estudos da psicologia comportamental cognitiva, constata-se que o julgador pode ser inconscientemente manipulado no processo penal com a forma dual do pensamento, os atalhos mentais e dissonâncias cognitivas. No modelo constitucional de processo devem ser observados os princípios constitucionais e convencionais. Logo, para que a decisão seja o resultado de uma construção participada das partes, o legislador alterou recentemente as normas do CPP com a publicação da Lei nº. 13.964/2019. Essa reforma parcial trouxe algumas mudanças que permitem o desenviesamento cognitivo do julgador.

6. AS HIPÓTESES DE *DEBIASING* TRAZIDAS PELA LEI N. 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019

Até o presente momento, a pesquisa tratou da dicotomia entre modelos autoritários e democráticos de processo penal, com vistas a se construir o modelo constitucional de processo, tendo a democraticidade como princípio identificador do sistema.

Em um segundo momento, preocupou-se em expor a diferenciação entre neutralidade e imparcialidade, bem como conceituar o princípio da imparcialidade em sua dimensão subjetiva e objetiva.

Posteriormente, demonstrou-se, como marco teórico da pesquisa, como se relacionam o sistema dual de pensamento e a teoria da dissonância cognitiva.

Em um quarto momento, buscou-se identificar a influência de alguns dos vieses de cognição sobre a atividade jurisdicional e o problema da contaminação subjetiva do julgador.

Provou-se por meio de pesquisas científicas a quebra da imparcialidade anímica dos juízes quando enviesados cognitivamente.

Chega-se ao momento, por conseguinte, de trazer propostas desenviesantes, com vistas a minorar os efeitos dos vieses cognitivos nas decisões judiciais.

A Lei 13.964/2019 foi uma (nova) tentativa do legislador de adequar as normas do Código de Processo Penal à Constituição Federal de 1988, buscando demarcar os lugares e as funções dos sujeitos processuais – órgão de persecução, órgão jurisdicional e defesa.

Debiasing então relaciona-se a técnicas de desenviesamento cognitivo dos tomadores de decisão. Parte-se do pressuposto que a primeira lição de desenviesar alguém seria o conhecimento do intérprete de que está ou pode estar enviesado. Deve-se saber, portanto, que se pode estar decidindo com base em critérios inconscientes ou com base em vieses cognitivos fixados na mente do julgador.

Afirma Pat Croskerry, Geeta Singhal e Silvia Mamede:

[...] o desenviesamento cognitivo envolve mudanças que raramente acontecem por meio de eventos isolados, mas sim por uma sucessão de estágios – de um estado de ignorância quanto aos vieses de cognição para um estado de entendimento destas circunstâncias, para a habilidade de detectar vieses, considerar a mudança, decidir mudar, então iniciar estratégias para a mudança e, por fim, manter as mudanças (CROSKERRY; SINGHAL; MAMEDE, 2013, p. 65).

Assim, o *debiasing*³¹ visa mitigar os efeitos dos vieses cognitivos na tomada de decisões, eliminando assim julgamentos enviesados, parciais. O legislador, ao reformar parcialmente o CPP, positivou normas que se tornam estratégias de *debiasing* e devem ser observadas por todos os sujeitos processuais – coautores e destinatários da decisão jurisdicional.

6.1 A impossibilidade de produção de provas *ex officio* pelo julgador

Louvável a atitude do legislador brasileiro ao aprovar a Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, uma vez que tal legislação traz em seu bojo diversas medidas que visam garantir a imparcialidade do juiz. A lei, por óbvio, é somente um primeiro passo, uma vez que não é fácil mudar a cultura de um processo inquisitorial inserido em uma sociedade com raízes autoritárias (CASARA, 2010, p. 172).

Assim, a Lei n. 13.964/19, ao estabelecer no artigo 3º-A que *o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*, traz a primeira medida que visa preservar a imparcialidade do juiz.

O princípio acusatório, ao estabelecer a separação da função investigatória e acusatória da função judicante deixa claro que ao juiz não cabe a função de investigar e nem de gerir a prova, pois características do sistema inquisitivo. Determina-se, por conseguinte, uma nítida distinção das funções de investigar, acusar, defender e julgar, possibilitando ao juiz a cognição imparcial dos fatos e das provas apresentados pelas partes em contraditório judicial (MARINHO MARQUES, 2009).

³¹ Eduardo José da Fonseca Costa propõe dezoito medidas desenviesantes: 1) explicação ao juiz, pelo advogado, da existência e do funcionamento das propensões cognitivas; 2) educação dos operadores do direito (juízes, delegados, promotores, etc.) em *cognitive biases*; 3) valorização das regras de fundamentação do artigo 489 do CPC-2015, sem artifícios capciosos que lhes questione a constitucionalidade ou lhes reduza o alcance; 4) técnica do “advogado do diabo” ou do “considerar o oposto”; 5) colegialidade material, não meramente formal; 6) sistemas internos de freios e contrapesos, ainda que informais; 7) sistemas de revisão interna, ainda que informais; 9) sistemas de controle externo fundados em transparência; 10) valoração dos fatos *ex ante*, não *ex post facto*; 11) criação de varas e turmas de julgamento especializadas; 12) uso de roteiros e checklists no processo decisório; 13) combate a decisões judiciais baseadas tão somente em intuições subjetivas ou ideias preconcebidas, segundo as quais se chega antes à conclusão e depois se elegem fundamentos *ad hoc* para justificá-las; 14) experiência decisória e treinos constantes; 15) diminuição da pressão por produtividade judicial; 16) aumento do número de juízes; 17) estímulo aos juízes para que percam mais tempo em cada caso; 18) recomendação para que os juízes não sentenciem na própria audiência (COSTA, 2016, p. 187).

Supera-se, portanto, o resquício do sistema inquisitorial naquilo que permite ao julgador produzir provas sob a falaciosa justificativa de que se busca a verdade real, substituindo a função do órgão de acusação, em descompasso com o princípio da presunção de inocência, relativamente à sua regra probatória, chamada de *in dubio pro reo*. A imparcialidade do julgador está cognitivamente comprometida quando ele atua na fase de investigação, quando ele produz provas ou quando ele decide *ex officio*, sem prévio pedido do órgão da acusação.

Como visto, o julgador, no sistema inquisitório, ao acumular as funções de investigar, acusar e julgar, desenvolve um *quadro mental paranoico* e, uma vez eleita a hipótese, o que ocorre na fase de investigação, vai à cata de provas que corroborem a hipótese previamente imaginada por ele. Decide-se antes, para depois buscar provas para a fundamentação da decisão, o que se denomina de primado das hipóteses sobre os fatos (CORDERO, 2000).

A gestão da prova pelo juiz, que busca, incansavelmente, a “sua” verdade real, é marco característico do sistema inquisitório e legitima o seu protagonismo no processo (COUTINHO, 2001; LOPES JR., 2015; PINTO, 2012), impossibilitando a imparcialidade necessária para que a decisão decorra da construção participada das partes, órgão da acusação e defesa.

Por conseguinte, as normas que permitem ao julgador buscar e produzir provas de ofício, art. 156, I e II CPP, bem como substituir a função desempenhada pelo órgão da acusação quanto à pretensão acusatória, art. 383 e 385 CPP e, ainda, fundamentar a sua decisão valorando e valorizando os elementos colhidos na fase investigatória, art. 155 CPP, possibilitam o enviesamento cognitivo (*cognitivity biases*) dos julgadores e uma quebra inconsciente da imparcialidade necessária para uma devida fundamentação (KAHNEMAN; TVERSKY, 1974, p. 1124-1131).

No sistema acusatório, a gestão da prova cabe exclusivamente às partes. Em decorrência do princípio dispositivo ou acusatório é imprescindível a distinção inicial entre as atividades de acusar e julgar, consoante estabelecido no artigo 129, I da Constituição da República e esta distinção deve ser mantida durante todo o processo para a efetivação da imparcialidade exigida para se decidir o caso concreto.

Uma decisão devidamente fundamentada deve ser pautada em argumentos jurídicos e estes argumentos jurídicos estão limitados, controlados, pelo contraditório, enquanto influência e não surpresa e deve ser oportunizado pelo juiz, enquanto terceiro imparcial. Ademais, as provas apresentadas pelas partes deverão ser valoradas e valorizadas no momento da fundamentação da decisão com a neutralização dos vieses cognitivos (NUNES, 2008).

Assim, as normas processuais penais que permitem a atuação ativa e *ex officio* do julgador fortalecem o enviesamento cognitivo e subvertem a imparcialidade do juiz, pois se o julgador procura produzir a prova, já está convencido que o acusado é culpado, uma vez que para absolver, basta a dúvida, conforme a regra do *in dubio pro reo*.

O princípio da presunção de inocência garante ao acusado o tratamento de inocente até que esteja comprovada a sua culpa. Logo, o ônus da prova é exclusivo da acusação e, portanto, caso o juiz produza provas, ele o faz com o intuito de subsidiar a hipótese previamente imaginada por ele, o que Franco Cordero intitula de primado das hipóteses sobre os fatos. Quando o juiz se torna juiz-ator no processo, produzindo provas, ele o faz para condenar, já que para absolver, existe o princípio da presunção de inocência.

Da mesma forma, caso o juiz tenha prolatado decisão na fase investigatória, ele já formou uma imagem mental do fato, elegendo uma hipótese, e todos os argumentos que tendem a sustentá-la serão considerados consonantes, afastando-se os elementos dissonantes, a tese defensiva, ou mesmo não os percebendo, levando Bernd Schünemann a concluir que o juiz é um *terceiro inconscientemente manipulado*.

O essencial da prova é engendrar a convicção do juiz e, uma vez que o julgador forma o seu convencimento a partir de sua crença, quadro mental paranoico ou primado das hipóteses sobre os fatos (CORDERO, 2000), deve-se considerar como provas válidas apenas aquelas produzidas em contraditório (MARTINS, 2014), vedada a iniciativa probatória do juiz.

Afirma Felipe Martins Pinto:

A condição do Estado Democrático de Direito deflagra decorrências diretas e incisivas para o exercício do Poder Jurisdicional, primordialmente na esfera criminal, estabelecendo, através de uma epistemologia garantista, os signos através dos quais se construirá a verdade no processo, signos estes que preconizam a participação equânime das partes em contraditório na construção do provimento e o reconhecimento de limites bem definidos para a intervenção dos direitos das pessoas (PINTO, 2012, p. 91).

A decisão devidamente fundamentada será reflexo da construção compartilhada do direito, por meio dos argumentos e provas trazidos ao processo pelas partes, órgão da acusação e defesa.

6.2 O juiz das garantias

Como segunda medida desviesante, a lei nº. 13.964/19 instituiu a figura do juiz das garantias, conforme previsão legal do artigo 3º-B.

‘Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente (...)

O modelo constitucional de processo penal, construído com base na Constituição da República de 1988 e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, coloca como papel central do juiz a função de garantidor das regras do jogo processual, garantidor do devido processo legal. Dessa forma, quando o artigo 3º-B da Lei 13964/19 afirma que *o juiz das garantias³² é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais*, traduz-se a própria razão de ser do instituto: *o juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais* (BRASIL, 2009). Considera-se a criação desse *juiz garante um passo fundamental na direção de um processo penal democrático, que*

³² O artigo 3º-B da Lei 13964/19 elenca como competência do juiz das garantias: I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal; II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código; III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo; VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente; VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo; IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI - decidir sobre os requerimentos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental; XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código; XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

preconiza regras claras, harmônicas, eticamente aceitáveis e orientadas pela Constituição Federal (RITTER, 2016, p. 160).

A função primordial do juiz das garantias, portanto, traduz-se na ideia da própria função do processo penal democrático: garantir direitos individuais dos cidadãos. Assim, o Estado Democrático de Direito e o modelo constitucional de processo exigem o garantismo como pauta mínima de respeito a direitos. *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, 2009). O juiz das garantias enfatiza o valor inestimável das garantias individuais e sua criação demonstra maturidade social no exercício do poder, *uma vez que a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias fundamentais* (BRASIL, 2009).

Além disso, o instituto aperfeiçoará a atuação jurisdicional criminal ao promover uma maior especialização na matéria e, principalmente, permitirá o distanciamento do juiz do processo *em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação* (BRASIL, 2009).

Nestes termos, a instituição da figura do juiz das garantias separa a atuação do juiz do processo do juiz que atua em fase investigatória, com vistas a manter a imparcialidade subjetiva de quem vai julgar o caso. Parte-se do pressuposto então que não existe a possibilidade de se manter a imparcialidade anímica se o julgador de mérito atua na fase de investigação preliminar. Pensar diferente, como visto, seria exigir um comportamento inumano do juiz (RITTER, 2016, p. 150). Seria partir do pressuposto que os elementos indiciários da investigação preliminar não influenciam na tomada de decisões, ao contrário do que restou provado pela teoria da dissonância cognitiva e pela forma dual de pensamento.

Assim, conforme demonstrado, o julgador que atua na fase da investigação, constrói previamente uma hipótese e imagem mental dos fatos e, portanto, todos os elementos consonantes à investigação serão valorizados e os dissonantes serão subvalorizados ou mesmo não percebidos pelo juiz do processo, tornando-o um terceiro inconscientemente manipulado (CORDERO, 2000) no processo penal. Por conseguinte, o juiz garante minora os efeitos do viés de confirmação e do efeito primazia, uma vez que o mérito será decidido por um juiz com uma originalidade cognitiva maior, cuja cognição quanto aos fatos será obtida no momento da instrução probatória, em contraditório pelas partes.

Cedo ou tarde, o juiz que atua no inquérito, mantendo o flagrante ou decretando a prisão preventiva do investigado, autorizando a quebra dos dados resguardados por sigilo

constitucional, incluindo a interceptação das conversas telefônicas, tende a assumir a perspectiva dos órgãos de persecução criminal. Havendo um juiz responsável pela investigação, o juiz responsável pela decisão meritória não terá proferido decisões cautelares anteriores, não terá contato com os elementos de informação produzidos sem contraditório e ampla defesa e não terá tido contato com a investigação preliminar. Assim, a ausência da perspectiva dos órgãos de persecução penal, torna o juiz do mérito equidistante do fato a ser julgado e das próprias partes, possibilitando uma maior imparcialidade.

O juiz que atua no inquérito policial ficará impedido de julgar o caso, sendo que o juiz do processo terá uma maior liberdade crítica em relação ao material investigatório. O juiz das garantias, portanto, traduz-se no aprimoramento da justiça, com vistas a se tentar garantir a imparcialidade subjetiva, uma vez que seria diminuída consideravelmente a influência dos vieses cognitivos na decisão judicial.

Que se entenda bem, portanto, o juiz de garantias irá facilitar a observância do princípio da imparcialidade, deixando claro o seu papel de guardião das regras do jogo processual democrático. Não será, por conseguinte, o salvador dos mundos, mas é impossível se pensar em um processo democrático sem um juiz imparcial a julgar os casos.

A função do juiz de garantias³³ então perpassa o controle da legalidade da fase investigatória e a salvaguarda dos direitos individuais do cidadão. Por conseguinte, é peça chave

³³ Não obstante a relevância do instituto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, suspendeu a implementação do juiz das garantias por tempo indeterminado. A ação visando a suspensão foi proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros e teve como fundamento a nota técnica n. 10 do CNJ: “*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*”. O Ministro afirmou que a implantação do instituto violaria o novo regime fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional 95/2016, tendo em vista o impacto orçamentário (STF, ADI 6299). Considera-se lamentável tanto a suspensão do instituto quanto a argumentação utilizada pelo Ministro, uma vez que reflete a mesma e já conhecida desculpa (usada, por exemplo, para não se instituir ou aparelhar as Defensorias Públicas) para se aprimorar a justiça brasileira, como se fosse aceitável se ter uma justiça parcial.

do modelo constitucional de processo penal democrático ao zelar pela regularidade da investigação e impedir a contaminação subjetiva do juiz do processo.

6.3 A necessária exclusão dos autos da investigação dos autos do processo judicial

Afirma o artigo art. 3º-C da Lei 13.964/19:

A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

(...)

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

O §3º do artigo art. 3º-C da citada lei determina outra medida desviesante. Assim, as matérias de competência do juiz das garantias não integrarão mais o processo judicial subsequente, como geralmente ocorre, tendo em vista que o Código de Processo Penal de 1941 determina que a denúncia será acompanhada dos autos do inquérito policial.

Nesses termos, a nova legislação afirma que a competência do juiz das garantias cessaria com a propositura da ação penal, sendo que os elementos de informação constantes do inquérito policial seriam excluídos dos autos do processo. Dessa forma, os autos da investigação preliminar não mais estariam inseridos nos autos do processo judicial, possibilitando uma maior originalidade cognitiva do juiz do mérito. Ocorreria então a tramitação direta do inquérito policial entre polícia e Ministério Público e a denúncia não viria mais acompanhada dos autos da investigação.

Tal modificação visa impedir *o comprometimento da imparcialidade do julgador, como corolário da sua contaminação (consciente ou inconsciente) pelos elementos produzidos pela polícia judiciária de forma unilateral* (RITTER, 2016, p. 166), sem contraditório e ampla defesa.

Como restou demonstrado por Bernd Schünemann, o contato do juiz do processo com o material investigativo constante do inquérito policial afeta a imparcialidade subjetiva do julgador, a luz da teoria da dissonância cognitiva e do efeito primazia. O contato com os

elementos investigativos cria pré-conceitos na mente do julgador, que tende incansavelmente a confirmar aquelas informações constantes dos autos do inquérito policial. A primeira impressão é a que fica e dificilmente será alterada na audiência de instrução e julgamento.

Afirmam Jonathan Freedman, Merrill Carlsmith e Davide Sears que

(...) 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 (FREEDMAN; CARLSMITH; SEARS, 1977, p. 42).

Assim, quando o juiz constrói sua primeira impressão com base no inquérito policial, perde sua imparcialidade para julgar o caso, uma vez que em face da teoria da dissonância cognitiva e do efeito primazia, as informações defensivas serão dissonantes em relação aos dados fornecidos primeiramente pelos órgãos de persecução penal. A imagem do fato criminoso e da pessoa tida por criminosa dificilmente são revertidas, tendo em vista a busca por coerência cognitiva entre o conhecimento fixado na mente e as novas informações que sobrevierem posteriormente.

Imprescindível, por conseguinte, a inovação trazida pela Lei nº. 13.964/19 para se minorar os efeitos dos vieses cognitivos nas decisões judiciais (MAYA, 2014, p. 196).

Por tudo isso, demonstra-se que as recentes alterações aprovadas com a publicação da Lei 13.964/2019 tem o escopo de preservar e garantir a imparcialidade judicial e adequar o Código de Processo Penal de 1941 à estrutura principiológica da Constituição da República de 1988 e ao modelo constitucional de processo penal.

Essas mudanças são condizentes e estão respaldadas pelos estudos da psicologia comportamental cognitiva – forma dual de pensar, heurísticas e vieses cognitivos e dissonância/consonância cognitiva – e pela democraticidade, enquanto princípio unificador dos elementos e institutos do sistema constitucional.

Logo, coloca-se a democraticidade enquanto princípio fundante do sistema constitucional para que o devido processo e, especificamente, a imparcialidade do juiz possa ser mantida desde que cada sujeito processual desempenhe sua função demarcada constitucionalmente.

CONCLUSÃO

1- O processo penal é uma garantia fundamental do cidadão, com maior ou menor intensidade, conforme evolua o nível de democratização da sociedade. Deve ser entendido, por conseguinte, como um processo de partes, sendo a função de cada parte bem delineada e seus princípios e regras interpretados com vistas a garantir máxima eficácia aos direitos humanos.

2- A relação indissociável entre Constituição, direitos fundamentais e processo penal, permite afirmar que o modelo constitucional de processo tem a democraticidade como princípio identificador do sistema de justiça penal.

3- Código de Processo Penal de 1941 possui matriz essencialmente inquisitorial ou (neo)inquisitorial, trazendo em seu bojo dispositivos que precisam ser repensados para se garantir a imparcialidade subjetiva do julgador.

4- O homem é inseparável do seu mundo social, da sua criação, das suas experiências e vivências adquiridas ao longo da vida. Não existe, portanto, ser humano neutro.

5- Não é possível a abstração de conceitos e valores que foram adquiridos e internalizados pelo sujeito intérprete ao longo da vida. O juiz julga por meio de uma visão construída culturalmente. Assim, imparcialidade não se confunde com neutralidade.

6- A Constituição da República de 1988 não prevê explicitamente o princípio da imparcialidade, mas ao vedar a existência dos tribunais de exceção e ao privilegiar o juiz natural atenta para a necessidade de se ter num caso concreto um juiz inquestionavelmente equidistante às partes.

7- A imparcialidade diz respeito a uma construção jurídica com o objetivo de preservar a cognição do juiz como terceiro desinteressado ao objeto do processo, equidistante em relação às partes, inerte. Impõe limites ao agir judicial, para que se exija do juiz a apreciação igualitária das versões trazidas pelas partes, proporcionando igualdade e limites na atuação.

8- A imparcialidade subjetiva corresponde à ideia de originalidade cognitiva do juiz no ato de julgar. Dessa forma, o juiz seria parcial de forma subjetiva se de modo consciente ou inconsciente tivesse formado sua convicção sobre os fatos antes da produção probatória.

9- Em termos de imparcialidade objetiva, além de ser imparcial, o juiz deve parecer ser imparcial, não deixando espaço para dúvidas acerca de sua imparcialidade na condução do processo. Assim, o que se busca é a confiança da sociedade na administração da justiça, que jamais pode ser ou parecer parcial. Adota-se, por conseguinte, em termos de imparcialidade objetiva, a teoria da aparência.

10- A psicologia cognitiva é a ciência da mente humana e sua inter-relação com o meio ambiente. Estuda aspectos ligados à percepção, atenção, memória, linguagem, conhecimento, pensamento, resolução de problemas e tomada de decisões.

11- O pensamento reflete a maneira do ser humano processar informações, resolver problemas e tomar decisões. Existem duas formas de pensar: uma rápida e outra devagar. Uma intuitiva e outra lógica. O Sistema 1 (S1) consiste em uma forma mais direta, automática, intuitiva de pensamento. O Sistema 2 (S2) representa, contudo, uma atividade cognitiva mais reflexiva, silogística, demorada, racional. A interação entre os sistemas reflete o próprio funcionamento do pensamento humano.

12- O juiz, como ser humano que é, raciocina e racionaliza por meio dos sistemas S1 e S2, o que pode acarretar decisões equivocadas, enviesadas cognitivamente, parciais.

13- Todo ser humano busca voluntária ou involuntariamente um estado de consonância cognitiva à luz das experiências acumuladas durante a vida e das novas informações recebidas diariamente. Nestes termos, sempre que um indivíduo experimenta um estado de dissonância cognitiva, incoerência cognitiva, tende a reduzi-la para evitar a desarmonia cognitiva, restabelecendo um estado de consonância.

14- Os atalhos mentais transformam informações excessivas em informações administráveis pela mente humana. Simplificam a tomada de decisão, mas ao reduzir artificialmente a carga cognitiva, levam a erros. Nestes termos, por mais que as decisões judiciais são tomadas com a análise do caso concreto, os vieses direcionam as decisões. Análises fáticas e normativas, assim, são profundamente influenciadas por atalhos mentais, da mesma forma que decisões cotidianas. Os sistemas S1 e S2 e a busca eterna por um estado de consonância cognitiva praticamente definem como será uma decisão judicial.

15- O efeito primazia, como espécie de viés cognitivo, é explicado pela maior atenção que naturalmente se dá às primeiras informações. Posteriormente, quando já se forma a primeira impressão, é explicado pela constante busca de consonância cognitiva. Busca-se interpretar os fatos com base na primeira impressão que se tem do caso.

16- Aplicando a teoria da dissonância cognitiva e as duas formas de pensar nas decisões judiciais, como o juiz tem seu primeiro contato com a tese acusatória, forma ali sua primeira impressão sobre o caso, forma ali sua cognição. Caso concorde com o fato dado pelo Ministério Público, os argumentos trazidos pela defesa serão dissonantes em relação àquela premissa formada anteriormente.

17- Quando o juiz se depara com as informações trazidas pelo inquérito policial, produzido sem contraditório ou ampla defesa, cria ali uma hipótese condenatória. Tende, por conseguinte, a confirmar tal hipótese durante a produção probatória, desprezando provas contrárias à hipótese traçada.

18- O juiz que profere uma decisão cautelar durante o processo, permanece vinculado cognitivamente àquela decisão, repetindo na maioria das vezes tanto os argumentos, como o sentido da decisão proferida anteriormente. Tal postura reflete a influência da teoria da dissonância cognitiva na mente do julgador, além de macular a imparcialidade judicial.

19- O juiz enviesado pelo viés de confirmação produz decisões parciais, uma vez que não respeita a produção probatória. Está contaminado subjetivamente para sentenciar. Inconscientemente supervaloriza provas consonantes com a hipótese traçada. Por isso, com vistas a preservar a imparcialidade do magistrado que julgará o mérito, restou aprovada em 24 de dezembro de 2019 a Lei 13.964, que prevê diversas medidas desviesantes.

20- Louvável a atitude do legislador brasileiro ao aprovar a Lei nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, uma vez que tal legislação traz em seu bojo diversas medidas que visam garantir a imparcialidade do juiz.

21- A Lei n. 13.964/19, ao estabelecer no artigo 3º-A que *o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*, determina uma nítida distinção das funções de investigar, acusar, defender e julgar, possibilitando ao juiz a cognição imparcial dos fatos e das provas apresentados pelas partes em contraditório judicial.

22- As normas processuais penais que permitem a atuação ativa e *ex officio* do julgador fortalecem o enviesamento cognitivo e subvertem a imparcialidade do juiz, pois se o julgador procura produzir a prova, já está convencido que o acusado é culpado, uma vez que para absolver, basta a dúvida, conforme o princípio da presunção de inocência.

23- As normas que permitem ao julgador buscar e produzir provas de ofício, art. 156, I e II CPP, bem como substituir a função desempenhada pelo órgão da acusação quanto à pretensão acusatória, art. 383 e 385 CPP e, ainda, fundamentar a sua decisão valorando e valorizando os elementos colhidos na fase investigatória, art. 155 CPP, possibilitam o enviesamento cognitivo (*cognitivity biases*) dos julgadores e uma quebra inconsciente da imparcialidade necessária para uma devida fundamentação.

24- A instituição do juiz das garantias significa um passo fundamental na direção de um processo penal democrático, que preconiza regras claras, harmônicas e orientadas pela

Constituição da República. Aperfeiçoará a atuação jurisdicional criminal ao promover uma maior especialização na matéria e, principalmente, permitirá o distanciamento do juiz do processo em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.

25- O juiz das garantias traduz-se no aprimoramento da justiça, com vistas a se tentar garantir a imparcialidade subjetiva, uma vez que será diminuída consideravelmente a influência dos vieses cognitivos na decisão judicial. Perpassa o controle da legalidade da fase investigatória e a salvaguarda dos direitos individuais do cidadão. Por conseguinte, é peça chave do modelo constitucional de processo penal democrático ao zelar pela regularidade da investigação e impedir a contaminação subjetiva do juiz do processo.

26- Faz-se imprescindível a exclusão dos autos da investigação preliminar dos autos do processo judicial, uma vez que, o contato do juiz do processo com o material investigativo constante do inquérito policial afeta a imparcialidade subjetiva do julgador, a luz da teoria da dissonância cognitiva e do efeito primazia.

27- A publicação da Lei 13.964/2019 tem o escopo de preservar e garantir a imparcialidade judicial e adequar o Código de Processo Penal de 1941 à estrutura principiológica da Constituição da República de 1988 e ao modelo constitucional de processo penal.

28- Os vieses cognitivos, as heurísticas e os efeitos cognitivos interferem na tomada de decisões judiciais, criando automatismos decisórios, uma vez que são características imanescentes do pensar e decidir humano.

29- A existência de decisões enviesadas cognitivamente significa uma quebra da imparcialidade do julgador, princípio basilar do direito processual penal.

30- É preciso mitigar os efeitos deletérios dos vieses de cognição, incrementando a participação das partes na construção da decisão judicial, com vistas a produzir decisões menos afetadas pela subjetividade do julgador e se garantir a imparcialidade subjetiva do juiz.

31- A exclusão dos autos do inquérito dos autos do processo, o afastamento do juiz da iniciativa probatória, a demarcação dos papéis dos sujeitos processuais no modelo constitucional de processo e o juiz de garantias são medidas que permitem um sistema constitucional de justiça criminal. Sistema este pautado no processo penal que observa a contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade cognitiva do juiz, a fundamentação da decisão, a presunção de inocência e as liberdades individuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli, 1997.

ANDRADE, Flávio da Silva. *A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 507-540, jan./abr. 2019.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de derecho procesal penal*. 5. ed. Madrid: Rubí Artes Gráficas, 1984.

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

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Política não criminal e processo penal: a intersecção a partir das falas memórias da testemunha e seu possível impacto carcerário*. Disponível em: <<http://emporiodo-direito.com.br/politicanãocriminal/>>. Acesso em 12 de setembro de 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *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://badaroadogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juizimparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-a-a-funcao-do-juiz-de-gantias.html>> Acesso em: 07 de setembro de 2019.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso*. Madrid: Bosch, 2015.

BOECKEL, Cristina; COELHO, Henrique. *Mãe perde guarda de filho no RJ por morar em área considerada de risco*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/07/22/mae-perde-guarda-de-filho-no-rio-por-morar-em-manguinhos.ghtml>>. Acesso em 10 de agosto de 2019.

BOFF, Leonardo. Prefácio. *Inquisição: um espírito que continua a existir*. In. EYMERICH, Nicolau. *Directorium Inquisitorum – Manual dos Inquisidores*. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993.

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

BRASIL. Decreto-Lei 3.689. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941.

BRASIL. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941*. Ministro Francisco Campos. Rio de Janeiro, 08 de dezembro de 1941.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. *Código de Ética da Magistratura Nacional*. Brasília, DF, 2008.

BRASIL. Lei 13.105. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 16 de março de 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*. Relator: Senador Renato Casagrande. Senado Federal, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Nota Técnica nº 10*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010.

BRASIL. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em setembro de 2019.

BRASIL. *Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textosinternacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em setembro de 2019.

BRASIL. *Declaração Americana dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em setembro de 2019

BRASIL. *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 setembro de 2019.

BRASIL. Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em setembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 6299. Relator: Ministro Luiz Fux. Dj. 22 de janeiro de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8_ADI6298.pdf. Acesso em 24 de janeiro de 2020.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. Ingerir glicose auxilia no aumento do número de acordos em audiências de conciliação. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/17-tribunal/18208-ingirir-doce-auxiliar-no-aumento-do-numero-de-acordos-em-audiencias-de-conciliacao>. Acesso em 24 de janeiro de 2020.

BRONZO, Pasquale. *O princípio dispositivo em matéria de prova no processo penal*. In: *Mentalidade Inquisitória e processo penal no Brasil*. Curitiba, 2018.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Trad. Ivo de Paula. São Paulo: Editora Pillares, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 1ª ed. 3ª tiragem. Campinas: Russell Editores, 2008.

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.

CASARA, Rubens Robert Rebello. *Vamos Levas a Imparcialidade a Sério?* Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/02/27/vamos-levar-a-imparcialidade-judicial-a-serio/>>. Acesso em agosto de 2019.

COLAVOLPE, Luis Eduardo Lopes Serpa. *A oralidade na audiência criminal como ferramenta para um processo penal de garantias*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda, et al. (Org). *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina*. Florianópolis: Emporio do Direito. 2017.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *LEVANDO A IMPARCIALIDADE A SÉRIO: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. 2016. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito.

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

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: *Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. Revista de informação legislativa, v. 46, n 183, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Os sistemas processuais agonizam? In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes; PAULA, Leonardo Costa de. (Org.) *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. V. 1. p. 63-78.

CROSKERRY, Pat; SINGHAL, Geeta; MAMEDE, Sílvia. *Cognitive debiasing 2: impediments to and strategies for change*. BMJ, 2013.

DANILET, Cristi. *Independence and Impartiality of Justice*. 2000. Disponível em: <http://www.medelnet.eu/images/stories/docs/Independence%20and%20Impartiality%20of%20Justice-1.pdf>. Acesso em 14 de outubro de 2019.

DAVIDOFF, Linda. L. *Introdução à Psicologia*. 3 Ed. Tradução: Lenke Perez. São Paulo: Makron Books, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

EKMAN, Laurie Lundy. *Neurociencia: Fundamentos para a Reabilitação*. 2 ed. São Paulo: Elsevier, 2017.

EUROPEAN. Court of Human Rights. *Case of Piersack vs. Belgium*: Application n° 8692. 1 october1982. 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 setembro de 2019.

EUROPEAN. Court of Human Rights. *Case of De Cubber vs. Belgium*: Application n° 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 setembro de 2019.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Escrito em 1376, revisado e ampliado por Francisco de la Peña em 1578. 2 ed. Trad. Maria José Lopes da Silva. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FESTINGER, Leon. *Teoria da Dissonância Cognitiva*. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FINDLEY, Keith; SCOTT, Michael S. *The multile dimensions of tunnel vision criminal cases*. Wisconsin Law Review, n. 2, 2006. Disponível em: <https://media.law.wisc.edu/m/hyjb3/findley_scott_final.pdf>. Acesso em 12 de setembro de 2019.

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

GLEITMAN, Henry; REISBERG, Daniel; GROSS, James. *Psicologia*. 7 ed. Trad. de Ronaldo Catalão Costa. Porto Alegre: Artmed, 2009.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Prisões cautelares, confirmation bias e direito fundamental à devida cognição no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 117, ano 23, São Paulo, RT, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelon: Bosch, 1935.

GOLDSCHMIDT, Werner. *La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso*. Disponível em: <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2019.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O princípio do juiz natural e sua dupla garantia*. Revista de Processo. Jan-Mar 1983. v. 29.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência enquanto ideologia*. In: Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1980.

HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action. Vol 1. Reason and the rationalization of society*. Boston, Beacon Press, 1984.

HANISCH, H. *La Defensa de La Libertat em el Derecho Romano*. Revista de Estudos Histórico-Jurídicos. Valparaíso, IX, 1984.

HASSEMER, Winfried. *Crítica del derecho penal de hoy*. Tradução de Patrícia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

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.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro*. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. (Coords.) *Processo Civil: novas tendências. Homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 235-258.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Necessitamos de um novo código de processo civil?* In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coords.) *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 135-150.

JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. *O princípio do contraditório no Projeto do Novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 227, p. 335-359, jan. 2014.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. *Science, New Series*, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), pp. 1124-1131. Disponível em: http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf Acesso em 21 de janeiro de 2020.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas formas de pensar*. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

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

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LINDGREN, Henry Clay. *Introducción a la psicología social*. 2ª ed. Trad. Nuria Parés; María Inés de Salas. México: Editorial Trillas, 1978.

LOPES, Mónica Sette. *A equidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

LOPES, Marcos Vinicius Pimenta. *OBSERVAÇÕES SOBRE O INQUÉRITO E A DISSONÂNCIA COGNITIVA: a necessária exclusão física dos autos do inquérito da fase de julgamento para a efetivação da imparcialidade do juiz e do procedimento*. 2016. Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Dissertação de Mestrado.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo, 2013.

LOPES JR., Aury. *Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz*. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>. Acesso em 30 de janeiro de 2020.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. *A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Ano 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009.

MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. *Sistemas processuais, a produção da prova e os sujeitos do processo penal*. Boletim Informativo IBRASPP, Porto Alegre, a. 4, n. 6, p. 25-28, 2014.

MARTINS, José Renato Silva. *O DOGMA DA NEUTRALIDADE JUDICIAL: Sua contextualização no Estado brasileiro contemporâneo*. 2001. Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Dissertação de Mestrado.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

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

MICHENER, H. Andrew; DELAMATER, John D.; MYERS, Daniel J. *Psicologia social*. Trad. Eliane Fittipaldi; Suely Sonoe Murai Cuccio. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus*, vol. 1 – 3 ed. Campinas: Bookseller, 2007.

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

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus*. 7 ed. São Paulo: Manole, 2005.

MYERS, David G. *Psicologia*. 9 Ed. Trad. De Daniel Argolo Estill e Heitor M. Correa. Rio de Janeiro: LTC, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. 2008. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flavio Quinaud. *DESCONFIANDO DA IMPARCIALIDADE DOS SUJEITOS PROCESSUAIS: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

NUNES, Dierle; LEITE, George; STRECK, Lenio. *O fim do livre convencimento motivado*. Empório do Direito, 2018.

PINTO, Felipe Martins. *A natureza jurídica do processo penal: o processo como espécie de procedimento realizada em contraditório entre as partes*. 2004. Dissertação (Mestrado em Ciências Penais) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte.

PINTO, Felipe Martins. *A Inquisição e o sistema inquisitório*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n. 56, p. 189-206, jan./jun. 2010.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

PINTO, Felipe Martins. *PRESUNÇÃO DE INOCENCIA: estudos em homenagem ao professor Eros Grau*. Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2019.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

REALE, Miguel. *A Ética do juiz na cultura contemporânea: Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no Processo Penal: Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva*. 2016. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2003.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal e Processual Penal e filosofia do direito*. Org. Luís Greco. Ed. Marcial Pons, 2013.

SILVA, Cristian Kiefer. O Direito como garantia de pacificação e conciliação dos conflitos entre rivais na Itália Renascentista: uma análise da prática jurídica na tragédia Romeo and Juliet de William Shakespeare. 1. Ed. Curitiba, PR: CRV, 2013.

STERNBERG, Robert J. *Psicologia Cognitiva*. Trad. Anna Maria Luche. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. *No TJ-MG o MP não precisa provar acusação; lá invertem o ônus da prova*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-05/senso-incomum-tj-mg-mp-nao-provar-acusacao-la-invertem-onus-prova>. Acesso em 30 de dezembro de 2019.

STERNBERG, Robert J.; STERNBERG, Karin. *Psicologia Cognitiva*. Tradução Noveritinis do Brasil. 2 ed. São Paulo, 2016.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 202.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade – O Juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins. São Paulo: RT, 2002.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de Processo Penal*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TRUJILLO, Isabel. *Imparcialidad*. México: UNAM, 2007.

WOLKMER, A. C. *Ideologia, Estado e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Vieses as justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva*. Florianópolis: Emodara, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

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