

**QUANDO “O MUNDO É SÓ MIRAGEM” – COGNIÇÃO, PODER DECISÓRIO
E PROCESSO PENAL: O JUIZ COMO UM IGNORANTE OU TERCEIRO
MANIPULADO?¹**

Jivago Pizarro Schulte²

Sedenir Fiore

Douglas Braun

Jauro Sabino Von Gehlen

1. INTRODUÇÃO

Decidiu-se conduzir este trabalho a partir de uma pergunta colocada como tema central, ou seja, o fio condutor deste artigo será o seguinte questionamento: o Juiz no processo penal brasileiro, naquilo que pertine a sua cognição, é um ignorante (ontologicamente considerado) ou um terceiro manipulado? Neste contexto, é necessário esclarecer que se encara tal questionamento de duas formas; um, eminentemente retórico no sentido de afirmar, que, por hipótese, o juiz pode ser sim um terceiro manipulado. Por outro lado, aceita-se o desafio de concatenar alguns elementos aqui estudados, no sentido de verificar ou não a possibilidade, esta efetiva, de termos um juiz ignorante (aquele que ignora, que não conhece o processo até a instrução processual) no processo. Desta forma, trabalhou-se, com as principais características dos sistemas processuais penais. Ainda, neste contexto fora necessária a definição da ideia daquilo que a imparcialidade representa para o processo penal brasileiro.

Ainda, no contexto da trilha necessária para a resposta a pergunta colocada como tema central, fora necessária a análise do poder decisório em matéria penal. Por fim, analisa-se a teoria da dissonância cognitiva aplicada ao processo penal.

¹ Artigo apresentado como requisito parcial de avaliação na disciplina de Epistemologia do Processo Penal Contemporâneo do PPGCCRIM – Doutorado Aluno Especial – PUCRS.

² Professor de Direito Penal e Processual Penal. Advogado Criminal. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul.

Concatenando todos os elementos carreados tenta-se responder ao questionamento inicial lançado, bem como se tenta, de alguma forma, trazer a lume possíveis soluções para os problemas aqui apresentados.

É necessário, ainda, dentro deste contexto, dizer que não se pretende esgotar o tema aqui proposto. E sim, trazer tais questões ao centro do debate de uma possível modificação cultural no processo penal brasileiro.

2. DOS PROLEGÔMENOS NECESSÁRIOS – DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

Contudo, antes de entrarmos na seara de discussão, mister à análise de temas correlatos que são imprescindíveis a compreensão global do tema, que poderá levar (ou não) a resposta para questionamento central deste trabalho.

A partir de tais premissas, o primeiro ponto a ser trabalhado, a nosso sentir, deverá ser necessariamente a imparcialidade do julgador como princípio do processo penal. Nesse sentido, imparcialidade pode ser definida como um “juiz completamente afastado da arena das partes e da iniciativa da prova”³, ou seja, um juiz que não alinhe-se a uma das partes do processo (acusação e defesa) e tampouco faça a produção e as gestão das provas do processo. Nesta perspectiva, ou seja, da imparcialidade, só haverá um processo minimamente democrático com a presença de um juiz absolutamente imparcial.

Ainda em relação à imparcialidade do julgador, esta pode ser classificada em subjetiva e objetiva. A primeira, objeto precípua deste trabalho, pode ser definida como aquela ligada ao estado anímico do julgador, ou seja, a análise sobre um possível prejulgamento por parte daquele que julgará o processo.⁴ Por sua vez, a imparcialidade objetiva está umbilicalmente entrelaçada a “estética de imparcialidade”, isto é, a posição do juiz e de suas funções dentro de um processo.⁵

³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal – Introdução Crítica**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 254

⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal – Introdução Crítica**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 107 e ss.

⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal – Introdução Crítica**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 107 e ss.

Como já salientado, neste estudo trabalharemos eminentemente com os aspectos ligados a imparcialidade subjetiva do julgador.

Nesta quadra, contudo, é necessário chamarmos atenção para a correlação direta entre a imparcialidade, pelo seu nível de importância, e a estrutura do processo penal. Não há possibilidade, portanto, de examinarmos a (im)parcialidade do julgador sem, minimamente, relembrarmos outra matéria; os sistemas processuais penais.

Quando se fala em sistemas processuais penais se está tentando definir, de certa forma, a estrutura sob a qual o processo penal está inserido. Os sistemas processuais podem ser definidos, segundo Juarez Tavares e Rubens Casara como:

conjunto de normas (regras e princípios), agências estatais e práticas relacionadas ao poder punitivo estatal, que forma um todo coerente (ou propositalmente não incoerente), em razão de um princípio unificador, de um mandamento nuclear do qual emanam os efeitos sobre o todo. Este princípio pode ser o inquisitivo ou o acusatório e, em consequência, o sistema processual pode ser inquisitivo ou acusatório.⁶

Pois bem, a opção neste trabalho será por definir, ou melhor dizendo, elencar as principais características dos sistemas processuais penais inquisitório e acusatório.

Quanto ao modelo inquisitório de processo penal pode-se dizer que este possui, dentre outras características, a “*gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz (figura do juiz-ator e do ativismo judicial = princípio inquisitivo), juiz parcial, inexistência de contraditório pleno [e] desigualdade de armas e oportunidades*”.⁷

Assim, o princípio inquisitivo enuncia o poder concentrado nas mãos do julgador que faz a gestão e a ingerência sobre a prova, tudo em nome da busca da verdade⁸ no processo.⁹ Digno de nota é que esta é a principal marca de um sistema inquisitório, a iniciativa e gestão da prova nas mãos do julgador.

Desta forma, dentre as principais características do sistema inquisitório merecem um destaque maior, em relação a este trabalho, a gestão e a iniciativa

⁶ TAVARES, Juarez e CASARA, Rubens. Prova e Verdade. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 106

⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 57

⁸ Tema complexo. Indicamos a leitura de Salah Khaled Júnior em sua obra “A Busca Da Verdade No Processo Penal”

⁹ TAVARES, Juarez e CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 108

probatória, a parcialidade do julgador e a desigualdade de oportunidades entre as partes.

Em sentido diametralmente oposto em relação ao sistema inquisitório, as características de um processo penal de modelo acusatório são, sem prejuízos das demais definições trazidas pela doutrina:

Clara distinção entre as atividades de acusar e julgar, a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades), mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo), contraditório e possibilidade de resistência (defesa).¹⁰

Desta forma, restam clarividentes as diferenças entre tais sistemas, ao menos, a partir de suas características. Se de um lado tem-se um juiz parcial, a falta de contraditório incluindo desigualdade de oportunidades, de outro temos um juiz alheio a produção de prova, que deve ser *ignorante*, completamente imparcial, que propicia o contraditório e trata as partes de forma completamente igualitária.

Por sua vez, se a natureza jurídica do processo penal é fundante quanto a sua estrutura e relação que une os principais atores processuais, ou seja, juiz, acusador e defensor¹¹ é possível, ao menos, tentar, traçar alguns pontos sobre tais matérias.

Assim, se a natureza jurídica do processo está intimamente ligada a sua estrutura, necessariamente os papéis desempenhados por cada um de seus atores é crucial para que se entenda o tipo de processo ao qual estamos inseridos.

Desta forma, a partir da concepção jurídica de processo como situação jurídica em Goldschmidt tanto quanto o processo como um procedimento em contraditório de Fazzallari se deverá pressupor, no mínimo, a existência de um processo verdadeiramente acusatório. Do contrário tem-se um simulacro de processo penal.

¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 58

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal – Introdução Crítica**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 271

Retornando ao processo como situação jurídica em Goldschmidt, onde o processo penal deve ser entendido no campo da incerteza¹², inclusive lembrando da passagem, que Deus joga e lança dados com o universo¹³, um questionamento surge: Mas se os Dados e as Roletas estiverem viciados¹⁴?

Trago um questionamento para a reflexão ao nosso leitor. Será mesmo tão imprevisível assim o resultado de um processo em um sistema inquisitório (pelas suas próprias características) ou em um cenário onde o juiz decide, no mais das vezes, com sua imparcialidade subjetiva comprometida (?!).

3. QUANDO “O MUNDO É SÓ MIRAGEM” OU A “VOZ DA INTUIÇÃO” – PODER DECISÓRIO, VIESES E HEURÍSTICAS.

Seguindo nosso estudo, nesta quadra da exposição, é necessário então falarmos sobre a tomada de decisão do juiz no âmbito do processo penal.

Daniel Kahneman em sua obra Rápido e Devagar apresenta um estudo denso sobre tomada de decisão, poder decisório e modos de pensamento.

¹² Como nos lembra Aury Lopes Júnior, lendo Goldschmidt, “o processo – assim como a guerra – está envolto por uma nuvem de incerteza. A expectativa de uma sentença favorável ou a perspectiva de uma sentença desfavorável está sempre pendente do aproveitamento das chances e da liberação de cargas. Em nenhum momento, tem-se a certeza de que a sentença será procedente. A acusação e a defesa podem ser verdadeiras ou não; uma testemunha pode ou não dizer a verdade, assim como a decisão pode ser acertada ou não (justa ou injusta), o que evidencia sobremaneira o risco no processo. O mundo do processo é o mundo da instabilidade, de modo que não há que se falar em juízos de segurança, certeza e estabilidade quando se está tratando com o mundo da realidade, o qual possui riscos que lhes são inerentes. (LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal – Introdução Crítica**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 87)

¹³ Sabe-se que Einstein falhou ao não considerar o princípio da incerteza na Teoria da Relatividade Geral, pois o universo pode ser imaginado como um gigantesco cassino, com dados sendo lançados e roletas girando por todos os lados e em todos os momentos. O detalhe fundamental é que os donos de cassinos não abrem as portas para perder dinheiro, pois eles sabem que, quando se lida com um grande número de apostas, a média dos ganhos e perdas atinge um resultado que pode ser previsto. E eles se certificam de que a média das vantagens esteja a favor deles, obviamente. O crucial é que, se a média de um grande número de movimentos pode ser prevista, o resultado de qualquer aposta individual não! Esse é o ponto. Logo, no processo, a situação é igual. Na média, pode-se afirmar que a justiça e o acerto dos resultados estão presentes. Ou seja, como existem muitos milhares de lançamentos de dados diariamente (distribuição, tramitação e julgamento), pode-se prever que a média será de acerto das decisões (senão a justiça, como os donos de cassino, não teria funcionado por tantos séculos!), mas o resultado concreto de um determinado processo (aposta individual na roleta) é completamente incerto e imprevisível. Essa é uma equação que precisa ser compreendida, principalmente pelos ingênuos apostadores... (LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal – Introdução Crítica**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 293-294)

¹⁴ Necessário destacar que essa expressão vem sendo já utilizada no campo da Filosofia e da Física Quântica no sentido de descrever que alguns fenômenos podem ser imprevisíveis em si, porém, dentro desta imprevisibilidade os acontecimentos posteriores são, de certa forma, previsíveis.

Basicamente, amparado na psicologia, ele divide a mente humana em dois sistemas. O Sistema 1 que opera de forma automática, sem esforço e sem controle voluntário e o Sistema 2 que é responsável por atividades mais complexas, que exigem esforço e concentração.¹⁵

A questão que se coloca é como trabalham esses sistemas. O Sistema 1 trabalha muitas vezes como um sistema intuitivo, encarregado de eventos mentais silenciosos, e, até mesmo, inconscientes.¹⁶ Vários dos nossos sentimentos, impressões, julgamentos e até decisões são definidos pelo Sistema 1. Tarefas cotidianas e inatas ou aquelas que são, por nós, muitas vezes repetidas também são controladas por este sistema.¹⁷

O Sistema 2 por sua vez, como já mencionado, vai exigir raciocínio mais apurado, concentração e, acima de tudo, atenção. Sistema 1 e 2 trabalham muito bem em conjunto, minimizam esforços e ganham em desempenho.¹⁸

Porém, o Sistema 1 pela forma de operar (com menos esforço), por vezes, desenvolve atalhos cognitivos para resolver questões de maior complexidade, ou seja, desenvolve as chamadas heurísticas. O Sistema 1, neste caso, opera da seguinte forma: irá transformar uma questão complexa em algo mais simples, que ele mesmo consiga dar a resposta, causando um imenso conforto e reduzindo a necessidade de reflexão. *“Em suma: as heurísticas permitem que rapidamente e com baixo consumo de energia, chegue-se a respostas intuitivas para questões complexas”.*¹⁹

Ao lado das heurísticas os Sistemas 1 e 2 também possuem vieses. Esses vieses, de maneira resumida, são a confirmação dada pelo Sistema 2 (complexo e pensante) ao Sistema 1 pela resposta intuitiva dada a uma questão complexa. Em outras palavras *“o Sistema 2 possui a aptidão de rejeitar ou modificar a*

¹⁵ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar**. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva. 2011. p.

¹⁶ WOJCIECHOWSKI, Paola e MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça: Como as Heurísticas e Vieses Operam nas Decisões Penais e a Atuação Contraintuitiva**. 2 ed. Florianópolis: Emais Editora. 2021. p. 26

¹⁷ WOJCIECHOWSKI, Paola e MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça: Como as Heurísticas e Vieses Operam nas Decisões Penais e a Atuação Contraintuitiva**. 2 ed. Florianópolis: Emais Editora. 2021. p. 26

¹⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar**. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva. 2011. p.

¹⁹ WOJCIECHOWSKI, Paola e MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça: Como as Heurísticas e Vieses Operam nas Decisões Penais e a Atuação Contraintuitiva**. 2 ed. Florianópolis: Emais Editora. 2021. p. 27

resposta alcançada, mas, muitas vezes, acaba por endossá-la, o que resulta em visões distorcidas da realidade.”²⁰

Desta forma o Sistema 2 endossa, por meio dos vieses, as heurísticas praticadas pelo Sistema 1, ou seja, o Sistema complexo e reflexivo acaba por confirmar a simplificação feita pelo Sistema 1, acreditando que é ele -Sistema 2- quem está no controle por definir a situação.

Segundo Alexandre Morais da Rosa e Paola Wojciechowski são nove²¹ os vieses e heurísticas mais frequentes nas tomadas de decisão.²² Adiante falaremos de cinco desses vieses, em especial atenção sobre o chamado Viés Confirmatório.

A questão que se coloca, agora, é como esses vieses e heurísticas afetam (se é que afetam) as decisões criminais.

Mesmo cada caso penal carregando consigo uma complexidade e peculiaridades únicas estes não estão alheios a atalhos cognitivos por parte do julgador.²³ O natural, inclusive, é pensarmos justamente o contrário, a um primeiro momento, ou seja, que pela complexidade dos casos não pudesse haver atalhos, heurísticas e vieses na decisão do julgador penal.

Passaremos agora ao estudo das cinco heurísticas e vieses mais comuns com relação ao poder decisório do julgador e o processo penal: heurística da disponibilidade, heurística da ancoragem, viés retrospectivo, viés egocêntrico e viés confirmatório.

A heurística da disponibilidade, por exemplo, opera no sentido da memória. Um testemunho mais expressivo que outro poderá ser mais facilmente puxado pela memória, isto, às vezes, em um combinado a casos anteriores

²⁰ WOJCIECHOWSKI, Paola e MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça: Como as Heurísticas e Vieses Operam nas Decisões Penais e a Atuação Contraintuitiva**. 2 ed. Florianópolis: Emais Editora. 2021. p. 43

²¹ Heurística da disponibilidade, heurística da ancoragem, heurística do afeto, heurística da correlação ilusória, viés egocêntrico, viés confirmatório, viés retrospectivo, viés de correspondência e viés do ator-observador.

²² WOJCIECHOWSKI, Paola e MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça: Como as Heurísticas e Vieses Operam nas Decisões Penais e a Atuação Contraintuitiva**. 2 ed. Florianópolis: Emais Editora. 2021. p. 43

²³ WOJCIECHOWSKI, Paola e MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça: Como as Heurísticas e Vieses Operam nas Decisões Penais e a Atuação Contraintuitiva**. 2 ed. Florianópolis: Emais Editora. 2021. p. 61

similares, o que facilita para a recuperação destes testemunhos emblemáticos na memória.²⁴

Neste caso, penso que nada pode ser mais expressivo que, por exemplo, o depoimento da vítima ou de alguma testemunha mais emotiva. Aqui, sem prejuízo dos demais enfoques é possível traçar um dos efeitos da dissonância cognitiva, a seletividade de informações.

Outra heurística importante, dentro deste contexto, é a da ancoragem. Aqui a decisão está pautada em algo como referência. Originalmente, segundo Kahneman, pensada para números²⁵, porém, esta perspectiva fora superada em relação aos processos criminais, não ficando adstrita apenas as pena e a cominação da pena.²⁶ Para as decisões criminais penso que um dos efeitos “âncora” pode estar no inquérito policial. Desta forma, o juiz poderá ancorar sua decisão, mesmo que fruto do Sistema 1, na investigação preliminar, formando sua imagem mental sobre o caso penal.

Por seu turno, o viés retrospectivo guarda íntima relação com crimes culposos. Por viés retrospectivo se pode entender a reavaliação simplificada (incluindo a previsibilidade) de efeitos ou casos que já ocorreram, ou seja, “o que realmente ocorreu tenderá a não parecer imprevisível quando em retrospecto”.²⁷ Desta forma existe uma tendência a simplificar o que já ocorreu, incluindo, como já citado, a previsibilidade, por isso mesmo da íntima ligação com crimes culposos.

Outro viés importante dentro do contexto das decisões criminais diz respeito direto ao magistrado e está a ele intimamente vinculado (não que os demais não estejam), é o viés egocêntrico. Este viés pode ser entendido e caracterizado como excesso de confiança em si mesmo, nas suas decisões e no

²⁴ WOJCIECHOWSKI, Paola e MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça: Como as Heurísticas e Vieses Operam nas Decisões Penais e a Atuação Contraintuitiva**. 2 ed. Florianópolis: Emais Editora. 2021. p. 67

²⁵ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar**. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva. 2011. p.

²⁶ WOJCIECHOWSKI, Paola e MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça: Como as Heurísticas e Vieses Operam nas Decisões Penais e a Atuação Contraintuitiva**. 2 ed. Florianópolis: Emais Editora. 2021. p. 67

²⁷ WOJCIECHOWSKI, Paola e MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça: Como as Heurísticas e Vieses Operam nas Decisões Penais e a Atuação Contraintuitiva**. 2 ed. Florianópolis: Emais Editora. 2021. p. 53 e 71

acerto destas decisões.²⁸ O que, a nosso sentir, inclusive, obsta que o magistrado se paute de forma contraintuitiva²⁹ com relação as heurísticas e vieses que podem estar presentes na sua cognição e em seu poder decisório.

Por ultimo, e de forma absolutamente proposital, far-se-á a análise do chamado viés confirmatório, visto seu ponto de contato com a teoria da dissonância cognitiva de Bernd Schünemann.

Viés confirmatório é “a *tendência natural das pessoas a procurar ou favorecer apenas informações que corroborem seus pontos de vista, hipóteses ou preconceções, negligenciando evidências que apontem em sentido contrário*”.³⁰ Ou seja, a partir de uma hipótese firmada ou uma preconceção (audiência de custódia, inquérito policial, deferimento de preventiva, etc.) o sistema 1 trabalhará com esta hipótese, como verdadeira, refutando toda e qualquer evidência em contrário. Por seu turno, o sistema 2 ao fazer a verificação daquilo que informa o sistema 1 poderá realizar o viés confirmatório.

Ainda, com relação aos nefastos efeitos do viés confirmatório pode-se afirmar que este poderá (e deverá, por uma questão até mesmo lógica) começar na investigação preliminar e perdurar por todo o processo. Em especial, pode-se apontar para a questão da produção e seleção da prova por parte do julgador, ou ainda de sua atuação *ex officio* ou até mesmo a validação mental e credibilidade dos testemunhos e das provas.³¹

Impossível, neste contexto, não traçar os pontos de contato que podem relacionar o viés confirmatório, a teoria da dissonância cognitiva e o efeito primazia.

4. DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA E SEUS PRINCIPAIS EFEITOS.

²⁸ WOJCIECHOWSKI, Paola e MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Viesses da Justiça: Como as Heurísticas e Vieses Operam nas Decisões Penais e a Atuação Contraintuitiva**. 2 ed. Florianópolis: Emais Editora. 2021. p. 72

²⁹ Ponto que trabalharemos na sequência.

³⁰ WOJCIECHOWSKI, Paola e MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Viesses da Justiça: Como as Heurísticas e Vieses Operam nas Decisões Penais e a Atuação Contraintuitiva**. 2 ed. Florianópolis: Emais Editora. 2021. p. 51

³¹ WOJCIECHOWSKI, Paola e MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Viesses da Justiça: Como as Heurísticas e Vieses Operam nas Decisões Penais e a Atuação Contraintuitiva**. 2 ed. Florianópolis: Emais Editora. 2021. p. 64

Para melhor compreender a imparcialidade subjetiva, e na busca pela resposta ao questionamento inicial deste ensaio, nesta quadra da exposição, trabalharemos com a chamada teoria da dissonância cognitiva.

A teoria da dissonância cognitiva, segundo Ruiz Ritter, torna-se conhecida em 1957 por meio da obra de Leon Festinger, intitulada “*A Theory of Cognitive Dissonance*”, um contributo da psicologia social. Esta teoria pode ser entendida como a tendência que um indivíduo possui em tentar um equilíbrio cognitivo, um “estado de coerência” em relação aquilo que ele conhece.³²

A teoria da dissonância cognitiva pode ser explicada a partir da ideia de equilíbrio cognitivo, ou seja, as pessoas procuram um equilíbrio entre as suas opiniões e seu conhecimento, no sentido de fazer desaparecer toda e qualquer dissonância entre elas. A partir desta concepção surgem dois efeitos, “perseverança” e “princípio da busca seletiva de informações”.³³

Como efeito, por perseverança pode-se entender uma confirmação da hipótese antes já pensada, superestimando toda e qualquer informação que agregue ou confirme o pensamento e, de outro lado, rechaçando tudo que não for de encontro com tal hipótese. Por busca seletiva de informações pode-se entender a ideia, mesmo que inconsciente, da busca por elementos que confirmem a hipótese antes já pensada/construída.³⁴

Dentro desta lógica Bernd Schünemann aplica a teoria da dissonância cognitiva ao processo penal. Para tanto, produz um experimento no âmbito do processo penal alemão. Trabalha, inicialmente, com a hipótese de que o conhecimento prévio dos autos por parte do julgador e sua postura em audiência, de alguma forma, podem afetar sobremaneira a sua imparcialidade no processo, comprometendo sua avaliação em relação ao caso penal em julgamento e atrapalhando, ou, até mesmo, impedindo a absorção das informações de forma correta (busca e percepção seletiva de informações).³⁵

³² RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal: Reflexões a Partir da Teoria da Dissonância Cognitiva**. Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p.84. 2016.

³³ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 208

³⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 208

³⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 207

Concluída a pesquisa, Schünemann chega as seguintes conclusões: quanto mais o juiz conhece ou está envolvido, de certa maneira, com a investigação preliminar e com o recebimento da denúncia, menos atenção dá a defesa de modo geral, e tem uma tendência, comprovada no experimento, infinitamente maior em condenar o réu.³⁶ Desta forma, segundo Aury Lopes Júnior, também na análise das conclusões a que chega Schünemann:

Toda pessoa procura um equilíbrio do seu sistema cognitivo, uma relação não contraditória. A tese da defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz à (molesta) dissonância cognitiva. Como consequência, existe o efeito inércia ou perseverança, de autoconfirmação das hipóteses, por meio da busca seletiva de informações.³⁷

Schünemann, demonstra, ainda, que o juiz ao receber a denúncia e instruir os autos, passa, mesmo que de forma inconsciente, a tomar posição no processo (contraria ao réu e a defesa)³⁸, ferindo frontalmente o princípio supremo do processo penal, qual seja, a imparcialidade.

Ainda, digno de nota em suas conclusões, afirma que quanto mais o julgador estuda o inquérito, tendencialmente aumenta o efeito “perseverança” e “princípio da busca seletiva de informações”,³⁹ ou seja, o juiz quanto mais estudar o inquérito (seja para deferir alguma medida, receber a denúncia, etc) mais envolvido estará com o caso penal, afastando-se daquilo que seria a imparcialidade subjetiva.

Outra questão importante dentro deste contexto é o efeito primazia, justamente é este (ou pode ser) o efeito – a partir do conhecimento e estudo do inquérito, por parte do juiz – que deverá ou poderá, dentre outras, ocasionar os vieses confirmatórios e, como se viu, a teoria da dissonância cognitiva.

O efeito primazia pode ser entendido como uma preconcepção sobre algo ou alguém, a partir de suas condutas (campo da observação) ou de uma

³⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 215 e ss.

³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal – Introdução Crítica**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 110

³⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 215 e ss.

³⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 215 e ss.

descrição feita por alguém, preponderando essas primeiras impressões com relação às demais informações ou observações posteriores – mesmo que positivas.⁴⁰ É justamente o que ocorre na seara do direito processual penal, em especial com relação as medidas cautelares, como, também, com o estudo por parte do julgador da investigação preliminar, entre outras.

5 - POSSÍVEL SUPERAÇÃO EM RELAÇÃO AOS PROBLEMAS DA VIDA REAL – ORIGINALIDADE COGNITIVA. EXCLUSÃO (OU NÃO ACESSO) DOS AUTOS DO INQUÉRITO E A EFETIVAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS.

Existem soluções reais e efetivas para os problemas aqui apresentados (não que daí não possam surgir outras...). Para Aury Lopes Júnior, com quem concordamos, a principal saída para a superação de tais questões está na possibilidade de alcançarmos uma originalidade e igualdade cognitivas em relação ao julgador.

Assim, o juiz deve conhecer o caso penal e as provas apenas na instrução penal (o ideal seria em um juízo oral), não em momento anterior. Caso contrário, já havendo conhecimento prévio por parte do juiz com relação ao inquérito este estará contaminado com aquela versão que fora lá produzida, ao arrepio do contraditório pleno.⁴¹

Por isto mesmo, ou seja, pela necessidade de diminuição dos espaços de contaminação é imperiosa a separação do juiz da instrução e da investigação. É de suma importância à implementação⁴² do juiz de garantias⁴³, com a máxima urgência.

⁴⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal – Introdução Crítica**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 262

⁴¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal – Introdução Crítica**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 267

⁴² Importante lembrar que após entrada em vigor do “pacote anticrime” o código de processo penal passou a fazer previsão expressa do sistema acusatório bem como da figura do juiz de garantias. Porém, ambos os artigos, a exemplo de outros, estão suspensos – a *sine die* – por decisão do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal.

⁴³ [...] juiz das garantias (nomenclatura utilizada também, por exemplo, pelo CPP do Chile, mas igualmente consagrada ainda que com outro nome em Portugal, Paraguai, Uruguai, e tantos outros países) ou “il giudice per le indagini” dos italianos, não tem uma postura inquisitória, não investiga e não produz prova de ofício. Também conhecido como sistema “doble juez”, como define a doutrina chilena e uruguaia em representativa denominação, na medida em que estabelece a necessidade de dois juízes diferentes, ou seja, modelo “duplo juiz”, em que dois juízes distintos atuam no feito. O primeiro intervém – quando invocado – na fase pré-processual até o recebimento da denúncia, encaminhando os autos para outro juiz

Ainda, no campo das possíveis soluções é necessário o destaque para a extirpação da prevenção^{44 45} como regra de fixação da competência.⁴⁶

Outro ponto essencial, por óbvio, a partir do que já fora exposto neste trabalho é a exclusão dos autos do inquérito policial do processo, no sentido de se garantir, como já sinalado, a originalidade cognitiva do julgador.

Por seu turno, para a solução do problema das heurísticas e vieses, tem-se a possibilidade de uma atuação contraintuitiva do julgador com relação a sua tomada de decisão, ou seja, deve ele agir, duvidando de si mesmo, conhecendo e reconhecendo os vieses e heurísticas, superando o mito da verdade real inserido em um sistema acusatório pleno.⁴⁷

Em suma, é essencial assegurar ao julgador no âmbito do processo penal brasileiro a máxima originalidade cognitiva, garantindo a ele a possibilidade de ser um ignorante quanto às provas e os fatos, até o julgamento do processo no momento adequado, ou seja, na audiência de instrução e julgamento, o que garantiria também uma possibilidade maior de diminuição dos vieses e heurísticas antes já trabalhados.

que irá instruir e julgar, sem estar contaminado, sem pré-julgamentos e com a máxima originalidade cognitiva. Ele se posta como juiz, inerte, que atua mediante invocação (observância do *ne procedat iudex ex officio* que funda a estrutura acusatória e cria as condições de possibilidade de ter um juiz imparcial) permitindo que se estabeleça uma estrutura dialética, onde o MP e a polícia investigam os fatos, o imputado exerce sua defesa e ele decide, quando chamado, sobre medidas restritivas de direitos fundamentais submetidas a reserva de jurisdição (como busca e apreensão, quebras de sigilo, prisões cautelares, medidas assecuratórias, etc.) e como guardião da legalidade e dos direitos e garantias do imputado. Portanto, atua como juiz e não como instrutor-inquisidor. (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal. 17 ed.** São Paulo: Saraiva, 2020.)

⁴⁴ O juiz brasileiro – por culpa da estrutura processual adotada – já inicia o processo completamente contaminado e sem a necessária originalidade cognitiva, na medida em que a “prevenção” fixa a competência. [...] A prevenção deve ser uma causa de exclusão da competência. O juiz-instrutor é preventivo e como tal não pode julgar. Sua imparcialidade está comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, mas pelos diversos prejulgamentos que realiza no curso da investigação preliminar (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para intervenção telefônica etc.). (LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal – Introdução Crítica.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 104 e ss.)

⁴⁵ Inclusive em segundo grau, como lembraram Aury Lopes Junior e Alexandre Moraes da Rosa no Podcast CriminalPlayer de número 9, da temporada 2021, intitulado “Quando o Juiz já Conhecia o Processo” disponíveis nas plataformas de áudio.

⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal – Introdução Crítica.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 265 e ss.

⁴⁷ WOJCIECHOWSKI, Paola e MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça: Como as Heurísticas e Vieses Operam nas Decisões Penais e a Atuação Contraintuitiva.** 2 ed. Florianópolis: Emais Editora. 2021. p. 75 e ss.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciamos as considerações finais tentando responder a indagação que fora norte deste trabalho. Afinal, o juiz é um ignorante ou terceiro manipulado?

Entende-se, por tudo que fora exposto, que o juiz deveria ser um ignorante no contexto do processo penal, ou seja, aquele que não conhece a prova e o caso penal antes do julgamento, porém, a partir das premissas colocadas neste pequeno estudo, ele é, mesmo que de maneira inconsciente, um terceiro manipulado. Será o julgador manipulado o tanto quanto ele tiver contato com a investigação preliminar e todo seu contexto, como, também, pelo seu próprio Sistema 1 por meio das heurísticas.

Desta forma ele deveria ser um ignorante (aquele que ignora, não sabe) e é justamente o oposto, de tanto que ele sabe acaba sendo manipulado, como já dito, ao menos de maneira inconsciente. Acredita que o Sistema 2 está sempre em pleno funcionamento e que nada, absolutamente nada lhe tira o poder decisório soberano conferido pelo Estado e pela “capa preta”.

Assim, de maneira conclusiva, é necessário superarmos a cultura inquisitória no processo penal brasileiro, inclusive, havendo, desta forma, um correto enquadramento em relação à própria natureza jurídica do processo penal. Neste ponto, digno de nota, também, é a necessidade urgente de assegurarmos ao julgador a máxima originalidade cognitiva, com a urgente implementação da figura do juiz de garantias em consonância com a exclusão/acautelamento dos autos do inquérito e a modificação da prevenção como regra de fixação da competência.

É preciso que se entenda que o que está em jogo não são apenas palavras, mas sim, o princípio máximo do processo penal, ou seja, a imparcialidade do julgador.

Portanto, por tudo que fora aqui exposto, o juiz fatalmente é um terceiro manipulado, porém, como já salientado, deveria ser sim um ignorante.

Nos dizeres de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “Há, porém, uma enorme diferença – sabem todos – entre o que é o que deve ser; entre o que prevalece e o que deve prevalecer.”⁴⁸

⁴⁸ COUTINHO, Jacinto. **Observações sobre o processo do sistema acusatório e a defensoria pública** in: Revista da Defensoria Pública da União, n 14, jul-dez 2020, Brasília. p. 64.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COUTINHO, Jacinto. **Observações sobre o processo do sistema acusatório e a defensoria pública** in: Revista da Defensoria Pública da União, n 14, jul-dez 2020, Brasília.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar**. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva. 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal – Introdução Crítica**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal: Reflexões a Partir da Teoria da Dissonância Cognitiva**. Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2016.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TAVARES, Juarez. CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

WOJCIECHOWSKI, Paola e MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Vieses da Justiça: Como as Heurísticas e Vieses Operam nas Decisões Penais e a Atuação Contraintuitiva**. 2 ed. Florianópolis: Emais Editora. 2021