

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA E SUA RELAÇÃO COM O  
PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO PROCESSO PENAL**

**YASMIN TEIXEIRA DE CARVALHO**

De acordo. Pronta para defesa.

Rio de Janeiro, 08 de dezembro de 2016.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Yasmin Teixeira de Carvalho', written in a cursive style.

**Rio de Janeiro**

**2016/2**

**YASMIN TEIXEIRA DE CARVALHO**

**A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA E SUA RELAÇÃO COM O  
PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO PROCESSO PENAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro**.

**Rio de Janeiro**  
**2016/2**

### CIP - Catalogação na Publicação

T331t Teixeira de Carvalho, Yasmin  
A Teoria da Dissonância Cognitiva e sua Relação  
com o Princípio da Imparcialidade do Juiz no  
Processo Penal / Yasmin Teixeira de Carvalho. --  
Rio de Janeiro, 2016.  
58 f.

Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. PROCESSO PENAL: UM AMPLO OLHAR SOBRE SUA  
EXISTÊNCIA, SISTEMA ACUSATÓRIO, PRINCÍPIOS E  
FRAGILIDADES. 2. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO  
JUIZ NO PROCESSO PENAL. 3. A TEORIA DA  
DISSONÂNCIA COGNITIVA. 4. O JUIZ DAS GARANTIAS.  
I. Ramires Santoro, Antonio Eduardo, orient. II.  
Titulo.

CDD 341.43

**YASMIN TEIXEIRA DE CARVALHO**

**A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA E SUA RELAÇÃO COM O  
PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO PROCESSO PENAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro**.

**Data da Aprovação:** \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

**Banca Examinadora:**

---

**Orientador**

---

**Membro da Banca**

---

**Membro da Banca**

**Rio de Janeiro**

**2016/2**

Por todos aqueles que me ajudaram a chegar até aqui;  
para conseguir chegar muito mais longe.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, a meu orientador e querido professor Antonio Santoro, quem, durante o meu caminho pela Faculdade Nacional de Direito, mais me inspirou e me fez enxergar o tamanho da importância da compaixão, da empatia e da honestidade dentro e fora de salas de aula e tribunais.

Agradeço a Vivi pela cumplicidade e parceria que fazem o amor criar ninho e bater asas ao mesmo tempo.

Agradeço a todos os amigos que fiz na FND, por me acompanharem e fazerem desses anos os mais intensos que já vivi.

Agradeço ao ISMART, pela oportunidade única, sem a qual provavelmente não estaria onde estou. Faltam-me palavras e sobram emoções ao pensar em como minha vida foi transformada por vocês.

Por fim, agradeço a minha mãe e aos meus amigos-irmãos, por serem minha família e manterem sempre os braços abertos para mim e, em especial, agradeço à Nina, por ter sido salva-vidas não somente desta vez.

A todos esses, o meu amor e gratidão.

*"A arte existe porque a vida não basta."*

(Ferreira Gullar)

## RESUMO

A presente monografia tem por objetivo expor e fundamentar a tese de que o princípio da imparcialidade do juiz, já internalizado no ordenamento brasileiro há mais de uma década, resta comprometido diante de sua participação em produções e análise de provas, durante o decorrer do Processo Penal. Isso ocorre porque, para que um julgamento possa ser considerado imparcial, é extremamente necessário que o livre convencimento do juiz se forme posteriormente à concretização de todas as garantias que formam o devido processo legal, como, por exemplo, o princípio do contraditório. Com o estudo da Teoria da Dissonância Cognitiva, por sua vez, é possível entender e demonstrar como a referida participação não só vincula o convencimento do juiz, o que compromete sua suposta – e fundamental – liberdade, bem como compromete a legalidade do Processo Penal, uma vez que um de seus princípios basilares não foi respeitado. Para isso, contaremos com análise de dados concretos, de forma a demonstrar a efetiva relação desta teoria com o convencimento – influenciado – do juiz.

Palavras-chave: princípio da imparcialidade; livre convencimento; processo penal; teoria da dissonância cognitiva.



## ABSTRACT

The purpose of this paper is to expose and underlie the thesis according to which the principle of the impartiality of the judge, that has been internalized in the Brazilian law for over a decade, is in jeopardy in face of the magistrate's participation in the process of discovering and analyzing evidence during criminal procedures. That is because, for a trial to be considered impartial, it is extremely necessary that the judge's free conviction is constituted after the concretization of all the rights that shape the due process of law, such as the adversarial principle. With the development of the cognitive dissonance theory, on the other hand, it is possible to understand and demonstrate how the judge's participation in question not only binds his understanding, which compromises his alleged – and fundamental – freedom, but also jeopardizes the legality of the penal process, since one of its basilar principles is disrespected. Therefore, we will count on the analysis of concrete data in order to show the effective relation between this theory and the – influenced – understanding of the judge.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2. PROCESSO PENAL: UM AMPLO OLHAR SOBRE SUA EXISTÊNCIA, SISTEMA ACUSATÓRIO, PRINCÍPIOS E FRAGILIDADES .....</b>	<b>15</b>
2.1. A história da pena e sua relação com o processo penal.....	15
2.2. A Constituição como base do processo penal .....	17
2.3. Sistema Processual Penal Acusatório .....	18
2.4. Princípios Constitucionais do Processo Penal .....	21
<b>3. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO PROCESSO PENAL 23</b>	
3.1. O princípio da imparcialidade do juiz segundo a teoria garantista .....	23
3.2. Distinção entre imparcialidade e neutralidade .....	26
3.3. Distinção entre imparcialidade subjetiva e objetiva segundo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos .....	28
<b>4. A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA.....</b>	<b>32</b>
4.1. As Premissas da Teoria da Dissonância Cognitiva .....	32
4.2. A relação da Teoria da Dissonância Cognitiva com a imparcialidade do juiz no processo penal .....	35
4.3. Um estudo de caso – a Teoria da Dissonância Cognitiva na prática penal 38	
<b>5. O JUIZ DAS GARANTIAS .....</b>	<b>44</b>
5.1. Projeto de Lei 156/2009.....	Error! Bookmark not defined.
5.2. Dispositivos do Projeto de Lei 156/2009 relacionados ao instituto do juiz das garantias .....	47
5.3. Das possíveis críticas ao Projeto de Lei 156/2009.....	48
<b>6. CONCLUSÃO .....</b>	<b>51</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>56</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Conviver em sociedade é um dos maiores desafios do ser humano. Filósofos, em sua maior variedade, dedicaram e dedicam seus estudos a criar, estudar e refutar teorias sobre o comportamento humano, seus instintos e todas as variáveis que podem se encaixar em uma análise combinatória de fatores que visem, por fim, a conviver em sociedade.

Naturalmente, tal desafio encontra sua razão de ser nas fraquezas humanas e, por conseguinte, sociais. Criar regras para determinar a melhor forma do convívio e passar por cima dessas mesmas regras são situações que podemos elencar como pressupostos da vida social.

Não obstante, zelar pela paz e respeito é a condição primária. Por isso, em toda a história humana, temos a punição como personagem constantemente principal, no que tange à manutenção da tão desafiadora Ordem Social. É preciso punir.

Durante séculos, essa necessidade foi satisfeita pela ordem dos mais fortes. Seja nos primórdios da raça humana, da forma mais animal possível; seja com mortes impiedosas na era medieval; ou de forma autoritária e estratégica, com inquisições religiosas e políticas disfarçadas de Bem Maior.

Ainda tentando florescer, nasceu a Democracia. Nasceu o Estado de Direito Democrático e, com ele, a necessidade de punir encontrou barreiras tão necessárias para sua própria garantia: os princípios constitucionais e processuais que determinam os requisitos necessários para que a punição seja, em sua essência, democrática. Menos animal; menos impiedosa; menos autoritária e estratégica. Verdadeiramente, visando ao convívio em sociedade.

O Direito Processual Penal Brasileiro é substancialmente alicerçado pelo princípio da imparcialidade do juiz. Não obstante ao seu caráter basilar, este princípio apenas teve sua previsão expressa por meio do art. 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos

Humanos<sup>1</sup>, o Pacto de São José da Costa Rica, internalizado no ordenamento brasileiro por meio do decreto nº 678/92.

Visando, então, a estudar tal princípio e analisar de que forma ele é exercido em nosso ordenamento, primeiramente, faz-se necessário abordar a história da pena, uma vez que o objetivo do processo penal é punir aquele que agiu conforme conduta tipificada em legislação penal.

Para tanto, teremos como base a abordagem de Aury Lopes Junior, que, com sua forma excêntrica, nos ajuda a entender certas nuances do processo penal, fazendo com que consigamos mensurar a real importância da garantia de cada princípio processual e constitucional na tomada de decisão pelo magistrado.

Um deles e já aqui mencionado, a imparcialidade, vem como carro chefe e foco principal da análise do presente trabalho, visto que, como perceberemos ao longo do desenvolver desta monografia, é este princípio que sustenta vários outros, motivo pelo qual precisamos estar atentos às ameaças à sua garantia.

A imparcialidade é tema abordado por Luigi Ferrajoli, compreendendo (i) a equidistância, pela qual se entende o afastamento do juiz dos interesses das partes; (ii) a independência, ou seja, a exterioridade ao sistema político em geral; e (iii) a naturalidade, que pode ser definida como a existência de regras objetivas que determinem as competências do juiz.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

<sup>2</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 463.

Quanto a isso, no processo penal brasileiro, as regras que são destinadas a garantir a imparcialidade do juiz no que tange à independência são encontradas no art. 95 da Constituição Federal.

No que tange à equidistância, requisito para a garantia à imparcialidade que será também abordado no presente trabalho, encontram-se no art. 112, e 252 a 254 do Código de Processo Penal, que abordam os casos das incompatibilidades, impedimentos e suspeição.

No que tange à naturalidade do juiz, mais uma garantia à imparcialidade que também será discutida, estão no art. 5º, LIII e XXXVII, da Constituição Federal, além das regras referentes à competência.

Ademais, ainda sobre a imparcialidade, importante será distingui-la entre imparcialidade subjetiva e objetiva, momento em que usaremos de um caso julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos para entendermos como tal diferenciação se dá e de qual forma seu estudo se insere no presente trabalho de conclusão de curso.

Assim, para assegurar a concretização, por assim dizer, da imparcialidade do juiz, é extremamente necessário que o ordenamento jurídico-penal faça a delimitação de regras e procedimentos processuais que visem a impedir a parcialidade do juiz, ou seja, que visem a impedir a formação do convencimento de um juiz previamente ao exercício do contraditório.

Como marco teórico, será adotada a teoria garantista de Luigi Ferrajoli, a qual é desenvolvida no livro *Direito e Razão*. Sua fundamentação se dá na tutela das liberdades do indivíduo ao passo que elas são ameaçadas pelo exercício arbitrário do poder dos magistrados.

Entretanto, muito embora nosso ordenamento tenha sua teoria embasada em cada um dos princípios supracitados, faz-se necessário atentar para outros fatores que estão além de uma previsão normativa, visto que são fatores científicos, o que os tornam, talvez, inevitáveis.

Nesta esteira, a presente monografia toma como referencial teórico a Teoria da Dissonância Cognitiva, estudada e desenvolvida por Leon Festinger, que também será abordada para analisarmos até que ponto pode-se acreditar que os princípios basilares do nosso ordenamento jurídico-processual são – ou podem ser – de fato cumpridos.

Estudando, de forma científica, o que ocorre em nosso cérebro quando estamos diante de duas ou mais premissas conflitantes para seguir com uma tomada de decisão, como é, claramente, o caso do juiz no processo penal, a Teoria da Dissonância Cognitiva nos mostra que, ainda que inconscientemente, uma escolha é tomada, com frequência, pela facilidade que ela tem.

Até que ponto, então, podemos garantir a democracia, em forma de imparcialidade, de uma decisão judicial no processo penal? É sob tal questionamento que o presente trabalho toma forma e expõe as considerações que serão abordadas.

## **2. PROCESSO PENAL: UM AMPLO OLHAR SOBRE SUA EXISTÊNCIA, SISTEMA ACUSATÓRIO, PRINCÍPIOS E FRAGILIDADES**

Para iniciar a presente monografia, primeiramente, é preciso abordar o Processo Penal de modo que compreendamos de qual forma, por qual motivo e com qual objetivo tal instituição foi formulada. Isto porque não há como realizar qualquer análise antes de estabelecer, para ela, um referencial por meio do qual possamos entender nosso objeto de estudo e, a partir desta compreensão, elencar premissas que nos norteiem ao longo da referida análise.

### **2.1. A história da pena e sua relação com o processo penal**

Baseando-nos no “princípio da necessidade”, o qual, como explica Aury Lopes Jr., enxerga o processo penal como o instrumento necessário para que se possa aplicar a pena e, ainda, o exercício do poder de punir, que é o que constitui o poder punitivo<sup>3</sup>, identificamos que a punição, por meio da pena, acaba por ser a finalidade do processo penal. Dessa forma, faz-se necessário abordar, de forma breve, a história da pena, de modo que seja possível compreender a origem da existência do processo penal.

Como é sabido, nos primórdios de nossa civilização –e até hoje, em certas culturas orientais-, não tínhamos a privação da liberdade, direito este, hoje, fundamental, como um veículo de aplicação de pena. Para punir um ser que, ao que se sabia, havia cometido uma infração às regras impostas de forma tácita ou expressa, em uma sociedade com determinada cultura, meios de mutilação física eram aplicados, como a amputação de membros, por exemplo, ou, em casos considerados mais extremos, a pena de morte.

Entretanto, considerando fatores como baixa expectativa de vida e grande necessidade de mão de obra humana, para alcançar objetivos que se formavam ao longo da História, a maneira de penalizar pessoas foi alterada, usando-se do trabalho como forma de “regeneração” daquele ser considerado infrator.

---

<sup>3</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 35.

A partir deste momento, começamos a identificar a privação da liberdade como forma de pena, a qual foi sendo modificada quando da ideia de necessidade de arrependimento daquela pessoa, em detrimento de sua eliminação ou mutilação, o que podem configurar uma ideia de “vingança”, sendo essa mudança com a finalidade de garantir a tão necessária mão de obra.

Dessa forma, podemos enxergar que o Direito Penal e, conseqüentemente, o processo penal surgiram por uma necessidade outra, que não a necessidade de evolução histórica da forma de punição por si só. Luigi Ferrajoli entende que, cronologicamente, a pena como hoje a conhecemos foi uma substituição de uma vingança privada, sendo uma negação à vingança e não uma evolução do processo de punir<sup>4</sup>.

Como diz Aury Lopes Jr., “a vingança implica liberdade, força e disposições individuais; a pena, a existência de um poder organizado”<sup>5</sup>.

A partir dessa necessidade de um poder organizado, podemos afirmar que as estruturas do direito e processo penal começam a ser estabelecidas, até que, em certo momento, o Estado passa a ser quem irá definir e aplicar sanções, momento este em que as figuras que participam desse processo de aplicação de sanções começam a ser definidas. Uma delas é a figura do juiz, como sendo aquele que de fato terá o poder, baseado em seu respectivo ordenamento, de determinar a pena.

Com a limitação jurídica do poder estatal, temos a “pena pública”, quando, como afirma Aury Lopes Jr., “o delito é considerado como uma transgressão da ordem jurídica, e a pena, uma reação do Estado contra a vontade individual oposta à sua”<sup>6</sup>. Assim, seguindo ainda o raciocínio do autor, o Estado vence, de fato, a ideia de vingança, impondo sua autoridade, por meio da determinação da pena por um juiz imparcial com poderes limitados e condicionados ao ordenamento jurídico.

---

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – teoría del garantismo penal*. 2ª ed. Madrid, Trotta, 1997, p. 333.

<sup>5</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 38.

<sup>6</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 38.



## 2.2. A Constituição como base do processo penal

O Direito, como hoje conhecemos, passou por momentos de definição de seu conceito, em que muito se discutia sobre o que deveria ser enquadrado como tal. Entre positivistas e naturalistas, encontramos um equilíbrio entre as duas teorias e, atualmente, nosso ordenamento engloba tanto o direito positivo, qual seja, o que decorre da força normativa de uma lei, quanto o direito natural, de onde nascem nossos direitos fundamentais, os quais são garantidos por nossa Constituição.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nossa Carta Magna, optou por seguir a linha democrática, em detrimento de um texto autoritário e utilitarista.

A Constituição, como é de nosso conhecimento, representa e apresenta a forma de constituir fundamentos, princípios, ações e direitos. É a partir da consciência de tal afirmação que Aury Lopes Jr. acredita que conseguimos enxergar que o processo penal tem sua existência legitimamente fundamentada na Carta, motivo pelo qual não há outra maneira de compreendê-lo e aplicá-lo, se não por meio e à luz dela<sup>7</sup>.

Assim, é considerando seu teor democrático que os direitos fundamentais foram garantidos por ela e, pelos motivos supracitados, devem assim ser em quaisquer outros dispositivos infraconstitucionais, como é o caso do Código de Processo Penal.<sup>8</sup>

A partir dessa visão, entendemos porque a aplicação de uma pena deve ser realizada sempre por meio de um processo penal, o qual deve ser legal e constitucional. Afinal, o processo penal somente encontra sua legitimidade “através da sua *instrumentalidade constitucional*”<sup>9</sup>.

Nesta esteira, faz-se importante refletir sobre duas afirmações feitas por Juarez Tavares<sup>10</sup>, quais sejam: “a garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência” e “o que necessita de legitimação é o poder

---

<sup>7</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

<sup>8</sup> Não obstante a esta necessidade, adiante veremos como esta legislação possui dispositivos que contrariam preceitos constitucionais, evidenciando, assim, a crise em nosso sistema penal.

<sup>9</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

<sup>10</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.162.

de punir do Estado, e esta legitimação não pode resultar de que ao Estado se lhe reserve o direito de intervenção”.

Ao chegar a tais conclusões, o autor afirma o que deveria ser simples e óbvio para todos aqueles incumbidos de assegurar o devido processo legal: em sendo a Constituição clara quanto à priorização do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, ela também é clara quanto ao direito daí decorrente: o de liberdade individual.

Não obstante o objetivo de assegurar a segurança pública, motivo pelo qual se aplica penas a sujeitos julgados como infratores, e considerando que a pena é aplicada por meio da limitação ou restrição total da liberdade individual, faz-se imprescindível “questionar a legitimidade do poder de intervenção”<sup>11</sup>: até que ponto tal intervenção está sendo realizada de acordo com as premissas constitucionais?

### 2.3. Sistema Processual Penal Acusatório

Como se sabe, anterior ao processo penal acusatório, a raça humana enfrentou o desprazer e a infelicidade de criar e se submeter ao sistema inquisitório. Nele, apenas uma figura desempenhava o papel de acusar, investigar e julgar.

Conhecendo nossa Constituição e os princípios que a alicerçam, conforme já debatido, torna-se simples identificar que tal modelo inquisitório não encontra fundamentos em nosso ordenamento e, portanto, não possui instrumentalidade constitucional, ou seja, não se configura como um meio adequado para ser seguido juridicamente. Isto porque, como se verá mais à frente, para que o processo penal ocorra devidamente, é absolutamente necessária a imparcialidade daquele que julga.

Tal necessidade não é contemplada no processo inquisitório uma vez que não é possível ser imparcial quando se acusa ou se investiga, já que, para se acusar, há de existir a crença na culpa e, para se investigar, na culpabilidade de um sujeito. Assim, temos que a crença em quaisquer das situações demonstram a formação de uma opinião antes de concluído o

---

<sup>11</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43.

processo, tornando o julgamento, sob a ótica de nossa Constituição, corrompido pela ausência de imparcialidade.

Exposto isso, podemos nos debruçar um pouco sobre o processo penal acusatório e entender como seus princípios acabam se tornando sua fragilidade, quando analisamos a aplicação de sua teoria no decorrer processual prático.

Entendido como um modelo “(neo)inquisitório” por Aury Lopes Jr.<sup>12</sup>, o nosso processo penal acusatório, teoricamente, afasta do juiz a atribuição de acusar e investigar, considerando a necessidade constitucional de mantê-lo imparcial.

Entretanto, sabemos que essa separação de competências ocorre apenas na fase inicial do processo, tendo o Ministério Público a incumbência de formular a acusação, uma vez que, como explica Aury Lopes Jr., apenas isso não basta, se depois

“ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo que o juiz de ofício converta a prisão em flagrante em preventiva (art. 310), pois isso equivale a ‘prisão decretada de ofício’; ou mesmo decrete a prisão preventiva de ofício no curso do processo (o problema não está na fase, mas, sim, no atuar de ofício!), uma busca e apreensão (art. 242), o sequestro (art. 127); ouça testemunhas além das indicadas (art. 209); proceda ao reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196); determine diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo no curso da investigação preliminar (art. 156, incisos I e II); reconheça agravantes ainda que não tenham sido alegados (art. 385); condene ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385), altere a classificação jurídica do fato (art. 383) etc.”<sup>13</sup>

Este exaustivo rol de exemplificação trazido pelo autor demonstra em quantos momentos do nosso processo penal, supostamente acusatório, temos um juiz atuando de forma conceitualmente inquisidora. Afinal, é possível manter a imparcialidade, ponto chave do sistema acusatório, envolvendo-se em produção de provas ou partindo do pressuposto de que se precisa de provas? Se o juiz acredita que há a necessidade de produzir uma prova, ele está presumindo a inocência do réu? O que será que o juiz pretende ao tomar tais iniciativas? Qual será sua motivação?

---

<sup>12</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 104.

<sup>13</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 108.

Efetivamente, afirma Aury Lopes Jr. que

“todas essas questões giram em torno do binômio sistema acusatório e imparcialidade, porque a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória”.<sup>14</sup>

A partir dessas considerações, podemos perceber a infertilidade do sistema acusatório: enquanto ele trazer valores de sistemas processuais vencidos, como a manutenção da essência inquisitória do juiz, ainda que em determinados momentos, não conseguiremos extrair dele uma capacidade de representar um processo penal verdadeiramente democrático, nos termos de nossa Constituição.

No que tange a tal situação, Rui Cunha Martins nos mostra, em sua obra<sup>15</sup>, o antagonismo entre as ideias de democracia e inquisição, de modo que se torna evidente a necessidade de resguardar nossos pressupostos constitucionais, por meio de uma nova fase do processo penal, a fim de efetivamente reconsiderar o problema que temos na configuração atual.

Corroborando tal necessidade, Aury Lopes Jr. afirma que

“nessa linha, o processo penal brasileiro ainda tem um longo caminho a percorrer para ser considerado um sistema processual penal democrático, sendo necessário fazer um deslocamento do foco da discussão tradicional (acusatório x inquisitório) pois não há paz conceitual para uma mudança. Não existe consenso sobre esses conceitos e muitas são as vozes que sustentam ser o processo brasileiro acusatório, dando, portanto, um falso ponto final na discussão. Precisamos retomar a partir da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos, para alinhar o Código de Processo Penal na perspectiva de um sistema processual democrático.”<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 109.

<sup>15</sup> CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 81.

<sup>16</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 121.

## 2.4. Princípios Constitucionais do Processo Penal

Para que exista a instrumentalidade constitucional de um processo, ele deve ser um instrumento, um meio, um veículo por meio do qual consigamos exercer de forma eficaz nossas garantias.

Dessa forma, temos a necessidade da existência de uma limitação do próprio instrumento, ou melhor, de quem o instrumentaliza. Em outras palavras, deve haver uma limitação do poder de se utilizar do sistema processual penal. Tais limitações são conhecidas, em nosso ordenamento, como as garantias processuais constitucionais, as quais constituem a forma pela qual se dará o devido processo legal.

Dentre os princípios que alicerceiam tais garantias, os quais possuem plena eficácia normativa, conforme afirma Norberto Bobbio<sup>17</sup> ao dizer que “os princípios gerais são normas como todas as outras”, a abordagem da jurisdicionalidade e da função do juiz no processo penal faz-se necessária para que compreendamos tamanha preocupação no que diz respeito à (suposta) imparcialidade de tal juiz.

Como afirma Aury Lopes Jr.<sup>18</sup>, “a garantia da jurisdição significa muito mais do que apenas ‘ter um juiz’, exige ter um juiz imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição”.

Ora, a partir desta afirmação, percebemos que a jurisdição está essencialmente vinculada com a imparcialidade do juiz. Como já mencionado anteriormente, verificamos que o juiz, ao longo do processo penal e com fulcro em dispositivos previstos no Código de Processo Penal Brasileiro, pode participar ativamente de momentos como a produção da prova. Isso, conforme também já alegado, mostra que aquele que deveria manter-se equidistante às partes aproxima-se, inevitavelmente, da acusação, ao buscar por uma suposta verdade.

---

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, Polis, 1991, p. 158.

<sup>18</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 156.

Pode essa busca ser considerada imparcial? Será que o simples fato de o juiz participar da produção de provas é fator suficiente para anular sua jurisdição, considerando que desta presume-se imparcialidade?

Muitos são os questionamentos. Para esclarecer tantos impasses, sejam eles aparentes ou reais, seguiremos, no próximo capítulo, com a abordagem do princípio da imparcialidade, dada sua visível importância à presente discussão. Entendendo, a partir do garantismo de Ferrajoli, quais são as características desse conceito e o que faz um decisão judicial ser considerada imparcial, conseguir-se-á delimitar o cerne da questão então debatida de modo a tornar mais palpável a crítica aos dispositivos legais supracitados, no que tange ao cunho inquisitório que o magistrado brasileiro ainda carrega.

### **3. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO PROCESSO PENAL**

No presente capítulo, após abordagem da história da pena e seu objetivo, bem como breve desenvolvimento do sistema penal acusatório de modo a demonstrar com base em quais premissas ele se sustenta, faz-se de suma importância entender o significado da imparcialidade do juiz no processo penal, ao passo que esta é uma das principais referidas premissas.

Para tanto, teremos o contexto do sistema garantista proposto por Luigi Ferrajoli para delimitar tanto os conceitos, quanto, no âmbito de tais conceitos, as características necessárias que estão presentes em uma decisão judicial imparcial.

Em seguida, a análise das distinções conceituais necessárias à compreensão do que se entende por imparcialidade, distanciando tal entendimento daquilo que se entende por neutralidade, será realizada, de modo a delimitar, com precisão, o objeto de estudo da presente monografia.

Posteriormente, será abordada também a distinção entre a imparcialidade subjetiva e objetiva, consagrada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e adotada e aplicada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como pela doutrina brasileira que trouxe o estudo do tema para seu arcabouço.

Assim, será desenvolvido o capítulo seguinte, em que será realizado um estudo sobre a Teoria da Dissonância Cognitiva, estudo este que busca evidenciar como os conceitos abordados e diferenciados neste capítulo podem ser diretamente afetados e comprometidos, caso tais conceitos não sejam respeitados.

#### **3.1. O princípio da imparcialidade do juiz segundo a teoria garantista**

Uma das premissas evidenciadas pela teoria garantista de Ferrajoli é o princípio acusatório, axioma que norteia o garantismo penal, sendo ele a garantia jurídica para o estabelecimento de uma responsabilidade penal e, finalmente, para aplicação da pena. Diferentemente do sistema inquisitório, tal axioma, no sistema acusatório, é justamente o que

nos garante a separação entre juiz e acusação, sendo essa separação o cerne da distinção entre aqueles que exercem a função judicante e a função postulatória, fazendo com que exista o distanciamento do juiz em relação às partes envolvidas.

Assim, afirma Ferrajoli, essa separação configura uma das garantias orgânicas que definem a figura do juiz, bem como influencia, também, nas garantias procedimentais do juízo<sup>19</sup>, como veremos a seguir.

Das garantias processuais, Ferrajoli considera a submissão à jurisdição a principal, uma vez que ela forma o pressuposto de todas as outras<sup>20</sup>. Nesta esteira, o autor a caracteriza em submissão à jurisdição no sentido lato e no sentido estrito, sendo o princípio acusatório uma das garantias orgânicas da submissão à jurisdição em sentido estrito.

O sentido lato da submissão encontra-se presente em ambos sistemas processuais (acusatório e inquisitório) e, em ambos, prevê meios pelos quais restrições arbitrárias à liberdade individual podem ser ressaltadas, quais sejam, o *habeas corpus*; a reserva de jurisdição, destinando a competência para repressão a delitos ao juízo legal; e a presunção de inocência.

A submissão à jurisdição em sentido estrito, por sua vez, é caracterizada pela forma acusatória, envolvendo garantias que o autor, conforme supramencionado, subdivide em orgânicas e procedimentais.

As orgânicas estão diretamente relacionadas com a figura propriamente dita do juiz, no que tange à sua formação, e abarcam os conceitos de responsabilidade, independência, imparcialidade, obrigatoriedade da ação penal, juiz natural e separação entre juiz e acusação, o que apenas se vê no sistema acusatório.<sup>21</sup>

Por sua vez, as procedimentais dizem respeito a etapas que estão incluídas no processo penal e que devem ser respeitadas, como a formação do juízo, a coleta de provas, o desenvolvimento de defesa e o convencimento do órgão judicante, como também o ônus da

---

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi, op.cit. p. 522.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 433

<sup>21</sup> Ibidem, p. 433 et seq.



prova que incumbe à acusação, o exercício do contraditório, a publicidade e a motivação dos atos judiciários.<sup>22</sup>

Como já mencionado, nesta mesma seara Aury Lopes Junior nos mostra como apenas a existência da figura de um juiz não é o que significa a garantia da jurisdicionalidade, uma vez que, para que se efetive tal garantia, é necessário que se tenha a imparcialidade do juiz, o qual deve ser natural e comprometido com a máxima eficácia da própria constituição.<sup>23</sup>

Assim, considerando que: i) a imparcialidade é uma garantia orgânica fundamental quando da submissão à jurisdição; ii) a submissão à jurisdição é, segundo Ferrajoli, a principal das garantias processuais, uma vez que é partir dela que todas as outras se tornam possíveis; e iii) vivemos em um sistema processual constitucionalmente previsto e garantido; não há outra conclusão se não a de que a imparcialidade do juiz é princípio inerente e necessário de nosso sistema processual.

Assim, podemos também concluir que o princípio da imparcialidade do juiz é tão importante quanto a separação entre a acusação e a jurisdição, característica intrínseca de nosso sistema processual.

Para Ferrajoli, conforme mencionado anteriormente, a imparcialidade do magistrado compreende três aspectos: (i) a equidistância, ou o afastamento do juiz dos interesses das partes; (ii) a independência, ou a exterioridade ao sistema político em geral; e (iii) a naturalidade, que pode ser definida como a existência de regras objetivas que determinem as competências do juiz.<sup>24</sup>

Dentre tais aspectos, importante ressaltar a equidistância, aspecto este fundamental para o desenvolvimento do presente trabalho, uma vez que, caso o juiz esteja de alguma forma mais próximo de uma das partes, sua imparcialidade restará comprometida à medida que o juiz estará mais tendente, cognitivamente, a seguir com um pensamento similar ao da parte mais próxima.

---

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 75.

<sup>23</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 11a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 156.

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 463.

Isto posto, faz-se necessário abordar uma breve distinção entre os conceitos de imparcialidade e neutralidade, de forma a alinharmos o que se entende, nesta monografia, pela imparcialidade do juiz ao proferir suas decisões no âmbito de um processo penal, uma vez que este conceito ainda será bastante discutido e examinado.

### 3.2. Distinção entre imparcialidade e neutralidade

A neutralidade, segundo André Machado Maya, surgiu como ideal no século XVIII, com o Estado Moderno e a valorização da aplicação irrestrita da lei, pela qual o juiz deveria ser afastado da própria comunidade e livre de quaisquer obstáculos ao racional.<sup>25</sup>

Entretanto, após abordagem das garantias orgânicas da submissão à jurisdição, podemos perceber que o juiz nunca está neutro perante os fatos jurídicos analisados em um processo penal.

Isso porque um juiz possui qualidades subjetivas e colocação institucional em relação às funções por ele exercidas, as quais representam fontes de legitimação, quais sejam a persecução da verdade e a proteção de direitos fundamentais.<sup>26</sup>

Além das características e garantias processuais que, por si só, recheiam a figura do juiz de motivações, afastando-o da neutralidade, temos que considerar que o simples fato de ele ser um cidadão como qualquer outro, o que significa dizer que ele é uma pessoa incluída na sociedade, invalidando qualquer presunção de neutralidade.

Como afirma Aury Lopes Jr.,

a imparcialidade não tem absolutamente nada a ver com neutralidade, pois juiz neutro não existe. Pelo simples fato de o juiz ser-no-mundo, bem como já ter sido superada a noção cartesiana (que separava razão de emoção, dicotimizando sujeito e objeto), não se questiona mais que o ato de julgar reflete um sentimento, uma eleição de significados válidos na norma e das teses apresentadas.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> MAYA, André Machado, op. cit., p. 56.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 464.

<sup>27</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 11a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 450.

Ferrajoli, em sua obra, segue na mesma esteira, reconhecendo que além das normas, também formam a decisão judicial fatores pessoais, como experiência, opinião política e social, ideologia, justamente porque o ser humano existe por ser inserido em um contexto social.<sup>28</sup>

Por isso e ainda de acordo com Ferrajoli, não conseguimos compatibilizar com a teoria garantista a ideologia mecanicista de aplicação da lei.<sup>29</sup> Segundo este autor, o juiz é aquele que julga em nome do povo, mas não da maioria, como fazem os membros dos poderes Legislativo e Executivo.

Entretanto, podemos inferir que, ainda que o julgamento do magistrado, por mais individual e direcionado que seja e esteja agindo em tutela das liberdades de minorias, consequentemente, ele estará agindo em prol das garantias de todos.

É, então, justamente porque se está agindo a favor da democracia que todas as decisões devem ser não neutras, questão já superada, mas sim imparciais.

O que aqui se quer dizer com imparcialidade, portanto, é o respeito, pelo magistrado, das garantias procedimentais do processo. Respeitando a equidistância entre as partes, os princípios processuais como a presunção de inocência, por exemplo, respeitando o contraditório e todas as demais garantias procedimentais, teremos uma decisão imparcial, democrática, constitucional e, naturalmente, livre.

Apesar disto e motivo pelo qual a distinção entre imparcialidade e neutralidade fez-se importante para o presente trabalho, a confusão entre esses conceitos é comum ao se tratar do princípio da imparcialidade.

Com a ideia de que, ao ser imparcial, o juiz transforma-se em um operador irracional e insensível aos fatos jurídicos, é que se defende a legitimidade constitucional de poderes

---

<sup>28</sup> Ibidem, p. 59.

<sup>29</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 34.

instrutórios concedidos ao juiz, como a possibilidade de o magistrado determinar, de ofício, a interceptação das comunicações telefônicas dos acusados, por exemplo.<sup>30</sup>

Entretanto, conforme distinção conceitual abordada, resta claro que o que se busca é a decisão imparcial, a qual não necessita de um juiz a isenção de valores e emoções, já que o simples ato de decidir é incompatível com a ideia de neutralidade.

### 3.3. Distinção entre imparcialidade subjetiva e objetiva segundo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Considerando que, conforme a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a imparcialidade do juiz deve ser analisada sob dois pontos de vista distintos, quais sejam o ponto de vista subjetivo e o ponto de vista objetivo, passaremos, agora, a abordar tal distinção, de forma a entender seu histórico e conceitos.

Tal distinção ocorreu quando do julgamento do caso *Piersack v. Belgica*, em 1982<sup>31</sup>. Trata-se de caso em que um nacional belga foi investigado pelo homicídio de dois indivíduos, tendo sido o investigado, Sr. Piersack, preso na França e entregue às autoridades belgas, que informaram a situação ao procurador chefe do departamento responsável pela investigação. Tal procurador assinou a comunicação recebida e a encaminhou à promotora responsável por este caso.

---

<sup>30</sup> Artur César de Souza, por exemplo, ao defender o ativismo judicial no âmbito do processo penal, sustentando a constitucionalidade das regras que garantem ao juiz a possibilidade de exercer a produção probatória de ofício, afirma que não se pode esperar do juiz que seja mero fantoche, sujeito passivo na relação processual. Desta forma, entende que a defesa de um princípio acusatório “puro” busca garantir decisões judiciais neutras, quando, de fato, o que se espera, é que as decisões sejam tomadas com imparcialidade. SOUZA, Artur César de. **O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz** in *Doutrinas Essenciais – Processo Penal*. NUCCI, Guilherme de Souza e ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de (organizadores). Volume II. São Paulo: RT, 2012.

<sup>31</sup> EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Application n. 8602/79. caso *Piersack v. Bélgica*. Decisão unânime. Estrasburgo. 26 out 1984. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57556&filename=001-57556.pdf>. Acesso em 06 dez. 2016

Posteriormente, ao passo que a promotoria, identificando o envolvimento de um português, enviou carta ao juízo de instrução questionando se o fato seria informado às autoridades portuguesas, o mesmo promotor chefe rubricou a carta apenas formalizando-a.

Não suficiente, o mesmo procedimento se repetiu com uma carta rogatória: o procurador chefe a rubricou, sem tomar conhecimento de seu teor, e a encaminhou ao então promotor responsável pelo caso, para que esse tomasse as providências cabíveis.

Entretanto, quando da ocasião em que o acusado seria julgado, o referido procurador chefe havia assumido o cargo de juiz, presidindo, então, o julgamento do Sr. Piersack por homicídio doloso.

O Sr. Piersack foi condenado, pelo júri, por sete votos a cinco.

Após deliberação, o presidente e os dois juízes assistentes, concordou com a maioria e condenou o Sr. Piersack pelo crime do qual estava sendo acusado.

Após a referida condenação, o caso foi encaminhado à Corte por suposta violação ao princípio da imparcialidade do juiz, consubstanciado no artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, artigo este que garante o direito a um julgamento justo, incluindo o direito a ser julgado por um tribunal independente e imparcial, uma vez que o magistrado que presidiu o Júri foi justamente o chefe do departamento responsável pela investigação do Sr. Piersack.

Considerando a prática de apenas rubricar o documento, sem ter real conhecimento de seu teor, em resposta ao encaminhamento à Corte, o governo belga alegou tal prática para afirmar que o então juiz jamais examinou as peças de informação colhidas no curso do inquérito, o qual era realizado por demais promotores.

Analisando tal caso, então, que o Tribunal, ao proferir sua decisão, distinguiu a imparcialidade objetiva da imparcialidade subjetiva.

Temos, então, que a imparcialidade subjetiva se refere à convicção pessoal do juiz ao decidir, proferindo sentença que não leve em consideração o interesse das partes e sem qualquer forma de convencimento anterior ao exercício do contraditório.

A imparcialidade objetiva, por sua vez, deve ser considerada por meio da teoria da aparência, a qual considera a dificuldade em se determinar se o juiz é efetiva e subjetivamente imparcial. Assim, é necessário verificar o caso concreto, de modo a analisar se há, no caso em questão, garantias suficientes para excluir quaisquer dúvidas fundamentadas acerca da imparcialidade daquele juiz ao proferir sua decisão.

Assim, temos uma presunção da existência de imparcialidade subjetiva, ainda que a existência deste tipo de imparcialidade não seja decisiva. Dessa forma, diretamente ligada à existência da imparcialidade subjetiva, temos a existência do pressuposto do juiz natural, princípio que, conforme alega Adelino Marcon, é o “direito que cada cidadão tem de saber, de antemão, a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo”.<sup>32</sup>

Temos, então, que o que se põe em pauta é se pode haver justificativa objetiva para um medo do acusado de que o juiz seja parcial, pelas circunstâncias de aparência que se criam, e se esse medo se manifesta razoável de forma em geral.

Esta distinção entre a imparcialidade subjetiva e objetiva abordada no julgamento em questão foi acolhida pela doutrina brasileira e internacional<sup>33</sup>, bem como também adotada e aplicada na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Veremos mais à frente, então, os pressupostos trazidos pela Teoria da Dissonância Cognitiva que nos permitem sustentar, no presente trabalho, a ideia de que, quando o mesmo juiz profere decisões no curso do inquérito policial, sem ter qualquer contato com a defesa, é aquele que vai sentenciar, existe a aparência de que a imparcialidade deste juiz restará comprometida.

---

<sup>32</sup> MARCON, Adelino. **O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal**. Curitiba, Juruá, 2004, p. 47.

<sup>33</sup> A distinção entre imparcialidade objetiva e subjetiva consagrada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos é abordada por autores como Aury Lopes Junior e Rubens Casara, por exemplo. LOPES JR. Aury, op. cit., p. 172 e CASARA, Rubens R.R. e MELCHIOR, Antonio Pedro, **Teoria do Processo Penal Brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 142

Consequentemente, então, torna-se legítimo e razoável de um modo em geral o medo de que o convencimento do juiz não mais é dotado de imparcialidade.

Passaremos agora, então, a analisar e entender a Teoria da Dissonância Cognitiva e sua relação com o princípio da imparcialidade do juiz no processo penal.

#### 4. A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

Após um amplo olhar sobre nosso sistema processual penal, conseguimos identificar algumas características legítimas, sob a ótica do Código de Processo Penal Brasileiro, e claramente inconstitucionais.

De que forma são elas inconstitucionais, então? Por que, afinal, um juiz que participa ou inicia a produção de provas sai de sua posição de equidistância e torna-se imparcial?

Para iniciar a abordagem de tais indagações, este capítulo abordará a chamada Teoria da Dissonância Cognitiva, estudada, desenvolvida e escrita por Leon Festinger<sup>34</sup>, com o objetivo de entender um pouco sobre como o cérebro humano tende a funcionar quando do contato com informações dissonantes, como se explicará a seguir.

##### 4.1. As Premissas da Teoria da Dissonância Cognitiva

A primeira premissa a ser abordada, para que possamos seguir com o desenvolvimento da teoria, é a de que o ser humano, constantemente, esforça-se para ser e se manter coerente com si próprio.

Para tal, existe a busca da coerência entre suas atitudes e opiniões.

Por exemplo, se um pai ou uma mãe acredita que a educação de universidade pública é boa, ele ou ela vai encorajar seus filhos a lá estudarem. Outro exemplo seria uma criança que tem consciência de que fez alguma besteira e que será punida por tal besteira e, por isso, tenta esconder dos pais o que fez.

Agora, se nós sairmos de um exemplo em que a coerência é mantida e imaginarmos uma pessoa que, ainda a título exemplificativo, apesar de saber sobre todos os malefícios do

---

<sup>34</sup> FESTINGER, Leon. **A Teoria da Dissonância Cognitiva**. Tradução Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.



cigarro à saúde, é fumante, vemos que essa pessoa apresenta uma incoerência, ou, como será chamada, uma dissonância entre dois fatores: o que ela sabe e acredita e o que ela pratica.

Tal dissonância, como afirma Festinger, gera um desconforto psicológico, uma vez que, provavelmente, essa pessoa não quer afetar sua saúde –caso ela quisesse, obviamente, não havia dissonância, uma vez que seus objetivos estariam alinhados com suas práticas-, mas, ao mesmo tempo, ela quer continuar fumando cigarro.

Saindo da esfera exemplificativa, para identificar a dissonância de uma forma em geral, podemos associá-la a estados físicos e emocionais humanos, sendo tais estados desde os mais animais, como, por exemplo, a fome ou a raiva, até os mais emocionalmente complexos, como a frustração com o próprio corpo ou a inveja, dentre outros.

Festinger diz:

“os termos ‘dissonância’ e ‘consonância’ referem-se a relações que existem entre partes de ‘elementos’. (...) Esses elementos referem-se ao que se designou por cognição, isto é, as coisas que uma pessoa conhece sobre si mesma, sobre seu comportamento e sobre o meio que a cerca. Esses elementos são, pois, ‘conhecimentos’. (...) Alguns desses elementos representam conhecimento sobre nós mesmos: o que fazemos, o que sentimos, o que queremos ou desejamos, o que somos, etc. outro elemento do conhecimento diz respeito ao mundo em que vivemos: o que está onde, o que leva a que; que coisas são agradáveis ou penosas ou inconsequentes ou importantes etc. (...) Uma pessoa não mantém uma opinião a menos que a julgue correta e assim, psicologicamente, não difere de um ‘conhecimento’.”

Conforme explica Festinger, “a dissonância cognitiva pode ser considerada uma condição antecedente que leva à atividade orientada para a redução da dissonância, tal como a fome conduz à atividade orientada de redução da fome”<sup>35</sup>.

Assim, quando a dissonância se forma, considerando a premissa de que ela é apenas uma condição transitória, o ser humano tende a tentar encontrar o meio pelo qual pode atingir a consonância, a qual seria, portanto, a confluência entre seu estado psico-físico-emocional e suas escolhas e atitudes.

---

<sup>35</sup> FESTINGER, Leon. **A Teoria da Dissonância Cognitiva**. Tradução Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 13.

Além de atingir a consonância, temos que o ser humano, após passar pela fase dissonante, passa a evitar, de forma ativa, outras informações ou situações que criem ou aumentem outra ou a mesma dissonância, uma vez que seu objetivo é neutralizá-la, conforme premissa supracitada.

Outro fator, também exposto por Festinger, é a pressão para acabar com a dissonância. Considerando que tal pressão é diretamente proporcional à gravidade da dissonância, esta pressão terá magnitudes variadas, uma vez que nem todas as dissonâncias com as quais nos deparamos têm a mesma importância ou urgência.

Assim, a magnitude da pressão para solucionar a dissonância terá a mesma magnitude da importância dos elementos que compõem esta última.

Considerando mais esta premissa, podemos concluir que a máxima magnitude será do tamanho da importância do elemento menos importante, sendo este, portanto, o limite da dissonância.

A fim de tornar mais claro o raciocínio supracitado, considerar-se-á a situação do fumante que não deseja causar males à sua saúde e encontra-se, evidentemente, em dissonância.

Para sabermos qual a magnitude da dissonância em tela, vamos supor que o elemento mais importante para o fumante é a sua vontade de continuar fumando, em detrimento de seu medo de prejudicar a saúde. Nesta suposição, a dissonância vai até o seu medo, que, por ser o elemento menos importante, deve ser superado para que o indivíduo saia da dissonância.

Convencendo-se, portanto, de que, imaginemos, ele não fume muito e que sua idade já seja avançada o suficiente para não dar tempo de seu corpo manifestar as consequências do fumo, o indivíduo tranquiliza-se e sai da dissonância.

A partir de tal momento, tendo essa conclusão que o deixa confortável, como dito anteriormente, ele evitará novas informações que o façam cair novamente na dissonância já superada.

Para conseguir obter a consonância, então, o sujeito deverá identificar qual é o elemento mais importante, em detrimento do outro, e alterar este último. Assim, precisamos considerar que existem dois elementos cognitivos: o comportamental e o ambiental, sendo certo que mudar o elemento comportamental tende a ser mais fácil, considerando que, para mudar um elemento ambiental, a pessoa precisaria ter o controle de seu meio, o que é muito difícil.

#### **4.2. A relação da Teoria da Dissonância Cognitiva com a imparcialidade do juiz no processo penal**

Como dito, a dissonância cognitiva ocorre quando dois elementos cognitivos, com iguais ou diferentes importâncias, são conflitantes entre si.

Fácil perceber a semelhança entre essa situação e aquela na qual um juiz se encontra ao julgar um processo, seja ele da natureza que for.

Isso porque o juiz é aquela figura que, teoricamente, de forma equidistante às partes, recebe informações processuais de ambas as partes, as quais, pelo caráter intrinsecamente litigioso de todo processo, serão contrárias entre si ou, ainda que se assemelhem em algum aspecto, terão finalidades diferentes. Caso contrário, não seria necessário um processo judicial para dirimir o conflito, já que não haveria conflito.

Considerando que, no processo penal, estamos falando de penalizações que restringem total ou parcialmente um de nossos direitos fundamentais, sendo este a liberdade, evidente é a expressividade da magnitude que rodeia a dissonância cognitiva de um juiz.

Partindo das premissas de Festinger, podemos afirmar que, em sendo uma dissonância com uma magnitude expressiva, também assim será a pressão para resolvê-la.

Nos anos 50, Festinger, em conjunto com um colega, faz um experimento que consistia na submissão de alguns estudantes a atividades muito entediadas. Depois de passarem por tal atividade, os estudantes, separados em dois grupos.

Ambos os grupos, ainda que não soubessem da existência um do outro, eram solicitados a guiar a atividade com outras pessoas, dizendo que a atividade seria muito legal, como forma de incentivá-las.

Para ajudar a equipe de Festinger em tal tarefa, o primeiro grupo recebeu o equivalente a 10 (dez) dólares e o segundo, a 1 (um) dólar.

Em cada grupo, podemos perceber que temos dissonâncias cognitivas, uma vez que ambos estão fazendo uma atividade muito entediante, mas, ao mesmo tempo, estão recebendo uma quantia financeira para isso.

Ao final das atividades, a equipe de Festinger conversou isoladamente com os grupos e percebeu que a dissonância, em ambos os grupos, havia se dissipado.

Justamente por a dissonância ser um período transitório, o fim dela não foi uma surpresa. Entretanto, interessante constatar como cada grupo fez para livrar-se dela, ou seja, qual foi o fator menos importante eliminado por cada grupo.

A equipe de Festinger constatou, então, que o primeiro grupo, que ganhou uma quantia mais relevante, eliminou a dissonância porque o pagamento era satisfatório e, por si só, valia o trabalho entediante.

A segunda equipe, por sua vez, como não ganhava uma quantia satisfatória, convenceu-se de que a atividade, na verdade, não era entediante. Eles começaram a gostar da atividade, para sair da dissonância.<sup>36</sup>

Com esse experimento, podemos entender um pouco como podem variar as possibilidades para que saíamos de uma situação de dissonância. Considerando que o juiz está sob uma pressão de grande magnitude, é fácil imaginar que qualquer fator que aumente a importância de um dos elementos pode ser suficiente para que ele saia da dissonância e, então, tome uma decisão sobre um caso específico.

---

<sup>36</sup> O experimento pode ser assistido por meio de vídeo disponível no canal “YouTube”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Wvx-gW4vUSc>. Acesso em 08/12/2016.

Como aduz Ferrajoli, a atividade jurisdicional é uma “atividade cognitiva que inclui momentos de decisão e valoração, em parte comuns a todas as atividades cognitivas e em parte próprios daquela específica atividade investigativa que é o juízo penal”.

De tal afirmação, podemos interpretar que a atividade jurisdiciona é, justamente, a tentativa de saída da dissonância cognitiva, motivo pelo qual a Teoria de Festinger é material muito valioso para analisarmos nosso processo penal.

Como mencionado no início do presente trabalho, existem muitos momentos em que o juiz, em sua tentativa de sair da dissonância, recorre a meios que, apesar de serem juridicamente legítimos, apresentam violência ao princípio da imparcialidade.

Exemplo disso são os momentos já citados, mas que precisam ser reiterados, elencados por Aury Lopes Jr, quais sejam:

“permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo que o juiz de ofício converta a prisão em flagrante em preventiva (art. 310), pois isso equivale a ‘prisão decretada de ofício’; ou mesmo decrete a prisão preventiva de ofício no curso do processo (o problema não está na fase, mas, sim, no atuar de ofício!), uma busca e apreensão (art. 242), o sequestro (art. 127); ouça testemunhas além das indicadas (art. 209); proceda ao reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196); determine diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo no curso da investigação preliminar (art. 156, incisos I e II); reconheça agravantes ainda que não tenham sido alegados (art. 385); condene ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385), altere a classificação jurídica do fato (art. 383) etc.”<sup>37</sup>

Não podemos esquecer que, como aduz Ferrajoli, tem-se como elemento da imparcialidade um hábito moral e intelectual não diverso daquele que deve guiar qualquer forma de pesquisa e conhecimento. Por isso, é possível inferir, naturalmente, que a formação do convencimento do juiz antes do exercício do contraditório e da ampla defesa, ou seja, momentos como os exemplificados acima, é uma ameaça à imparcialidade e, conseqüentemente, ao Estado Democrático de Direito.

É neste contexto que passamos a questionar se o princípio da imparcialidade está realmente garantido quando, em determinado ordenamento, o juiz que vai proferir decisão

---

<sup>37</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 108.

final de mérito é o mesmo que teve que entrar em contato diretamente com os autos do inquérito policial com o objetivo de fundamentar decisões cautelares.

Isso porque, no momento em que tal contato ocorre, não há a prática do princípio do contraditório, uma vez que a defesa nunca é ouvida para que o juiz possa ter o contraponto daquilo que leu no referido inquérito.

Aplicando a Teoria da Dissonância neste exemplo, então, é fácil perceber o que muito provavelmente ocorrerá.

Como o inquérito é procedimento substancialmente inquisitivo, cujo objetivo é trazer uma perspectiva policial dos fatos jurídicos, o juiz, em situação dissonante e com uma grande pressão para dissipá-la, ao ter contato com o inquérito, somente, irá aumentar a magnitude de fatores que conspiram para a condenação do réu, em detrimento da magnitude dos fatores que conspiram para sua absolvição.

#### 4.3. Um estudo de caso – a Teoria da Dissonância Cognitiva na prática penal

“Basta recordar que sentenciar vem de sentenciando, gerúndio do verbo sentire. Logo, existe um conjunto de fatores psicológicos que afetam o ato de julgar e que impedem qualquer construção que envolva a tal ‘neutralidade’”.<sup>38</sup>

Anteriormente citado, Machado Maya, atuando no campo psicanalítico, leva em consideração os fatores do psiquismo elencados por Freud: hereditários-constitucionais, como impulsos e instintos; experiências emocionais que trazemos da infância; e experiências traumáticas da vida contemporânea relativas ao meio em que se vive; além da teoria estrutural, segundo a qual o psiquismo é composto pelo Id, Ego e Superego. O autor, por tais motivos, considera impossível afastar, da tomada de decisão, a influência do inconsciente.<sup>39</sup>

O professor Bernd Schünemann realizou um estudo na Universidade de Munique acerca deste tema, de modo a tentar determinar o grau de influência que o contato prévio com os

---

<sup>38</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 11a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 450.

<sup>39</sup> MAYA, André Machado, op. cit., p. 59.

autos de um inquérito, ao decidir sobre o recebimento de uma denúncia, tem sobre o juiz na medida em que este contato já pode ter causado um convencimento no figura do magistrado.<sup>40</sup>

Assim, então, foram reunidos pelo professor 58 (cinquenta e oito) juízes e membros do Ministério Público, escolhidos de forma aleatória por todo o território da Alemanha, sendo que tais escolhidos deveriam proferir sentença em um processo existente.

O crime analisado era o de libertação, indução ou auxílio à fuga de preso.

Segundo o autor não havia nada nos autos que não permitisse uma sentença que absolvesse ou condenasse o réu, sendo, portanto, as duas decisões possíveis.

Assim como em qualquer experimento, como, por exemplo, o experimento de Festinger, Schünemann introduziu uma variável, a qual, por sua vez, consistiu no fato de que alguns dos julgadores tiveram acesso aos autos do inquérito, ao passo que o segundo grupo de julgadores não sabiam de nenhum elemento informativo que tenha sido produzido durante as investigações preliminares.

Outra variável foi o fato de que a uma parte dos participantes foi facultada a inquirição pessoal na audiência de instrução e julgamento. Outros, somente tomaram conhecimento da ata de audiência.

Estabelecidos todos os contextos, Schünemann formulou quatro hipóteses:

- (i) o magistrado tende a condenar com maior frequência quando, antes da instrução, toma conhecimento do teor dos autos do inquérito;
- (ii) na audiência de instrução e julgamento, o juiz torna-se menos capaz de reter novas informações quando estas não estão em consonância com os elementos colhidos no inquérito;
- (iii) estas falhas na retenção tendem a se reduzir quando o magistrado não tem conhecimento acerca do inquérito; ademais, as falhas tendem a se reduzir

---

<sup>40</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança** in Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do direito. Tradução Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

ainda mais quando o magistrado tem a possibilidade de inquirir os sujeitos da prova; e

- (iv) os magistrados tendem a formular mais perguntas durante a audiência quando conhecem previamente o inquérito.

Schünemann, após estabelecidas suas hipóteses, tem como seu referencial a Teoria da Dissonância Cognitiva de Festinger, cujos conceitos e premissas foram abordados acima.

Como já sabemos e precisamos manter em mente, a dissonância é um estado temporário, no qual o ser humano não se sente confortável, tendendo, sempre, a dissipar a dissonância o mais rápido e da forma mais fácil que conseguir.

Assim, podemos afirmar que, buscando dissipar a dissonância, é comum que informações previamente valoradas de uma forma positiva seja demasiadamente valorizada, uma vez que, assim, será mais fácil atingir um estado de coerência cognitiva, sem que seja necessário um maior esforço.

Consequentemente, teremos que informações que neguem a hipótese preconcebida como correta caiam em uma zona de subestimação.

Tal situação é ilustrada por autores como efeito perseverança ou inércia ou mecanismo de autoafirmação da hipótese preestabelecida.

Ainda dentro de tal efeito, temos a tendência de favorecer eventuais ratificações de hipóteses previamente aceitas por um indivíduo. Tal situação, na Teoria da Dissonância Cognitiva, é justamente o que falamos sobre evitar entrar em dissonâncias já superadas anteriormente.

Seguindo na linha de evitar tal dissonância, é natural, de acordo com nossas premissas, que o indivíduo crie uma resistência a informações que não confluam com sua hipótese preconcebida, passando, assim, a refutar tais informações.

No que tange a tal tendência, os autores a conhecem como o princípio da busca seletiva de informações.



Por tão evidente, quase desnecessário dizer que a busca seletiva de informações, fenômeno inconsciente e natural do ser que evita entrar novamente em dissonância, é muito semelhante ao procedimento inquisidor, no qual o juiz, por também atuar como promotor, seleciona os fatos que o convém, de modo a fundamentar uma decisão embasada em sua busca inquisitorial.

Em seu experimento, Schünemann aplica tais conceitos e premissas à posição e à função do juiz alemão na audiência de instrução e julgamento e, posteriormente, no momento em que este sentencia.

Coerente com suas premissas, o autor entende e considera que, após leitura dos autos do inquérito, os juízes já estarão imbuídos de uma concepção acerca dos fatos jurídicos, ainda que não tenha sido exercido o contraditório.

Isso porque torna-se quase que instintivo o apego ao que se viu no inquérito: entrar em dissonância pode ser evitado dessa forma; dessa forma, Schünemann acredita que, ao conduzir a audiência, o juiz acabará por confirmar o que leu no inquérito.

Dando prosseguimento ao experimento, a distribuição das variáveis entre os magistrados ocorreu da seguinte maneira: 14 (quatorze) julgadores com acesso aos autos do inquérito e podendo inquirir os sujeitos do processo; 14 (quatorze) com acesso ao inquérito, mas não poderiam inquirir pessoalmente os sujeitos envolvidos; 17 (dezessete) sem acesso ao inquérito e podendo inquirir os sujeitos; e 13 (treze) com acesso apenas à ata da audiência de instrução e julgamento, sem qualquer conhecimento dos autos do inquérito e não podendo inquirir os sujeitos.

Finalmente, os resultados do experimento mostraram que, dos 28 (vinte e oito) juízes que tiveram acesso aos autos do inquérito, 20 (vinte) proferiram sentença condenatória.

Por outro lado, dentre os 30 (trinta) que não tiveram contato previamente com a investigação policial, somente 10 (dez) optaram pela condenação do acusado.

O autor organizou a disposição das decisões proferidas em relação às variáveis utilizadas como base para a decisão em uma tabela, abaixo demonstrada, sendo “C” referente à “condenação” e “A” referente à absolvição:

Base fática para a resolução do problema	Com a possibilidade de inquirir testemunhas		Sem a possibilidade de inquirir testemunhas	
	Juízes	Ministério Público	Juízes	Ministério Público
Acesso aos autos do inquérito e audiência de instrução e julgamento	8 (C) 0 (A)	2 (C) 4 (A)	9 (C) 0 (A)	1 (C) 4 (A)
Apenas a audiência de instrução e julgamento	3 (C) 8 (A)	1 (C) 5 (A)	5 (C) 2 (A)	1 (C) 5 (A)

Com a análise dos dados, podemos perceber uma diferença em percentual de, aproximadamente, 71% (setenta e um por cento) de condenação pelos juízes que conheceram os autos do inquérito e apenas 33% (trinta e três por cento) de condenação quando falamos de juízos que não tiveram tal acesso.

Com isso, o autor consegue confirmar sua primeira hipótese, evidenciando que os juízes, quando têm acesso aos autos do inquérito, tende a condenar mais do que se não tivesse tido tal acesso.

Não fosse suficiente, o professor também mostrou que sua segunda hipótese é verdadeira, evidenciando que juízes que entram em contato com os autos do inquérito se recordam menos dos relatos, visto que, no momento dos relatos, seus convencimentos já foram realizados. Assim, presta-se menos atenção, visando a não entrar em dissonância cognitiva.

Ademais, também restou confirmada a terceira hipótese, uma vez que o autor afirma que, quando há a possibilidade de fazer perguntas aos sujeitos do processo, a atenção do juiz também aumenta. Isso ocorre porque a possibilidade de fazer perguntas também se apresenta aos juízes como um meio de dissipar dissonâncias, motivo pelo qual é atraente.

Por fim, também foi confirmada sua quarta e última hipótese, uma vez que aqueles juízes que tiveram contato com os autos do inquérito formularam mais perguntas. Impressionante é a semelhança de tal constatação com o sistema inquisitivo, uma vez que, quanto mais próximo e tendente a condenar o sujeito, maiores são as indagações, visto que existe a busca incessante por uma verdade em que se acredita no momento em que se acusa.

Dessa forma, é possível concluir que o experimento realizado pelo professor evidencia a nítida contaminação da cognição do magistrado quando este envolve-se com informações constantes dos autos do inquérito, além de demonstrar a conseqüente dificuldade de este magistrado assimilar novas informações oferecidas posteriormente pela defesa.

## 5. O JUIZ DAS GARANTIAS

Diante de todo o exposto e demonstrado, podemos afirmar e reconhecer que a quebra da imparcialidade objetiva é um problema latente quando temos um juiz atuante no curso do inquérito e que também profere sentença.

Por isso, necessário se faz pensar em possíveis meios para solucionar tal problema que fere diretamente nossos pressupostos constitucionais.

Considerando nosso ponto de partida, o garantismo de Ferrajoli, faz-se importante recordar que quaisquer atividades jurisdicionais devem estar em conformidade com todos os direitos e garantias individuais.

Objetivando assegurar tal conformidade, então, é necessária sempre a efetiva fundamentação em toda decisão tomada por um juiz; tal fundamentação, por sua vez, somente ocorrerá após consistente análise de todos os elementos que fazem parte do procedimento investigativo, tendo sido o exercício do contraditório assegurado.

A conjuntura atual, por outro lado, acaba fazendo com que o juiz que irá proferir sentença, durante a etapa de investigações preliminares, aproxime-se de uma forma majoritariamente irreversível de informações ainda não submetidas ao contraditório.

Além disso, em se tratando de um inquérito policial, é evidente que tais informações tenham sido completamente manipuladas pela polícia e pela acusação.

Por tais motivos, afirma André Machado Maya que, no sistema atual, “a função de garantidor que deve ser exercida pelo juiz faz com que, no decorrer da investigação preliminar, haja uma aproximação do magistrado para com o material informativo colhido no curso do inquérito”.<sup>41</sup>

Tem-se, então, neste momento, o comprometimento da imparcialidade. Segundo o autor e como já demonstrado com o estudo da Teoria da Dissonância Cognitiva, “a análise dos

---

<sup>41</sup> MAYA, André Machado, op. cit., p. 219.

elementos indiciários que fundamentam medidas cautelares postuladas para verificar a legitimidade da medida, combinada com a fundamentação da decisão do magistrado, são incompatíveis com a ideia de distanciamento, necessária à posição de garantidor”.<sup>42</sup>

Tendo sido o objetivo do presente trabalho a demonstração de que o cenário atual, no qual temos um juiz que se envolve com os autos de um inquérito policial sendo o mesmo juiz que prefere uma sentença condenatória, por exemplo, nos dá a impressão e cria a aparência do inconstitucional comprometimento da imparcialidade do juiz.

Assim como no caso julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o presente estudo não visa questionar se, em um âmbito subjetivo, há ou não há imparcialidade do magistrado.

O que se tenta abordar é no âmbito da imparcialidade objetiva, uma vez que diante de um juiz nitidamente mais próximo do elemento trazido pela acusação, é completamente fundado o medo de uma decisão judicial parcial.

Assim, considerando a necessidade supramencionada de tentar dirimir a situação problemática em pauta e como uma tentativa de amenizar o aspecto parcial inerente à regra de prevenção, que permite que o mesmo juiz que participante do inquérito fica prevento para proferir sentença, foi introduzida, no Projeto de Lei 156/2009, a figura do juiz das garantias.

A função de tal figura, conforme o artigo 15 do projeto, está em exercer o controle da legalidade da investigação criminal e salvaguardar direitos individuais em medidas que tenham sido reservadas à autorização prévia do Poder Judiciário.

Assim, analisaremos, de forma breve, tal pretensão.

---

<sup>42</sup> MAYA, André Machado, op. cit., p. 219.

## 5.1 Projeto de Lei 156/2009

Primeiramente, faz-se importante destacar que o referido projeto de lei tem como premissa a ideia de que nenhuma intervenção penal pode ter a si atrelada qualquer diminuição das garantias individuais.

Como, dentre elas, está a garantia de ser julgado por uma juiz imparcial, o projeto de lei coloca o a teoria garantista como requisito de um Estado Democrático de Direito.<sup>43</sup>

Assim, é reconhecido pelo projeto de lei em questão que a decisão judicial contará com uma dimensão trans-individual. Por esta razão, faz-se muito importante assegurar o maior distanciamento possível entre o juiz e os elementos que representem a cognição de qualquer uma das partes<sup>44</sup>, uma vez que podemos identificar, no referido projeto de lei, premissas que são coerentes com o que se conclui ao estudar a Teoria da Dissonância Cognitiva.

Não obstante, não é ignorado pelo projeto o fato de que o juiz, por ser uma pessoa humana, está imbuído de sentimentos, valorações e opiniões próprias. Nesta esteira, mantem-se a distinção, anteriormente realizada, no que tange aos conceitos de neutralidade e imparcialidade.

Em sua exposição de motivos, no que diz respeito à inserção do instituto do juiz das garantias no projeto de Código de Processo Penal como forma de tutelar as liberdades individuais, a respectiva comissão alega que:

“Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à

---

<sup>43</sup> BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 156/2009**, op. cit. Exposição de motivos.

<sup>44</sup> Idem.

especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e  
 b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.”<sup>45</sup>

## 2.5. Dispositivos do Projeto de Lei 156/2009 relacionados ao instituto do juiz das garantias

Ao juiz das garantias, considerando a alteração legislativa proposta, portanto, caberá as funções de:

- “I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil;
- II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555;
- III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;
- IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal;
- V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;
- VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;
- VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;
- VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único 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 pedidos de:
  - a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
  - b) quebra dos sigilos fiscal, bancário 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 realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º;
- XIV – arquivar o inquérito policial;
- XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37;
- XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

---

<sup>45</sup> Idem.

XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.”<sup>46</sup>

Apesar de ainda se tratar de um juiz que continua atuando no curso das investigações, controlando a legalidade sobre os atos praticados e efetivando as garantias e direitos individuais, temos uma grande alteração no que tange à atual regra de prevenção.

Assim, com o artigo 16 do projeto de lei em questão e o impedimento de o juiz das garantias de funcionar no processo, temos uma regra de prevenção às avessas, chegando mais perto de se efetivar o princípio da imparcialidade.

## 2.6. Das possíveis críticas ao Projeto de Lei 156/2009.

Apesar de apresentar nítido avanço que tange à tentativa de garantir o princípio da imparcialidade do juiz no processo penal e tutelar direitos fundamentais e individuais, podemos identificar alguns pontos do referido projeto de lei que ainda precisam ser criticados.

A principal das críticas, considerando o objetivo do presente trabalho, é aquela que foca diretamente no princípio da imparcialidade.

Tal crítica foi bem articulada por André Machado Maya e conversa com ao problema das instâncias recursais<sup>47</sup>.

Tem-se, hoje em dia, nos tribunais de segunda instância e nas cortes superiores, a prevenção como regra de fixação de competência do relator de i) determinada medida recursal; ii) ação penal originária julgada anteriormente; ou iii) do próprio órgão colegiado julgador, de forma que os posteriores recursos, que visem ao combate da sentença penal condenatória, serão julgados pelo magistrado ou órgão colegiado que

---

<sup>46</sup> BRASIL. Senado Federal. PARECER Nº 1.636, DE 2010 Redação final do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, artigo 14.

<sup>47</sup> MAYA, André Machado, op. cit., p. 231 et seq.



conheceu e julgou o primeiro *habeas corpus* impetrado no curso da investigação preliminar.<sup>48</sup>

Após abordagem da Teoria da Dissonância Cognitiva, torna-se evidente que a regra em questão ataca diretamente a imparcialidade do julgador, uma vez que, já tendo tido contato com o caso anteriormente, a chance de manter seu convencimento utilizado quando do julgamento do primeiro *habeas corpus* é muito considerável.

Assim, ressalta o autor que, neste caso, de uma forma em geral, tem-se decisões tomadas pelos tribunais de apelação com caráter definitivo, agravando, então, o problema que temos em pauta.

Então, Machado Maya propõe a criação de um juizado de garantias com o intuito de conferir atos decisórios proferidos pelo juiz das garantias na investigação preliminar e pelo juiz singular na instrução criminal<sup>49</sup>.

Para tanto, sugere que a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, estudada na presente monografia, no que tange a casos em que a imparcialidade subjetiva do julgador seja questionada, seja aplicada, de forma a somente analisar uma possível violação de imparcialidade nos casos concretos.

Entendendo que a proposta de Machado Maya é capaz de dirimir os problemas apontados na crítica supracitada, o estudo da presente monografia é compatível com a propositura de tal medida, uma vez que um juizado de garantias poderia analisar e revisar todas as medidas jurisdicionais que se fizessem necessárias, tanto na investigação policial quanto na instrução processual, pelo juiz das garantias e juiz do processo, respectivamente.

Com isso, teríamos a inversão da regra de prevenção, sendo certo que tanto o juiz das garantias quanto o juizado das garantias estariam impedidos de proferir decisões.

---

<sup>48</sup> Idem.

<sup>49</sup> MAYA, André Machado, op. cit., p. 231 et seq.

Com tal inversão, chega-se muito mais perto de garantir a concretização do princípio da imparcialidade do juiz, uma vez que aquele que fosse proferir decisão teria que dissipar sua dissonância cognitiva sem prévia contaminação e aproximação com os elementos cognitivos de uma das partes.

Assim, poderíamos afirmar que o juiz seria, não neutro, posto que isso não é nem possível, conforme já discutido no presente trabalho, mas, sim, apto para exercer seu livre convencimento e, dessa forma, sua imparcialidade estaria mais garantida.

### 3. CONCLUSÃO

A presente monografia teve por objetivo expor e fundamentar a tese de que o princípio da imparcialidade do juiz, já internalizado no ordenamento brasileiro há mais de uma década, resta comprometido diante de sua participação em produções e análise de provas, durante o decorrer do Processo Penal.

Para tanto, primeiramente, na tentativa de entender a história de pena, para que se pudesse partir de um pressuposto social e cultural do que se espera do Processo Penal, este sistema teve suas origens e objetivos analisados.

Com tal análise, buscou-se concluir que a punição, por meio da pena, acaba por ser a finalidade do processo penal.

Não obstante tal objetivo, considerando que o processo penal brasileiro encontra sua legitimação em um ordenamento democrático e seu meio de concretização através do sistema acusatório, foram apontados princípios que não podem ser desrespeitados para que tal objetivo seja, de fato, alcançado.

Neste viés, foi analisado o princípio da imparcialidade do juiz, previsto no artigo 8º, parágrafo 1º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o qual foi debatido tanto sob um aspecto positivista quanto sob um aspecto científico.

Na tentativa de medir o grau de correlação entre o princípio da imparcialidade e os demais princípios que norteiam e dão razão de ser ao processo penal, realizou-se o estudo sobre o conceito de imparcialidade, sendo certo que seu ponto de vista foi alicerçado na teoria garantista de Luigi Ferrajoli.

Assim, segundo tal teoria, tem-se que uma decisão imparcial precisa ser, simultaneamente, equidistante dos interesses de ambas as partes; independente do sistema político; e natural, o que exige regras objetivas que determinem a competência.

Dessa forma, tentou-se explicar a relação entre o comprometimento inconstitucional do princípio da imparcialidade e o convencimento prévio ao contraditório de um juiz que vá proferir decisão no âmbito do processo penal.

Ademais, a fim de tentar deixar clara tal relação, foram apontadas e desenvolvidas duas distinções essenciais à delimitação do conceito da imparcialidade.

Em sendo uma distinção muito importante para discutir o tema, a primeira foi a respeito da diferença entre neutralidade e imparcialidade, uma vez que tal distinção é fundamental para afastar a ideia de que o que se busca, quando se critica a não efetividade do princípio da imparcialidade, é um juiz neutro.

Em segundo plano, também de grande valor, foi abordada a diferenciação entre imparcialidade subjetiva e objetiva, tendo sido esta firmada pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

A esta segunda distinção também pode-se atribuir grande importância, uma vez que, conforme se buscou demonstrar principalmente no último capítulo da presente monografia, a atual regra de prevenção de competência no processo penal é responsável por gerar uma aparência de que o juiz, a partir do momento em que entra em contato com os autos do inquérito policial sem o exercício do contraditório, tenha tido sua imparcialidade comprometida, gerando à parte prejudicada um medo legítimo e fundado.

Toda a discussão até então desenvolvida ganhou mais força, então, quando passou-se, na presente monografia, a abordar a Teoria da Dissonância Cognitiva de Leon Festinger.

Com um capítulo destinado ao seu estudo, a abordagem da Teoria da Dissonância Cognitiva buscou expor as premissas adotadas por Leon Festinger e relacioná-las com as situações com as quais se depara no curso do processo penal.

Com tal análise, percebeu-se que o ser humano tem o instinto de sempre tentar se manter em consonância cognitiva, sendo esta ideia a ideia de manter-se em coerência no que tange aos seus sentimentos, vontades e opiniões e aquilo que se pratica em sua vida.

Contando com elementos ambientais e comportamentais, o estudo da teoria buscou explicar que cada elemento que se apresenta como um fator capaz de gerar a dissonância tem uma magnitude específica.

Tal magnitude, por sua vez, é equivalente à pressão sob a qual o indivíduo encontrar-se-á para dissipar tal dissonância.

Considerando que o juiz, em um processo penal, sabe que sua decisão acarretará na privação, total ou parcial, da liberdade de um indivíduo, foi possível afirmar que a pressão para dissipar dissonâncias cognitivas no âmbito de uma decisão judicial tem uma magnitude muito expressiva.

Por este motivo, a presente monografia, reiterou, por diversas vezes, o perigo e a ameaça à garantia do princípio da imparcialidade do juiz, quando da aproximação, pelo magistrado, de material produzido pela acusação.

Considerando que a tendência é livrar-se da dissonância, quanto mais fácil for adotar uma postura, mais tendente nosso inconsciente será para adotá-la.

Por este motivo, é tão alarmante as previsões existentes em nosso Código de Processo Penal que dão ao juiz permissão para que, ao longo do procedimento penal, o juiz assuma uma postura ativa na busca de provas, como, por exemplo, é o, tão em voga, caso da interceptação telefônica ou, ainda, na conversão de prisão em flagrante em preventiva.

Tornando tal problematização ainda mais evidente, foi também analisado o estudo realizado pelo professor Bernd Schünemann.

Tal estudo tem como seu ponto de partida a, já mencionada, teoria da dissonância cognitiva de Leon Festinger, uma vez que também parte da premissa de que é instintivo que o indivíduo busque um equilíbrio entre seu conhecimento e suas opiniões.

Nesta esteira, o autor faz um experimento para aplicar tal teoria a um contexto por meio do qual o magistrado entra em contato com elementos informativos não submetidos ao contraditório e, como previsto por tal teoria, tem-se como conclusão que o contato com os

autos do inquérito faz com que os juízes tenham formada uma concepção com base exclusiva na fonte essencialmente policial.

Assim, o experimento é realizado de modo que o professor organiza vários grupos de julgadores que proferirão sentença sobre o mesmo caso, sendo certo que os autos de tal caso deixam abertura para ambas as decisões: condenação ou absolvição.

Estando os julgadores em condições diferentes, quais sejam, ter ou não acesso aos autos do inquérito, sendo que parte dos juízes deveriam decidir somente com base na audiência de instrução e julgamento.

Assim, restou evidente que as sentenças condenatórias, percentualmente, vieram grande parte dos juízes que tiveram prévio contato com os autos do inquérito. Ao mesmo passo, o grupo que decidiu apenas com base na audiência de instrução e julgamento apresentou-se muito mais tendente à absolvição.

Por este motivo, foi comprovada, com o experimento, a hipótese de que a análise de informações que não foram submetidas ao exercício do contraditório vinculam, com muito mais frequência, decisões judiciais.

Tal comprovação, então, corroborou a tese da presente monografia, de que a imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro resta indubitavelmente comprometida.

Considerando, então, que o problema da imparcialidade do juiz no processo pena restou comprovado e reconhecido, o presente trabalho passou a analisar o Projeto de Lei 156 de 2009, o qual traz, consigo, a figura do juiz das garantias como sendo um meio de solucioná-lo.

Com as ideias trazidas pelo projeto de lei em questão, nosso processo penal contaria com a existência de um juiz competente especificamente para participar do curso do inquérito policial, com o objetivo de controlar a legalidade sobre os atos praticados, de modo a efetivar garantias e direitos individuais.

Por fim, considerando que, não obstante ao avanço que o referido projeto de lei é capaz de trazer no que tange à garantia do princípio da imparcialidade do juiz, bem como por representar uma mudança na maneira de enxergar a questão da imparcialidade no processo penal, críticas ao projeto foram realizadas, de modo a tentar mostrar que, ainda assim, ele, em alguns de seus dispositivos, encontra vícios capazes de continuar comprometendo o princípio da imparcialidade.

Dessa forma, foi proposta uma ideia que, em conjunto com o juiz das garantias, pudesse tentar dirimir tais vícios ainda presentes, visando a atingir um nível mais democrático em nosso processo penal, como requer a Constituição da República Federativa do Brasil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL LLUCH, Xavier e RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. **Estudios sobre prueba penal volumen III: Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: diligencias de instrucción, entrada y registro, intervención de comunicaciones, valoración y revisión de la prueba en vía de recurso.** Madri: La Ley *Actualidad*, 2013.

AGUIAR, Tiago Antunes de. **Notas acerca da reforma do Código de Processo Penal quanto às disposições gerais da prova** in *Doutrinas Essenciais – Processo Penal*. NUCCI, Guilherme de Souza e ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de (organizadores). Volume III. São Paulo: RT, 2012.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Prueba y convicción judicial en el proceso penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

ARMENTA DEU, Teresa. **A prova ilícita: um estudo comparado.** Tradução Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

BARROS, Romeu pires de Campos. **O processo penal cautelar** in *Doutrinas Essenciais – Processo Penal*. NUCCI, Guilherme de Souza e ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de (organizadores). Volume II. São Paulo: RT, 2012.

BENUCCI, Renato Luís. **A cautelaridade no processo penal** in *Doutrinas Essenciais – Processo Penal*. NUCCI, Guilherme de Souza e ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de (organizadores). Volume II. São Paulo: RT, 2012.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Sobre as Proibições de prova em processo penal.** Coimbra: Coimbra, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.



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

FREIRE, Ranulfo Melo. **Valor probatório do inquérito policial** in *Doutrinas Essenciais – Processo Penal*. NUCCI, Guilherme de Souza e ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de (organizadores). Volume II. São Paulo: RT, 2012.

GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUERRERO PALOMARES, Salvador. **La imparcialidad objetiva del juez penal: análisis jurisprudencial y valoración crítica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2009.

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. **O GATE do ministério público do Rio de Janeiro e a perversão probatória** in *Boletim IBCCRIM*, v. 258, p. 11-12, 2014.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo penal constitucional**. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança** in *Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Tradução Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

### REFERÊNCIAS NORMATIVAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969