

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2017.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2012.
- BRASIL. Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. *XI Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos*. Comitê Gestor RIBPG : Brasília, 2019.
- BRASIL. Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. *X Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos*. Comitê Gestor RIBPG : Brasília, 2019.
- BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Procedimento Operacional Padrão: perícia criminal*. Ministério da Justiça: Brasília, 2013.
- DOLEAC, Jennifer L. The Effects of DNA Databases on Crime. *American Economic Journal: Applied Economics*, Pittsburgh, vol. 9, n. 1, p. 165-201, jan. 2017.
- GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro Três Anos após a Lei no 12.654. *Revista de Bioética y Derecho, Barcelona*, v. 35, p. 94-107, 2015.
- MURPHY, Erin E. *Inside the cell: the dark side of forensic DNA*. Bold Type Books: Nova Iorque, 2015.
- NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/12*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio nemo tenetur se detegere e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 250, set. 2013.
- SANTOS, Laymert Garcia dos. *Polítizar as novas tecnologias: o impacto sociotécnico da informação digital e genética*. São Paulo: Editora 34, 2003.
- TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1978.

Recebido em: 15/03/2020 - Aprovado em: 03/04/2020 - Versão final: 16/04/2020

JUIZ DAS GARANTIAS: PARA ACABAR COM O FAZ-DE-CONTA-QUE-EXISTE-IGUALDADE-COGNITIVA...

JUDGE OF GUARANTEES AIMING TO PUT AN END ON THE MAKE-BELIEVE CONCEPTION THAT THERE IS COGNITIVE EQUALITY

Aury Lopes Jr.

Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Advogado criminalista.
<https://orcid.org/0000-0002-7489-3353>
<http://lattes.cnpq.br/4629371641091359>
aurylopes@terra.com.br

Ruiz Ritter

Doutorando, Mestre e Especialista em Ciências Criminais pela PUCRS. Advogado criminalista.
<https://orcid.org/0000-0002-3533-0101>
<http://lattes.cnpq.br/0594538019851381>
ruiz@ritterlinhares.com.br

RESUMO

O trabalho analisa a figura do juiz das garantias implementada pela Lei 13.964/2019. Pretende demonstrar, a partir de estudos da psicologia social - teoria da dissonância cognitiva e efeito primazia -, a inevitabilidade da contaminação psíquica do juiz decorrente da sua participação na investigação preliminar, evidenciando a necessidade de juízes diferentes para as fase pré-processual e processual, em prol da imparcialidade da jurisdição penal.

Palavras chave: Juiz das garantias. Teoria da dissonância cognitiva. Lei 13.964/2019.

ABSTRACT

The paper analyzes the role of the judge of guarantees implemented by Law 13.964/2019. It intends to demonstrate, from studies of social psychology - theory of cognitive dissonance and primacy effect - the inevitability of the judge's psychic contamination arising from their participation in the preliminary investigation, evidencing the need for different judges for the pre-procedural and procedural phases, in favor of the impartiality of criminal jurisdiction.

Keywords: Judge of Guarantees. Theory of cognitive dissonance. Law 13.964/2019.

Que blindagem psíquica possuem os juízes brasileiros que os diferenciam dos demais? E não só os diferencia dos demais juízes, senão dos demais seres humanos? Nenhuma. A premissa é: o juiz, enquanto ser-no-mundo, também constrói imagens mentais *a priori* (no sentido kantiano adaptado, ou seja, antes da 'experiência completa'), também decide primeiro para depois buscar os argumentos que justificam a decisão já tomada (parafrazeando a clássica passagem de **Franco Cordero**), e também padece com a dissonância cognitiva e o efeito primazia. São diversos os estudos e pesquisas de campo demonstrando o imenso prejuízo cognitivo que decorre dos pré-juízos (ferindo de morte, ainda, a imparcialidade).¹

Por outro lado, quantos estudos comprovam a fantástica 'blindagem' psíquica dos juízes brasileiros? Como justificar que uma mesma pessoa possa atuar na investigação preliminar, proferindo diversas decisões complexas e invasivas, para depois entrar no processo com

'abertura cognitiva' suficiente para dar ensejo a um contraditório real e efetivo? Podemos prescindir do modelo de 'doble juez', ou da prevenção como causa de exclusão da competência (no sentido de que não pode ser o mesmo juiz da fase pré-processual aquele que ao final irá instruir e julgar)? Não existe nenhuma teoria de base e pesquisa para justificar esse argumento.

A realidade do processo penal - e que não se quer desvelar - é: a defesa sempre entra correndo atrás de um imenso 'prejuízo cognitivo'. Ela sempre chega na fase processual em desvantagem e não raras vezes, já perdendo por um placar cognitivo negativo (no sentido de imagem mental e convencimento do juiz) considerável, quando não irreversível. O processo não é mais que um faz de conta de igualdade de oportunidades e tratamento. O juiz já está - na imensa maioria dos casos - psicologicamente capturado² pela tese acusatória, até então tomada como verdadeira e geradora de graves

consequências decisórias.

Enquanto não houver preservação da originalidade cognitiva do juiz - o que somente é possível com juízes diferentes para as fases pré-processual e processual, a fim de que o julgador do caso conheça dos fatos livre de pré-juízos e pré-conceitos formados pela versão unilateral e tendenciosa do inquérito policial -, o processo penal brasileiro não passará de um jogo de cartas marcadas e de um faz de conta que existe contraditório. O próprio conceito de contraditório precisa ser reconfigurado para exigir também a igualdade de tratamento e oportunidades na dimensão cognitiva.

É preciso que se entenda isso de uma vez por todas, porque a oportunidade que se tem em mãos com o juiz das garantias - suspensa atualmente pela famigerada liminar-Fux - pode não aparecer de novo, mantendo o Brasil como exemplo de modelo (neo)inquisitório do século XXI.

Qual é a dificuldade, afinal, de se compreender que todos os seres humanos - juízes, inclusive! - possuem uma tendência de equilíbrio cognitivo (leia-se coerência entre crenças, opiniões, ações, etc. - *cognições*), cujo rompimento, por insuportável, se busca sempre evitar, ou, não sendo possível, restaurar, por meio de processos cognitivo-comportamentais involuntários³ - como desde a década de 50 revela a teoria da dissonância cognitiva⁴ -, sendo inconcebível que alguém que criou uma imagem mental unilateral sobre um fato receba uma versão oposta acerca do mesmo fato sem desacreditá-la diante do mal estar psíquico que inexoravelmente representa?

Ou, então, que uma vez fixada uma primeira impressão sobre alguém, serão mais facilmente aceitáveis informações que a corroborem do que outras que a contrariem, como também já comprovou a psicologia social pelo denominado "efeito primazia", revelando que as informações posteriores a respeito de alguém são, em geral, consideradas no contexto da informação inicial recebida,⁵ a qual exerce um direcionamento não apenas das demais cognições a respeito da respectiva pessoa, como também do comportamento em relação a ela, fundamento do jargão popular de que 'a primeira impressão é a que fica'⁶.

Porque se não há dificuldade, como é que se pode duvidar da inevitável contaminação do juiz pela investigação preliminar na estrutura processual penal atual, considerando que os elementos investigativos constantes no inquérito (entre outros sistemas de investigação), unilaterais por natureza, são as primeiras informações/impressões disponíveis ao juiz a respeito do fato, as quais exercerão forte influência sobre as informações posteriores recebidas no processo, no sentido de adequação a essa primeira imagem mental, para evitar dissonância cognitiva e seus efeitos perniciosos correlatos?

Mais: como é que se pode esperar que um juiz, depois de decretar uma série de medidas restritivas de direitos fundamentais com base nesse mesmo arcabouço informativo parcial buscas e apreensões, interceptações telefônicas, quebras de sigilo bancário e fiscal e até prisões cautelares -, reforçando cada vez mais a conformação da sua cognição num único sentido, substancialmente prejudicial ao investigado, receba a versão dos fatos apresentada pela defesa na futura fase processual com a mesma tranquilidade e igualdade cognitiva que receberá a versão da acusação?

Simplemente não há como concordar com todas essas problematizações ao mesmo tempo. Ou se adere ao argumento inicial - fundamentado teórica e empiricamente - ou se adere a uma negação genérica e irracional, sem fundamento algum.

E nem precisariam ter sido testadas tais hipóteses teóricas na própria dinâmica de um processo penal concreto para se concluir que o juiz condena mais frequentemente quando conhece a investigação preliminar do que quando a desconhece, sendo apresentado aos fatos somente na fase processual (originalidade cognitiva). Mas foram,⁷ havendo, inclusive, subsídio empírico específico atualmente para se comprovar que, sem juiz das garantias, o juiz não passa de um terceiro manipulado no processo penal.⁸

Aliás, tal pesquisa evidencia também outro ponto fundamental à criação do juiz das garantias: a imprescindibilidade da exclusão física⁹ (ou não inclusão) dos autos do inquérito, exceto provas de natureza cautelar, antecipadas e irrepitíveis,¹⁰ sob pena de se esvaziar complementemente a eficácia da proposta, na medida em que o contato direto do juiz da fase processual com tais elementos investigativos unilaterais impede, por tudo que aqui se viu, a preservação da sua necessária originalidade cognitiva para instruir e julgar o caso. Se realmente queremos um processo penal sério e com qualidade epistêmica da prova e cognitiva por parte do juiz, não apenas é preciso separar os juízes, senão que precisamos efetivamente separar o 'material produzido em cada fase'.

Em suma, ou se permanece na fantasia infantil de que a jurisdição criminal brasileira é exercida por seres dotados de superpoderes - imunes a fenômenos naturais à condição humana - ou se admite a falibilidade das decisões e julgamentos humanos, sempre influenciados por pré-julgamentos e pré-conceitos; reconhecendo-se, com **Carnelutti**, que "*A justiça humana não pode ser mais do que uma justiça parcial; (...) tudo que se pode fazer é tentar diminuir essa parcialidade*".¹¹

O juiz das garantias é mera expressão dessa segunda perspectiva, figura judiciária imprescindível para acabar com o *faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva* vigente no processo penal brasileiro.

NOTAS

¹ A imparcialidade da jurisdição é o 'Princípio Supremo do Processo'. Vide: LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 254 e ss.

² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 385 e ss.

³ Remetendo o leitor que se interessar nas respostas que o sistema psíquico humano oferece para o enfrentamento do molesto rompimento de seu equilíbrio, reflexo da experimentação de dissonância cognitiva, para: RITTER, Ruz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 99-141.

⁴ FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 11-12.

⁵ GOLDSTEIN, Jeffrey H. *Psicologia social*. Tradução José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Dois, 1983. p. 93.

⁶ FREEDMAN, Jonathan L.; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. *Psicologia Social*. 3. ed. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977. p. 40.

⁷ Ver em: SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 205-221.

⁸ Nas palavras do próprio pesquisador, à guisa de conclusão da pesquisa realizada: "O processamento de informações pelo juiz é em sua totalidade distorcido em favor da imagem do fato que consta dos autos da investigação e da avaliação realizada pelo ministério público, de modo que o juiz tem mais dificuldade em perceber e armazenar resultados probatórios dissonantes do que consonantes, e as faculdades de formulação de perguntas que lhe assistem são usadas não no sentido de uma melhora no processamento de informações, e sim de uma autoconfirmação das hipóteses iniciais." SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 221.

⁹ Para melhor compreensão acerca do sistema de exclusão física dos autos e aprofundamento, recomendamos: LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. "Investigação Preliminar no Processo Penal". 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

¹⁰ Nos termos da acertada previsão do novo artigo 3º-C, parágrafo terceiro, do CPP.

¹¹ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2008. p. 39.