O PROBLEMA DA IRRACIONALIDADE NA TOMADA DE DECISÃO: A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA NA ORIENTAÇÃO DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

The impact of implicit bias on decision-making: the United States Prosecutors training programs

Eduardo Pimentel de Vasconcelos Aquino¹
Cláudio Henrique Portela do Rego²

Recebido em 26/10/2016
Aprovado em 20/01/2017

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As dificuldades cognitivas impostas pela mente. 3. A atividade do Ministério Público e seus perigos implícitos. 3.1 Vieses cognitivos ligados à cor. Ou: de como a luz pode ofuscar. 3.2 Vieses cognitivos ligados à confirmação: visão de túnel, perseverança e outros fenômenos indesejáveis. 3.2.1 Viés da confirmação. 3.2.2 Viés do processamento seletivo de informações. 3.2.3 Viés da perseverança. 3.2.4 Viés da evitação de dissonância cognitiva. 4. Elementos de um programa de orientação funcional para membros do Ministério Público. 5. Conclusões. Referências.

RESUMO: Este trabalho adota como referencial teórico a ciência da cognição social implícita e estabelece uma conexão de seus postulados com a atividade do Ministério Público a partir de revisão bibliográfica de trabalhos sobre os órgãos de justiça norte-americanos. Essa comparação visa a incentivar a discussão sobre o tema aqui no Brasil, onde as corregedorias do Ministério Público possuem três papéis principais: de fiscalização, orientação e avaliação. O membro do Ministério Público deve ser capacitado em várias frentes, uma delas, ainda pouco falada, a da influência de vieses cognitivos implícitos na atividade ministerial. Para a ciência da cognição social, vieses cognitivos implícitos são os elementos e associações do subconsciente que facilitam o processamento de informações pelo homem, como a tendência de selecionar dados que confirmem, e nunca descartem, uma hipótese, ou a de dividir pessoas em categorias (brancos, negros, heterossexuais etc.). Este artigo procura elencar os vieses mais comuns na atividade do Ministério Público e as maneiras de neutralizá-los. São introduzidos vieses ligados a cor e etnia, à visão de túnel, ao processamento seletivo de informações, à perseverança e à evitação de dissonância cognitiva. Ao final, são demonstradas a importância de um programa de treinamento contínuo e algumas técnicas de mitigação dos vieses (controle ambiental, planejamento, rotina de revisão, criação de grupos de integridade profissional etc.).

ABSTRACT: *This article takes as theoretical framework the science of social cognition and establishes a connection with the prosecutorial activity in United States. This comparison aims to encourage discussion on the subject here in Brazil, where the offices of*

¹ Chefe da Gabinete da Corregedoria Nacional do Ministério Público.

² Corregedor Nacional do Ministério Público.

professional responsibility have three major functions: to punish, regulate and evaluate. The ethical prosecutor must be trained on various aspects of his work, one of them being the influence of implicit bias. For the science of social cognition, implicit biases are the subconscious elements and associations that facilitate judgment, such as the tendency to confirm the original hypothesis or the division of people into categories (white, black, heterosexual etc). This essay seeks to demonstrate the most common implicit biases in prosecutorial activity and how to neutralize them. It introduces biases such as race, tunnel vision, selective information processing, belief perseverance and avoidance of cognitive dissonance. It is also shown the importance of continuous training for prosecutors, and some mitigation techniques (environmental control, planning, fresh looks, integrity groups etc).

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Vieses cognitivos implícitos. Tomada de decisão.

KEYWORDS: Prosecution Service. Implicit Bias. Decision-making.

1. INTRODUÇÃO

“Ser imortal é insignificante; exceto o homem, todas as criaturas o são, pois ignoram a morte; o divino, o terrível, o incompreensível, é se saber imortal”³. No conto *O imortal*, Borges define o critério da *consciência* como caracterizador da mortalidade. Ignorar a morte é ser imortal; o homem, ao contrário das outras criaturas, não a ignora; logo, o homem é mortal. E depois o contista argentino adiciona pitadas de contradição e ironia: “[...] o incompreensível é se saber imortal. Notei que, apesar das religiões, essa convicção é raríssima”⁴.

A essa entidade denominada *consciência*, filósofos, literatos, juristas, cientistas de toda sorte dedicaram páginas de tratados. E uma vertente coletiva lhe foi extraída, a *cognição social*; e, do seu reverso, a *cognição social implícita*. Chegamos no mote deste trabalho, o seu referencial teórico. A *cognição social implícita* como o conjunto de elementos do subconsciente que influencia o modo como nos tratamos socialmente. “Toda linguagem é um alfabeto de símbolos cujo exercício pressupõe um passado que os interlocutores compartilham”, disse Borges, em *O Aleph*⁵.

Os capítulos a seguir visam ao tratamento de três assuntos interligados, utilizando-se do método de revisão bibliográfica: um, a ciência da *cognição social implícita*; dois, o seu objeto, os vieses cognitivos implícitos e como eles influenciam a atividade do Ministério Público; e três, os mecanismos de proteção contra vieses nefastos. O trabalho utilizará o conhecimento e a experiência sobre o assunto no direito norte-americano, enfocando nos aspectos de similaridade com o caso brasileiro.

De modo sumário, demonstra-se que o comportamento humano é fruto não apenas da *consciência* e da racionalidade, mas também de uma mecânica de associações subconscientes que, em última análise, forma reduções

3 BORGES, Jorge Luis. *O Aleph*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 19.

4 *Idem*, *Ibidem*.

5 *Idem*, p. 148.

simplificadoras (heurística) e estereótipos para lidar com uma quantidade infinita de informações aportadas todos os dias no cérebro.

Tais simplificações podem ser perigosas para membros de instituições como a Polícia, o Poder Judiciário e o Ministério Público, que devem julgar fatos de modo o mais objetivo possível. Por isso, os capítulos dois e três buscam descrever alguns dos vieses cognitivos implícitos mais danosos à atividade ministerial, e o capítulo quatro aponta elementos para uma estratégia de contra-ataque. De início, ficaremos com esta:

Isto é um sonho, pura diversão de minha vontade, e, já que tenho um poder ilimitado, vou produzir um tigre.

Oh, incompetência! Nunca meus sonhos sabem engendrar a almejada fera. O tigre aparece, sim, mas dissecado ou fraco, ou com impuras variações de forma, ou de um tamanho inadmissível, ou muito fugaz, ou tirante a cão ou pássaro.⁶

Não confie na memória.

2. AS DIFICULDADES COGNITIVAS IMPOSTAS PELA MENTE

Trovão e chuva. A associação é rápida e quase inevitável. Fumaça e fogo; tijolos e construção. Tais conjunções estão enraizadas na mecânica mais fundamental de nosso processo de pensamento. Aprendemos desde cedo a fazer associações de itens que comumente estão conjugados e a criar expectativas lógicas de coexistência entre eles: “*thunder and rain, for instance, or gray hair and old age*” (trovão e chuva, por exemplo, ou cabelo grisalho e idade avançada). A ciência da cognição social implícita sugere que os indivíduos nem sempre possuem controle (consciente e volitivo) do processo de percepção e julgamento, e, por conseguinte, de suas ações.⁷

A mente do indivíduo busca facilitar a tomada de decisão por fazer associações automáticas entre conceitos. Os exemplos dados acima trazem um recorte das mais banais conjunções: a trovoadas nos ajuda a prever chuva e buscar abrigo. Contudo, há o lado nefasto desse processo mental: negro e criminalidade; mulher e fragilidade; idoso e incapacidade. Preconceitos implícitos de cor, por exemplo, são consistentes com a conclusão de que o ser humano utiliza a heurística de maneira automática e inconsciente para lidar com a enorme quantidade de informações disponíveis no mundo: associações ligadas à cor da pele facilitariam a ação por organizar uma imensidão de dados em categorias de pessoas.⁸

6 Conto *Dreamtigers*, de BORGES, Jorge Luis. *O fazedor*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 14.

7 IRWIN, John F.; REAL, Daniel L. *Unconscious Influences on Judicial Decision-Making: The Illusion of Objectivity*. *McGeorge Law Review*, v. 43, 2010, p. 2 e ss.

8 RICHARDSON, L. Song; GOFF, Phillip Atiba. *Implicit Racial Bias in Public Defender Triage*. *Yale Law Journal*, v. 122, 2013, p. 2629 e ss.

Viés cognitivo implícito (ou viés de cognição social) refere-se ao conjunto de elementos subscientes que influenciam a forma de julgamento do indivíduo. De certo modo, o juízo estereotipado é inescapável ao homem, em razão de sua própria estrutura de raciocínio. O processamento automático de informações, em oposição ao controlado e voluntário, é realizado sem atenção, sem perda de energia, de maneira quase ilimitada.⁹ Pode-se expressar um discurso de gênero igualitário, por exemplo, mas, na prática, deixar-se levar por uma associação não sentida entre mulher e ambiente doméstico, com consequências que vão da desproporção entre homens e mulheres no mercado de trabalho à violência de gênero.

Evidência clara das dificuldades trazidas por vieses cognitivos implícitos vem do *Implicit Project*, pesquisa conjunta das Universidades de Harvard, Washington e Virginia com aproximadamente sete milhões de testes via internet (é o maior repositório de dados sobre vieses cognitivos do mundo). A maioria dos participantes demonstrou atitudes subscientes de favorecimento em relação a determinados grupos sociais, quais sejam: jovens, brancos, fisicamente capazes, magros e heterossexuais.¹⁰

Pesquisas apontam que vieses cognitivos implícitos podem ser os responsáveis por muitas das disparidades étnicas da sociedade norte-americana. Rachlinski e colaboradores testaram a influência dos vieses ligados a cor e etnia no Poder Judiciário dos Estados Unidos. Cento e trinta e três juízes, selecionados de diferentes circunscrições, foram submetidos ao teste, que chegou a conclusões da seguinte ordem: (1) juízes, assim como os demais integrantes da sociedade, possuem vieses cognitivos implícitos ligados a cor e etnia; (2) esses vieses podem afetar a decisão nas ações judiciais, principalmente quando há desatenção quanto a essa influência; (3) quando os juízes estão atentos à possibilidade de influência dos vieses cognitivos em suas decisões, e os monitoram efetivamente, conseguem escapar dos estereótipos danosos.¹¹

A ciência da cognição social implícita, locus da teoria dos vieses cognitivos implícitos, examina processos mentais que operam fora da consciência e do controle volitivo. Diversas pesquisas demonstram que os sentimentos, os pensamentos, as percepções, as ações, as decisões e os comportamentos humanos são influenciados por fatores extrínsecos à consciência e à vontade. O pensamento racional requer energia, deliberação, reflexão, regra, vagareza, controle e habilidade cognitiva; o irracional trabalha com contexto, associação, automação, velocidade.¹²

9 STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/implicit-bias/>>. Acesso em: 17 de outubro de 2016.

10 KANG, Jerry; LANE, Kristin. *Seeing Through Colorblindness: Implicit Bias and the Law*. UCLA Law Review, v. 58, 2010, p. 465.

11 RACHLINSKI, Jeffrey J.; JOHNSON, Sheri Lynn; WISTRICH, Andrew J.; GUTHRIE, Chris. *Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges?* Notre Dame Law Review, v. 84, n. 3, 2009, p. 1205 e ss.

12 NANCE, Jason P. *Student Surveillance, Racial Inequalities, and Implicit Racial Bias*. 66 Emory Law Journal, 2016, p. 59 e ss.

Por conta disso, Susteain e Jolls afirmam que, na formulação e interpretação de regras legais, legisladores e cortes judiciais deveriam prestar atenção às melhores evidências disponíveis sobre o comportamento real das pessoas, método chamado de realismo comportamental (*behavioral realism*). Pode-se, dessa maneira, mitigar vieses cognitivos mediante estratégias legais, tais como o incentivo à diversidade, a proibição de ambientes hostis e estereotipados, a implementação de ações afirmativas, entre outros.¹³

Realismo comportamental é uma vertente acadêmica desenvolvida por cientistas do direito e da psicologia. A escola do realismo comportamental procura “naturalizar” o Direito por tornar a lei mais consentânea com os entendimentos modernos sobre o comportamento humano e o processo decisório. É dirigida pelas novas descobertas sobre a mente humana. Quando um novo consenso científico é formado, os realistas comportamentais o comparam com a finalidade da lei. Se a diferença entre os dois for suficientemente grande, eles procuram modificar a norma ou forçar uma explicação sobre a impossibilidade de fazê-lo.¹⁴

Procura-se demonstrar a importância de introduzir o tema no direito brasileiro e, principalmente, no âmbito das discussões acerca do papel e do *modus operandi* do Ministério Público, instituição-chave na luta pela equalização dos direitos individuais e sociais. Os perigos da desatenção sobre os vieses cognitivos implícitos são bem documentados na atividade juspersecutória dos Estados Unidos. A primeira decisão tomada por promotores de Justiça norte-americanos em procedimentos criminais é sobre a necessidade e oportunidade da denúncia, e alguns estudos empíricos demonstram que:

- a. eles são mais inclinados a denunciar suspeitos negros do que brancos;¹⁵
- b. não raro viciam suas teses sobre a culpabilidade do réu por selecionar provas confirmatórias (viés da confirmação), subvalorizar provas denegatórias (viés do processamento seletivo de informações), perseverar em tese contraditória (viés da perseverança) e ajustar crenças a comportamentos errôneos (viés da evitação de dissonância cognitiva).¹⁶

No próximo tópico serão trabalhados os vieses cognitivos implícitos mais comuns à atividade do Ministério Público, com base na experiência e nos estudos norte-americanos.

3. A ATIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SEUS PERIGOS IMPLÍCITOS

13 SUSTEAIN, Cass R.; JOLLS, Christine. *The Law of Implicit Bias*. California Law Review, no prelo, p. 972 e ss.

14 KANG, Jerry. *Implicit Bias and the Pushback from the Left*. St. Louis University Law Journal, v. 54, 2010, p. 1139.

15 SMITH, Robert J.; LEVINSON, Justin D. *The Impact of Implicit Racial Bias on the Exercise of Prosecutorial Discretion*. Seattle University Law Review, v. 35, n. 795, 2012, p. 806.

16 BURKE, Alafair S. *Improving Prosecutorial Decision Making: Some Lessons of Cognitive Science*. William&Mary Law Review, 2006, passim.

3.1. Vieses cognitivos ligados à cor. Ou: de como a luz pode ofuscar

Nos Estados Unidos, os promotores de Justiça possuem larga discricionariedade quanto ao poderes de denunciar e de barganhar. Por essa razão, existe grande preocupação dos juristas – e, agora, também dos governos – com o processo de tomada de decisão desses atores.

Segundo Smith, os promotores de Justiça rotineiramente exercitam a sua discricionariedade sem atentar a vieses cognitivos implícitos ligados a cor e etnia. Há, por exemplo, uma maior propensão em perseguir a pena capital (existente em alguns estados norte-americanos) quando a *vítima* é branca.¹⁷

A associação entre pena de morte e pessoa negra é também estudada por Levinson. Para o autor, a história demonstra que, se existe um tema central na discussão sobre pena capital, é a cor da pele. Esse tipo de sentença foi utilizada nos Estados Unidos para, e de modo explícito, oprimir minorias étnicas, especialmente negros. Um dos instrumentos de opressão era a definição desigual de crimes com base na cor da pele; outro, o reforço da hierarquia racial por meio da execução da pena. No primeiro caso, os próprios códigos penais da era colonial listavam crimes específicos de negros. No segundo, a execução das penas era manifestamente dolorosa e degradante. Assim, a história da sentença de morte, que por séculos foi utilizada para controle racial, continua a influenciar o imaginário das pessoas. Pena capital e negro, uma associação implícita perversa, que serve, por exemplo, de gatilho inconsciente aos jurados: “se a pena indicada é de morte, então o réu deve ser negro”, caso julgado!¹⁸

À mesma conclusão chegou Pedersen, para quem o direito penal tem de confrontar a questão de como réus negros e brancos são tratados nas cortes judiciais. Nos Estados Unidos, matar uma pessoa branca é mais preditivo de pena de morte do que matar um negro. Somente a cor da pele poderia explicar a desigualdade de punição imposta a réus. Negros que matam brancos mais provavelmente recebem pena capital do que brancos que matam negros.¹⁹

Uma preferência implícita por testemunhas de determinada cor também é evidente. Onde existe uma inclinação por brancos, a testemunha dessa cor é mais confiável do que a negra. De outro lado, nota-se que esse viés cognitivo determina a velocidade de percepção da raiva na face de um indivíduo: percebe-se mais expressão de raiva no negro do que no branco. Em conjunto, esses dois fatores levam a uma conclusão sombria: dá-se o benefício da dúvida mais ao indivíduo branco do que ao negro.²⁰

17 SMITH, Robert J.; LEVINSON, Justin D.; ROBINSON, Zoe. *Bias in the Shadows of Criminal Law: The Problem of Implicit White Favoritism*. Alabama Law Review, v. 66, 2015, p. 50-51.

18 LEVINSON, Justin D. *Race, Death, and the Complicitous Mind*. DePaul Law Review, v. 58, 2009, p. 626-627.

19 PEDERSEN, Natalie Bucciarelli. *A Legal Framework for Uncovering Implicit Bias*. University of Cincinnati Law Review, no prelo, p. 108 e ss.

20 ARMSTRONG, Andrea C. *Race, Prison Discipline, and the Law*. 5 U.C. Irvine L. Rev. 759, 2015, p. 767 e ss.

Mas o favorecimento implícito não começa nem termina com promotores de Justiça. Defensores públicos, por exemplo, podem modificar a qualidade de sua representação de acordo com a cor da pele do cliente.²¹ Ademais, são diversos os estudos na literatura norte-americana sobre vieses cognitivos implícitos ligados à atividade jurisdicional.

Nada obstante, Pope relata que há uma quantidade considerável de pesquisas sobre os diferentes antídotos contra esses vieses. Defesas importantes seriam: o monitoramento ostensivo da acurácia da decisão tomada; a proximidade física em relação a indivíduos do outro grupo; a educação multicultural; a exposição a situações que contradizem o viés, entre outros.²²

3.2. Vieses cognitivos ligados à confirmação: visão de túnel, perseverança e outros fenômenos indesejáveis

O processo decisório dos operadores da lei nos Estados Unidos vem sendo escrutinado por quase trinta anos, e um dos focos de atenção é a figura do promotor de Justiça. A doutrina coloca o problema da seguinte maneira: os promotores norte-americanos são incentivados a atingir altas taxas de condenação, o que obscureceria o valor da Justiça no caso concreto. Do ponto de vista da racionalidade, a abordagem dos estudiosos é esta: o agente escolhe infringir regras legais e éticas (custo) desde que maximize o seu índice de condenações (benefício). E a solução seria desequilibrar a balança para o peso do custo: regras éticas mais duras, penalidades mais altas, incentivos profissionais e financeiros a fatores outros que não as taxas de condenação.

Este artigo, contudo, investiga o papel do subconsciente, da irracionalidade, enfim, dos vieses cognitivos implícitos na atividade do Ministério Público. A questão passa a ser modelada da seguinte forma: vieses implícitos afetam a tomada de decisão do indivíduo, e os promotores de Justiça não estão livres do problema. Desse ponto de vista, a abordagem é esta: o agente às vezes falha em tomar decisões escorregadas não porque desvaloriza a Justiça ou a Ética, mas porque é um agente parcialmente irracional.

Burke elenca quatro tipos de vieses cognitivos não ligados a cor e etnia, mas que afetam o processo decisório dos promotores norte-americanos:²³

21 SMITH, Robert J.; LEVINSON, Justin D.; ROBINSON, Zoe. *Bias in the Shadows of Criminal Law: The Problem of Implicit White Favoritism*. Alabama Law Review, v. 66, 2015, p. 50-51.

22 POPE, Devin G; PRICE, Joseph; WOLFERS, Justin. *Awareness Reduces Racial Bias*. IZA Discussion Paper No. 7945, p. 2 e ss. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2396440>>. Acesso em: 20 de outubro de 2016.

23 BURKE, Alafair S. *Improving Prosecutorial Decision Making: Some Lessons of Cognitive Science*. William & Mary Law Review, v. 47, p. 8 e ss.

3.2.1. Viés da confirmação

Segundo o viés da confirmação, ao testar a validade de hipóteses, as pessoas tendem a escolher informações que as confirmem, em detrimento das informações denegatórias.

Em determinado estudo, foi pedido a indivíduos que selecionassem perguntas pré-formuladas para entrevistar determinada pessoa. Metade dos indivíduos foram instruídos a testar se o sujeito era extrovertido; a outra metade, se era introvertido. Os resultados demonstraram um forte viés de confirmação. Os indivíduos selecionaram perguntas que apenas poderiam provar, e nunca descartar, as respectivas hipóteses. Os que testavam se o sujeito era extrovertido escolhiam questões como “O que você faria para animar uma festa?”, enquanto os que testavam se o sujeito era introvertido selecionavam perguntas como “O que há sobre grupos grandes que faz você se sentir desconfortável”?

Na atividade do Ministério Público, o viés da confirmação sugere uma tendência a escolher informações condenatórias quando esta for a inclinação do agente (fenômeno da visão de túnel). Se a investigação estiver em andamento, o viés pode induzir a um tudo ou nada: ou a prova reforça a culpa do investigado ou não tem valor. “[...] *a leading cause of error is ‘tunnel vision’, in which investigators and prosecutors hone their sights early on one suspect, and then search for evidence inculcating him, [...]*”²⁴.

3.2.2. Viés do processamento seletivo de informações

De acordo com o viés do processamento seletivo de informações, ainda quando apresentadas expressamente as informações denegatórias, estas tendem a ser subvalorizadas²⁵.

Uma pesquisa com dois grupos de pessoas, um a favor e outro contra a pena de morte, ambos selecionados para ler dois artigos, cada um defendendo um dos pontos de vista, demonstrou que o grupo a favor da pena sobrevalorizou o artigo favorável e desvalorizou o contrário, utilizando argumento de superioridade empírica do primeiro, mesmo que ambos os trabalhos tenham utilizado exatamente o mesmo método. O grupo contrário à pena de morte expressou o mesmo padrão, de maneira reversa: sobrevalorizou o artigo contrário e desvalorizou o artigo favorável à pena.

24 Em tradução livre: “uma das principais causas de erro é a visão de túnel, em que investigadores e promotores de Justiça afunilam sua visão de maneira precoce em um suspeito e, depois, procuram evidências de culpa” (BURKE, Alafair S. *Neutralizing Cognitive Bias: An Invitation to Prosecutors*. NYU Journal of Law & Liberty, no prelo).

25 Apesar disso, Burke alerta que o processamento seletivo de informações pode ser normativamente racional: quando nova informação é compatível com as já existentes, encontra-se provavelmente correta (um escrutínio mais cuidadoso consumiria recursos cognitivos desnecessariamente); ao passo que informações incompatíveis com as já existentes podem ser falaciosas, e um esforço cognitivo de análise mais profunda pode ser bem empregado. (Burke, Alafair S. *Improving Prosecutorial Decision Making: Some Lessons of Cognitive Science*. William & Mary Law Review, Vol. 47, p. 12).

Para o promotor de Justiça, o viés do processamento seletivo de informações pode atrapalhar a perfeita valoração de uma prova exculpatória. A tendência é de aceitar, sem grande esforço, novas provas que confirmem a tese original e escrutinar à exaustão a prova contrária, procurando justificativas para subvalorizá-la ou conciliá-la. *“Once the opinion of guilt is formed, selective information processing comes into play, causing the prosecutor to weigh evidence that supports her existing belief more heavily [...]”*²⁶.

3.2.3. Viés da perseverança

Segundo o viés da perseverança, ainda que confrontadas com provas não ambíguas de que as informações preliminares são falsas, as pessoas tendem a aderir à teoria pré-formada.

Em conhecido estudo, citado por Burke, foi solicitado a um grupo de pessoas que tentasse descobrir se bilhetes de suicídio eram falsos ou verdadeiros. Após, os pesquisadores deram *feedbacks* aleatórios, incutindo em algumas pessoas uma taxa de sucesso alta e, em outras, uma taxa de sucesso baixa. Confrontados, depois, com a verdade (de que os *feedbacks* haviam sido aleatórios), os indivíduos foram questionados se mantinham a sua taxa de sucesso e se previam que ela seria a mesma para o futuro.

Foi encontrado um viés de perseverança considerável: os indivíduos que haviam recebido bons *feedbacks* mantiveram-se com a ideia de boa taxa de sucesso; os que haviam recebidos *feedbacks* ruins continuaram com a tese da pequena taxa de sucesso, tanto em relação à pesquisa realizada quanto à previsão de eventuais outras.

Na atividade do Ministério Público, o viés da perseverança dificultaria uma manifestação justa em caso de revisão criminal (tendência a se manter com a teoria original). O promotor de Justiça pode enxergar a condenação como evidência confirmatória da acurácia de sua tese inicial. A crença se fortalece e pode atrapalhar a análise de provas posteriores da inocência do condenado, até mesmo um teste de DNA. Para Burke, isso ocorre porque *“a prosecutor who is surrounded in her daily routine only by crime victims, police officers, and other prosecutors might develop a deepened ‘presumption of guilt’ that can contribute to cognitive bias”*²⁷.

3.2.4. Viés da evitação de dissonância cognitiva

26 Em tradução livre: “Uma vez formada a tese da culpa, o processamento seletivo de informação entra em cena, fazendo com que o promotor de Justiça sobrevalorize as provas confirmatórias de sua teoria” (BURKE, Alafair S. *Neutralizing Cognitive Bias: An Invitation to Prosecutors*. NYU Journal of Law & Liberty, no prelo).

27 Em tradução livre: “um promotor de Justiça que é rodeado no dia-a-dia apenas por vítimas de crimes, policiais e outros promotores corre o risco de desenvolver uma profunda ‘presunção de culpa’, a qual pode contribuir para o viés cognitivo” (BURKE, Alafair S. *Neutralizing Cognitive Bias: An Invitation to Prosecutors*. NYU Journal of Law & Liberty, no prelo).

Por fim, de acordo com o viés da evitação de dissonância cognitiva, as pessoas tendem a ajustar as suas crenças na direção de seus comportamentos, evitando dissonância entre valores (internos) e condutas (externas).

Uma pesquisa foi realizada com dois grupos de pessoas: ambos deveriam enganar um terceiro grupo, afirmando falsamente que uma determinada atividade, longa e cansativa, era muito interessante. O primeiro grupo tinha de fazê-lo por um dólar; o segundo, por vinte dólares. Em uma comparação entre os dois grupos, o primeiro julgou a tarefa (mentir para um terceiro grupo) mais interessante do que o segundo. Os pesquisadores concluíram que os indivíduos do primeiro grupo ajustaram os seus valores para reconciliá-los com seu comportamento, mitigando o conflito entre a sua autopercepção positiva e o engodo que praticaram.

Na atividade do Ministério Público, o viés da evitação de dissonância cognitiva pode dificultar o pedido de absolvição pelo promotor de Justiça. A denúncia seria comportamento dissonante em relação à convicção absoluta. A ação penal contra uma pessoa inocente é incompatível com o senso ético do promotor de Justiça e, para evitar dissonância cognitiva, ele pode se prender à tese da culpa, mantendo a sua autopercepção justa e a integridade profissional. “[...] *for an ethical prosecutor, the avoidance of cognitive dissonance can be a powerful motivation to adhere to guilt beliefs, lest she admit to herself the difficult truth that she may have charged [...] an innocent person*”²⁸.

Todos esses vieses cognitivos, contudo, possuem o seu antídoto, um processo de sobreposição da consciência em relação à irracionalidade. O objetivo do próximo capítulo é elencar a munição do membro do Ministério Público contra os perigos implícitos impostos pela estrutura evolutiva da mente. Em paralelo, procura-se apresentar às corregedorias novos elementos para uma pesquisa direcionada, que leve em consideração os casos concretos de cada localidade, e a construção de um programa de orientação funcional sobre vieses cognitivos implícitos na atividade ministerial.

4. ELEMENTOS DE UM PROGRAMA DE ORIENTAÇÃO FUNCIONAL PARA MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O objetivo desta pesquisa é um: aperfeiçoar a atividade do Ministério Público. Inevitável, portanto, apontar as lacunas e os prováveis erros. Os capítulos anteriores traçaram quadro um tanto sombrio a respeito de práticas e resultados, mas visaram tão somente à exposição de um problema, intrínseco ao homem e, por conseguinte, aos operadores da lei.

Apontam-se, a partir de agora, as oportunidades de melhoria. Serão elas tanto mais eficazes quanto consigam induzir as unidades, principalmente as

²⁸ Em tradução livre: “para um promotor de Justiça ético, a evitação de dissonância cognitiva pode ser uma motivação poderosa para aderir à crença na culpa do acusado, a não ser que ele admita para si mesmo a dura verdade de que pode ter denunciado uma pessoa inocente” (BURKE, Alafair S. *Neutralizing Cognitive Bias: An Invitation to Prosecutors*. NYU Journal of Law & Liberty, no prelo).

corregedorias, à reflexão, à pesquisa *in loco* e à produção de programas de orientação funcional voltados à proteção contra vieses cognitivos implícitos.

De tempos em tempos, o Ministério Público brasileiro sofre críticas de outras instituições e de setores da sociedade em razão de seu “crescente poder”, sua “alta discricionariedade”, sua “falta de controle”. E vêm as tentativas de restrição das atribuições, limitação da autonomia funcional e endurecimento do controle disciplinar. As ideias parecem encarceradas em uma lógica, a do combate aos abusos apenas com o recrudescimento da punição.

Essa discussão não é nova aqui nem nos Estados Unidos. Também no país norte-americano se debateu à exaustão os limites do Ministério Público; mas, de alguma maneira, conseguiu-se expandir o raciocínio e observar um ângulo completamente novo, o das dificuldades funcionais do promotor de Justiça ético, particularmente, o cometimento de injustiças e/ou faltas disciplinares em razão de uma decisão viciada por processos naturais da mente.

Em 27 de junho de 2016, o Departamento de Justiça do Governo Federal dos Estados Unidos anunciou um amplo programa de treinamento para agentes do FBI (*Federal Bureau of Investigation*), do DEA (*Drug Enforcement Administration*), do *US Marshals Service* e do Ministério Público (*prosecutors*), entre outros, sobre as influências dos vieses cognitivos implícitos e os mecanismos de proteção contra eles. Para a vice-procuradora-geral da República Sally Yates,

*Given that the research is clear that most people experience some degree of unconscious bias, and that the effects of that bias can be countered by acknowledging its existence and utilizing response strategies, it is essential that we provide implicit bias training to all of our prosecutors and law enforcement agents.*²⁹

Em geral, esses programas de treinamento são voltados ao que pesquisadores chamam de “*mindfulness*”, algo como “atenção plena” ou “consciência plena”. Em obra magistral sobre o tema, Konnikova analisa as nuances psicológicas dos personagens de Arthur Conan Doyle e, ao mesmo tempo, vai estabelecendo a importância de controlar as informações que aportam ao cérebro e a maneira de processamento para a tomada de decisão³⁰.

Mas quem melhor ofereceu subsídios a um programa direcionado aos operadores da lei e, em particular, ao Ministério Público foi a professora de Hofstra, Alafair Burke. A seguir, serão demonstradas algumas de suas

29 Em tradução livre: “em razão de as pesquisas mais recentes em ciência cognitiva demonstrarem que as pessoas possuem algum grau de viés cognitivo implícito e que os efeitos maléficos desses vieses podem desaparecer pelo conhecimento de sua existência e pela utilização de algumas estratégias, é essencial a promoção de treinamentos a todos os promotores de Justiça e agentes da polícia”. Disponível em: <justice.gov/opa/pr/department-justice-announces-new-department-wide-implicit-bias-training-personnel>. Acesso em: 21 de outubro de 2016.

30 KONNIKOVA, Maria. *Mastermind: How to Think Like Sherlock Holmes*. Penguin Books, 2013.

conclusões em conjunto com o que preceitua o *National Center for State Courts*, órgão auxiliar na administração de cortes judiciais norte-americanas:³¹

Em primeiro lugar, a metacognição (pensar em pensar) e a consciência plena: é importante descrever os vieses cognitivos para os agentes da lei. Isto, só por si, já é capaz de reduzir a incidência de erros por jogar luz (consciência) nos pontos de irracionalidade. Konnikova brinca que Sherlock Holmes, diferentemente de Watson, “*has made that active process the brain’s default setting*”³² (tornou a consciência plena o seu modo padrão de pensar). No mínimo, o agente vai engatilhar um processo de raciocínio antes de *pular* para o julgamento.

Dois, a estruturação do ambiente de trabalho: o espaço pode estimular ou desestimular o comportamento estereotipado. Por isso a importância de levantamentos e pesquisas *in loco*, inclusive no ensino de correições e inspeções. A inclusão de um especialista nas equipes de correição pode trazer benefícios tanto em termos de diagnóstico geral da situação das promotorias e escritórios quanto para a posterior construção de um programa de reformas.

Em terceiro, o planejamento de projetos e processos: sejam eles de caráter administrativo ou finalístico (uma ação penal, por exemplo), o planejamento é importante para reduzir o aparecimento de urgências. Decisões complexas, de alto risco ou irreversíveis devem ter o seu tempo de maturação. É bem lembrar: a decisão rápida é geralmente associativa, o que pode carregar vieses subscientes danosos.

Em quarto lugar, e associado ao anterior, o fluxo decisório: a decisão exige um fluxo, um esforço. É importante manter o pensamento ativo durante todo o processo, a fim de minimizar a tendência de decidir conforme a intuição ou as experiências passadas. Alguns instrumentos para tanto são: tomar nota de fatos importantes (não se pode confiar cegamente na memória); e articular a tomada de decisão, escrevendo os fundamentos, por exemplo.

Cinco, a rotina de revisão: deve-se estabelecer uma rotina de revisão, de *checklists* e de contra-argumentação. O membro do Ministério Público pode desenvolver esse tipo de neutralização de duas maneiras: estabelecer, ele próprio, contra-argumentos para a sua tese original; e utilizar fluxos internos de revisão (trabalho em equipe). Evidências empíricas sugerem que vieses cognitivos implícitos podem ser mitigados quando as pessoas se forçam a articular argumentos que contradizem a sua crença original. Deve-se antecipar os fundamentos e o valor das provas para a defesa. Quanto aos fluxos de revisão, é importante permitir ao revisor analisar a situação a partir de sua própria ótica,

31 BURKE, Alafair S. *Neutralizing Cognitive Bias: An Invitation to Prosecutors*. NYU Journal of Law & Liberty, no prelo.; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. NATIONAL CENTER FOR STATE COURTS. *Addressing Implicit Bias in the Courts*. Disponível em: <<http://www.ncsc.org/ibeducation>>. Acesso em: 18 de outubro de 2016.; Burke, Alafair S. *Improving Prosecutorial Decision Making: Some Lessons of Cognitive Science*. William & Mary Law Review, v. 47.

32 KONNIKOVA, Maria. *Mastermind: How to Think Like Sherlock Holmes*. Penguin Books, 2013, p. 55.

sem explicações e opiniões prévias. Mesmo o debate informal com colegas pode neutralizar os vieses.

Seis, a precocidade no contato com os elementos de informação: o contato precoce do membro com todas as provas relevantes, afirmativas e negatórias, deve ser incentivado, já que o pico de neutralidade desse agente acontece antes da convicção pela culpa do investigado. Por isso, quanto mais cedo a entrada na investigação, melhor. Isso evita, inclusive, a influência de vieses cognitivos dos agentes policiais nos membros do Ministério Público. A linha de raciocínio da polícia pode sofrer do viés da confirmação, quando sequer é feito registro de indícios da inocência do suspeito. Ao agente ministerial consciente desses perigos cabe redirecionar a investigação ou realizar a sua própria, considerando todos os elementos de convicção.

Em sétimo lugar, o reforço da integridade profissional: o incentivo à participação de membros do Ministério Público em grupos que reforcem a sua integridade profissional pode mitigar o viés da evitação de dissonância cognitiva. Esse viés tem ligação com a proteção da integridade do agente. A ele é naturalmente difícil reconhecer um erro, que pode ser a incompatibilidade entre a atitude de denunciar e a convicção posterior pela inocência do acusado. Reforços alternativos de integridade profissional podem ajudá-lo a lidar mais facilmente com essas situações.

Um exemplo deste último aspecto vem sendo prototipado pela Corregedoria Nacional do Ministério Público, que iniciou uma série de encontros entre membros e corregedores, além de congressos, seminários e a própria abertura de espaço para discussão de questões disciplinares dentro da Revista Acadêmica da Corregedoria. Ao unir-se em grupo com o órgão de controle ético-disciplinar do Ministério Público, o membro tem reforçado o seu senso de integridade profissional e pode lidar com alguns erros, como a denúncia de pessoa inocente, de uma maneira mais consciente.

É importante lembrar que esses são apenas alguns elementos para um programa de orientação funcional de membros do Ministério Público. O campo de estudo nesse tema está aberto. Uma rápida pesquisa retorna lista quase interminável de vieses cognitivos, cada qual com uma ou mais maneiras de se trabalhar: efeitos de ambiguidade, ancoragem ou focalismo, heurística de disponibilidade, efeito adesão, ilusão de agrupamentos, falácia de conjunção, efeito contraste, vácuo da empatia, efeito Barnum etc.

Espera-se, com este brevíssimo artigo, chamar a atenção da comunidade jurídica para o tema e induzir práticas de contra-ataque, mediante atitudes particulares (autoconsciência e estratégias individuais) e institucionais (programas de reforma organizacional e de treinamento). Aqui, as corregedorias devem ser protagonistas, pois estão em posição privilegiada para fazer os estudos e levantamentos necessários e implementar capacitações e políticas de reforço de integridade profissional.

5. CONCLUSÕES

“A máquina do mundo é complexa demais para a simplicidade dos homens”, Borges, *Inferno*, I, 32.³³

Mas os homens estão condenados a viver na máquina do mundo; e, por isso, simplificam inconsciente e artificialmente as informações disponíveis. Criam associações não sentidas e expectativas lógicas de conjunção entre itens. É assim com o policial, o juiz, o advogado, o membro do Ministério Público.

Este trabalho buscou demonstrar a existência de vieses cognitivos implícitos, tais como os ligados a cor e etnia, à confirmação, ao processamento seletivo de informações, à perseverança e à evitação de dissonância cognitiva. Procurou também apontar algumas estratégias de mitigação desses vieses, baseadas no conceito de consciência plena.

Em suma, foram apresentados cinco exemplos de vieses cognitivos implícitos:

- (a) Influência da cor da pele: foram descritas pesquisas indicando o direcionamento de investigações e penas mais duras à comunidade negra norte-americana.
- (b) Viés da confirmação: ao testar a validade de hipóteses, as pessoas tendem a escolher informações que as confirmem, em detrimento das informações denegatórias.
- (c) Viés do processamento seletivo de informações: ainda quando apresentadas expressamente as informações denegatórias, estas tendem a ser subvalorizadas.
- (d) Viés da perseverança: ainda que confrontadas com provas não ambíguas de que as informações preliminares são falsas, as pessoas tendem a aderir à teoria pré-formada.
- (e) Viés da evitação de dissonância cognitiva: as pessoas tendem a ajustar as suas crenças na direção de seus comportamentos, evitando dissonância entre valores (internos) e condutas (externas).

As situações em que esses vieses podem afetar o trabalho do membro do Ministério Público também foram elencadas: além da influência da cor da pele na investigação, na denúncia e no processo; o viés da confirmação sugere uma tendência a escolher informações condenatórias, se esta for a inclinação do agente (fenômeno da visão de túnel); o viés do processamento seletivo de informações pode atrapalhar a perfeita valoração de uma prova exculpatória; o viés da perseverança dificultaria uma manifestação justa em caso de revisão criminal (tendência a se manter com a teoria original); e o viés da evitação de

33 BORGES, Jorge Luis. *O fazedor*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 52.

dissonância cognitiva pode complicar o pedido de absolvição pelo membro (a denúncia seria comportamento dissonante em relação à convicção absolutória).

Como estratégias de neutralização, foram apontadas: a metacognição e a consciência plena; a reestruturação do ambiente de trabalho do membro do Ministério Público; a necessidade de planejamento de processos, projetos e de um fluxo decisório; a criação de uma rotina de revisão; o incentivo à precocidade no contato com as provas; e a instituição de espaços de reforço da integridade profissional do membro.

Bons exemplos não devem faltar nas unidades do Ministério Público. O desafio agora é olhar para eles com outra lente, de modo a perceber o seu valor para a mitigação de vieses cognitivos implícitos.

REFERÊNCIAS

ARMSTRONG, Andrea C. *Race, Prison Discipline, and the Law*. 5 U.C. Irvine L. Rev. 759, 2015.

BORGES, Jorge Luis. *O Aleph*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

_____. *O fazedor*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

BURKE, Alafair S. *Improving Prosecutorial Decision Making: Some Lessons of Cognitive Science*. William&Mary Law Review, 2006.

_____. *Neutralizing Cognitive Bias: An Invitation to Prosecutors*. NYU Journal of Law & Liberty, no prelo.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA. Disponível em: <justice.gov/opa/pr/department-justice-announces-new-department-wide-implicit-bias-training-personnel>.

_____. NATIONAL CENTER FOR STATE COURTS. *Addressing Implicit Bias in the Courts*. Disponível em: <<http://www.ncsc.org/ibeducation>>.

IRWIN, John F.; REAL, Daniel L. *Unconscious Influences on Judicial Decision-Making: The Illusion of Objectivity*. McGeorge Law Review, v. 43, 2010.

KANG, Jerry. *Implicit Bias and the Pushback from the Left*. St. Louis University Law Journal, v. 54, 2010.

_____; LANE, Kristin. *Seeing Through Colorblindness: Implicit Bias and the Law*. UCLA Law Review, v. 58, 2010.

KONNIKOVA, Maria. *Mastermind: How to Think Like Sherlock Holmes*. Penguin Books, 2013.

LEVINSON, Justin D. *Race, Death, and the Complicitous Mind*. DePaul Law Review, v. 58, 2009.

NANCE, Jason P. *Student Surveillance, Racial Inequalities, and Implicit Racial Bias*. 66 Emory Law Journal, 2016.

PEDERSEN, Natalie Bucciarelli. *A Legal Framework for Uncovering Implicit Bias*. University of Cincinnati Law Review, no prelo.

POPE, Devin G; PRICE, Joseph; WOLFERS, Justin. *Awareness Reduces Racial Bias*. IZA Discussion Paper No. 7945. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2396440>>.

RACHLINSKI, Jeffrey J.; JOHNSON, Sheri Lynn; WISTRICH, Andrew J.; GUTHRIE, Chris. *Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges?* Notre Dame Law Review, v. 84, n. 3, 2009.

RICHARDSON, L. Song; GOFF, Phillip Atiba. *Implicit Racial Bias in Public Defender Triage*. Yale Law Journal, v. 122, 2013.

SMITH, Robert J.; LEVINSON, Justin D. *The Impact of Implicit Racial Bias on the Exercise of Prosecutorial Discretion*. Seattle University Law Review, v. 35, n. 795, 2012.

_____; _____. ROBINSON, Zoe. *Bias in the Shadows of Criminal Law: The Problem of Implicit White Favoritism*. Alabama Law Review, v. 66, 2015.

STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/implicit-bias/>>.

SUSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine. *The Law of Implicit Bias*. California Law Review, no prelo.