

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI FORTALEZA - CE**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E  
CONSTITUIÇÃO I**

**LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO**

**VANESSA CHIARI GONÇALVES**

**JORGE BHERON ROCHA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

**Diretor Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

**Representante Discente:** Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

**Comunicação:**

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

**Eventos:**

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Jorge Bheron Rocha; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Vanessa Chiari Gonçalves. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-858-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# **XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE**

## **DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I**

---

### **Apresentação**

O Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I teve seus trabalhos apresentados na tarde do dia 16 de novembro de 2023, durante XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, realizado na cidade de Fortaleza-CE, no Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS, entre os dias 15 e 17 de novembro de 2023, com o tema ACESSO À JUSTIÇA, SOLUÇÕES DE LITÍGIOS E DESENVOLVIMENTO.

As apresentações foram realizadas em um único bloco de exposições, havendo, pelos(as) autores(as) presentes, a apresentação dos respectivos artigos aprovados em sequência. Após o término das exposições foi aberto espaço para a realização do debate dividindo-se os artigos por temática a fim de que todos os trabalhos cujos(as) autores(as) estavam presentes fossem contemplados.

Segue abaixo a descrição dos artigos apresentados, ressaltando-se que não fazem parte dos Anais do evento aqueles artigos direcionados diretamente à Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, do CONPEDI, em função de sua seleção especial para publicação na mesma.

O artigo intitulado “A (IN) VIABILIDADE JURÍDICA DAS APOSTAS DESPORTIVAS NO BRASIL”, de autoria de Henrique Barros Ferreira e Hermann Richard Beinroth da Silva, trata do crescimento das Apostas Desportivas no Brasil, percorrendo, inicialmente, a análise histórica e cultural dos jogos de loteria até a promulgação da Constituição de 1988. O ponto principal do estudo é a avaliação da mudança de paradigma no esporte, com a consolidação de novas plataformas digitais. O enfoque fixa-se no Poder Legislativo, que ainda não conseguiu regulamentar ou regularizar o sistema de funcionamento das Casas de Apostas, que cada vez mais têm crescido no país. Pela omissão legislativa do Poder Público, que ainda discute a legalidade do tema no Congresso Nacional, é possível destacar que o modus operandi das Casas de Apostas ainda é visto como uma incógnita. Diante da indeterminação normativa ocorreram severas denúncias do MPGO sobre fraudes no futebol brasileiro. Com as denúncias já oferecidas, iniciou-se uma operação em nível nacional, denominada de Operação Penalidade Máxima, que envolve apostadores e jogadores profissionais, que podem sofrer condenações cumuladas, no âmbito penal e desportivo.

O artigo “A APLICAÇÃO DO TEMA 660 DO STF E A IMPORTAÇÃO ACRÍTICA DO PROCESSO CIVIL AO PROCESSO PENAL”, de autoria de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Carolina Rebouças Peixoto, trata do Tema de Repercussão Geral n. 660 do Supremo Tribunal Federal, verificando a sua aplicabilidade em processos penais. Para isso, realiza pesquisa bibliográfica acerca do referido instituto na doutrina processual civil, confrontando-a com a doutrina processual penal sobre os recursos extraordinários e sobre a principiologia. Além disso, realiza um estudo de caso sobre o julgamento que deu origem à aprovação do Tema 660 do STF e as discussões nele travadas. Por fim, apresenta uma pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com base em 16 (dezesesseis) decisões colegiadas (que mantiveram decisões monocráticas) de negativa de seguimento de Recursos Extraordinários. A pesquisa demonstrou que os tribunais aplicam o Tema 660 do STF indistintamente, sem verificar a existência de violação reflexa ou direta ao dispositivo constitucional. Ao final, constatou que o Tema 660 do STF, por ter sido aprovado no bojo de um processo cível, sob a égide de princípios também de direito civil, é de difícil aplicabilidade no âmbito criminal.

O artigo “A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E O APROVEITAMENTO DA PROVA NA RUPTURA DE ACORDOS”, de autoria de Gabriel Gomes Babler, trata do Acordo de Não Persecução Penal que é o mais recente instituto de direito penal negocial previsto na legislação brasileira, trazido pela Lei 13.964/2019 que incluiu o Art 28-A ao Código de Processo Penal. O ANPP possibilita uma negociação direta entre acusação e acusado com o objetivo de evitar o processo penal, mas dentre suas condições exige a confissão do acusado, o que gera dúvidas sobre a natureza dessa confissão e sobre se ela poderia ser aproveitada como prova em um eventual processo penal. O estudo analisa a possibilidade ou a impossibilidade de a confissão realizada para a formalização do acordo não persecutório ser utilizada como prova no processo penal em caso de rescisão do acordo. Para tanto, utiliza a revisão de literatura, por meio do estudo bibliográfico, que revisou doutrina, legislação e jurisprudência sobre o tema por meio do método dedutivo. Ao final a pesquisa concluiu que a confissão realizada para a formalização do ANPP não pode ser utilizada como prova no processo penal, bem como a implementação do juiz de garantias e a exclusão física dos autos de inquérito se mostram essenciais para evitar a violação de garantias fundamentais.

O artigo “A PRODUÇÃO E ANÁLISE PROBATÓRIA NO ÂMBITO DO CRIMINAL COMPLIANCE”, de autoria de Rodrigo Ribeiro De Vasconcelos e Filipe Brayan Lima Correia, trata da produção de provas (lato sensu) no âmbito do criminal compliance, especialmente no que concerne à legalidade e validade, e de como deve se dar a análise probatória pelo compliance officer, em cotejo com as atribuições das polícias judiciárias, órgãos estatais que têm como atribuição primária investigar. A pesquisa constatou que o

ordenamento jurídico brasileiro carece de normas para regular tais atividades, que são essenciais para garantir o regular funcionamento das empresas, notadamente as de maior porte, por prevenir e reprimir a prática de ilícitos criminais. A pesquisa enfatiza o direito brasileiro, mas pode ser útil a sistemas jurídicos de outros países na medida em que propõe ideias inovadoras com base em experiências práticas e na doutrina especializada. Utiliza-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sendo de natureza qualitativa, com finalidade descritiva, exploratória e propositiva.

O artigo “ANÁLISE CRÍTICA À INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL EM FACE DA NEUROCIÊNCIA”, de autoria de Rodrigo Ribeiro De Vasconcelos e Filipe Brayan Lima Correia, trata dos desafios do sistema penal brasileiro diante dos avanços científicos. Um desses desafios é a compreensão dos motivos inconscientes que influenciam as decisões humanas, muitas vezes indo além da lógica racional. A neurociência tem contribuído para revelar como esses processos mentais afetam o julgamento humano e a iniciativa probatória do juiz é questionável à luz dessas descobertas, pois a exposição do juiz a vieses cognitivos e pressões sociais pode comprometer sua imparcialidade. Assim, a necessidade de um sistema acusatório puro, mantendo a coleta de provas e a decisão judicial rigorosamente separadas, se faz necessário de forma a evitar o comprometimento cognitivo prévio do juiz, assegurando um julgamento mais justo. Incorporar abordagens neurocientíficas na reforma do processo penal é essencial para melhorar a justiça e a equidade no sistema jurídico brasileiro, garantindo decisões baseadas em critérios preponderantemente objetivos e em uma compreensão sólida dos processos mentais humanos, o que contribuiria para um sistema legal mais eficiente e justo. Utiliza-se, como metodologia, de pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

O artigo A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SUA APLICAÇÃO NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO: REFLEXÕES SOBRE DOLO EVENTUAL, RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA E O PRINCÍPIO NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS, de autoria de Yann Diego Souza Timotheo De Almeida e Warllans Wagner Xavier Souza, trata da teoria da cegueira deliberada, bem como de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Essa teoria busca responsabilizar indivíduos que deliberadamente se recusam a ver ou a saber de algo ilegal que está acontecendo ao seu redor. No entanto, a execução desse instituto tem sido criticada pela falta de clareza e pela inconsistência de sua aplicabilidade. A relevância do tema se justifica em razão de existir, muitas vezes, confusão com a teoria do dolo eventual. Pertinente, nesse cenário, a teoria da cegueira deliberada (willfull blindness doctrine), que aponta para, no mínimo, a incidência do dolo eventual, da seguinte forma: que o agente tenha tido

conhecimento da elevada probabilidade de que praticava ou participava de atividade criminal; que o agente tenha tido condições de aprofundar seu conhecimento acerca da natureza de sua atividade; e que o agente deliberadamente tenha agido de modo indiferente a esse conhecimento. Desse modo, indaga-se, como se dá a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, diante da ausência de legislação específica sobre o tema, para a responsabilização penal no crime de lavagem de dinheiro dentro do ordenamento jurídico pátrio? A pesquisa realizada por meio de uma pesquisa bibliográfica e da análise de entendimentos jurisprudenciais conclui que a importação da teoria tem sido realizada de forma precipitada.

O artigo DIREITO PENAL, DROGAS ILÍCITAS E COMÉRCIO DE LEGAL HIGHS: O FENÔMENO DAS “NOVAS SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS” EM 50 (CINQUENTA) ANOS DE WAR ON DRUGS (1971-202?), de autoria de Isaac Rodrigues Cunha, trata da política criminal de drogas. A história das civilizações tem sido marcada pelo uso, abuso e dependência de substâncias entorpecentes, sendo certo que a relação da sociedade com essas substâncias é complexa. Ainda que inicialmente tenha havido aceitação e mesmo promoção do uso de drogas, a atualidade é marcada por uma verdadeira “Guerra às Drogas”. Nesse contexto, tomando por base o que disciplina o Direito Penal brasileiro na matéria, notadamente a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, a pesquisa investiga o fenômeno das “novas substâncias psicoativas” ou “legal highs”, modalidades sintéticas de drogas produzidas com substâncias (ainda) não consideradas proscritas pelo ordenamento. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, notadamente de fontes nacionais e estrangeiras, chegou-se à conclusão de que a atual sistemática, na qual as “normas penais em branco” da Lei de Drogas só podem ser complementadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, malgrado o Projeto de Lei da Câmara n. 178/2015, não é suficiente para acompanhar o surgimento de novas drogas sintéticas, tão viciantes quanto perigosas em termos de efeitos colaterais.

O artigo intitulado DO RECONHECIMENTO DO DELITO DE ESTUPRO VIRTUAL: DA SUPER VULNERABILIZAÇÃO DA VÍTIMA E A NECESSIDADE DE TUTELA JURISDICIONAL, de autoria de Samara Scartazzini Awad, Josiane Petry Faria e Renato Duro Dias, trata da conduta praticada no ambiente virtual, que tem sido enquadrada como delito de estupro, do artigo 213, caput, do Código Penal. O estupro virtual, portanto, é caracterizado como uma conduta cujo objetivo é constranger alguém mediante uma grave ameaça para que realize um ato libidinoso, violando, assim, a liberdade sexual da vítima, um bem jurídico protegido pelo Direito Penal. A pesquisa realiza uma análise crítica da nova conduta e de seu enquadramento penal como estupro virtual, considerando o entendimento dos tribunais superiores nessa matéria, adotando o método de abordagem dedutivo. Diante

disso, chega à conclusão de que o conhecimento das modificações do Código Penal causadas pela utilização e popularização intensas da tecnologia é importante. Tal revolução tecnológica embora apresente muitas vantagens, também promove malefícios quando usada sem o devido cuidado, levando-se em conta a vulnerabilidade no ciberespaço que possibilita a prática do estupro virtual. Assim, mesmo que a legislação penal esteja gradativamente se ajustando à medida que o tempo passa, como uma forma de se adaptar às novas situações, inclusive aos novos delitos que vão surgindo, ainda há necessidade de aperfeiçoamento ou de inovações, a fim de evitar dúvidas na tipificação de certos crimes, como o estupro virtual.

O artigo EM DEFESA DA TUTELA PENAL DO AMBIENTE, de autoria de Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, trata do meio ambiente, consagrado doutrinariamente como direito humano de terceira geração e contemplado com disposições constitucionais que o elevam à condição de direito fundamental no âmbito de diversos países. Considera o meio ambiente como um bem jurídico apto a ser efetivamente tutelado pelo direito penal que, todavia, carece de modificações em sua dogmática individualista secular para a defesa de um direito que é, a um só tempo, individual e difuso. O artigo contempla, sob o raciocínio lógico-dedutivo e com pesquisa bibliográfica, a garantia do meio ambiente pelo direito penal e apresenta propostas para a melhor tutela ambiental, correspondendo elas, para além da aptidão de normas penais mais adequadas, à criação de um Tribunal Internacional competente para as demandas penais relacionadas ao meio ambiente e à assunção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Reconhece, no ambiente, uma verdadeira garantia de estirpe constitucional, não apenas difusa, mas também individual já que diretamente relacionado à qualidade de vida de cada um dos seres e que desencadeou, nas últimas décadas, a consagração de documentos internacionais e constitucionais de efetiva tutela.

O artigo HISTÓRIA, NARRATIVA, PODER MESSIÂNICO E AS GARANTIAS PENAIS: REFLEXÕES INICIAIS ENTRE WALTER BENJAMIN E LUIGI FERRAJOLI, de autoria de Rosberg de Souza Crozara realiza reflexões iniciais sobre o paralelismo de Walter Benjamin e Luigi Ferrajoli na preocupação com a verdade consubstanciada em uma narrativa histórica. Inicialmente a proposta de diálogo entre um filósofo da história com um filósofo do direito pode causar certa estranheza, contudo se mostra possível tanto no campo da construção narrativa, o qual se propõe o artigo, como, também, no nível político. Walter Benjamin expõe uma desconfiança do direito, a qual, também é exposta pela teoria do garantismo penal de Ferrajoli. Todavia, em nota distintiva, Ferrajoli não defende a ilegitimidade como a ilegitimidade constituinte do direito. Na verdade, o Ferrajoli acredita na possibilidade de um sistema penal legítimo, ou seja, em uma possibilidade de justificação do sistema penal, de acordo com um modelo teórico do direito penal mínimo. Essa legitimidade do sistema penal passa pela verdade. Assim, argumenta que a força messiânica sustentada por

Benjamin e as garantias orgânicas do sistema de garantias desenvolvida por Ferrajoli desempenhariam idênticas funções de intervenção máxima na construção da verdade. Permite identificar, no plano teórico, que a narrativa de imputação sofre críticas por não considerar as narrativas daqueles considerados vencidos ou débeis, tal qual denota o historicismo materialista porquanto evidencia a seletividade narrativa. A metodologia é descritiva de modo a discorrer sobre o objeto de investigação acadêmica, sem, contudo, interferência na interpretação, e também explicativa, diante da proposta de correlacionar os dois pensamentos na compreensão dos seus efeitos no campo penal.

O artigo O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL E O RACISMO ESTRUTURAL, de autoria de Lucas Gabriel Santos Costa e Eli Natália Costa Barbosa trata do Direito Penal e das Relações Raciais. A pesquisa tem como objeto a relação do sistema de controle institucionalizado operado pelo direito penal e as relações raciais, a partir de uma abordagem analítica crítica. Fundamenta-se na perspectiva do sistema jurídico-penal como um subsistema social que se produz e se desenvolve a partir das demandas postas pelo objeto de regulação (fatos), que são constituídos por relações intersubjetivas contidas em um tecido social, convencionadas a priori por uma perspectiva racializada. A pesquisa, assim, tem como objetivo analisar, através do método crítico, as estruturas que possibilitam a instrumentalização do sistema jurídico-penal como estrutura institucionalizada de controle racial, assim como compreender horizontes de expectativa do sistema penal como instrumento de contramotivação ao racismo. Nesse contexto, apresenta o fundamento material da proibição penal e a legitimidade da proibição penal de práticas racistas por meio da Lei 7.716/1989. Revela, no entanto, que a legitimidade da proibição não materializa a efetiva proteção quando o sistema penal é compreendido como um subsistema social que reproduz e protege aspectos constitutivos do racismo estrutural e institucional, agravando a liberdade e a vida das pessoas negras, bem como frustrando a proteção devida pelo próprio sistema a bens essenciais, como a liberdade e a vida.

O artigo O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A REALIDADE DO CONDENADO E DO ENCARCERADO NO CUMPRIMENTO DA PENA A PARTIR DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 347, de autoria de Alberto Castelo Branco Filho , Gustavo Luis De Moura Chagas e Alexandre Moura Lima Neto, trata do significado do princípio da dignidade humana no processo penal, levando principalmente em consideração as políticas contraditórias adotadas pelo Estado e pelo Judiciário em relação à situação das pessoas processadas, condenadas e presas em processos penais. Observa-se que o princípio da dignidade humana é considerado um metaprincípio uma vez que outros princípios relativos a qualquer sistema processual, especialmente o sistema penal, são por ele constituídos. Verifica como se dá a divulgação,

quais os vetores de discussão e o posicionamento do STF na cobrança de uma política judicial eficaz por meio da ADPF nº 347 por meio de estudos documentais, factuais, sociológicos e dialéticos. Conclui que, embora o assunto seja atual e não tenha uma base prática e científica sólida, o estado de objetificação, a instabilidade e a natureza do indivíduo são moderadas em favor do “bem comum” para alcançar elementos de transcendência. A análise do princípio da dignidade humana desencadeou muitas discussões morais e éticas sobre justiça e justiça.

Após mais de três horas de apresentações e debates profícuos, foram encerrados os trabalhos do grupo, com congratulações recíprocas.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - email: [lgribeirobh@gmail.com](mailto:lgribeirobh@gmail.com)

Dom Helder - Escola Superior

Vanessa Chiari Gonçalves - email: [vanessachiarigoncalves@gmail.com](mailto:vanessachiarigoncalves@gmail.com)

Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Jorge Bheron Rocha - email: [bheronrocha@gmail.com](mailto:bheronrocha@gmail.com)

Centro Universitário Christus

# ANÁLISE CRÍTICA À INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL EM FACE DA NEUROCIÊNCIA

## CRITICAL ANALYSIS OF THE JUDGE'S EVIDENTIARY INITIATIVE IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN THE FACE OF NEUROSCIENCE

Rodrigo Ribeiro De Vasconcelos <sup>1</sup>  
Filipe Brayán Lima Correia <sup>2</sup>

### Resumo

O sistema penal brasileiro, ainda fincado em vetustos paradigmas, enfrenta desafios diante dos avanços científicos. Um desses desafios é a compreensão dos motivos inconscientes que influenciam as decisões humanas, muitas vezes indo além da lógica racional. A neurociência tem contribuído para revelar como esses processos mentais afetam o julgamento humano e a iniciativa probatória do juiz é questionável à luz dessas descobertas, pois a exposição do juiz a vieses cognitivos e pressões sociais pode comprometer sua imparcialidade. Assim, a necessidade de um sistema acusatório puro, mantendo a coleta de provas e a decisão judicial rigorosamente separadas, se faz necessário de forma a evitar o comprometimento cognitivo prévio do juiz, assegurando um julgamento mais justo. Incorporar abordagens neurocientíficas na reforma do processo penal é essencial para melhorar a justiça e a equidade no sistema jurídico brasileiro, garantindo decisões baseadas em critérios preponderantemente objetivos e em uma compreensão sólida dos processos mentais humanos, o que contribuiria para um sistema legal mais eficiente e justo. Utiliza-se, como metodologia, de pesquisa do tipo bibliográfica por meio da análise de livros, artigos jurídicos, legislação e da jurisprudência. A pesquisa é pura e de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

**Palavras-chave:** Imparcialidade, Iniciativa probatória do juiz, Processo penal, Sistema acusatório. viés da confirmação

### Abstract/Resumen/Résumé

The Brazilian penal system, still rooted in old paradigms, faces challenges in the face of scientific advances. One of these challenges is understanding the unconscious motives that influence human decisions, often going beyond rational logic. Neuroscience has contributed to revealing how these mental processes affect human judgment and the judge's evidentiary initiative is questionable in light of these discoveries, as the judge's exposure to cognitive biases and social pressures can compromise their impartiality. Thus, the need for a pure accusatorial system, keeping the collection of evidence and the judicial decision strictly

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará; Delegado de Polícia Civil do Estado do Ceará.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará; Advogado criminalista.

separate, is necessary in order to avoid the judge's prior cognitive impairment, ensuring a fairer trial. Incorporating neuroscientific approaches into criminal procedure reform is essential to improving justice and fairness in the Brazilian legal system, guaranteeing decisions based on predominantly objective criteria and a solid understanding of human mental processes, which would contribute to a more efficient and fair legal system. The methodology used here is bibliographical research through the analysis of books, legal articles, legislation and case law. The research is purely qualitative, descriptive and exploratory.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Impartiality, Judge's evidentiary initiative, Criminal proceedings. accusatory system, Confirmation bias

## 1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, houve uma intensificação sobre os limites de condução processual por magistrados, seja pela criação da figura do juiz de garantias (por meio da Lei nº 13.964, de 2019), seja pelas decisões do Superior Tribunal de Justiça. Vislumbra-se esforços para tentar limitar o poder probatório dos magistrados brasileiros, o que levanta discussões entre o comprometimento cognitivo do juiz que produz a prova e a impossibilidade de buscar o melhor resultado processual do juiz inerte. Antes de adentrarmos na querela, é necessária uma breve contextualização para evitar o distanciamento entre a história, a prática e o meio acadêmico.

O momento histórico antes da criação do Código de Processo Penal brasileiro (CPP) era de instabilidade política, também lembrado como Era Vargas, no qual o governo demonstrava intensa preocupação com os movimentos sociais e idealizava novas formas de controle das massas.

Preocupado com o fortalecimento dos movimentos sociais, Getúlio Vargas implantou um sistema pautado no medo generalizado sobre o comunismo na intenção de se fortalecer para enfrentar seus opositores com repressão violenta e criar um estado com a ideia de um líder carismático capaz de conduzir as massas. Este plano foi colocado em prática por meio do golpe de 1937. A historiadora Maria Helena Capelato registra este momento da seguinte forma:

Correntes intelectuais e políticas antiliberais e antidemocráticas, de diferentes matizes, revelaram extrema preocupação com a questão social e muito se discutia sobre novas formas de controle das massas com o intuito de evitar a eclosão de revoluções socialistas. Uma das soluções propostas era a do controle social através de um Estado forte comandado por um líder carismático, capaz de conduzir as massas no caminho da ordem. (2003, p. 109)

Antes da promulgação do CPP em 1941, vigoravam os códigos processuais estaduais. Com a promulgação da Constituição de 1934 e a criação do Estado Novo, houve a determinação constitucional de unificação dos códigos processuais. O trabalho de unificação teve como principal nome o Ministro da Justiça Francisco Campos, conhecido como “Chico Ciência”, que também foi responsável pela redação da constituição golpista de 1937 e do Ato Institucional nº 1 (AI-1). Em sua obra “O Estado nacional” é possível identificar características inquisitivas em sua forma de pensar, consoante infere-se, por exemplo, do seguinte excerto:

De par com a necessidade de coordenação das regras do processo penal num código único para todo o Brasil, impunha-se o afeiçoamento ao objectivo de maior facilidade e energia da acção repressiva do Estado. As nossas leis vigentes de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão terá de ser deficiente, decorrendo daí um indirecto estímulo á criminalidade. Urgia abolir semelhante critério de primado do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. (CAMPOS, 1887-1968, p. 132)

Diante de um cenário autoritário, buscou-se como inspiração para o CPP brasileiro uma legislação que coadunasse com o momento, sendo eleito como base o Código de Processo Penal Italiano de 1930, chamado Codice Rocco, de base fascista e inquisitiva, conforme os anseios de Mussolini.

O código italiano exportou para o processo brasileiro um viés inquisitório, colocando como papel do juiz a busca quase que ilimitada pela verdade, chamada por Francisco Campos de “verdade autoritária” (1887-1968, p. 180). Segue abaixo escritas do autor sobre o tema:

A direcção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objectivo de investigação dos factos e descoberta da verdade. (CAMPOS, 1887-1968, p. 181)

Com a presença de características fascistas e inquisitoriais, o CPP necessitou passar por reformulações para adaptar-se minimamente a uma realidade democrática, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e a vigência das garantias individuais por ela estabelecidas. As modificações efetuadas visaram a implementação de um sistema acusatório.

Para seguir, é necessário traçarmos a diferença entre sistema inquisitivo e acusatório que, com certa frequência, são apresentados com características equivocadas. O autor Luigi Ferrajoli (2006), em seu livro *Direito e Razão*, esclarece que há uma divergência entre o que é ensinado na teoria e o que é constatado na história.

Em relação ao sistema acusatório, o autor descreve que historicamente as características são a discricionariedade da acção penal, elegibilidade do juiz, sujeição dos órgãos da acusação ao poder executivo e a exclusão da motivação dos jurados. É possível perceber que algumas das características mencionadas costumam ser intuitivamente vistas como inquisitivas.

Já no sistema inquisitivo, suas características históricas são obrigatoriedade e irrevogabilidade da ação penal, o caráter público dos órgãos de acusação, a pluralidade dos graus de jurisdição e a obrigatoriedade do juiz de motivar suas decisões. Também é possível ver que algumas das características históricas do inquisitivo são apresentadas pela doutrina como acusatórias.

Ao apresentar essa dicotomia entre teoria e historicidade, Ferrajoli (2006, p. 452) chama a atenção para a ligação intuitiva sobre o modelo acusatório ser garantista e o inquisitório de eficiente repressão, asseverando que a seleção dos elementos teóricos ditos como essenciais são realizados por meio de juízo de valor, que não coadunam com seus registros históricos.

Além disso, a seleção dos elementos teoricamente essenciais nos dois modelos inevitavelmente é condicionada por juízos de valor em virtude da conexão que indubitavelmente pode ser instituída entre sistema acusatório e modelo garantista e, por outro lado, entre sistema inquisitório, modelo autoritário e eficiência repressiva.

Dentre outros pontos apresentados, destaca-se o fato dos dois sistemas nunca aparecerem na sua forma pura na prática, pois sempre há a constatação de uma mescla de características – uma mistura de sistemas – que resulta em dificuldades na classificação de sistemas práticos entre inquisitório ou acusatório.

Por fim, a única diferenciação que aparenta ser sustentável, em um olhar histórico, é a separação entre acusação e julgador. Também fora apresentado por ele, como diferença, a possibilidade de produção probatória do julgador, contudo, tal característica, de certa forma, é decorrente da separação entre órgão julgador e acusador.

A separação entre órgão julgador e acusação presente no sistema acusatório busca garantir um julgamento justo e equilibrado. Nele, é essencial a clara distinção entre as funções de acusar, defender e julgar com a finalidade de trazer a imparcialidade para o juiz. Os italianos chamam esse distanciamento do processo de *terzietà*, definido como alheamento ao processo, ser o julgador um terceiro desinteressado.

Por motivos evidentes, um juiz interessado na causa teria maiores dificuldades em trazer uma decisão justa. Dessa forma, o que é proposto com a substituição dos sistemas é a imparcialidade daquele que julgará, que terá seu desinteresse na causa como um atestado de imparcialidade. O professor Sérgio Rebouças (2022, p. 34) apresenta a seguinte definição sobre o tema:

Separação, a propósito, é uma nota constante em todas as características e garantias associadas à jurisdição (imparcialidade, independência e naturalidade): a imparcialidade se efetiva com a equidistância do órgão jurisdicional (sujeito imparcial) relativamente às partes disputantes (sujeitos parciais); a independência representa uma separação institucional do juiz perante os outros poderes estatais; e a naturalidade, por fim, expressa a separação frente a qualquer autoridade delegante, já que a competência jurisdicional tem predeterminação exclusivamente legal (princípio do juízo natural).

Seguindo na evolução histórica do CPP, com a CF/88 e suas garantias, houve um forte movimento para a implementação do sistema acusatório, resultando na reforma promovida pela lei nº 11.690/2008. Contudo, levando em consideração a diferenciação de Ferrajoli (2006), algumas marcas do sistema inquisitivo presente na cultura jurídica foram incluídas na reforma, sendo a mais criticada delas o artigo 156. Segue texto do dispositivo:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Se levarmos em consideração que, para realizar a substituição do sistema inquisitivo, a principal característica a ser abolida é a confusão entre acusação e julgador e que esta substituição era desejada pela carta de 1988, uma simples leitura do artigo acima nos leva a concluir que a missão não foi cumprida. Mesmo os que defendem que as disposições do artigo 156 do CPP não afastam a imparcialidade do magistrado, não podem afirmar que o juiz do CPP brasileiro possui como característica o *terzietà*. Além disso, destaca-se a incongruência do *caput* do artigo 156 que, em seu início, positiva que a prova da alegação caberá a quem a fizer, mas, na sequência, cria a possibilidade do órgão julgador apresentar provas mesmo sem alegar fatos.

Além dos dispositivos legais que em sua literalidade causam a persistência do sistema inquisitivo, há toda uma dogmática cultural causada por anos do uso desse sistema. Apesar da CF/88 ter tentado implementar o sistema acusatório, os costumes processuais inquisitórios se aprofundaram na prática e interpretação jurídica de maneira que as modificações garantistas possuem dificuldades de aplicação.

O mais garantista dos textos, diante de costumes inquisitivos, inevitavelmente é sujeito a sofrer interpretações distorcidas, o que se quer dizer aqui é que, apesar dos avanços da CF/88, anos de aplicação de um sistema inquisitivo se enraizaram na prática forense de modo que os dispositivos garantistas são alvos diariamente de interpretações inquisitivas, não sendo o texto constitucional um fator suficiente para afastar as inspirações oriundas do *Codice Rocco*. Em artigo sobre a cultura inquisitória no processo penal brasileiro, Marco Aurélio Nunes da Silveira (2015, p. 275) descreve:

De tudo o que se expôs, é possível concluir que os ranços autoritário-inquisitórios são ainda vigentes, não apenas no âmbito legal, mas, principalmente, através da cultura inquisitória que está impressa no DNA das práticas judiciárias brasileiras. Nada obstante, ressalte-se que tal cultura não pertence exclusivamente aos magistrados, mas é compartilhada por membros do Ministério Público, advogados, professores, estudantes, delegados de polícia, etc.

Como dito antes, há quem defenda que a iniciativa probatória do juiz não compromete a imparcialidade, ainda mais nos tempos atuais em que a sua utilização deveria ser obrigatoriamente subsidiária. No entanto, há fatores que devem ser levados em consideração, que serão apresentados nos demais tópicos. A metodologia utilizada é por meio de pesquisa bibliográfica com análise de livros, artigos jurídicos, legislação e da jurisprudência. A pesquisa é pura e de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

## **2 OBJETIVO DO PROCESSO PENAL**

Com certa recorrência, é defendida a iniciativa probatória do magistrado com a argumentação de que é necessário esclarecer os fatos, que este deve defender o interesse social, buscando a ideia de verdade real para só então se fazer justiça.

Uma das principais questões em face dessa argumentação é a medieval ideia de verdade real, que tem como objetivo a busca incansável da verdade objeto dos fatos para revelar os eventos ocorridos e só assim trazer justiça a decisão final.

Com a evolução dos demais ramos da ciência, comprovou-se como certo o espírito da frase de Heráclito de Éfeso: “nenhum homem pode banhar-se duas vezes no mesmo rio, pois na segunda vez o rio já não é o mesmo, nem tão pouco o homem”. A referida citação ensina que mesmo em situações idênticas não é possível a repetição do mesmo momento, pois a

capacidade de percepção já não é a mesma. Trazendo esse ensinamento pré-socrático para o conceito de verdade real, constata-se a impossibilidade desta como objetivo do processo penal.

Se um juiz, mesmo que investido das melhores intenções de proteger a sociedade, utiliza o processo penal para buscar a ideia de verdade real, mesmo que ele consiga repetir todas as circunstâncias do crime, jamais conseguirá atingir seu objetivo. A vítima, ao passar pelo primeiro momento do crime, certamente deve ter absorvido novas experiências e mudado sua valoração acerca dos acontecimentos, além disso, alguns pontos foram percebidos por ela e outros não.

Em um segundo momento do crime, sendo este a repetição pelo juiz que busca a verdade real, a vítima já não é a mesma, alguns pontos deixarão de ser descritos e outros, que não foram no primeiro momento, serão. Como diz Pontes de Miranda (1999, p. 86), "quando percebemos algum objeto, não o percebemos como o ser, que é, e tal como é. A fruta, que vemos, só a vemos por fora; o salão, que vemos, só o vemos por dentro". Hugo Segundo (2021, p. 37) escreve sobre o assunto:

Na verdade, no processo de conhecimento valorizam-se parcelas da realidade, desprezando-se (ainda que momentaneamente) outras, o que se evidencia na própria identificação do objeto a ser estudado. A precisão na determinação dos detalhes e das particularidades do objeto examinado é buscada apenas na medida em que isso é necessário ao propósito imediato pelo qual se busca conhecê-lo. Até a atividade consciente funciona assim, não sendo possível prestar atenção a tudo o tempo inteiro. Enquanto lê estas linhas, o leitor pode não estar atento à sua respiração ou às suas orelhas, mas pode, por um momento, dedicar total atenção a uma dessas duas coisas, que ocupa o centro de suas atenções, em detrimento das demais parcelas da realidade.

Trazendo a temática para o âmbito processual penal, conforme lecionam Lara Teles e Sérgio Rebouças (2020, p. 327), há distintas relações entre a realidade prática e a realidade captada e contextualizada como prova processual:

No âmbito de um processo judicial, no ato de decidir, o julgador, ao se debruçar sobre enunciados relativos a declarações de testemunhas, precisa considerar que há uma dupla intermediação entre a realidade do mundo dos fenômenos reais e a verdade relativa e contextualizada dentro do processo, pois a própria testemunha, assim como todos os seres humanos, não tem acesso direto à realidade, e sua descrição sobre determinado evento terá irremediavelmente como barreira à correspondência e à aproximação da verdade a intermediação dos seus sentidos e dos seus aspectos linguísticos.

No cenário apresentado, o magistrado, ao tentar repetir o momento do crime para obter a verdade real dos fatos, além de não conseguir acesso à versão verdadeira, ensejou a criação de uma nova versão diferente da primeira. Ao final do caso, o magistrado terá duas versões, das quais nenhuma é a verdade real, o que demonstra que a justificativa de que a iniciativa probatória do juiz em busca de esclarecer os fatos dificilmente resultará na verdade real.

Diante da evolução filosófica citada, a doutrina apresentou como objetivo do processo penal a verdade processual, sendo esta a verdade que consegue ser provada no processo. Essa verdade, embora seja possível, não deve ser utilizada para justificar a iniciativa probatória do juiz, uma vez que há um outro órgão encarregado da tarefa de provar, o órgão de acusação.

Na Grécia antiga, onde se exercia o sistema acusatório, a ação penal era discricionária e exercida de forma privada, entretanto, havia um baixo interesse no prosseguimento da ação penal por parte dos particulares, ponto favorável para a adoção do sistema inquisitório com o juiz assumindo a capacidade de produzir provas. Aury Lopes Jr. (2011, p. 63) descreve que, conforme se entrava na Idade Média, havia uma necessidade de aumento da eficiência punitiva que encontra barreiras na falta de interesse da acusação privada.

No Brasil, temos, via de regra, a assunção da função de acusação pelo Estado, realizada por um órgão diferente do julgador, sendo este órgão o Ministério Público (MP). Além da independência funcional, orçamento e efetivo próprios, o MP conta com o apoio da polícia civil, polícia militar, perícia forense e qualquer outro órgão do Estado para exercer a sua função de acusador. Diante das circunstâncias, não se pode afirmar que o atual titular da ação penal pública possui incapacidade ou desinteresse na acusação. O desinteresse e a desistência, que era ponto favorável a adoção do sistema inquisitivo no Estado Grego, deixou de ser interessante.

Considerando que o Ministério Público é um órgão que tem condições materiais de exercer a tarefa de acusador e que o atual processo penal busca a verdade que se consegue provar nos autos, não restaria justificativa para a iniciativa probatória do juiz. Se o magistrado não deve buscar a verdade real por ser uma ilusão, se este deve julgar conforme o que é provado nos autos, se o processo possui um órgão com capacidade probatória plena, a permissão para que o magistrado busque provas é porta de entrada para que ele fuja da verdade processual e procure outra verdade. Além disso, esta permissão seria um atestado de incompetência do

Ministério Público, órgão tradicionalmente criado para acusar, e da defesa, seja por meio da advocacia privada ou defensoria pública.

Outro ponto que deve ser evidenciado é que a iniciativa probatória subsidiária do magistrado indica que este é investido de conhecimento superior ao acusador ou ao do defensor. A possibilidade do juiz produzir provas e realizar diligências se restar dúvidas a serem dirimidas pressupõe uma atuação falha do acusador e/ou da defesa.

Esta possibilidade possui problemas a serem esclarecidos, o primeiro deles é desconsiderar o objetivo do processo penal, a verdade processual. Se o processo busca a verdade que se consegue provar e nos autos algo não se provou, a lógica processual deveria ser no sentido de que, se não se provou nos autos, não pode ser considerado verdade.

Além disso, não há nenhum fundamento que justifique a superioridade em produzir provas do juiz frente ao MP ou defesa, pois aquele é tão homem pecador e limitado quanto estes, e mais, mesmo que considerarmos que o Ministério Público possa deixar passar um importante detalhe sobre o processo, o juiz também pode deixar passar, o que causaria a necessidade de um terceiro fiscal de provas despercebidas, mas este também sofreria das mesmas limitações dos outros atores processuais. Ao final, a ideia de que o magistrado deve agir em caso de desatenção do Ministério Público ou defesa só serviria para justificar uma nova busca pela verdade real.

A ideia de atuação subsidiária do magistrado também deixa de considerar um princípio basilar do processo penal, o *in dubio pro reo*. Se a permissão para a atuação impõe como requisito que o Ministério Público já tenha atuado e que ainda assim restem dúvidas a serem resolvidas, o juiz ao buscar solucionar a dúvida, além de trocar a verdade processual por uma outra verdade que ele irá perseguir, retiraria o benefício concedido pelo mencionado princípio. Além disso, considerando que há dúvida e que esta deve beneficiar o réu, a atuação subsidiária do magistrado só mudaria o resultado se fosse para condenar, ou seja, toda atuação subsidiária seria em busca de provas para a condenação.

Vejamus uma situação hipotética na qual uma testemunha que presenciou o crime não foi arrolada pelo Ministério Público, e o magistrado, atuando de forma subsidiária para esclarecer dúvida, resolve ouvi-la. Na situação, é evidente que há dúvidas sobre a possibilidade

de condenação, o que resultaria numa absolvição por ausência de provas, e se assim não fosse, o magistrado já teria condenado.

Com a oitiva da testemunha se pode extrair duas conclusões, a de que o acusado não é culpado e deve ser absolvido e a de que ele é culpado e deve ser condenado. No caso, a produção da prova não traria nenhum benefício ao acusado, uma vez que ele já seria absolvido pelo *in dubio pro reo*, ficando evidente que a atuação subsidiária do magistrado só aconteceria para possibilitar a hipótese de condenação.

A fundamentação exposta acima ganha mais credibilidade quando analisada junto a realidade empírica do sistema judicial brasileiro, na qual, muitas vezes, quando o acusado, em seu interrogatório, informa que determinada testemunha poderia ajudar na comprovação de sua versão, os magistrados ignoram a alegação com o fundamento de que caberia à defesa arrolar as testemunhas de seu interesse, fato que comprova o dito enraizamento dos costumes inquisitórios na prática forense.

As questões expostas até aqui apontaram a desnecessidade de atuação probatória do magistrado. A seguir serão abordados os prejuízos desta prática.

### **3 VIÉS DA CONFIRMAÇÃO**

Para nos aprofundarmos sobre os prejuízos de um magistrado produtor de provas será necessário compreendermos os motivos pelos quais ele decide produzir prova, as quais nem sempre são decorrentes da razão e lógica pregada pelos iluministas.

Bem sabemos que as decisões judiciais são motivadas e que, tratando-se de produção de prova, se exige a pertinência entre o fato investigado e a prova pretendida. Tais razões estão ligadas à racionalidade consciente humana, aquela que é expressa de forma consciente e lógica. Contudo, com o avanço da psicologia e da neurociência, se confirmou algo que era antecipado pela filosofia, que as decisões humanas são influenciadas por motivos além dos aparentemente expostos.

A psicanálise, desenvolvida por Sigmund Freud (1996), dedicou-se a estudar esses motivos misteriosos e denominou de inconsciente o sistema que os controla. O inconsciente é responsável por uma variedade de processos mentais, como desejos reprimidos, medos,

impulsos, memórias esquecidas, padrões comportamentais automáticos e crenças internalizadas. Muitas vezes, esses conteúdos inconscientes têm origem em experiências passadas, traumas não resolvidos, aprendizado social e cultural, e até mesmo herança genética.

Procurando entender a forma de funcionamento do consciente e do inconsciente, bem como a interação dos dois, Daniel Kahneman (2012) apresentou sua teoria sobre sistema 1, dito como rápido, e o sistema 2, dito como lento. O autor explica que o inconsciente funciona por meio do sistema 1, no qual as operações são rápidas e com pouco esforço mental, sendo responsável por reações instantâneas, julgamentos intuitivos e associações automáticas. O sistema rápido procura eficiência e economia na forma de pensar, desenvolvendo a metodologia da heurística para criar atalhos mentais. Já o sistema 2, denominado como sistema lento, é analítico e deliberado, por consequência, necessita de maior esforço e tempo para suas conclusões que procuram uma análise crítica sobre os temas em que delibera.

A diferenciação de sistemas é fundamental para a vida moderna humana diante da quantidade de informações, decisões e pensamentos do dia a dia. Imaginemos que só tivéssemos um único sistema, caso fosse o sistema rápido, intuitivo, imediato e rápido, teríamos uma maior dificuldade para resolver problemas complexos, provavelmente seríamos impulsivos e resolveríamos com a primeira opção que nos viesse a mente. Certamente a utilização desse sistema, para problemas de matemática ou de relacionamento social causaria um alto índice de decisões erradas.

Por outro lado, caso apenas tivéssemos o sistema lento, analítico, deliberado e lento, tarefas comuns do dia a dia ocupariam um esforço e tempo desnecessário. O desperdício pode ser comprovado por meio da comparação entre a primeira vez que fazemos uma tarefa simples e as demais vezes. George Marmelstein (2021, p. 144), em seu livro *Discriminação por Preconceito Implícito*, abordar a necessidade de termos os dois sistemas com o seguinte exemplo:

Categorizamos coisas, pessoas ou situações como estratégia de ação para facilitar o processo de compreensão do mundo e diminuir o esforço mental na hora de decidir o que fazer. Presumir que todos os membros de um determinado grupo compartilham as mesmas características pode ser útil para aumentar a nossa eficiência cognitiva, pois se tivéssemos que avaliar, em cada nova situação, todas as variáveis possíveis sobre cada indivíduo em particular, teríamos um enorme fardo intelectual e perderíamos um tempo considerável.

Na primeira vez, por falta de experiência, costumamos analisar cada detalhe da tarefa e buscar a melhor solução; já na segunda vez, conseguimos realizar a mesma tarefa sem tanto esforço por conta da experiência adquirida pela primeira vez. Na primeira vez, costumamos utilizar o sistema lento para criar o caminho mental que levará ao êxito; na segunda vez, costumamos utilizar o sistema rápido para apenas seguir o caminho que já fora criado na primeira oportunidade.

A título de exemplo, imaginemos a primeira vez indo a um supermercado em um bairro novo, será necessário utilizarmos o sistema lento para encontrar a melhor opção, a localização e a melhor rota. Já na segunda vez, utilizando o atalho mental criado pelo sistema lento, intuitivamente e sem análise repetiremos as respostas encontradas pela primeira ida. Essa repetição rápida, inconsciente e imediata, como se fosse um atalho mental, é chamada de heurística e é o resultado da atuação do sistema rápido.

A mente humana determina qual sistema será utilizado com base na sua percepção de complexidade, se um determinado problema aparenta ser conhecido ou simples, a inconsciência utiliza o sistema rápido para poupar energia e ser eficiente.

Se a tarefa parece ser inovadora ou complexa, o sistema lento passa a atuar. Todavia, por vezes, há uma troca equivocada de sistemas, uma determinada tarefa é identificada como uma comum e fácil, quando na verdade a semelhança é apenas aparente. Nessa circunstância, a mente, de forma equivocada, seleciona o sistema rápido quando deveria selecionar o sistema lento.

Como lecionado por Marmelstein (2021), quando ocorre a troca equivocada de sistemas, o sistema 1, para poupar energia e ser célere, foca nas similaridades que justificaram seu funcionamento e ignora as incongruências que motivariam o funcionamento do sistema 2. Ao ser acionado, o sistema rápido busca a sua reafirmação, pois sua negação exigiria uma análise crítica, característica presente apenas do sistema lento. Essa ação de favorecer de forma involuntária as informações congruentes e ignorar informações incongruentes é chamada de viés da confirmação.

A atuação do viés da confirmação, considerado como o viés mais estudado e consolidado no comportamento humano, consiste basicamente no instinto humano de tentar reafirmar as suas ações, ignorando inconsistências e exaltando coincidências.

A partir do momento que a mente humana toma uma decisão com o sistema rápido, a segunda decisão tende a procurar a confirmação dessa escolha e ignorar motivos que o façam voltar atrás. Sobre esse viés escreve Rudolf Dobelli (2013, p. 33):

O viés de confirmação é o pai de todos os erros de pensamento – a tendência de interpretar novas informações de modo que sejam compatíveis com nossas teorias, visões de mundo e convicções. Em outros termos: filtramos novas informações que estão em contradição com nossas visões [...].

O viés da confirmação teve origem em estudos sobre economia e pode ser constatado com facilidade em estratégias de venda. O comportamento de não colocar o preço dos produtos é comum em algumas lojas e se trata da manipulação do viés da confirmação. Ao não colocar o preço, a loja persuade o consumidor a perguntá-lo e espera que esta ação seja realizada por meio do sistema rápido, já que ação de perguntar preços não é complexa.

Caso isso aconteça, a partir do momento que o consumidor toma a decisão de perguntar o preço, sua segunda decisão tende a justificar o primeiro comportamento, ou seja, quem pergunta costuma querer comprar. Destaca-se que neste caso o viés da confirmação não é fator determinante para o êxito, mas possui a capacidade de influenciar aumentando a probabilidade de compra.

Trazendo a questão apresentada para o tema do artigo, se a atuação do viés da confirmação é inconsciente e inerente à natureza humana, nenhum juiz tem a capacidade de afirmar que não poderá sofrer desse mal, pelo contrário, é inevitável que todos os juízes em algum momento seja vítima dele.

Assim sendo, caso um magistrado tome a decisão de procurar provas influenciado pelo sistema rápido, independente do resultado encontrado, sua segunda decisão será no sentido de confirmar a primeira e, como dito antes, se a busca por provas nunca favorece o acusado, essa segunda decisão e as seguintes serão sempre no sentido de procurar a condenação ou interpretar provas de forma desfavorável ao acusado.

Outro ponto a ser evidenciado é a dificuldade de o próprio juiz identificar seu viesamento, pois, como dito antes, o sistema rápido ao ser acionado procura similaridades para justificar sua atuação e esconde as incongruências, desta forma, caso seja questionado ao magistrado os motivos de sua iniciativa, este buscará explicações com base em pontos similares e desconsiderará as incongruências.

Em uma situação prática, supondo que há uma testemunha policial de um processo de tráfico de drogas, o magistrado inicia uma série de perguntas acionadas pelo sistema rápido, as perguntas possuem como verdadeira origem atalhos criados em processos semelhantes. Nesta atuação, o magistrado interpretará as respostas de forma prejudicial ao acusado, mesmo que para isso tenha que desconsiderar parte das informações.

A hipótese levantada é capaz de justificar como algumas pessoas que são presas com poucas gramas são condenadas por tráfico, por mais que a posse de quantidade insignificante seja incongruente com a classificação de tráfico. O sistema rápido trabalha para ignorar essa incongruência e encontrar outras coincidências por meio das respostas fornecidas pelas testemunhas provocadas pela iniciativa probatória do juiz.

No caso, se o policial oferecer ao magistrado respostas como o local era conhecido como ponto de venda, o acusado era conhecido da polícia por denúncias anônimas ou foi encontrado dinheiro trocado com o acusado, essas circunstâncias que, por si só, não são capazes de atestar a traficância, serão utilizadas como similaridades para chancelar o caminho utilizado pelo sistema rápido, ignorando a incongruência da quantidade insignificante.

Além disso, por ser uma decisão inconsciente, caso seja perguntado ao magistrado os motivos pelos quais realizou aquelas perguntas, a resposta certamente será no sentido de dizer que tinha a intenção de esclarecer dúvidas, quando na verdade ele só procurou confirmar o caminho pré-definido pelo sistema rápido.

Também é necessário destacar a ausência de conhecimento e estudo sobre o tema pelo judiciário. Os magistrados podem ser considerados homens com um alto preparo técnico sobre a lei e, com o passar do tempo, são acompanhados pela experiência. Contudo, em geral, não há em sua carreira ênfase ao treinamento ou estudo ligado à área da imparcialidade e enviesamento.

Da faculdade aos cursinhos para o concurso, passando pelo curso de formação e ao exercício da magistratura, não há treinamentos destinados a evitar ou conhecer desses problemas, e, como o juiz não possui nenhuma qualidade ausente nos demais homens, pode sim tomar decisões equivocadas decorrentes de atalhos mentais tanto quanto qualquer outro.

O viés da confirmação ligado à iniciativa probatória do juiz resulta em um magistrado inquisitivo, que busca uma verdade real que não existe, cego pelo sentimento de

justiça com a falsa intenção de que protege a sociedade elegendo o acusado como um inimigo que deve ser derrotado a todo custo, aproximando-se do funcionalismo radical ou sistêmico, oferecido por Günther Jakobs (2009), segundo o qual garantias fundamentais podem ser desarrazoadamente relativizadas ou mesmo suprimidas para garantir a manutenção, prevenção e integração social por meio do reforço da norma, o que o não encontra guardada em nosso estado democrático de direito.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Apesar da defesa da segurança pública ser direito indisponível e que deve ser buscado intensamente, utilizando-se para tanto, até mesmo, exercício da tutela penal, este objetivo não pode admitir todo e qualquer custo, sob pena de transformar o processo penal em instrumento de injustiça, o que, certamente, não é o interesse da sociedade, sendo as garantias processuais mecanismos criados para evitar essa indesejada transformação.

Referindo-se à iniciativa probatória do magistrado, percebe-se que se trata de algo temerário e possivelmente decorrente do isolamento científico da área jurídica, o que deve ser superado mediante a interação com outras ciências humanas que possuem conhecimentos ignoradas pelos operadores do direito, dentre os quais no que concerne a tomadas de decisões inconscientes, ponto crucial que deve ser considerado no processo penal.

Neste artigo, chegou-se à conclusão que a atuação do magistrado produzindo provas, além de ser desnecessária frente a presença da parte acusadora e da parte defensora, é evitada de vícios cognitivos, pois, como demonstrado de forma específica, o viés da confirmação, tema que, inobstante seja cientificamente estudado há décadas por áreas como a economia e neurociência, é preterido no processo penal brasileiro.

Desse modo, a iniciativa probatória do magistrado, mesmo que subsidiária, é tema que merece ser revisto na realidade jurídico-penal brasileiro com fins de fomentar decisões mais justas e seguras aos jurisdicionados.

## REFERÊNCIAS

- BONTEMPO, Henrique Oliveira. **A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL**. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva 2/2013 - nO 21
- CAMPOS, F. **O Estado Nacional, O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. 3º ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941.
- CAPELATO, Maria Helena. "**O Estado Novo: o que trouxe de novo?**" In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (org.). **O Brasil republicano: o tempo do nacional-estatismo: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo**. V. 2. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 109.
- DE OLIVEIRA, Daniel Kessler. **ENTRE JUSTICEIROS E SAMAMBAIAS: REFLEXÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 1, n. 1, p. 131-144, 2009.
- DOBELLI, Rolf. **A arte de pensar claramente**. Rio de, 2013.
- COSTA, Daniel Fonseca et al. **Viés de confirmação na tomada de decisão gerencial: um estudo experimental com gestores e contadores**. Revista de Contabilidade e Organizações, v. 14, p. 164200, 2020.
- FERRAJOLI, Luigi et al. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FREUD, Sigmund. **O Ego e o Id**. In: **Obras completas de Sigmund Freud – O Ego, o Id e outros trabalhos**. v. XIX. Edição standard brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996. FERRAJOLI, Luigi et al. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 38ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo. Parte I**. 15. ed. Trad. Maria Sá Cavalcante Schuback. Petópolis: Vozes, 2005.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. In: OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; MOREIRA, Luiz (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. In: CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Mereu José (Orgs.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Fundamentos do Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**; Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARMELSTEIN, George. **Discriminação por preconceito implícito**. JusPodivm, Brazil, 2021.

MIRANDA, Pontes de. **O problema fundamental do conhecimento**. Campinas: Bookseller, 1999, p. 86.

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de direito processual penal. Volume 1**. Editora D'Placido, 2022.

\_\_\_\_\_, Sérgio. **Curso de direito processual penal. Volume 2**. Editora D'Placido, 2022.

\_\_\_\_\_, Sérgio; Fernandes, Lara Teles. **As Falhas de Linguagem e as Estratégias Cognitivas Voltadas à Minimização das Falsas Memórias na Prova Testemunha**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 171/2020 | p. 313 - 350 | Set / 2020 DTR\2020\11592.

SAMPAIO, André Rocha; MELO, Marcos Eugênio Vieira. **A iniciativa probatória do juiz como elemento impeditivo do pleno exercício democrático da jurisdição penal**. Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet, v. 7, p. 10-24, 2016.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica**. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264 – 275, jan – fev. 2015.