

**HERMENÊUTICA JURÍDICA E DESVIOS COGNITIVOS:
CONTROLE JUDICIAL DA (IM)PROBIDADE ADMINISTRATIVA**

**LEGAL HERMENEUTICS AND COGNITIVE DEVIATIONS:
JUDICIAL CONTROL OF THE ADMINISTRATIVE IMPROBIT**

Fabiano Nobre Zimmer¹

Resumo: O presente estudo trata dos problemas interpretativos conexos à ação de improbidade administrativa. Para tanto, apresenta os vieses cognitivos no processo e julgamento da improbidade administrativa, na tentativa de resgatar as condições de possibilidade à luz da interpretação sistemática e da crítica hermenêutica do direito para o devido controle jurisdicional da (im)probidade administrativa.

Palavras-chave: Vieses cognitivos; controle judicial; (im)probidade administrativa; hermenêutica.

Abstract: The present study deals with the interpretative problems related to the action of administrative improbity. In order to do so, it presents cognitive biases in the process and judgment of administrative impropriety, in an attempt to rescue the conditions of possibility in the light of the systematic interpretation and the hermeneutic critique of the right to due judicial control of administrative (im)probity.

Keywords: Cognitive vieses; Judicial control; administrative dishonesty; hermeneutics.

1. INTRODUÇÃO

Em tempos de uma crescente atuação do Judiciário no controle da (im)probidade² administrativa, seja preservando a moralidade administrativa na proteção do patrimônio público contra a prática de atos de improbidade por agentes públicos e privados, seja agravando o exercício da função administrativa e a própria prestação de serviços públicos por grupos econômicos e empresas contratadas ou conveniadas com a Administração Pública, percebe-se

¹ Mestre em Direito (PUCRS). Especializando em Direito Penal Econômico (ESMAFE/UPF). Advogado (OAB/RS 71.175). E-mail: fabiano.zimmer@edu.pucrs.br.

² Com origem no vocábulo latino *probitate*, probidade significa integridade de caráter, honestidade, retidão, e traduz a ideia de agir com honradez, decência, virtude; improbidade também derivada do latim (*improbitate*) significa justamente o oposto de probidade, ou seja, a inobservância destes valores morais, caracterizando uma atuação imoral, desonesta, perversa (Ferreira, 1999, p. 1.086-1.640). Conforme Osório, probidade administrativa é o dever jurídico de agentes públicos agir com ética e respeito à lei, e consiste numa decorrência lógica da moralidade administrativa, na qual se assenta o sistema constitucional que tutela a Administração Pública brasileira (2013, p. 76).

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

a importância de aportes hermenêuticos ao estudo dos vieses cognitivos no processo e julgamento das ações de improbidade administrativa, que são regidas pelo direito administrativo sancionador³.

Tal reconhecimento, em suma, significa a submissão, por força do devido processo legal, à garantia de interdição à arbitrariedade e da legalidade que embasam o Estado Democrático de Direito, aos direitos e garantias fundamentais assegurados aos acusados em geral e aos princípios e regras do Direito Administrativo Sancionador, em especial aos princípios da legalidade, da culpabilidade, da tipicidade, da especialidade, da subsidiariedade, da alternatividade, da consunção, da proporcionalidade, da isonomia, da razoabilidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da individualização da pena, da presunção de inocência, do *non bis in idem*, da segurança jurídica e da boa fé objetiva.

Isso porque a Lei nº 8.429/92 atinge diretamente direitos fundamentais e liberdades públicas, cujo combate à improbidade administrativa tem envolvido acirradas polêmicas e divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Com efeito, a Lei nº 8.429/92 apresenta termos vagos e imprecisos, conceitos jurídicos indeterminados e tipos sancionadores em branco, o que gera, em consequência, falta de previsibilidade razoável e adequada das circunstâncias e particularidades da conduta ímproba diante da constante mutabilidade dos comportamentos sociais, e falta de segurança jurídica pela inserção da subjetividade do julgador na tomada de decisões.

Nessa perspectiva, transcendem e alcançam variadas espécies de comportamentos e arbitrárias margens de apreciação dos intérpretes e dos aplicadores das normas sancionadoras, que devem se movimentar, por óbvio, dentro da legalidade e de pautas razoáveis de escolhas, sempre a depender das circunstâncias do caso concreto, acentuando-se ainda mais em face da

³ O Direito Administrativo Sancionador regula e delimita o poder punitivo da Administração Pública e do Poder Judiciário. Dessa forma, a improbidade contemplada no artigo 37, § 4º da Constituição da República e regulada pela Lei nº 8.429/92 (BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>.), é disciplinada pelo direito administrativo sancionador, uma vez que a ação de improbidade administrativa, por integrar iniciativa de natureza sancionatória, tem o seu procedimento referenciado pelo rol de exigências que são próprias do Processo Penal contemporâneo, aplicável em todas as ações de Direito Sancionador. (STJ, AgRg no AREsp 27.704/RO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 15.12.2011, DJe 08.02.2012; REsp 980706/RS; REsp 1038777/SP; EDcl no REsp 716991/SP; REsp 909446/RN; REsp 831178/MG; REsp 841421/MA). Também os ilícitos definidos na Lei nº 8.429/92 e as respectivas sanções têm natureza jurídica de direito administrativo sancionador (Osório, 2011; 2013).

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

ausência de um efetivo controle hermenêutico dos chamados vieses cognitivos⁴ (Kahneman, 2012, p. 38-39) da fundamentação/motivação das decisões judiciais no Estado de Direito.

Pode-se dizer que a influência dos vieses cognitivos é um dos temas de grande relevância para o estudo do comportamento judicial e, por conseguinte, para o desenvolvimento de teorias normativas da decisão no Estado Constitucional contemporâneo.

Para o jusfilósofo Maccormick, o ideal político do Estado de Direito está associado a um regime de proteção contra o arbítrio, a um regime de decisões justificadas racionalmente, a garantia de certeza no Direito e a previsibilidade das decisões jurídicas (2009, p. 15).

Isso porque os ideais de liberdade e autonomia dependem da possibilidade de planejamento das ações futuras, além da segurança na aplicação do Direito – uma virtude do Estado de Direito.⁵ Explica o autor que “o ideal do Estado de Direito (*Rule of Law*) leva a sério a possibilidade de que o Direito, enquanto base de razão prática (*practical reason*), possa colocar limites reais sobre as atividades coercitivas do Estado” (Maccormick, 2009, p. 9-10). A racionalidade, portanto, “não é uma garantia de justiça perfeita, mas é certamente uma proteção contra as piores formas de injustiça” (Maccormick, 2009, p. 9-10).

Nesse sentido, argumenta o autor que as regras jurídicas “não propiciam certeza absoluta”, no entanto, “é possível minimizar a sua certeza e indeterminabilidade”, distinguindo-se “bons e maus argumentos”, “argumentos mais ou menos razoáveis”, argumentos jurídicos

⁴ Os vieses cognitivos são falhas sistemáticas na capacidade de interpretação e de julgamento no momento da tomada de decisão. Explica o autor que a tomada de decisão compreende dois tipos de processos mentais realizados através de sistemas distintos: os chamados sistemas 1 e 2. No sistema 1 (intuitivo), o processo mental envolve decisões tomadas de forma automática, espontânea, com pouco esforço e sem controle voluntário, cujo sistema abrange as intuições, as impressões, as pré-concepções e os vieses cognitivos. O sistema 2 (deliberativo), por sua vez, o processo de pensamento é controlado, sendo que a decisão é controlada por regras, tomadas lentamente e com grande esforço mental, cujo sistema abrange as atividades mentais relacionadas à concentração e ao raciocínio lógico. Esclarece Kahneman que a relação entre os dois sistemas é complexa, pois os processos mentais do sistema intuitivo possuem uma tendência a cometerem erros sistemáticos em circunstâncias específicas e a serem afetados por vieses cognitivos que pode ser minimizada, mas não totalmente controlada pelo raciocínio desenvolvido no sistema deliberativo. Dessa forma, concluiu que, dada a impossibilidade de se evitar totalmente que erros sistemáticos e vieses cognitivos afetem a tomada de decisão, o melhor que se pode fazer é identificar as situações em que os enganos e inclinações são mais prováveis a fim de tentar minimizar sua interferência nos processos de tomada de decisão (2012, p. 38-39).

⁵ A Teoria Integradora da Argumentação Jurídica, de Neil MacCormick, procura “mostrar os caminhos em direção à razoabilidade na tomada de decisão”, pois “entre a fonte do direito e a norma geral e abstrata, entre a norma e o fato concreto que desperta um pedido de aplicação dessa norma, e entre tudo isso e a decisão de aplicação da norma, há um processo controverso de interpretação e argumentação.” (Maccormick, 2009, p. 16).

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

mais persuasivos e objetivos, deduções, silogismos e decisões consequencialistas (Maccormick, 2009, p. 19).

Desse modo, o autor de *Retórica e o Estado de Direito* sustenta que a qualidade da argumentação jurídica é um parâmetro avaliativo para mediar a qualidade do Estado de Direito, cujo dever dos juízes de mostrar fidelidade ao Direito e ao Estado de Direito é mais bem realizado “no contexto de justificações cuidadosamente construídas, fundamentando as decisões judiciais. Afirmções de razões superficiais, simplesmente recitando uma regra e imputando um significado a ela no contexto dos fatos de um caso, são insuficientes” (Maccormick, 2009, p. 371).

Portanto, defende Maccormick (2009) que os processos decisórios ou formadores do direito devem ser pautados na razão, para a busca da decisão mais justa possível, integrando os raciocínios dedutivo e argumentativo, competindo ao magistrado observar critérios de universalidade, consistência, coerência e consequência para a solução argumentativa.

No entanto, Marcelo Novelino observa que “para dizer como os juízes devem decidir, é necessário saber como eles são capazes de decidir, o que exige, em certa medida, o conhecimento das razões pelas quais determinados fatores extrajurídicos tendem a influenciar o comportamento deles e em que tipo de circunstâncias há maior probabilidade de que isso venha a ocorrer” (2015, p. 243-244).

A propósito do tema, Marcelo Novelino assevera que o comportamento judicial é influenciado indiretamente por predisposições (“fatores cognitivos”) e preferências políticas (“fatores ideológicos”) dos juízes, “as quais são conformadas pelo mesmo conjunto de eventos e forças que atingem os demais membros da sociedade” (2015, p. 256-257). Conforme anota Jorge Trindade, “as decisões humanas – como qualquer ato humano – estão impregnadas de elementos de natureza subjetiva”, sendo fundamental refletir sobre “as motivações oriundas do mundo interno, pois existe o risco de seu prevailecimento cego sobre a realidade externa” (2011, p. 60).

A esse respeito, Chapper, citando Juarez Freitas, refere que é imprescindível um maior controle da subjetividade do julgador, especialmente em razão dos estudos sobre o funcionamento do cérebro e “os pronunciados riscos de enviesamentos (“biases”) na interpretação do mundo, e nessa medida, na compreensão do Direito” (2015, p. 13-17).

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Como consequência, a compreensão do fenômeno decisório não pode prescindir da escuta do não dito – os atalhos mentais e vieses cognitivos (vícios de julgamento) que influenciam e distorcem o processo e o julgamento na seara judicial.

É evidente que os automatismos mentais associados podem conduzir à tomada de decisões injustas. Nesse particular, a obediência automática aos códigos internos ou externos é suficiente para influenciar o processo de tomada de decisões judiciais. Daí porque somente estudos sistemáticos e com amostras ampliadas podem demonstrar a possibilidade de conhecer o processo da tomada de decisão.

De acordo com Jorge Trindade,

É importante estar atento, com certa vigilância epistemológica, aos perigos que uma reflexão do universo jurídico engendra a partir das cognições relativistas, que não poderão ser negligenciadas nem pelo estudioso do direito, nem pelo perito do comportamento humano. Não paira dúvida sobre a importância de discutir e de descobrir – no sentido de desvelar – as ilusões individuais e coletivas, as crenças e os mecanismos inconscientes que podem presidir as tomadas de decisões, embora a questão fundamental do direito, e principalmente da justiça, como fenômeno humano universal, transcenda os aspectos de uma motivação particular de ordem apenas emocional (2011, p. 62).

Favorável ao estudo proposto, a melhor alternativa para que não ocorra um alargamento em demasia do conceito de probidade reside na aplicação do princípio da proporcionalidade (nas dimensões adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) em relação às condutas desonestas ou ineficientes. Embora, do ponto de vista doutrinário, se considere relevante a dificuldade em se obter uma definição precisa de probidade administrativa, tanto pelas divergências da doutrina,⁶ quanto pela íntima ligação entre os conceitos probidade e moralidade administrativa, a verdade é que são institutos autônomos à luz do texto constitucional e da legislação infraconstitucional (Clementel, 2017; Zimmer, 2019).

Para além do debate acadêmico, o certo é que a proteção à probidade administrativa sempre foi uma preocupação do legislador brasileiro (dada a diversidade de normas jurídicas

⁶ Freitas (1996), Giacomuzzi (2002), Camarosano (2006), Figueiredo (2009), Martins Júnior (2009) e Justen Filho (2014) sustentam que a probidade é mera especificação ou subprincípio da moralidade administrativa, ou ainda, um dever jurídico imposto aos agentes públicos; já Di Pietro (2009) e Carvalho Filho (2011) defendem que moralidade é princípio constitucional e a improbidade resulta da violação deste princípio.

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

que foram editadas ao longo dos anos) e dos tribunais da república no enfrentamento da improbidade administrativa.

Nesse contexto, o presente trabalho objetiva analisar importante questão para o controle judicial da (im)probidade administrativa: os vieses cognitivos no processo e julgamento da improbidade administrativa em razão da existência de conceitos jurídicos indeterminados na Lei nº 8.429/92 que formam a pré-compreensão dos atores judiciários.

É preciso compreender que a influência de vieses cognitivos determina a qualidade do processo e do julgamento na tomada da decisão judicial. Importa advertir, no entanto, que está na natureza dos vieses a dúvida sobre como eles influenciam e como é possível reconhecer seus sinais no processo e no julgamento de ações civis públicas por ato de improbidade administrativa.

Assim, a partir do paradigma hermenêutico constitucional e para os limites do presente estudo, trata-se de defender a tese da necessidade de valoração racional da fundamentação da decisão judicial no âmbito da improbidade administrativa, em especial para a correção de falhas interpretativas na caracterização da legitimidade passiva do agente público e do particular, da tipicidade do ato de improbidade, da culpabilidade do agente (responsabilidade subjetiva), e do ônus da prova e de seus modelos de constatação, sendo estes o objeto de preocupação desta pesquisa.

Esse é o problema hermenêutico a ser desviesado e enfrentado no presente artigo.

Formula-se, ao final, uma proposta material-reflexiva para a questão.

2. VIESES COGNITIVOS NO PROCESSO E JULGAMENTO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A atividade jurisdicional constitui-se na permanente avaliação cognitiva de pessoas, argumentos, provas, costumes, precedentes, leis e sanções, com o objeto de interpretar, justificar e aplicar o Direito, sendo certo que “toda e qualquer interpretação tem lugar de algum modo no cérebro do intérprete” (Fernandez, 2017).

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Nas iniciais das ações de improbidade administrativa é muito comum a ancoragem,⁷ fenômeno cognitivo o qual consiste em se basear em valores contratados entre os poderes públicos e empresas para a prestação de serviços públicos.

Por exemplo, o Ministério Público pede a devolução ao erário pelo valor do contrato firmado pelos agentes públicos e pelas empresas, quando, na grande maioria dos casos, os serviços foram regularmente prestados. Esse valor tomado como referência pelo Ministério Público para o ressarcimento ao erário não tem fundamento – v.g., não foram mensurados e calculados eventuais desvios de valores, indícios de superfaturamento ou falta de prestação de serviços – sendo muitas vezes utilizados como âncoras para influenciar negativamente na opinião pública e, especialmente no processo e no julgamento das ações de improbidade administrativa.

Além disso, outra tendência nas iniciais das ações de improbidade é ancorar contra todos os agentes públicos da administração pública (por exemplo: Prefeito, Secretário, Presidente de Comissão de Licitações e Procurador Municipal) e contra todos os particulares, sejam eles grupos econômicos, empresas ou sócios, sem individualizar a conduta de cada um dos agentes públicos e das pessoas jurídicas e físicas, no intuito de equiparar os conceitos de responsabilidade, culpabilidade, causalidade e imputação, e, assim, conduzir o magistrado a erros cognitivos de julgamento.

Outro problema nas ações de improbidade diz respeito às alegações de órgãos acusadores de tentarem confirmar⁸ suas alegações com base em citações de “jurisprudência dominante”, ignorando elementos probatórios trazidos pela defesa, o que pode provocar decisões equivocadas, em razão da forte tendência da mente humana de tentar identificar padrões naquilo que é aleatório.

⁷ “O viés da Ancoragem (*anchoring*) faz com que a exposição prévia a uma informação nos leve a considerá-la fortemente na tomada de decisão ou na formulação de estimativas, independente de sua relevância para o que é decidido ou estimado. Um dos principais motivos para isso é que nossa mente tende a avaliar de forma ineficiente as magnitudes absolutas, precisando sempre de um ponto de referência para basear suas estimativas e julgamentos.” Comissão de Valores Mobiliários. **Série CVM Comportamental: Vieses do Investidor**. Vol. 1, 2015. Disponível em <http://www.investidor.gov.br>.

⁸ “O viés de Confirmação (*confirmation bias*) descreve a tendência de as pessoas interpretarem informações de forma a confirmar suas próprias convicções. Ou seja, se confrontarmos aquilo que já sabemos com um conhecimento novo, as nossas crenças e certezas têm um peso maior. Além disso, esse viés se refere também à tendência da mente humana de ignorar informações que contradigam suas crenças.” Comissão de Valores Mobiliários. **Série CVM Comportamental: Vieses do Investidor**. Vol. 1, 2015. Disponível em <http://www.investidor.gov.br>.

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

É recomendável ao juiz examinar as fontes disponíveis e a qualidade das informações recebidas, certificando-se de que dispõe de todos os dados necessários e suficientes para a tomada de decisão.

Assim, como “os desvios cognitivos estão presentes em toda atividade cerebral” (Freitas, 2013a), trata-se de delimitar o presente problema investigativo no contexto do processo e julgamento de ações de improbidade administrativa, especialmente a respeito das hipóteses de configuração da legitimidade passiva do agente público e do particular, da tipicidade do ato de improbidade, da culpabilidade do agente (responsabilidade subjetiva), do ônus da prova e de seus modelos de constatação, que devem ser, todos, justificados, motivados e fundamentados racionalmente nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa à luz da Constituição Federal e da Lei nº 8.429/92.

Nesse sentido, passe-se ao exame dos elementos abaixo, comuns a todas as ações de improbidade administrativa, que podem ser manipulados por vieses, “com os seus erros grosseiros, ou sutis de avaliação e atribuição causal” (Freitas, 2013a), que comprometem a interpretação, a compreensão e o controle racional da atividade jurisdicional em matéria de (im)probidade administrativa:

(a) *Legitimidade passiva*: o agente público⁹ será o autor do ato lesivo ao ordenamento jurídico, pois as três espécies de atos de improbidade previstas na Lei nº 8.429/92 (arts. 9º, 10 e 11) exigem sua conduta (improbidade própria); enquanto o particular/terceiro¹⁰ – pessoa física

⁹ Cf. Lei nº 8.429/92, Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

¹⁰ Cf. Lei nº 8.429/92, Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

ou jurídica – que induzir, concorrer ou se beneficiar do ato de improbidade praticado pelo agente público, será o partícipe (improbidade imprópria).

O primeiro estágio de incidência do viés de confirmação corresponde, na esfera do processo judicial, àquela postura em que o órgão acusador desconsidera determinadas regras e elementos importantes relacionados à legitimidade passiva do agente responsável pela prática do ato de improbidade, deixando-se guiar apenas por sua vontade e consciência, imerso na própria subjetividade, no intuito de apenas confirmar seus desejos e crenças preconceituosas, a fim de atribuir a novos agentes, públicos ou privados, idêntica responsabilidade.

São comuns, nas ações de improbidade julgadas pelo Judiciário em face de grupos econômicos, as frequentes armadilhas mentais para que empresas e sócios respondam conjuntamente por atos de improbidade. A Lei de Improbidade, contudo, aplica-se somente ao beneficiário direto do ato ímprobo, mormente em face do comprovado dano ao erário público, nos termos do artigo 3º da Lei nº 8.429/92 e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,¹¹ por indução, concurso ou benefício que ultrapasse a esfera patrimonial da pessoa jurídica, bem como quando configurado abuso da personalidade jurídica da empresa, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, a teor do artigo 50 do Código Civil.

Assim, se determinada sócio não obteve qualquer acréscimo patrimonial ou mesmo se determinada empresa não se locupletou de verba pública sem a devida contraprestação contratual, deverão ser excluídas do polo passivo, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão assim ementado:

[...] 5. A lei de improbidade administrativa aplica-se ao beneficiário direto do ato ímprobo, mormente em face do comprovado dano ao erário público. Inteligência do art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa. No caso, também está claro que a pessoa jurídica foi beneficiada com a prática infrativa, na medida em que se locupletou de verba pública sem a devida contraprestação contratual. Por outro lado, em relação ao seu responsável legal, os elementos coligidos na origem não lhe apontaram a percepção de benefícios que ultrapassem a esfera patrimonial da sociedade empresária, nem individualizaram sua conduta no fato imputável, razão pela qual não deve ser condenado pelo ato de improbidade. 6. Recurso especial provido em parte. (REsp 1127143/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 03/08/2010)

Nesse sentido, como enfrentar o problema dos vieses cognitivos no exame da legitimidade passiva de grupos econômicos, empresas e sócios, se, legal e jurisprudencialmente,

¹¹ STJ, REsp 1127143/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 03/08/2010.

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

não há como responsabilizar conjuntamente particulares que não induziram, concorreram ou se beneficiaram, eis que impossível é a responsabilização de diferentes grupos econômicos, empresas e sócios à luz do mesmo ato de improbidade. Isso porque a responsabilidade por ato de improbidade administrativa é sempre individual e, portanto, subjetiva.

Assim, não havendo (comprovado) desvio de finalidade de cada uma das pessoas jurídicas que fazem parte do grupo econômico ou de confusão patrimonial com seus representantes legais ou sócios¹², não se pune, de forma automática e sob o viés de equivocada atribuição causal. Nesses casos, compete ao intérprete ou ao juiz o devido controle jurisdicional na tomada de decisão, a partir de um filtro rigoroso e reflexivo do material probatório trazido aos autos pelo órgão acusador, justificando racional e sistematicamente a tomada de decisão.

(b) *tipicidade*: muito comum nas ações de improbidade é a tentativa dos órgãos acusados enquadrarem¹³ a improbidade administrativa como mera irregularidade ou mesmo ilegalidade, a fim de influenciar a tomada de decisão, o que tem gerado uma profusão de ações de improbidade em tramitação no país que, por ausência de um efetivo controle das decisões que recebem as petições iniciais das ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, tem se observado o uso político da Lei nº 8.429/92.

Tal enquadramento visa prejudicar a capacidade de decidir, pois, como se sabe, as ações são recebidas sob o genérico argumento de proteção do interesse público. O juiz por vezes acaba meramente homologando o recebimento da petição inicial da ação de improbidade, aceitando, passivamente, essa “escolha prévia” do órgão acusador, obnubilado pelos vieses do enquadramento e do *status quo*.¹⁴

¹² STJ, REsp 1071741/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24/03/2009, DJe 16/12/2010; AgRg no REsp 422.583/PR, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 20/06/2002, DJ 09/09/2002.

¹³ O Efeito de Enquadramento (*framing*) é o viés que descreve como a tomada de decisão pode ser afetada pela maneira como o problema é formulado ou pela forma como as opções são apresentadas/enquadradas. Comissão de Valores Mobiliários. **Série CVM Comportamental: Vieses do Investidor**. Vol. 1, 2015. Disponível em <http://www.investidor.gov.br>

¹⁴ O viés do *Status Quo* (*status quo bias*) consiste na preferência por manter o estado atual, seja por não fazer nada ou por insistir em uma decisão já tomada, ainda que uma mudança possa representar a escolha mais proveitosa, proporcionando um aumento de bem-estar. Comissão de Valores Mobiliários. **Série CVM Comportamental: Vieses do Poupador**. Vol. 2, 2015. Disponível em <http://www.investidor.gov.br>.

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Ora, para fins de enquadramento da conduta de agentes públicos e particulares nas figuras típicas previstas na Lei de Improbidade, e o respectivo exame judicial da improbidade, não podem divorciar-se de premissa ontológica relativa ao próprio conceito de improbidade administrativa.

Uma infração à legalidade (ilegalidade) não se constitui *tout court* em improbidade administrativa. É noção assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que “*não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente.*” (STJ, REsp 827.445/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 08/03/2010; AgRg no REsp 1352541/MG, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.02.13). Daí se afirmar que “*a improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade*” (REsp 807.551/MG, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 05.11.07).

Contudo, cotidianamente, são distribuídas, recebidas e sancionadas pelo Judiciário, à luz dos vieses do enquadramento e da confirmação, ações de improbidade baseadas, fundamentalmente, em condutas meramente irregulares ou mesmo ilegais de agentes públicos no desempenho da função administrativa.

Diversamente, a doutrina e a jurisprudência têm reiteradamente exaltado à impropriedade da equiparação, para fins de sancionamento, de uma mera ilegalidade ao conceito de improbidade administrativa.¹⁵ Não basta, para a configuração da improbidade administrativa haver uma mera

¹⁵ Cf. a jurisprudência do STJ: “[...] 3. A confusão entre esses conceitos (e, por extensão, a confusão entre quaisquer outros conceitos) sempre leva a reflexão jurídica (ainda que bem intencionada) a resultados nefastos; conduz inevitavelmente o raciocínio a impasses lógicos e também éticos, cuja solução desafia a cognição dos atos em análise sem as pré-concepções comuns (ou vulgares) quanto às suas estruturas e aos seus significados; ainda que a linguagem usual empregue um termo (ilegal) por outro (ímprobo), o julgamento judicial há de fazer (sempre) a devida distinção entre ambos. 4. Essa proposta nada tem de vanguardista e nem de garantismo jurídico radical: ela (a proposta) resulta da observação da tendência – aliás inexplicavelmente bastante generalizada - de se considerar, automaticamente, como ímprobos as condutas ilegais e, assim, aplicar-se aos seus agentes (aos agentes das condutas ilegais) as sanções (ásperas sanções) da Lei 8.429/92 (Lei da Improbidade). 5. É bem provável, sem dúvida, que a confusão conceitual que se estabeleceu entre a ilegalidade e a improbidade provenha do caput do art. 11 dessa Lei, porquanto ali está apontada como ímproba a conduta (qualquer conduta) ofendente dos princípios da Administração Pública, entre os quais se inscreve o famoso princípio da legalidade (art. 37 da Constituição), como se sabe há muito tempo. 6. A aplicação cega e surda desse dispositivo (art. 11 da Lei 8.429/92, caput) leva, sem dúvida alguma, à conclusão judicial (e mesmo quase à certeza ou à convicção judicial) de que toda ilegalidade é ímproba e, portanto, o seu autor (da ilegalidade) sujeita-se às sanções previstas para essa conduta. 7. Mas há um grave engano (ou uma brutal simplificação) nessa percepção, pois somente o decisionismo pode inspirar tal assertiva: se fosse consistente a postura de identificar a improbidade na ilegalidade, toda vez que se concedesse uma ordem de habeas corpus ou um mandado de segurança, por exemplo, a autoridade impetrada (num e noutro caso), deveria responder por improbidade (pois a ilegalidade de seu ato achava-se indubitosa), o que seria - convenhamos - um rematado absurdo jurídico. 8. Portanto, a ilegalidade e a improbidade não

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

violação à ordem jurídica. É preciso que o ato impugnado, além de ilegal, seja (i) qualificado pelo elemento subjetivo da conduta do agente, (ii) comprovadamente praticado com má-fé, desonestidade ou dolo, de forma consciente e proposital, para cometer ilicitude com o objetivo de obter para si enriquecimento ilícito à custa do erário ou proporcionar vantagem indevida a quem queira favorecer, e, por fim, (iii) demonstrado que o acusado pretendeu violar o Direito e alcançar resultados proibidos, comprometendo, dessa forma, a moralidade administrativa.

Dessa forma, um segundo estágio na vida judiciária encontra correspondência no viés do enquadramento ditado pelo órgão acusador nas ações de improbidade, em especial na equivocada predisposição de equiparar ato irregular ou ilegal com ato ímprobo no afã de buscar uma condenação a qualquer custo, competindo ao juiz realizar correções normativas e adotar contramedidas técnico-processuais aos vieses cognitivos, impedindo leituras enviesadas e ampla margem de discricionariedade no ato decisório.

(c) *culpabilidade* (responsabilidade subjetiva): é comum a tentativa do Ministério Público pretender imputar a agentes públicos responsabilidade objetiva, inadmissível na seara da improbidade administrativa, sem demonstrar muitas vezes a existência individual do ato praticado, muito menos a comprovação de elemento subjetivo, ou seja, culpa grave (no caso do artigo 10 da Lei nº 8.429/92) e/ou dolo (no caso dos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/92) na conduta de gestores e servidores públicos, buscando através dos vieses da falsa coerência e do

são - em absoluto, não são - situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), eis que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, destarte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave.” (STJ, REsp 1.193.248/MG, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 18/08/2014); “[...] Não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência dominante no STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos culposa, nas do artigo 10 (v.g.: REsp 734.984/SP, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJe de 16.06.2008; AgRg no REsp 479.812/SP, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJ de 14.08.2007; REsp 842.428/ES, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 21.05.2007; REsp 841.421/MA, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 04.10.2007; REsp 658.415/RS, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 03.08.2006; REsp 626.034/RS, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 05.06.2006; REsp 604.151/RS, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08.06.2006). [...] É razoável presumir vício de conduta do agente público que pratica um ato contrário ao que foi recomendado pelos órgãos técnicos, por pareceres jurídicos ou pelo Tribunal de Contas. Mas não é razoável que se reconheça ou presuma esse vício justamente na conduta oposta: de ter agido segundo aquelas manifestações, ou de não ter promovido a revisão de atos praticados como nelas recomendado, ainda mais se não há dúvida quanto à lisura dos pareceres ou à idoneidade de quem os prolatou. Nesses casos, não tendo havido conduta movida por imprudência, imperícia ou negligência, não há culpa e muito menos improbidade. A ilegitimidade do ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade.” (REsp 827.445/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Relator p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 02/02/2010, DJe 08/03/2010)

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

otimismo excessivo, influenciar no juízo cognitivo do julgador que, lamentavelmente, poderá gerar novos vieses (confirmação e/ou enquadramento).

No entanto, corretamente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem barrado essas distorções:

[...] 1. O STJ ostenta entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Precedentes: AgRg no AREsp 20.747/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/11/2011 REsp 1.130.198/RR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; EREsp 479.812/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/2010; REsp 1.149.427/SC, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9/9/2010; EREsp 875.163/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30/6/2010. 2. In casu, pretende-se a condenação dos réus, ora recorrentes, por suposto desrespeito aos princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa). Sucede que a Corte de apelação não indicou nenhum elemento de prova direto que evidenciasse o agir doloso do administrador, baseando-se o juízo de valor em presunção de dolo, de modo que é mister a reforma do acórdão recorrido. 3. Recursos especiais providos, divergindo do relator, Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. (REsp 1192056/DF, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Relator p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17/04/2012, DJe 26/09/2012)

Vale lembrar que o Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que “é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos artigos 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do artigo 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário.”¹⁶

Isso porque qualquer imposição de sanção está condicionada à prévia aferição da conduta dolosa ou culposa de agentes públicos e privados. Deve-se ter em vista que ninguém pode ser responsabilizado somente com base na natureza do ilícito em tese e/ou por fato cometido por outrem, cujas expectativas acusatórias são inseridas no processo, a partir da escolha estratégica de julgados que confirmem essas linhas acusatórias, reduzindo-se o alcance de uma decisão correta.

No entanto, o exercício do *ius puniendi* deve considerar os elementos subjetivos da conduta do agente, à luz dos princípios da culpabilidade e da proporcionalidade, fundamentos

¹⁶ BRASIL. STJ, Jurisprudência em tese, edição nº 38. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

constitucionais do Estado Democrático de Direito (artigo 1º da CEFB) e da interpretação sistemática das garantias fundamentais (artigo 5º, incisos XLV, XLVI, LIV e LV), e que devem ser explicitados no processo e julgamento no campo do direito administrativo sancionador.

(d) *Ônus da prova e modelos de constatação*: Na fase preliminar da ação de improbidade, o artigo 17, §§ 6º e 8º da Lei nº 8.429/92 determina que o magistrado rejeite a ação civil pública quando ausentes elementos indiciários que configurem a existência de ato de improbidade.

No intuito de coibir o uso da ação para fins diversos dos que motivaram a sua criação, a Medida Provisória 2.225-45, de 04/09/2001, acrescentou ao artigo 17 da Lei nº 8.429/92, entre outros, o parágrafo sexto, por meio do qual se exige que a inicial seja “instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade”.

Como se sabe tamanha são a seriedade e a gravidade das punições previstas na Lei de Improbidade Administrativa que a doutrina afirma que a petição inicial deve conter significativos elementos que efetivamente demonstrem, ao menos, alguma probabilidade de se imputar a agentes públicos a prática de atos de improbidade administrativa. Nesse sentido, é a posição da doutrina especializada sobre o tema:

A ‘legislação vigente’ referida pelo final do dispositivo é suficientemente clara, de qualquer sorte, quando à *necessidade* de as provas dos fatos alegados na petição inicial já acompanharem a prática daquele ato. Claros neste sentido não só o art. 283 do Código de Processo Civil mas também os arts. 396 e 397, que só admitem a juntada de documentos depois da petição inicial (e da contestação) quando forem *novos*, assim entendidos aqueles ‘[...] destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos’ [...] Os documentos, as justificações, as escusas e a *conduta* de quem pretende *tipificar* ato(s) de improbidade administrativa serão analisados não só no decorrer do procedimento (mas aprofundadamente na fase instrutória), mas receberão um juízo de admissibilidade expresso e bastante profundo (até mesmo exauriente, quando a hipótese é de declaração da inexistência do ato de improbidade ou de improcedência da ação) logo após o estabelecimento do *prévio* contraditório, na forma como disciplinam os precitados §7º e 8º. Daí que a petição inicial da ação de improbidade administrativa deve ser proporcionalmente mais *substancial* do que a das outras ações que não têm esta fase preliminar de admissibilidade da inicial em contraditório tão aguda. Nestas condições, a delimitação dos fatos, da causa de pedir, e a produção da correspondente prova (quando disponível de imediato) devem ser impecáveis, sob pena de comprometer, já de início, o seguimento da ação e, até mesmo, sua rejeição *com* apreciação de mérito. (Bueno; Porto Filho, 2001, p. 145)

No entanto, ações de improbidade têm sido sistematicamente recebidas pelos juízes de primeiro grau, a fim de oportunizar ao órgão acusador a possibilidade de comprovar na fase de

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

instrução, por meio da produção de todas as espécies probatórias em direito admitidas, as premissas acusatórias, em franco desvirtuamento da fase preliminar da ação de improbidade, que é evitar o trâmite de ações temerárias. Invariavelmente, os tribunais tem mantido (viés da confirmação) o recebimento dessas ações de improbidade, sem maiores reflexões, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁷ (viés do *status quo*).

Agora, para a condenação por ato de improbidade exige-se prova hábil e segura da conduta lesiva (enriquecimento ilícito), do prejuízo ao erário ou da violação aos princípios da administração pública.¹⁸ Pata tanto, incumbe ao autor da ação de improbidade o ônus da prova¹⁹ clara e convincente sobre os fatos imputados ao suposto agente ímprobo, trazendo aos autos os elementos necessários e suficientes a comprovar a má-fé como causa de origem da prática do ato de improbidade administrativa, o que tem sido motivo de constantes predisposições automáticas e juízos equivocados na seara probatória das ações de improbidade administrativa.

Com efeito, é na fase probatória das ações de improbidade que os chamados juízos de fato – a partir de uma dada reconstrução fática – divorciado das questões de direito, conduzem a desvios cognitivos e consequentes automatismos mentais conducentes a erros sistemáticos de julgamento. Essa tendência dicotômica da atividade do juiz não se dá conta que toda prova é descritiva e compreensiva, uma vez que a pura faticidade não representa a fenomenologia do processo judicial, além da parcialidade dos interlocutores no domínio da teoria do discurso que poderá macular a imparcialidade do juiz.

¹⁷ A Segunda Turma do STJ tem decidido que “na fase preliminar de recebimento da inicial, em ação de improbidade administrativa, vige o princípio do *in dubio pro societate*, i. e., apenas ações evidentemente temerárias devem ser rechaçadas, sendo suficiente simples indícios (e não prova robusta a qual se formará no decorrer da instrução processual da conduta ímproba’”. (REsp 1.108.010/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 21.8.2009; REsp 1220256/MT, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011). Por sua vez, a Primeira Turma do STJ tem afirmado que “fundando-se em meras ilações, sem qualquer amparo em prova ou mesmo indícios de que o recorrente participou dos alegados ilícitos ou deles foi beneficiado de alguma forma”, deverá ser excluído do polo passivo da lide. (REsp 1206729/CE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/06/2012, DJe 28/06/2012).

¹⁸ TJRS, Apelação Cível Nº 70070609482, Vigésima Segunda Câmara Cível, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 15/12/2016; Apelação Cível Nº 70069447639, Quarta Câmara Cível, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 14/12/2016; Apelação Cível Nº 70070390562, Quarta Câmara Cível, Relator: Francesco Conti, Julgado em 05/10/2016; Apelação Cível Nº 70068615558, Vigésima Segunda Câmara Cível, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 28/04/2016; Apelação Cível Nº 70057351983, Terceira Câmara Cível, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 26/11/2015.

¹⁹ STJ, REsp 1314122/MG, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 03/04/2014, DJe 09/04/2014.

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Portanto, é preciso compreender que compete ao juiz examinar, de forma reflexiva, cada um dos modelos de constatação da prova – se se trata de prova meramente indiciária (incompatível com a condenação), de prova clara e convincente (*standart* intermediário das ações civis públicas de improbidade administrativa) e/ou de prova além da dúvida razoável e preponderante (ações penais) –, bem como questionar se outros juízes chegariam a mesma conclusão, a fim de mitigar os riscos dos vieses cognitivos que representam a sombra da arbitrariedade e da injustiça.

5. CONCLUSÕES

Defendeu-se, neste artigo, que o combate à má gestão pública, à corrupção e à ineficiência de atores públicos e privados e, sobretudo, o controle judicial da (im)probidade precisam estar atentos “aos vieses (biases) relevados pelas ciências comportamentais e sobre o melhor modo de lidar com eles” (Freitas, 2016), porquanto a falta de exame dos vieses cognitivos no controle judicial da (im)probidade administrativa pode gerar uma abusiva utilização da lei de improbidade para fins políticos-partidários e de afetação do mercado concorrencial de empresas e grupos econômicos prestadores de serviços públicos.

Ademais, argumentou-se que os vieses cognitivos funcionam como verdadeiros “desvios redutores” da complexidade do fenômeno jurídico, produzindo, invariavelmente, decisões judiciais equivocadas, inconsistentes e arbitrárias.

Diante dessa realidade, é preciso refletir sobre os vieses cientificamente mapeados a partir do precursor artigo do jurista Juarez Freitas (2013a) e de uma autêntica interpretação sistemática do direito, no sentido de evitar os graves desvios cognitivos no controle jurisdicional da (im)probidade administrativa, capazes de gerar um déficit na proteção da probidade administrativa ou um abuso na utilização dos instrumentos dispostos pela Lei de Improbidade Administrativa. Como explica Juarez Freitas “no processo da interpretação jurídica, os vieses estarão sempre infiltrados, visto que o intérprete tece o significado do sistema normativo, sujeito a inevitáveis influências desse tipo” (2013a), sendo certo que “a hermenêutica jurídica resulta [...] profundamente enriquecida pela compreensão dos vieses e, na sequência, pela

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

criação de hábitos alternativos, que funcionem como anteparos contra as predisposições comprometedoras do julgamento.” (2013a).

Constatou-se que com frequência não se percebe até alguém contestar ou mesmo até refletirmos mais tarde quando em determinados atos jurisdicionais (audiências e decisões) são colocadas questões enviesadas que podem passar despercebidas da atenção dos profissionais do direito por estarem, muitas vezes, mergulhados emocionalmente na acusação ou defesa, acabam impedindo um comportamento mais racional e construtivo.

Interessante mencionar neste ponto que os vieses geralmente carregam elementos emocionais que prejudicam a cognição plena e livre, sendo fundamental desenvolver uma consciência baseada na atenção, sempre que se vivenciar situações e circunstâncias valorativas no exercício profissional da advocacia.

Nesse sentido, a fim de evitar “erros sistemáticos de julgamento” compete ao intérprete jurídico um permanente estado de alerta na tomada da decisão interpretativa, porquanto “o cérebro do intérprete, em suas zonas impulsivas, produz automatismos que podem compeli-lo ao rumo errôneo, a não ser que haja tempestivo exercício do poder de veto das áreas corticais mais novas, em termos evolucionários” (Freitas, 2013a).

É válido conhecer os vieses cognitivos para que possamos enfrentá-los, aprendendo e aperfeiçoando os gatilhos específicos, a fim de diminuir seus impactos na busca da melhor resposta. É tarefa, portanto, fazer a permanente interligação de conhecimentos e conexões, uma vez que “a ciência da pós-modernidade se produz mais por ligações do que por isolamentos.” (Trindade, 2011, p. 30).

A conclusão final é a de que conhecer os condicionamentos dos vieses cognitivos é um ponto de partida, e não de chegada. Nessa tarefa, a Crítica Hermenêutica do Direito²⁰ (Streck, 2014) também poderá auxiliar no combate ao pensamento automático e no próprio controle racional das decisões judiciais, uma vez que visa, fundamentalmente, que a decisão judicial não seja proferida por ideologia, subjetividade ou interesse pessoal, contra o melhor julgamento, a melhor interpretação e a compreensão da complexidade do fenômeno jurídico.

²⁰ A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) “caracteriza-se pela exploração do elemento hermenêutico que se apresenta no cerne do fenômeno jurídico colocando enfoque, como objeto privilegiado de análise, nos problemas relativos à decisão jurídica”, como oposição à discricionariedade e ao ativismo judicial (Streck, 2014, p. 31).

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Essa perspectiva permite compreender que os vieses cognitivos deverão ser dimensionados pelos profissionais do direito em prol da melhor atuação e defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão no Estado Democrático de Direito. É papel da hermenêutica coibir arbitrariedades comissivas ou omissivas, automáticas ou reflexivas, reescrevendo/reconstruindo a história institucional do direito a partir do círculo hermenêutico, a fim de valorar racional e sistematicamente a fundamentação, sempre no intuito de dar respostas corretas no processo e no julgamento da (im)probidade administrativa, bem como orientar os comportamentos futuros através do fomento de banco de dados de julgamentos de atos de improbidade administrativa e de técnicas de prevenção, controle, tratamento e rastreabilidade de ilícitos no direito administrativo sancionador para o devido controle jurisdicional da (im)probidade administrativa.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. O Procedimento Especial da Ação de Improbidade Administrativa (Medida Provisória 2.088). **Improbidade Administrativa** – Questões Polêmicas e Atuais. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CAMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHAPPER, Alexei Almeida. Interpretação constitucional e a inovação sumular da estabilidade provisória da gestante nos contratos a prazo determinado. **Revista de Direito & Justiça da PUCRS**, Porto Alegre, v. 41, n. 1, jan-jun, 2015, p. 13-17.

CLEMENTEL, Fabiano Kingeski. A natureza jurídica da probidade administrativa: em busca de sua densificação jurídica. **Tese de Doutorado**. Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS, 2017.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Série CVM Comportamental: Vieses do Investidor**. Vol. 1, 2015. Disponível em <http://www.investidor.gov.br>.

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERNANDEZ, Atahualpa. Hermenêutica filosófica e interpretação jurídica: por uma consciência do cérebro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 113, jun 2013. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13237&revista_caderno=15>. Acesso em jul. 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibição administrativa**: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e os principais vieses. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, jan/mar., 2016, p. 93-105.

_____. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, v. 40, n. 130, jun., 2013a, p. 223-244.

_____. Hermenêutica e desvios cognitivos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 13, jan-jun, 2013b, p. 277-308.

_____. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3. ed. rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Do princípio da proibição administrativa e sua máxima efetivação, **Revista de Direito Administrativo**, n. 204, p. 5-84, abr./jun. 1996.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002.

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibição administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVELINO, Marcelo. O STF e a opinião pública (cap. 8). SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. São Paulo: Forense, 2015, p. 243-271.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed., rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ZIMMER, Fabiano Nobre. Governança Corporativa e Corrupção: A importância da proibição empresarial para a boa administração e governança de sociedades de economia mista. **Dissertação de Mestrado**. Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS, 2019.