REVISTA JURÍDICA DO MPRO
ano 3 - nº4 - jan-dez/2020

MINISTÉRIO PÚBLICO E VIESES NA INDUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

PROSECUTION SERVICE AND BIASES IN PUBLIC POLICIES INDUCTION PROCESS

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau[1]
Samuel Alvarenga Gonçalves[2]

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar a correlação entre os vieses cognitivos e heurísticas no processo de julgamento e tomada de decisões envolvendo a indução de políticas públicas por intermédio do Ministério Público no âmbito do Judiciário. Para tanto, mostra-se salutar compreender a maneira pela qual um eventual subjetivismo institucional pode influenciar negativamente a atuação do *Parquet* no momento de se atuar em litígios complexos dotados de notória dificuldade técnica, tais como aqueles que envolvem as decisões acerca de políticas públicas.

Palavras-chaves: Litígios Complexos, Heurísticas, Acesso à Justiça.

ABSTRACT: This article aims to analyze the correlation between cognitive biases and heuristics in the process of judgment and decision making involving the induction of public policies through the Prosecution Service in the Judiciary. Thus, it is important to understand the way in which an eventual institutional subjectivism can negatively influence the performance of the Public Prosecutor's Office when dealing with complex and high technical difficulty litigation,such as those involving public policy decisions.

Keywords: Complex Litigation, Heuristics, Access to Justice.

1 Graduação em Pedagogia e em Direto. Doutorado em Direito e Processo Coletivo e Mestrado em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG. Professora Associada IV lecionando Direito Processual Civil e Práticas dialógicas na graduação, e Direito e Processo Coletivo na pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Pesquisadora do Programa Universitário de Apoio às Relações de Trabalho e à Administração da Justiça (PRUNART). Mediadora Judicial. Diretora-Editora da Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Email: tthibau@gmail.com.
2 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia. E-mail: samuelalvarengagoncalves@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O tema ora analisado já contou razoavelmente com a preocupação da doutrina pátria (CAMBI; ALMEIDA; MOREIRA, 2018) e diz respeito aos mecanismos de efetivação de direitos fundamentais e sociais pelo Ministério Público, diante da ineficiência ou omissão das instâncias ordinariamente legitimadas, entenda-se, o Poder Executivo.

A matéria tem sido o centro de grandes debates sobre os limites de uma atuação jurisdicional por vezes considerada excessiva ou mesmo desconectada da realidade administrativa em relação à qual se propõe a modificar (ARENHART, 2009). E nesse contexto, seguramente o Ministério Público tem se mostrado um dos mais atuantes atores na defesa dos direitos sociais constitucionais em nossa República, sobretudo mediante o ajuizamento de ações civis públicas com as mais diversas finalidades e variados objetivos, sempre tendo em mira a salvaguarda das coletividades afetadas.

Assim, o presente artigo tem por escopo alertar e recair sua atenção sobre um momento anterior à própria judicialização de matérias envolvendo a implantação de políticas públicas. E, nessa proposta, visa esquadrinhar ou buscar entender os motivos que levam o Ministério Público a atuar na tutela deste ou daquele interesse coletivo *lato sensu*.

Mais que isso, questiona-se aqui quanto ao momento em que o membro *parquetiano* lança mão do instrumental e dos poderes que a Constituição da República de 1988 lhe assegura para o independente exercício do seu mister. Como assegurar que suas escolhas foram realizadas da forma o mais racional, técnica e isenta possível, sem que haja uma indevida intromissão de suas predileções internas ou mesmo inclinações subjetivas ordenadas numa determinada direção?

Em termos mais claros, indaga-se que: ao escolher uma causa para levá-la a discussão no campo das políticas públicas, a quais influências internas e externas o membro do Ministério Público está sujeito, como identificar tais vieses e quais mecanismos se poderá adotar a fim de aumentar a transparência e *accountability* nesse tipo de atuação?

Nesse artigo, por meio de breves considerações críticas, pretende-se trazer a contribuição dos estudos ligados aos processos cognitivos de julgamento e tomada de decisões (KLUWE-SCHIAVON et al, 2018, p. 27), bem como a sua correlação com a atividade *parquetiana* afeta à indução ou implementação de políticas públicas no contexto do sistema integrado de tutela aos direitos coletivos no Brasil.

1 PROCESSOS COGNITIVOS DE JULGAMENTO E TOMADA DE DECISÕES

A compreensão das razões e motivações do comportamento humano tem sido objeto de estudo e a ela está intrincada a percepção dos grupos sociais.

Verifica-se que esses estudos foram inicialmente melhor sistematizados no campo da matemática e na economia, tendo se notabilizado posteriormente por meio de pesquisas nas áreas da psicologia e da neurociência (KLUWE-SCHIAVON et al, 2018, p. 45-46).

Especificamente no campo do Direito, não data de muito a abordagem dogmática dos processos cognitivos de julgamento e tomada de decisões, sendo ainda bastante limitados os estudos e obras a esse respeito, em que pese a importância e centralidade do tema.

CARDOSO e LINS E HORTA lembram que o sistema de Justiça em todo o mundo vem se abrindo a essa nova expansão da produção científica. Como exemplo, citam a Suprema Corte dos Estados Unidos, que tem se valido de argumentos jurídicos lastreados em evidências procedentes de genética comportamental ou das neurociências, sobretudo no campo de aplicação da lei penal (2018, p. 146).

Tem sido corrente a compreensão de que nem sempre é possível ao ser humano agir com racionalidade plena no momento de seus julgamentos e tomadas de decisão. Em tais casos, geralmente se é influenciado por percepções pessoais, atitudes instintivas e emoções, e "nem sempre essas intuições respeitam os cânones da lógica, da probabilidade ou da estatística" (LINS E HORTA; COSTA, 2017, p. 19).

Para NUNES, LUD e PEDRON, a capacidade mental que permite ao ser humano agir com base em seu instinto e intuição está viva em seu dia a dia, "em função da tendência natural de resolvermos os problemas cotidianos a partir da lógica do menor esforço aplicável, também à capacidade cognitiva humana" (2018, p. 49).

Na verdade, como explicam LINS E HORTA e COSTA, é compreensivelmente difícil, para qualquer pessoa, "decidir em desconformidade com suas próprias intuições, ainda que existam provas sólidas que apontem em sentido contrário à sua interpretação dos fatos que lhe são apresentados" (2017, p. 3).

O problema é que esse sistema de julgamento e tomada de decisões,

baseado em informações preteritamente acumuladas, em alguns casos, pode se amparar em premissas equivocadas, sendo, portanto, natural ao ser humano buscar a simplificação na resolução de questões complexas por meio de atalhos cognitivos, referidos como heurísticas (NUNES; LUD; PEDRON, 2018, p. 50).

Sobre as heurísticas, explicam LINS E HORTA e COSTA (2017, p. 18):

> Ao decidir, pessoas se valem de heurísticas, ou seja, de atalhos cognitivos a partir dos quais lidam com as limitações de tempo e com a incompletude dos dados disponíveis: certas informações são privilegiadas, certas lacunas são inconscientemente completadas, certas percepções desencadeiam reações emocionais intensas, certas projeções de significado são rejeitadas pelos incômodos que nos provocam. Nossa cognição não é tipicamente baseada em uma reflexão detida, em cálculos estratégicos e análises probabilísticas. Como nossa capacidade de processamento de informação é limitada, temos de selecionar com cuidado os objetos que receberão esse tipo de atenção, extremamente custosa em termos de tempo e energia. Necessitamos de heurísticas para viabilizar uma tomada de decisão eficiente, em que seja alcançado um nível de precisão aceitável (embora não ótimo) com um processamento cerebral que não comprometa demasiadamente a celeridade.

No mesmo sentido, são as ponderações de DELFINO e LOPES (2016) sobre essa natural tendência do ser humano na busca de atalhos e soluções mentais mais fáceis aos casos complexos, especialmente com base no seu histórico informacional acumulado ao longo da vida:

> Para resumir, sabe-se hoje que o homem: (i) possui aversão ao esforço mental e, por isso, está inclinado a não pensar suficientemente, aceitando a resposta mais agradável ou familiar; (ii) soluciona problemas sem ter acesso a todas as alternativas possíveis, apegando-se apenas em experiências passadas; (iii) sujeita-se a alterações comportamentais pela exposição a qualquer coisa influenciável (palavras, objetos, ambiente); (iv) não é imparcial ou neutro e a todo momento busca uma causalidade por não conseguir aceitar fatos sem que estejam acompanhados de uma história; (v) tem a tendência de aceitar uma informação inicial como se verdadeira fosse (efeito halo). Ou seja, é mera ilusão a crença de que o ser humano é racional e consciente acerca de todas as decisões que toma ao longo da sua existência, em especial porque o cérebro ostenta, entre os seus segredos, desvios cognitivos que afetam negativamente a qualidade da decisão.

São perigosas as escolhas institucionais, por exemplo, do Ministério Público, na defesa deste ou daquele direito, quando fundadas em premissas

irracionais, intuitivas, emocionais, religiosas, preconceituosas ou propensas a inclinações e tendenciosidades, podendo levar a decisões sub-ótimas do ponto de vista da eficiência (NUNES; LUD; PEDRON, 2018, p. 52-52).

A pressão do dia a dia numa Vara Judicial abarrotada de processos ou mesmo as quase nunca fáceis deliberações numa Promotoria de Justiça sobre a decisão de promover ou não medidas em face de determinado problema podem levar o respectivo agente político a querer agir buscando recursos que lhe permitam o menor esforço possível aliado ao maior e melhor ganho em termos de resultados.

E, exatamente por isso, parte da racionalidade do magistrado ou do membro do Ministério Público, enquanto seres humanos, pode ser afetada por conta desse seu irrefreável e inconsciente desejo de simplificação de situações difíceis, o que acaba permitindo que suas decisões e escolhas sejam plenamente influenciadas por vieses e heurísticas. É fato também que o magistrado, em cumprimento ao princípio constitucional da imparcialidade, e o membro do MinistérioPúblico, ocupado com sua tarefa de fiscal da lei, não conseguem separar de modo sempre racional o cargo que ocupam das responsabilidades que carregam em relação aos que julgam ou buscam proteger.

2 OS VIESES[3] NA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CAMPO DA INDUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Assim como é impossível uma decisão judicial ser tomada totalmente focada em pura racionalidade por parte do magistrado, também o são as escolhas feitas pelos membros *parquetianos* quando decidem atuar mediante a tutela coletiva na indução de políticas públicas.

Aliás, variadas pesquisas e trabalhos ao longo do século XX foram fundamentais para demonstrar a "interação dinâmica entre processos cognitivos abstratos e emocionais básicas durante decisões em diferentes cenários" (KLUWE-SCHIAVON et al, 2018, p. 37). Por isso, ainda que dotado do mais escorreito caráter e zelo quanto aos seus deveres, o juiz ou o promotor podem se mostrarem enviesados sem ao menos se darem conta disso, prejudicando a própria imparcialidade no julgamento (NUNES; LUD;

3 Em razão da limitação e dos fins do presente artigo, não será possível uma apresentação pormenorizada acerca dos variados exemplos concretos de vieses cognitivos que são explorados pela doutrina. Para uma específica abordagem sobre o tema, recomenda-se fortemente a leitura de: COSTA, Eduardo da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. 187f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os viesse cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPodivm, 2018.

PEDRON, 2018, p. 75).

À frente de seu mister, o membro do Ministério Público poderá encontrar fortes pressões sociais, geralmente ampliadas pela exposição midiática, que lhe motivarão a instaurar um inquérito civil público em defesa da sociedade. E, em regra, os fatos que chegam ao conhecimento do Promotor de Justiça realmente possuem lastro fático que evidencia a inação do Estado ou o não cumprimento da política pública naquela área em questão.

São conhecidos os exemplos de violação a direitos difusos e coletivos *stricto sensu* que podem sugerir a instauração de expedientes ministeriais para apurar a responsabilidade do Poder Executivo e sua omissão em realizar políticas públicas dos mais variados tipos: falência do sistema penitenciário e socioeducativo; fornecimento de transporte escolar e compra de livros didáticos; desativação de um lixão e aterros irregulares; a ampliação maciça de vagas em creches e leitos em UTI; credenciamento de clínicas para tratar pessoas em estado de drogadição; criação de programas sociais de moradias populares destinadas a pessoas em situação de rua; contratação de médicos nas mais diversas especialidades para o atendimento público (tais como cirurgiões, anestesiologistas, cardiologistas, ortopedistas etc.); pavimentação asfáltica ou recuperação de estradas; implantação de iluminação pública e obras de saneamento básico; criação de políticas de assistência às mulheres vítimas de violência doméstica; combate ao desmatamento ilegal; melhoria do sistema de acolhimento institucional de menores; aquisição de medicamentos e estruturação da assistência farmacêutica; contratação de professores tutores para acompanhar menores com necessidades especiais; implantação de centro de zoonose e construção de um local para recolher animais de rua e tantas outras situações quanto podem ser geradas em decorrência da vida social que vem se tornando cada vez mais complexa.

E, justamente nesse universo multifacetado de incontáveis escolhas institucionais e decisões jurídicas, deve-se questionar: De que maneira as convicções pessoais e demais vieses podem influenciar negativamente a atuação de um colegitimado à tutela coletiva e o julgamento de um magistrado? Como se sabe, infinitos são os problemas a serem enfrentados em qualquer município, mas finitos são os recursos.

Por isso, embora muito tradicionalmente o estudo do tema seja mais vividamente percebido na seara do processo penal, entende-se igualmente pertinente a compreensão desses vieses e a investigação dessas variáveis preditivas na seara do processo coletivo, judicial e extrajudicial. Os direitos coletivos em sentido lato, caracterizados em sua ampla maioria enquanto direitos sociais constitucionais, merecem tratamento especial. E as decisões

em torno desses se refletem de modo estendido para além das esferas do Judiciário, sendo também objeto de envolvimento do Executivo e, não raras vezes, impondo atuação do Legislativo (a exemplo do que precedeu a promulgação da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006, em defesa das mulheres em situação de violência doméstica).

Assim que:

> (…) é interessante notar que o ajuizamento de ações coletivas que versam sobre questões dessa natureza vêm transformando as relações entre os três Poderes no Brasil, Executivo, Legislativo e Judiciário, em um sentido potencialmente democrático, uma vez que tem acarretado uma intensa mobilização do Judiciário para decisões macropolíticas no país e crescente presença do Ministério Público no exercício da representação funcional de interesses estratégicos da sociedade. Depreende-se, pois, que as ações coletivas constituem valiosos instrumentos por meio dos quais novos espaços de discussão são criados, contrapondo interesses coletivos a interesses estatais e exigindo novas formas de práticas democráticas, além de servir como lugar de afirmação de novos direitos e de participação social na construção da agenda pública (VIANNA; BURGOS, 2002, p.484-485 *apud* THIBAU; REIS, 2009, p. 32).

Por outro lado, importa afirmar que o *iter* para a implantação de políticas públicas diversas não está isento de sofrer grandes distorções a depender das influências culturais, pessoais, sociais, políticas, religiosas e institucionais dos membros do sistema de Justiça incumbidos daqueles casos que chegarem ao Judiciário, oportunizando-se que aflorem os seus vieses cognitivos e heurísticas no momento de tomada das decisões.

Se, desde há muito, os estudiosos do mercado financeiro têm percebido esses vieses ou desvios de racionalidade em relação ao comportamento dos investidores, de acordo com TABAK e AMARAL (2018), é importante a compreensão de como semelhantes vieses podem impactar as decisões dos agentes formuladores de políticas públicas bem como o comportamento dos agentes regulados por tais políticas.

Segundo a doutrina, "O combate aos vieses cognitivos decisórios observados nos formuladores de políticas públicas é fundamental para garantir que a intervenção estatal não incorra em regulamentações ineficientes e tendenciosas em decorrência da racionalidade humana limitada" (TABAK; AMARAL, 2018, p. 472).

Mesmo no âmbito do Poder Executivo, os seus agentes públicos, responsáveis pela formulação das políticas públicas, podem agir levando-se

em conta seus próprios interesses pessoais seja na "busca da maior receita possível destinada pela administração, visibilidade, possibilidades de promoção e prestígio profissional" (TABAK; AMARAL, 2018, p. 474), seja como estratégia para obtenção de favores políticos atuais ou futuros.

Portanto, em se tratando de políticas públicas, não é excepcional se deparar com julgamento e tomada de decisões desvirtuadas durante todo o processo de sua implantação, desde a sua concepção e formulação, até a fase do cumprimento de uma determinada ordem judicial visando a sua concretização no plano fático.

Parece claro que a ausência de estudos sobre os motivos de escolhas de determinadas políticas públicas compromete a observância da eficiência na gestão pública administrativa e, ao final, pode levar à prática de ações que culminem em resultados altamente indesejáveis, desvirtuados, insuficientes, desnecessariamente onerosos ou simplesmente incapazes de promover a finalidade pública e o interesse social almejados.

> Uma política mal formulada pode: a) apresentar benefícios notoriamente satisfatórios, mas a custos desnecessariamente altos; b)atingir objetivos diferentes daqueles pretendidos; c) perseguir problemas triviais sem alcançar a raiz do problema enfrentado; d) favorecer grupos específicos, utilizando recursos públicos, sem um critério razoável de justiça distributiva. O resultado dessas más políticas usualmente são críticas de que o governo, na prática, cria mais obstáculos do que efetivamente contribui para a vida do cidadão e do mercado (TABAK; AMARAL, 2018, p. 475).

Entende-se que uma escolha institucional sobre a formulação de políticas públicas pelo Ministério Público deve passar por um árduo escrutínio de considerações por parte do seu membro, envolvendo desde a análise de questões fáticas, abordagens jurídicas e a compreensão de fenômenos sociológicos como o próprio conteúdo dos conceitos de moral, justiça e bem comum.

De acordo com a doutrina, cabe ao Ministério Público o controle das decisões administrativas dos gestores públicos no tocante à qualidade das deliberações envolvendo políticas públicas; contudo, faltariam ao próprio órgão *parquetiano*

> (…) as ferramentas jurídicas que gerem contingências comportamentais capazes de modificar o ambiente político, e que lhe permitam gerenciar relações de reforço/punição aptas a impulsionar o comportamento dos agentes públicos no sentido desejado pela coletividade (TABAK; AMARAL, 2018, p. 476).

Na ordem jurídica pátria, a tutela das coletividades tem sido exercida com grande afinco e empenho pela Instituição Ministerial, promovendo uma autêntica e diuturna batalha na efetivação dos direitos transindividuais e individuais homogêneos, especialmente nos casos envolvendo questões traumáticas como o acesso à saúde, educação, moradia, renda mínima, respeito aos grupos minoritário, meio ambiente natural equilibrado entre vários outros.

Entretanto, há algumas ponderações reflexivas que devem ser enfrentadas: até que ponto essa defesa intransigente do texto constitucional pode tornar-se apaixonada ou parcialmente enviesada? Como evitar que a escolha adotada pelo Promotor de Justiça seja o menos possível influenciada por suas pré-concepções individuais que em muito podem prejudicar os demais interesses coletivos *lato sensu*?

O fato é que uma infindável coleção de estímulos extrajurídicos, formações e pré-convicções pessoais pode nitidamente influenciar no processo de julgamento e tomada de decisão, especialmente exagerando ou flexibilizando indevidamente determinadas consequências ou escolhas.

Tem sido mais comum na seara do Direito a produção de artigos sobre vieses cognitivos e sua influência especificamente no campo da decisão judicial. CARDOSO e LINS E HORTA (2018, p. 148-160) nos trazem uma rica compilação de abalizadas pesquisas em todo o mundo que se dedicaram a identificar estas externalidades, variáveis jurídicas ou factuais que influenciam no julgamento judicial em casos tanto reais quanto fictícios. Abaixo, seguem alguns fatores que as pesquisas vêm apontando:

a) se os juízes estão recém-alimentados ou não, o cansaço dos julgadores e seus níveis de glicose no momento da sentença influenciam na decisão sobre a liberdade provisória ou não dos indivíduos;

b) o quantitativo de processos para serem julgados no dia (metas) e o tempo útil disponível em casos envolvendo concessão de fiança podem obrigar os magistrados a adotarem estratégias mais simples do ponto de vista da análise dos fatos e com menor profundidade teórica;

c) juízes que são pais de filhas são mais propensos a julgar favoravelmente causas envolvendo mulheres que sofrem discriminação no emprego e sobre direitos reprodutivos;

d) preconceitos raciais implícitos são passíveis de interferir no percentual de condenações de pessoas negras;

e) juízes federais norte-americanos são diretamente influenciados por sua filiação política no contexto da interpretação da Constituição;

f) características pessoais dos acusados (como a beleza, altura, peso, cabelos, aspectos da vestimenta etc.) podem ter um valor maior do que a observância da própria jurisprudência e dos precedentes judiciais que incidam sobre o caso;

g) as pré-convicções que um magistrado ostente sobre determinado assunto (se favorável ou contra) podem levar a considerar legítima ou não a eventual ação da polícia para dispersar a multidão em manifestações públicas sobre aborto ou homofobia, a depender da filiação do julgador àquela pauta política;

h) em júris simulados, réus de boa aparência, com melhor situação financeira e mulheres tendem a ser tratados com maior leniência;

i) mulheres obesas são alvos de mais acentuado viés condenatório do que mulheres com peso mediano ou consideradas atraentes segundo o senso comum;

j) ainda na esfera penal, os juízes tendem a ser mais severos com acusados quando o consideram uma pessoa de hábitos moralmente reprováveis, de caráter questionável ou quando não se identificam com eles em nenhum aspecto.

Sob semelhante abordagem, ABREU, GOUVEIA e COLARES (2018, p. 661-687) contribuem com a discussão, apresentando resultados de pesquisas sobre o comportamento judicial e seu possível enviesamento.

Segundo apurou-se, juízes mais velhos (acima de 65 anos) tendem a ser mais receptivos a julgar demandas envolvendo discriminação etária, não havendo qualquer influência ou relação, por exemplo, quando este mesmo juiz, em razão de sua idade, decide sobre preconceitos de gênero e raça. De outra banda, a formação religiosa de juízes cristãos, evangélicos, protestantes ou judeus foi considerada fator de influência (em maior ou menor grau) no processo de tomada de decisões, especialmente envolvendo direitos de homossexuais, pena de morte, discriminação de gênero, obscenidades e defesa de pessoas lesadas e economicamente vulneráveis (ABREU; GOUVEIA; COLARES, 2018, p. 678-685).

Outrossim, na seara da tutela coletiva, em regra, sempre haverá de ter disputas e conflitos entre vários grupos sociais e por vezes até mesmo dentro do próprio grupo (VITORELLI, 2016). Não se duvida, por exemplo, do grau

de desacordo que pode ser verificado em ações civis públicas ajuizadas para que coletividades economicamente carentes possam manter suas moradias (quase sempre construídas de forma precária) em áreas ambientalmente protegidas e de especial relevância no contexto da preservação daquela localidade e até mesmo de espécies ameaçadas de extinção.

Buscar identificar as razões que levaram o membro ministerial a mover esta ou aquela ação civil pública passa a ser visto como um importante indicador na efetividade dos direitos sociais. Em outros termos, não basta mais que um Promotor de Justiça apenas ajuíze uma ação civil pública; é necessário que se consiga identificar plenamente os fundamentos de sua escolha.

Em uma determinada realidade fática, em que várias políticas públicas de caráter coletivo, as quais estão previstas pela Constituição da República de 1988, ainda não foram implementadas a contento pelo Poder Público, questiona-se: quais seriam os melhores critérios a serem adotados pelo Ministério Público entre tantas possíveis demandas? Quais escolhas foram adotadas e por quê? E, além disso, como seria possível minimizar a atuação dos diferentes tipos de vieses do agente político em sua deliberação inicial?

Observa-se nessa parte da análise que é necessário atentar-se criticamente para os seguintes pontos: condução de soluções extrajudiciais, a realização de audiências públicas e reuniões setoriais, a propositura de termos de ajustamentos de conduta e outras medidas, tudo isso pode assumir um caráter incrivelmente prejudicial caso o membro do Ministério Público esteja sob insuperável influência de algum sentimento pessoal ou, ainda, tomado de nítidos vieses cognitivos e das heurísticas na formulação de suas escolhas.

A apresentação do Ministério Público, por vezes, como um infalível promovedor da Justiça e defensor da sociedade, de certa forma, pode ser vista ou considerada relativamente como um viés, especialmente se levada a um patamar de cegueira para os demais contextos sociojurídicos envolvidos.

Se o membro do MP se permitir ser guiado absurdamente por suas convicções, percepções, experiências ou emoções pessoais e pelas pressões sociais e midiáticas sobre determinados assuntos no momento da decisão sobre a tomada ou não da medida coletiva, os reflexos de suas deliberações podem vir a representar um verdadeiro retrocesso, visto que tais decisões estarão permeadas de subjetivismo tendencioso e indesejável.

A própria ambiência institucional e os comportamentos dos pares

dentro da carreira à qual pertença o agente podem ter o condão de moldar ou influenciar o membro *parquetiano* em seu processo de escolha, sendo o mesmo raciocínio aplicável aos magistrados, seja quando atuam monocraticamente ou em atividade colegiada.

Entretanto, é essencial pontuar que há uma divisão constitucional entre as atribuições desses dois agentes do sistema de Justiça (Magistrado e membro do Ministério Público), fato que pode ajudar a minimizar a afetação dos vieses internos e externos quando da atuação de cada qual, daí a importância de haver a possibilidade de um certo controle institucionalizado. Nesse sentido, no âmbito da promoção dos direitos sociais constitucionais ou coletivos em sentido amplo, tal controle pode diminuir as margens do subjetivismo das decisões desses parceiros, seja no ajuizamento, seja no acompanhamento ou fase decisória das ações civis públicas.

Assim, é importante mencionar que na:

> (…) trajetória de identificação dos limites ao controle judicial, verifica-se que o processo – sobretudo o processo coletivo – desempenha funções primordiais, pois a presença de representantes adequados para a defesa dos interesses coletivos, a atuação judicial proativa, a possibilidade de produção de uma instrução probatória qualificada, a abertura de canais à participação dos interessados e os efeitos coletivos da decisão são capazes de ensejar um debate amplo e aprofundado sobre grande parte dos aspectos e interesses envolvidos no caso concreto, com vistas a produzir uma decisão judicial que não represente mera substituição do crivo do administrador pelo crivo judicial, mas uma decisão que seja produto do diálogo instaurado no curso do processo, levando-se em consideração os pontos de vista dos interessados a fim de produzir uma decisão efetivamente democrática que possa suprir a omissão ou a negligência do administrador (THIBAU; REIS, 2009, p.36).

De toda forma, é imprescindível que se busque equilibrar os vieses externos e internos, tanto aqueles agregados aos colegitimados quanto aos magistrados, e que possam produzir efeitos perniciosos à tutela das coletividades.

3 TRANSPARÊNCIA E TENTATIVA DE REDUÇÃO DOS VIESES NA ATUAÇÃO *PARQUETIANA*

Em litígios de alta complexidade, como aqueles que envolvem direitos coletivos,tornam-se ainda mais necessárias a verificação e a *accountability* acerca das motivações institucionais que serviram de mote à atuação e escolhas feitas pelo membro ministerial. Aventuras jurídicas e experimentalismo

institucional não são mais aceitos em tempos atuais. A interferência drástica, por exemplo, na estrutura administrativa de um município não pode ser alvo de atuação amadora desse legitimado coletivo. Se o autor da ação não é capaz de demonstrar, com precisão, as razões, motivos, base e fundamentos do seu pedido a um nível de profundidade razoável, o processo instaurado com tais falhas não passará de um inocente caderno de boas intenções, mas sem qualquer seriedade ou efeito prático. Pior ainda será se dessa ação resultar um julgamento descontextualizado de mérito, promovendo a coisa julgada coletiva dotada de efeitos erga omnes.

Importante lembrar também que a execução de um pedido envolvendo litigância de alta complexidade tende a ser seguramente uma das partes mais traumáticas de todo o processo, especialmente quando envolvem a completa remodelagem da rede ou estrutura de atendimentos e serviços públicos.

Desse modo, o autor do pedido precisa reunir previamente uma série de informações e dados para que consiga acionar o Judiciário de forma idônea e passível de êxito. O caso é que a falta de experiência dos colegitimados coletivos no Brasil para lidar com esse tipo de cenário, sem estrutura, tem permitido o ajuizamento de ações coletivas de difícil ou quase impossível execução da eventual pretensão concedida pela decisão final. A formação quase sempre apenas jurídica dos colegitimados ativos — especialmente dos provenientes de Instituições públicas — em regra não os habilita a pensar na solução do problema de maneira global e multidisciplinar do ponto vista ou sob a perspectiva do administrador público.

Dessa forma, nada ou muito pouco adiantará ao colegitimado coletivo em demandas complexas a formulação pedidos abstratos e genéricos, desfalcados das informações e dados capazes de permitir a construção dialogada e plural de uma solução inteligente e exequível. A previsibilidade concreta dos resultados e os mecanismos para a sua checagem durante todo o processo assumem igual relevância nesse contexto. O pedido, por assim dizer, deve passar por um teste de coerência e vitalidade para que possa ser aceito, sob pena de se estar diante de um processo natimorto.

A transparência, a não surpresa e a efetiva escuta dos grupos atingidos em seus direitos (direta ou indiretamente) também são pilares nesse processo. O pedido do autor coletivo deve se submeter ao crivo da legitimidade popular para merecer o respaldo perante o Judiciário. Por isso, o provimento buscado não pode ser fruto exclusivo e unilateral das inclinações e percepções subjetivas do colegitimado ativo, muito menos do julgador.

Por tais fundamentos, um dos grandes desafios no dia a dia da prática jurídica é justamente a missão de se reunirem mecanismos que consigam suplantar justamente a porção blindada do processo cognitivo do juiz e/ou de membro do Ministério Público. [4]Isso porque, é muito difícil a identificação de defeitos ou vícios numa decisão judicial ou numa escolha ministerial se tais atos não violam, de forma muita clara, as regras legais, os direitos constitucionais ou os princípios regentes do processo.

A esse espaço de atuação blindada dos agentes políticos dentro do processo judicial dá-se o nome de *solipsismo*, como explicam NUNES e DELFINO (2018, p. 123):

> (…) fala-se em *solipsismo judicial* para expressar um espaço de subjetividade blindado ao exercício da *accountability*, ou seja, alheio ao sistema de controle do poder decisório imposto pelo devido processo constitucional nesse plano, pela participação decorrente do contraditório dinâmico. A decisão judicial solipsista nasceria a partir do labor solitário do julgador.
> O *juiz solipsista* é o arquétipo do *decisor* que não se abre ao debate processual, aquele que se basta, encapsulado. Atua de maneira isolada, compromissado unicamente com a sua própria consciência, sem perceber as benesses que o espaço processual pode viabilizar em termos de legitimidade, aperfeiçoamento e eficiência.

Contudo, é difícil imaginar como lidar com vieses cognitivos e heurísticas no âmbito de uma decisão judicial ou na verificação das escolhas institucionais realizadas pelos Promotores de Justiça.

A doutrina vem apontando algumas medidas que podem ser salutares para aperfeiçoar o sistema de Justiça mediante o denominado desenviesamento ou *debiasing*; (CARDOSO; LINS E HORTA, 2018, p. 165-167):

a) é importante a conscientização de que os vieses existem e importam tanto quanto as influências extrajurídicas;

b) o dever de fundamentação e justificação das decisões e escolhas deve assumir um patamar superior, especialmente levando-se em conta os motivos determinantes da via eleita e das conclusões exaradas;

---

4 Segundo nos apresenta Eduardo da Fonseca Costa, em excelente trabalho sobre o tema: "Dificilmente haverá um grau zero de parcialidade ou imparcialidade total, que propicie uma atmosfera 'pura' de objetividade. Uma neutralidade asséptica de vieses é praticamente impossível. Todavia, embora sempre reste algum quid de enviesamento, vale a pena lutar contra ele. Ao fim e ao cabo, essa batalha se confunde com a própria luta da Civilização contra seus atavismos, irracionalidades, quase-racionalidades e animalidades ancentrais, que ao longo da história insistem em assaltar a humanidade. Daí a importância de caminhar em direção a esse ideal e desenvolver cada vez mais linhas de pesquisa em tecnologia comportamental" (COSTA, 2016, p. 144).

c) deve-se permitir a retirada de certas decisões das mãos de julgadores que, sabidamente enviesados, não possuem a isenção e a imparcialidade necessárias para atuar na causa (técnica também conhecida como insulamento ou *insulating*);

d) por fim, não se pode ignorar o uso de tecnologia, algoritmos judiciais e técnicas de *machine learning* que, em alguns casos, têm se mostrado mais acurados no julgamento de causas na área penal.

Vale notar que tais sugestões, embora referidas ao âmbito das decisões judiciais, podem e devem ser acolhidas e observadas igualmente no âmbito do Ministério Público.

Como antes dito, se um Promotor de Justiça decide acionar o Judiciário para a implementação de uma política pública, ele deve fornecer ou materializar de forma bastante clara as razões de ter eleito como preponderante a defesa deste ou daquele direito social, bem como os motivos que lhe conduziram a atuar desta ou daquela forma (judicial ou extrajudicialmente). Sem essa espécie de *accountability*, há nítida fragilidade do próprio controle social e institucional das decisões e das escolhas do membro do Ministério Público, situação que não mais se coaduna com o estágio em que se encontra a atual sociedade civil marcada pela complexidade das relações, ansiosa por direitos e desorganizada em vários aspectos e setores.

Talvez, de todas essas tentativas de desenviesamento, o dever de se proceder a uma fundamentação verdadeiramente superior possa ser um dos caminhos que permitirão o resgate do prestígio do processo enquanto instrumento útil à resolução dos conflitos sociais.

Em síntese, realmente há que se entender que decisões judiciais ou escolhas institucionais sempre conterão alguma forma de enviesamento, visto que advindas de seres humanos dotados de falibilidade e singularidades próprias. Por isso, esse modelo meramente adjudicatório, do silogismo fato-lei, puramente reativo, permeado de indevidos e quase inevitáveis subjetivismos, pode mesmo não ser a melhor opção estratégica quando se lida com a implantação de políticas públicas.

O próximo passo, especialmente na seara jurisdicional, talvez seja o de compreender outras formas de julgamento em sede de litigância complexa, sem esses naturais gargalos e obstáculos aqui pontuados. E, acima de tudo, que permitam aos afetados pelas decisões participarem da sua construção.

A lógica que permeia a fruição de direitos constitucionais sociais é mais complexa do que a simples emanação de ordens judiciais calcadas

no paradigma da argumentação jurídica. A ciência política oferece vários modelos teóricos de discussão sobre os processos indutivos de políticas públicas a partir de uma visão estrutural, explicando "a lógica da ação pública, as regras de funcionamento, suas continuidades e rupturas, interações de atores e instituições nos processos políticos, além da distribuição de recursos" (REYMÃO; CAÇAPIETRA, 2018, p. 548).

A judicialização de políticas públicas não pode, portanto, manter-se alheia às discussões propiciadas pela ciência comportamental e sua interação no plano da arquitetura da decisão. Existem fundamentos teóricos para a escolha ou não de uma política pública pelo administrador público fora do ambiente adjudicatório clássico (modelo jurisdicional padrão). Ignorar esses influxos ou desprezar esses *insights* pode acarretar na perpetuação de um sistema decisionista certamente contaminado pela utilização inconsciente dos atalhos heurísticos na solução de questões muito complexas e que raramente são enfrentadas a contento no seio de uma ação civil pública comum.[5]

CONCLUSÃO

O julgamento de processos envolvendo litígios de interesse público é uma das mais importantes ferramentas de promoção da dignidade humana, na medida em que permite o acesso a direitos sociais constitucionais, especialmente pela população mais vulnerável e/ou invisibilizada pelas complexas relações sociais já instaladas.

Como todo agir humano, as estruturas decisórias em processos judiciais não são imunes a interferências e vieses cognitivos por parte de seus julgadores e dos membros do Ministério Público, agentes institucionalmente envolvidos no processamento das ações civis públicas em defesa das coletividades.

As pré-compreensões e motivações implícitas dos magistrados e dos agentes *parquetianos* podem influenciar negativamente no momento de se decidir acerca de escolhas envolvendo políticas públicas. Tais escolhas deveriam ser racionais e atender ao melhor interesse das coletividades defendidas, sendo importante oportunizar a participação dessas nos processos decisórios que as afetarem.

5 "(…) o julgamento e a tomada de decisão devem levar em consideração não apenas só as perspectivas externas, do ponto de vista macro político, mas principalmente o fato de que os indivíduos reagem aos incentivos da política pública com determinado comportamento. Não se pode olvidar que heurísticas e vieses permeiam o pensamento, produzindo erros na tomada de decisão. Assim, arquiteturas de escolhas melhor formatadas, com a observância das percepções cognitivos-comportamentais, poderão produzir políticas públicas mais eficientes e efetivas, ou seja, com melhor relação custo-benefício e impactantes na vida das pessoas e, por conseguinte, garantindo maior efetivação dos direitos sociais" (REYMÃO; CAÇAPIETRA, 2018, p. 564).

De outro lado, sabe-se que esse tipo de litigância é altamente complexo, e dotado de notória dificuldade técnica, sendo que a decisão em torno da arquitetura das escolhas no jogo da concretização de direitos sociais deve ser feita sem qualquer tipo de amadorismo ou experimentalismo.

O estudo dos vieses cognitivos e das heurísticas como fatores metajurídicos à seara da judicialização das políticas públicas é hoje fundamental para a oxigenação do sistema de Justiça e, cada vez mais, deve ser trazido para dentro da seara jurisdicional e do Ministério Público como elemento integrador no *design* da decisão envolvendo o tema da efetivação dos direitos sociais em tempos atuais.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de Abreu; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia Colares. **Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasilia, v. 8, n. 2, p. 661-687, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário.** *Custos Legis* – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal [*online*], a. I, n. I, 2009. Disponível em: <https://revistacustoslegis.wordpress.com/2016/04/18/as-acoes-coletivas-e-o-controle-das-politicas-publicas-pelo-poder-judiciario/>. Acesso em: 28 mai. 2020.

CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Gregório Assagra de; MOREIRA, Jairo Cruz. **30 anos da Constituição de 1988 e o Ministério Público:** avanços, retrocessos e novos desafios. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

CARDOSO, Renato César; LINS E HORTA, Ricardo de. **Julgamento e tomada de decisões no Direito.** *In*: MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo. Julgamento e tomada de decisões. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018, p. 143-168.

COSTA, Eduardo da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério:** proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. 187f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. **Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky:** todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. Revista de Processo, São Paulo, a. 41, v. 255, p. 141-166, mai. 2016.

KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GUIMARÃES, Isabela Sallum; MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; GRASSI OLIVEIRA, Rodrigo. **Julgamento e tomada de decisões:** conceitos gerais. *In*: MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo. Julgamento e tomada de decisões. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018, p. 25-46.

LINS E HORTA, Ricardo de; COSTA, Alexandre Araújo. **Vieses na decisão judicial e desenho institucional:** uma discussão necessária na era da pós-verdade. Cadernos Adenauer XVIII (Política e Judiciário) [*online*], Rio de Janeiro, Fundação Konrad Adenauer, n.1, p. 11-34, jun. 2017. Disponível em: <https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=46b87cc1-e2e1-8e81-0473-8c391fbdb3a4&groupId=265553>. Acesso em: 27 mai. 2020.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais:** um estudo sobre os viesse cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____; DELFINO, Lúcio. **Do dever de análise de todos os argumentos (teses) suscitados no processo, a apreciação da prova e a *accountability*.** *In*: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio (Coords.). O fim do livre convencimento motivado. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 121-143.

REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; CAÇAPIETRA, Ricardo dos Santos. **Políticas Públicas e a concretização de direitos sociais:** tomada de decisão, arquitetura de escolhas e efetividade. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasilia, v. 8, n. 2, p. 543-566, 2018.

TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. **Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasilia, v. 8, n. 2, p. 472-491, 2018.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; REIS, Ludmila Costa. **As ações coletivas e a judicialização de políticas públicas no Estado Democrático de Direito:** possibilidades e limites. Revista MPMG Jurídico, Belo Horizonte, v. 17,p. 33-36, jul./ago./set. 2009.

VIANNA, Luiz Wernneck; BURGOS, Marcelo Baumann. **Revolução processual do direito e democracia progressiva.** *In:* VIANNA, Luiz Wernneck (Org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 484-485.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo:** dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.