

Economic Analysis of Law Review

O Viés de Retrospectiva na Economia Comportamental: Como Atenuar seus Efeitos na Administração Tributária

Hindsight bias in behaviorial economics: how to reduce its effects in tax assessment

André Folloni¹

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Pamela Varaschin Prates²

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Paula Tatyane Cardozo Stemberg³

Universidade Federal do Paraná

RESUMO

O objetivo deste artigo é sugerir formas de atenuar ou neutralizar os efeitos do hindsight bias, ou viés de retrospectiva, na apuração de tributos. Para tanto, o artigo inicia explicando o que é hindsight bias, um viés de comportamento bastante comum por meio do qual tendemos a supor, no presente, que o resultado de eventos passados era provável, ou mesmo certo, agora que esse resultado é conhecido; embora, no passado, o resultado pudesse ser incerto ou, mesmo, imprevisível. Em seguida, o artigo explica a preocupação doutrinária e jurisprudencial com os efeitos do viés de retrospectiva no exterior e as soluções jurisprudenciais adotadas por cortes de vários países. O artigo, então, caracteriza o procedimento de lançamento por homologação como especialmente sujeito aos efeitos do hindsight bias, uma vez que a Fazenda Pública julga o comportamento do contribuinte cinco anos após aquela conduta ter sido adotada. O estudo conclui recomendando, então, a aplicação do artigo 112 do Código Tributário Nacional como um meio, posto insuficiente, de atenuação dos efeitos do viés de retrospectiva, e sugerindo a adoção de duas novas regras para o direito tributário brasileiro, que entendemos mais eficazes na mitigação desses efeitos.

Palavras-chave: Economia comportamental; viés de retrospectiva; desenvolvimento; tributação; direitos fundamentais.

JEL: K13

ABSTRACT

The purpose of this paper is to suggest ways to mitigate or neutralize the effects of hindsight bias in tax assessment. To do so, the article begins by explaining hindsight bias, a very common behavioral bias whereby we tend to assume, in the present, that the result of past events was probable, or even certain, now that this result is known, although in the past the outcome could have been uncertain or even unpredictable. Then, the article explains the jurisprudential and doctrinal concern with the effects of hindsight bias and the jurisprudential solutions adopted by courts in several countries. The paper, then, characterizes the tax assessment procedure named “homologation” as especially subject to the effects of hindsight bias, since the tax agents judge the behavior of the taxpayer five years after that conduct was adopted. The study concludes by recommending, then, the application of Article 112 of the Brazilian Tax Code as a means of mitigating the effects of hindsight bias, though limited, and by suggesting the adoption of two new rules for Brazilian tax law, which we consider most effective to mitigate these effects.

Keywords: Behavioral economics; hindsight bias; development; taxation; fundamental rights.

R: 27/02/20 **A:** 24/04/20 **P:** 30/04/20

¹ E-mail: folloni.andre@pucpr.br

² E-mail: pratesvpamela@gmail.com

³ E-mail: paulastemberg@gmail.com

1. Introdução

Quando julgamos, no presente, uma decisão tomada no passado, tendemos a avaliar aquela decisão com as informações que temos atualmente disponíveis. Contudo, essas informações, frequentemente, não estavam à disposição daquele que precisou tomar a decisão no passado. Isso significa que temos tendência a fazer um julgamento enviesado: ao julgar aquela decisão, valemo-nos de informações que não existiam quando a decisão foi tomada. Essa distorção na avaliação posterior é chamada de viés de retrospectiva.

Os agentes de fiscalização tributária, ao realizarem autuações fiscais, fazem uma avaliação “*ex post*” da decisão tomada, no passado, pelo contribuinte, a respeito de se e como cumprir suas obrigações tributárias, principais ou acessórias. O contribuinte precisa decidir entre pagar ou não pagar, e que quantia pagar; ou, mesmo, por declarar ou não declarar os fatos de determinado modo. Para isso, precisando fazer uma interpretação de fatos e normas a partir das informações de que dispõe naquele momento. Em até cinco anos depois, a fiscalização tributária julgará se aquela decisão tomada pelo contribuinte foi juridicamente correta. Ao fazê-lo, terá à sua disposição cinco anos de interpretações, decisões, divergências, debates e consensos, que não estavam disponíveis ao contribuinte quando a decisão a respeito de declaração e pagamento fora tomada.

A reavaliação feita pela administração tributária está, portanto, sujeita ao viés de retrospectiva, e nisso consiste o problema da presente pesquisa. O objetivo desse artigo é examinar possibilidades de evitar o *hindsight bias* e seus efeitos em autuações fiscais. O estudo parte da hipótese de que há formas de se tentar evitar o *hindsight bias*, trabalhadas pela doutrina especializada, que podem ser utilizadas em autuações fiscais, sofisticando a tarefa do fisco e reduzindo as possibilidades de erro.

Para tanto, dividimos o artigo em três partes. Inicialmente, verificamos no que consiste o *hindsight bias*, expondo sua conceituação pela doutrina e evidenciando como se dá esse fenômeno em processos de julgamento de decisões. Nesse primeiro ponto, estudaremos as contribuições de Baruch Fischhoff, Daniel Kahneman, Amos Tversky, Jeffrey Rachlinski e Doron Teichman. Em seguida, veremos como a doutrina sugere mecanismos para evitar o viés de retrospectiva e os erros de julgamento que comumente acarreta. Nesse momento, traremos os estudos de Erin Harley e Jeffrey Rachlinski sobre formas de mitigar o *hindsight bias* em decisões judiciais, a contribuição de Cass R. Sunstein e Christine Jolls sobre a possibilidade de redução do viés pela lei, e o relato de decisões judiciais em cortes estrangeiras que, demonstrando preocupação com o referido viés, criaram mecanismos interessantes de *debiasing*, na tentativa de evitar ou reduzir seus efeitos. Ao final, exporemos brevemente a forma mais comum de apuração de tributos no Direito Tributário brasileiro, indicando como a tributação, em especial no momento do lançamento por homologação e no da autuação fiscal, está sujeita ao *hindsight bias*, e propondo alternativas para evitar esse viés, valendo-nos, inclusive, de previsão do Código Tributário Nacional que pode ser interpretada como prevenção de efeitos de viés de retrospectiva.

2. Viés de retrospectiva (*hindsight bias*) e as heurísticas

O *hindsight bias* é um viés comportamental que se manifesta quando, no presente, uma pessoa julga uma decisão tomada no passado, por si mesma ou por outrem. Chamamos a primeira decisão, tomada no passado, de decisão “prospectiva”, uma vez que se volta para o futuro. A segunda decisão, que avalia a primeira e decide a respeito de sua correção, é denominada decisão

“retrospectiva”, porque se volta para o passado, precisamente porque tem o propósito de avaliar se a decisão anterior foi correta. Como a segunda decisão, retrospectiva, vale-se de informações que, eventualmente, não estavam presentes quando a decisão anterior foi tomada, ela pode incorrer no equívoco de desconsiderar essa assimetria informacional. Ela pode julgar como incorreta uma decisão do passado, levando em conta algo que se sabe no presente, mas que era desconhecido quando a decisão anterior foi tomada, sem se dar conta de que está julgando como incorreto o que, na época, poderia ser havido como correto, ou ao menos razoável, plausível, diante da informação de que se dispunha.

Imaginemos o sujeito que, sem acesso à meteorologia, olha o céu azul, sem nuvens, e decide sair de casa sem guarda-chuva. Durante o dia, chove. Já sabendo que choveu, o sujeito decide que sua decisão anterior foi equivocada, irracional ou não razoável, porque era óbvio que ia chover. Mas, não: pela manhã, era impossível prever que choveria, e a chance de chover parecia bastante remota, quase inexistente, e essa avaliação era bastante plausível e razoável. O erro decorre do *hindsight bias*: depois do fato, tendemos a supor que sempre sabíamos que o resultado era provável, senão certo (THALER, 2016, p. 22). Há um exagero a respeito da inevitabilidade de uma consequência que, no momento da ação, não parecia inevitável (DOOMEN, 2011, p. 233). E isso, simplesmente, porque o resultado, de fato, ocorreu (JOLLS, 2007, p. 121). Entretanto, sob o ponto de vista de quem estava no passado, o resultado não era certo, nem provável, muitas vezes sequer imaginável, daí o julgamento da decisão passada ser enviesado, tendencioso e potencialmente equivocado. Além de superestimar a probabilidade de ocorrência de um evento, o viés de retrospectiva promove uma simplificação exagerada sobre o comportamento que deveria ter sido adotado (TABAK; AMARAL, 2018, p. 481)

Em artigo seminal, Baruch Fischhoff explica as diferenças existentes entre o juízo retrospectivo e o juízo prospectivo: o juízo retrospectivo tem conhecimento do resultado, que de sua perspectiva está no passado, enquanto o juízo prospectivo não tem, porque o resultado, para aquele juízo, estará no futuro. Para Fischhoff (1975, p. 288), saber o resultado é uma variável que pode afetar o julgamento feito no juízo retrospectivo a respeito do juízo prospectivo. Essa ciência do resultado aumenta a percepção de que sua ocorrência era provável – dizemos, então: “estava na cara que isso ia acontecer!”. O problema é que, em muitos casos, as pessoas não estão cientes dos efeitos que a ciência do resultado promove em suas percepções e como ela é capaz de distorcer seus julgamentos – fazer parecer que “estava na cara”, que “era evidente”, aquilo que não era, criando uma falsa sensação de determinismo (*creeping determinism*). Fischhoff usa as noções de “heurísticas”, presentes no trabalho de Amós Tversky e Daniel Kahneman, para explicar a questão. Três heurísticas são apresentadas: representatividade, disponibilidade e ajuste.

Julgadores sob influência da heurística da representatividade (*representativeness*) percebem os resultados como prováveis quando eles correspondem ou representam características importantes da situação em que estão envolvidos. Quando já se conhece o resultado, é mais fácil supor que esse resultado, de fato, corresponde à situação da qual ele surgiu. Por exemplo: e temos o estereótipo de que bibliotecários são geralmente pessoas introspectivas, e vemos uma pessoa introspectiva que é bibliotecária, podemos aceitar que era óbvio supor que aquela pessoa introspectiva era uma bibliotecária, depois que sabemos que ela de fato é, quando, em rigor, isso não era nada óbvio – ela poderia ter muitas outras profissões em vez daquela. A sensação de obviedade surge porque “introspectividade” e “ser bibliotecário” são características que se correspondem no nosso imaginário (KAHNEMAN; TVERSKY, 1974, p. 1124).

A heurística da disponibilidade (*availability*) implica que a informação disponível, que vem à mente, pode distorcer a avaliação de probabilidade. Um bom exemplo é a pessoa que avalia o risco de ataque cardíaco em pessoas de meia-idade considerando a experiência pessoal da família ou de conhecidos. Se meu pai, meu tio e meu vizinho, todos com 50 anos, tiveram ataque cardíaco,

concluo que a probabilidade de ataque cardíaco em homens de 50 anos é alta. Essa conclusão é enviesada, distorcida pela minha experiência pessoal e pela informação que tenho disponível (KAHNEMAN; TVERSKY, 1974, p. 1127).

Os autores trabalham, ainda, a heurística de ajuste e ancoragem (*adjustment and anchoring*). Comumente, fazemos estimativas desde um ponto de partida, e a partir dali fazemos ajustes, mas as estimativas e ajustes são sempre dependentes daquele ponto de partida, isto é, estão nele ancoradas. Fosse outros os pontos de partida, as estimativas seriam outras, o que significa que elas são enviesadas, distorcidas pelo ponto de partida adotado, que frequentemente é arbitrário ou discutível. O ponto de partida acaba sendo o ponto de ancoragem, e o ajuste tenderá estar enviesado à referência ancorada. Uma experiência interessante, reportada pelos autores, é a seguinte. Suponha que seja preciso estimar o percentual de países africanos na ONU. O cientista elige então um número arbitrário (ex: 30) e pede para que as pessoas digam se o número de países africanos na ONU é mais ou menos que 30%. Conforme o número inicial arbitrário escolhido (naquele experimento, por sorteio), as respostas variam, e chegam a percentuais bem diferentes. Na experiência em que o número inicial é 10, a estimativa ficou em 25%; quando o número inicial foi 65, a estimativa ficou em 45%. Sendo o ponto de ancoragem 10, a estimativa foi menor; com o ponto de ancoragem em 65, a estimativa foi maior (KAHNEMAN; TVERSKY, 1974, p. 1128).

Outros estudos relacionam o viés de retrospectiva a distorções de memória, inevitabilidade e previsibilidade (NESTLER; BLANK; EGLOFF, 2010). Tendemos a crer que lembramos de um evento passado, mas essa lembrança se ancora em informações posteriores. Como explica Bruno Stefani Ferreira de Oliveira, “...a memória não é projetada para recordar os eventos passados, mas sim para adaptar-se ao futuro. Sua principal função não é a recordação fiel dos fatos, mas fazer o passado ter sentido” (OLIVEIRA, 2017, p. 65). Assim, quando, no presente, recordamos eventos passados, tendemos a dar a eles um sentido que, no passado, eles não tinham. A esse fenômeno juntam-se a inevitabilidade e a previsibilidade: olhando para o passado, podemos acreditar que a consequência que realmente ocorreu era inevitável, quando em rigor não o era; além disso, podemos supor que aquela consequência era previsível desde o passado, embora, no momento anterior, não fosse de fato possível prever o que se sucederia. Para tornar as coisas ainda mais difíceis, as pessoas apresentam a tendência de recolher seletivamente a informação que confirma o que hoje eles sabem que é verdadeiro, o que igualmente implica voltar-se para o passado com um entendimento enviesado (ROESE; VOHS, 2012; HÖLZL; KIRCHLER; WALENTA, 2002).

As heurísticas pouco têm a ver com aspectos motivacionais, como penalidades e recompensas, ou com *wishful thinking*; contudo, assim como esses, também induzem decisões e comportamentos. Ao mesmo tempo que são úteis, até mesmo indispensáveis para a vida cotidiana, essas crenças podem levar a erros sistemáticos de avaliação e julgamento, e estão entre os responsáveis pelo viés de retrospectiva na reavaliação posterior de decisões anteriores.

3. Viés de Retrospectiva no Direito

Aquelas heurísticas são importantes elementos que demonstram que, muitas vezes, não são estatísticas ou probabilidades que afetam as decisões, e que decisões podem ser irracionais por vários motivos, entre eles o *hindsight bias*. Com base nessas ideias, Fischhoff realizou quatro experimentos, que demonstram a presença dessas heurísticas no julgamento do juiz retrospectivo (FISCHHOFF, 1975; FISCHHOFF; BEYTH, 1975). Influenciado por essas heurísticas, o julgador retrospectivo, que sabe o que aconteceu, ajusta a sua percepção à luz desse conhecimento, passando

a acreditar que não seria possível ou, ao menos, que seria muito difícil que ocorresse de outra forma, quando, do ponto de vista do julgamento inicial, essa percepção não existia nem era previsível. Quando apresentamos um caso a um juiz, ele o examina a partir de todas essas heurísticas: têm representações sobre fatos semelhantes em sua experiência, tem disponíveis algumas informações, mas não outras, e parte de pontos de partida que ancoram seu julgamento, ainda que ele sofra adaptações durante o processo. Um julgador examinando um caso de negligência, por exemplo, tenderá a achar que a conduta do acusado era reprovável porque sabe que ela resultou em algo negativo (KOVACIC; COPPER, 2012, p. 785).

Os resultados dos experimentos de Fischhoff foram replicados em vários estudos, em diversas áreas do direito. No direito corporativo, por exemplo, discute-se a possibilidade de se verificar o *hindsight bias* em litígios corporativos, em casos em que os tribunais têm de analisar as decisões tomadas por administradores de empresas, para analisar se foram negligentes (TEICHMAN, 2014, p. 357). Em tais casos, constatou-se, com base em experimentos, a tendência de ser julgadas como negligentes as decisões tomadas pelos membros da diretoria da empresa que, no entanto, não tinham, naquele momento, as mesmas informações de que o tribunal dispunha, inclusive o resultado da decisão, que embasa a heurística dos julgadores (STALLARD; WORTHINGTON, 1998, p. 679).

Outro caso em que se verificou a presença do *hindsight bias* é o das patentes. Nos Estados Unidos da América, para que se consiga uma patente, o requerente deve provar que a sua invenção não era óbvia. Diante disso, Doron Teichman explica que os julgadores têm que viajar no tempo para avaliar a invenção. Quando o *hindsight bias* está presente, os julgadores consideram óbvias invenções que, à época, não poderiam ser tidas como óbvias a partir dos elementos então disponíveis (TEICHMAN, 2014, p. 358). As próprias cortes norte-americanas já manifestaram preocupação com esse viés quando advertiram para não se cair no uso de *hindsight* ao determinar o que era ou não óbvio. Nos julgados, encontram-se manifestações dizendo que as cortes devem se precaver contra a tendência de tratar como óbvio algo que parece simples à luz da retrospectiva, mas que não era no momento da invenção. A própria Suprema Corte tem decisões no mesmo sentido.⁴

Jeffrey Rachlinski também realizou diversos experimentos para analisar a influência do *hindsight bias* nas decisões de jurados, juízes e cortes. Em um artigo, realizado em coautoria com Chris Guthrie e Andrew Wistrich, os autores enumeram três razões pelas quais juízes, muitas vezes, decidem intuitivamente (isto é, conforme o que já acreditam), e não deliberativamente (isto é, avaliando cuidadosamente os elementos de cada caso). Uma das razões é, exatamente, o *hindsight bias* (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2007, p. 25).

Os juízes estão sujeitos ao *hindsight bias* assim como qualquer pessoa. Sempre que o processo demandar uma avaliação “*ex post*” do comportamento, isto é, depois do fato, as cortes podem falhar em ignorar que têm a informação do resultado, enquanto o comportamento objeto de decisão não tinha. De acordo com os estudos de Doron Teichman, os julgadores de decisões “*ex post*” (juízo retrospectivo) tendem a assumir que certos eventos eram mais prováveis do que o agente poderia ter antecipado “*ex ante*” (juízo prospectivo), em clássica manifestação desse viés (TEICHMAN,

⁴ “Solution of this question is not free from difficulty, and in considering it the court must be continually on guard against the natural tendency to treat as obvious something which appears simple in the light of hindsight, but which may not actually have been so at the time of the invention.” UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. **Teleflex Incorporated v. American Chain & Cable Co.** Julgado em janeiro de 1967. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov>>. Acesso em 25 de novembro de 2019. “They may also serve to “guard against slipping into use of hindsight,””. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Graham et al v. John Deere Co. of Kansas City et al.** Julgado em outubro de 1966, disponível em: <<http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep383/usrep383001/usrep383001.pdf>>. Acesso em: 25 de nov.de 2019.

2014, p. 360).

Daniel Kahneman relata que o *hindsight bias*, ou viés da retrospectiva, faz com que seja praticamente inconcebível avaliar uma decisão de modo rigorosamente adequado. Isso decorre, de acordo como autor, devido ao julgador (juízo retrospectivo) tender a considerar culpado o tomador de decisão (juízo prospectivo) quando a sua decisão tiver resultado ruim – mesmo sendo uma decisão razoavelmente adequada na época em que foi tomada. Por isso, Kahneman (2012, p. 254) afirma que o *hindsight bias* aumenta quanto pior forem as consequências da tomada de decisão, do ponto de vista de quem a avalia.

Parece haver, então, uma tendência por reprovar decisões pretéritas sempre que aquele que julga a decisão discorda, ou não aprova, os resultados que dela decorreram, ainda que esses resultados fossem imprevisíveis no momento em que foi tomada a decisão objeto de avaliação.

4. Lançamento tributário e o *hindsight bias*

No direito tributário, o mecanismo de cálculo e pagamento de tributos é especialmente sujeito aos efeitos do *hindsight bias*. É o conhecido lançamento tributário. O artigo 142 do Código Tributário Nacional define o lançamento como “procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível”. Há três modalidades de lançamento: de ofício, por declaração e por homologação. Esta última, presente na massiva maioria dos casos, está disciplinada no artigo 150:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Nesses casos, então, cabe ao contribuinte, sob sua responsabilidade, compreender a legislação tributária, avaliar os fatos, decidir se há tributo devido e a quantidade, e proceder ao pagamento. Feito isso, abre-se um prazo decadencial de cinco anos para que a Fazenda Pública avalie a conduta do contribuinte e decida se ela foi adequada, homologando, se entender que foi adequada, ou lançando os créditos que porventura entenda devidos (BORGES, 1999, p. 395).

Sob o ponto de vista da economia comportamental, o que temos, aqui, é uma decisão prospectiva, tomada diante de determinadas informações, a que se segue, muitos anos depois, uma decisão retrospectiva, tomada em outro contexto, com outros fatos e outras informações, que avalia

aquela primeira. Essa segunda decisão, tomada pela Fazenda Pública, que avalia a decisão que o contribuinte tomou anos antes, está, naturalmente, sujeita ao viés de retrospectiva, que pode enviesar e distorcer a percepção do julgador, o que o levaria a avaliar mal a conduta do contribuinte.

Esse problema é especialmente grave quando se está diante de legislação nova ou controversa. O contribuinte é obrigado a antecipar uma decisão importante, que envolve temas bastante complexos, desde compreender a legislação, muitas vezes difícil ou até incompreensível, avaliar a legalidade ou a constitucionalidade da cobrança, examinar os meandros dos fatos, não raro bastante específicos e individuais, e assim por diante. Até cinco anos depois, quando a Fazenda Pública vier a decidir a respeito do comportamento do contribuinte, haverá um novo cenário. Serão cinco anos de discussões, controvérsias, teorias, argumentos, decisões administrativas e judiciais, experiência etc., que comporão um universo capaz de gerar heurísticas de representação, de disponibilidade e de ancoragem, que influenciarão a decisão da Fazenda Pública. É alto o risco de a Fazenda julgar que o contribuinte agiu mal, que deveria ter agido diferente, porque era óbvio que aquela ação era equivocada, quando, em rigor, pode não haver obviedade alguma, inclusive porque a Administração Tributária pode agir fundamentada em atos normativos infralegais editados por ela própria depois da ocorrência do fato objeto de julgamento (MARINS, 2009, p. 45).

A situação é especialmente problemática no caso, o mais comum, de fatos geradores sucessivos, que ocorrem, por exemplo, mês a mês. Pela legislação atual, a decisão da Fazenda Pública retroage, isto é, aplica-se a todos os fatos geradores que ocorreram desde o momento da primeira decisão do contribuinte, considerada equivocada, no prazo máximo de cinco anos. Então, um a um, cada mês sofrerá uma autuação, sobre cujo valor, somado, incidirão juros e multa. Não se tem cogitado de uma espécie de modulação de efeitos em favor do contribuinte, para que os efeitos da decisão que considera um lançamento não homologado se apliquem para os fatos geradores que ocorrerão após a decisão. Uma providência dessa espécie, porém, seria possível como forma de neutralizar ou atenuar os efeitos do *hindsight bias*, o que é sempre necessário, como veremos a seguir.

5. Como neutralizar ou atenuar o *hindsight bias* no direito tributário

Antes de analisar as possíveis alternativas em nosso próprio sistema, observemos o que algumas experiências em sistemas estrangeiros já constataram e têm desenvolvido em termos de *debiasing*, isto é, evitar que as pessoas incorram em *hindsight bias*, ou de, ao menos, evitar os efeitos práticos deletérios dessas avaliações enviesadas por retrospectiva.

Em casos judiciais, uma das maneiras de superação das influências do viés de retrospectiva é considerar um resultado alternativo àquele alcançado pela decisão prospectiva como real. Quando o viés se manifesta pelas heurísticas da representatividade, da disponibilidade ou da ancoragem, elas dependem de um resultado que ocorreu, mas não era previsível no momento anterior. Assim, considerando que outros resultados, imaginados pelo juiz prospectivo, seriam viáveis, essa disponibilidade de outros resultados tende a enfraquecer a falsa impressão de que o resultado efetivamente ocorrido era óbvio, ou era o único que se poderia esperar (HARLEY, 2007, p. 56). Outra possibilidade de *debiasing*, ou desvio à ocorrência do *hindsight bias*, é procurar fazer o julgamento considerando o conjunto de informações e conhecimentos dados exclusivamente na situação prospectiva. Há ainda a estratégia de bifurcação, quando o julgamento é separado em duas partes, sendo a primeira sobre as ações, e a segunda sobre os resultados (HARLEY, 2007, p. 59).

Christine Jolls e Cass Sunstein (2005) publicaram estudo em que analisam o papel do direito em minimizar os vieses comportamentais, como o *hindsight bias*, e seus efeitos. Conforme sua argumentação, há dois tipos de providência que o direito pode tomar. Uma delas a tentativa de desenviesar o direito (*debias law*), evitando os efeitos dos comportamentos enviesados. Aqui, parte-se do pressuposto de que o comportamento humano se desenvolve num ambiente de racionalidade limitada. Tomando-se isso como um dado, busca-se amenizar ou atenuar os efeitos que essa limitação de racionalidade impõe aos comportamentos. Assim, por exemplo, partindo-se do fato de que as pessoas tendem a minimizar efeitos nocivos de certos produtos, tomando-os como mais seguros do que realmente são, a lei busca impor padrões mais rigorosos de segurança. A alternativa é desenviesar o próprio comportamento por meio do direito (*debias through law*). Esta é a alternativa sobre a qual se debruçam os autores (JOLLS; SUSTEIN, 2005, p. 3).

Entretanto, destacam que nem todas as formas de racionalidade limitada podem se submeter a esse tipo de *debias through law*, e um exemplo no qual essa tentativa tem se mostrado ineficaz é, precisamente, o *hindsight bias* (JOLLS; SUSTEIN, 2005, p. 10). Não parece possível evitar completamente a influência desse *bias*. O viés está tão presente no processo de julgamento humano que, até o momento, a ciência não encontrou maneiras de induzir as pessoas a fazer julgamentos *ex post* de fatos *ex ante* sem que o viés esteja presente, com maior ou menor intensidade. Mesmo se o julgador compreender o risco de um julgamento com a presença desse viés, pode ser que ele não consiga, por conta própria, afastar sua influência nos julgamentos. Nesta perspectiva, portanto, o viés não pode ser evitado, mas é possível que seus efeitos sejam neutralizados ou amenizados (RACHLINSKI, 2008, p. 103). Parece, então, que, nesse ponto, a alternativa continua sendo partir do pressuposto da possibilidade concreta de que julgadores errem por estarem expostos ao viés de retrospectiva e tentar atenuar ou neutralizar seus efeitos.

Há vasta literatura, inclusive com testes empíricos, que demonstram a existência do *hindsight bias* em decisões judiciais, em especial em casos de negligência ou *tort law*. Nos Estados Unidos da América, há, inclusive, precedente judicial alertando para não se cair no “*hindsight bias*” quando se avalia o que era óbvio e o que não era ao julgar determinado caso.⁵

Na seara tributária, há decisões de Cortes de diferentes países em que os julgadores se mostraram cientes do problema que envolve *hindsight* e desenvolveram mecanismos para impedir seus efeitos. Na Suécia, em 2016, a Corte decidiu sobre uma venda da Absolut Company AB para sua subsidiária localizada nos Estados Unidos da América (EUA). O caso versava sobre a possibilidade de essa venda ter violado as regras de *transfer pricing*, de modo que a Absolut Company AB teria vendido os seus produtos à sua subsidiária sem considerar o preço *arms's lenght*.⁶ A Corte Sueca se baseou nas Guidelines da OECD e compreendeu que, para determinar se o preço estava de acordo com o *arm's lenght*, poderiam ser utilizados os dados e informações das empresas no exercício fiscal em que ocorreu a venda e, também, nos três anos anteriores. No entanto, a Corte decidiu que o uso de dados e informações das referidas empresas nos anos posteriores ao da venda configuraria *hindsight* e portanto, não poderia ser admitido.⁷ Ou seja, a corte afastou que fossem consideradas informações posteriores ao momento da decisão objeto de julgamento.

⁵ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Graham et al v. John Deere Co. of Kansas City et al.** Julgado em outubro de 1966, disponível em: <<http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep383/usrep383001/usrep383001.pdf>>. Acesso em: 25 de nov. de 2019.

⁶ THE ADMINISTRATIVE COURT OF STOCKHOLM. **Sweden vs. Absolut Company AB**, No. 1610-16. Julgado em janeiro de 2016. Disponível em: <<https://www.domstol.se/kammarratten-i-stockholm>>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

⁷ No Sueco, a palavra utilizada é “*eftersyn*”, que vem sendo traduzida para o inglês como “*hindsight*”, vide: <<https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2018/01/tmf-sweden-timing-of-data-information-to-test-benchmarking-analysis-for-arms-length-pricing.html>>

No Canadá, em setembro de 2018, foi julgado um caso que envolvia a venda de urânio pela Cameco Corporation às suas subsidiárias na Europa e nos Estados Unidos da América. Dentre outros argumentos, foi aduzido que uma série de transações feitas entre as empresas eram falsas ou violaram as regras de *transfer pricing*, em especial o princípio do preço de acordo com o *arms's lenght*. A Corte, contudo, considerou que as transações eram razoáveis, em termos comerciais, transcrevendo, inclusive, o seguinte trecho da argumentação dos procuradores da Comaco Corporation:⁸

Without the benefit of hindsight, no contracting option is unequivocally better than another, and none is prima facie irrational... Only in hindsight can one know whether a particular type of contract was the right one for a buyer or seller to enter into, and on an ex-ante basis, any choice could be reasonable depending on counterparty preferences and other market circumstances.

Em setembro de 2019, na Austrália, foi preciso decidir outro caso envolvendo regras de *transfer pricing* e o princípio da *arms's lenght* em transações entre empresas do mesmo grupo econômico. No referido julgado, a corte citou o precedente australiano (Cameco Corporation v. The Queen) e, da mesma forma, entendeu que não houve violação às regras de *transfer pricing*. Em especial, no que tange ao *hindsight bias*, a corte decidiu que que “*hindsight could not be used to second-guess the commercial judgment made at the time as to the pricing methodology to adopt.*”⁹ Esse tipo de argumentação está em linha com uma tentativa de remédio ao *hindsight bias* conhecido como “*suppressing evidence*”, ou seja, impedir que se examine uma evidência não presente no momento em que a decisão prospectiva foi tomada, como forma de reduzir a influência do *hindsight bias*, embora sem o possa evitar (RACHLINSKI, 2008, p. 106).

Em documento elaborado pela OECD, diversas empresas firmaram a necessidade de mudança nos Guidelines da organização para impedir que as autoridades fiscais questionem decisões dos contribuintes com base em dados mais recentes produzidos anos após os fatos que determinaram aquelas decisões. No documento, constata-se que um dos grandes problemas do *hindsight bias* é o ambiente de insegurança jurídica que promove.¹⁰

6. As soluções do CTN e propostas de inovação

No direito tributário brasileiro, o Código Tributário Nacional tem um dispositivo que pode ser utilizado, embora de forma bastante limitada, com a finalidade de atenuar os efeitos do viés de retrospectiva. Trata-se do artigo 112, inserido no capítulo de interpretação e integração da legislação

⁸ Tradução livre: “Sem o benefício da retrospectiva, nenhuma opção contratual é inequivocamente melhor do que outra, e nenhuma é irracional... Somente em retrospectiva podemos saber se um tipo particular de contrato era o correto, mas em uma base *ex-ante*, qualquer escolha seria razoável”. TAX COURT OF CANADA. **Cameco Corporation v. The Queen**. Julgado em setembro de 2018. Disponível em: <<http://canlii.ca/t/hv97j>>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

⁹ Tradução livre: “A retrospectiva não pode ser usada para criticar a decisão comercial feita na época quanto a que metodologia de preço adotar”. FEDERAL COURT OF AUSTRALIA. **Glencore Investment Pty Ltd v Commissioner of Taxation of the Commonwealth of Australia**. Julgado em setembro de 2019. Disponível em: <<https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2019/2019fca1432>>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

¹⁰ Comentário da BDO e Comentário da Tax Executives Institute. OECD. The comments received with respect to the discussion draft on timing issues relating to transfer pricing. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/Timing_Issues_Comments.pdf>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

tributária. O dispositivo tem a seguinte redação:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:
I - à capitulação legal do fato;
II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;
III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;
IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Os dois primeiros incisos podem ser aplicados para reduzir parte dos efeitos negativos do *hindsight bias*. Se o contribuinte interpreta a legislação, os fatos, e toma uma decisão com informação limitada, e anos depois a Fazenda Pública, com informação bem mais abundante, entende que a decisão anterior foi equivocada, é razoável entender que a decisão anterior, sob análise, foi tomada em um cenário de maior dúvida. Assim, a lei que impõe multa pelo não recolhimento de tributo pode ser interpretada de maneira mais favorável ao contribuinte, reconhecendo que o recolhimento de tributo era incerto naquele momento. A dúvida, nesse caso, não é atual, mas razoavelmente estava presente quando a decisão anterior, a cargo do contribuinte, foi tomada.

A aplicação desse dispositivo é capaz de impedir que o contribuinte seja penalizado por ter tomado, no passado, uma decisão de conduta que era razoável diante da informação então disponível. Ela evitaria que o julgador atual, munido de mais informação, entenda que a decisão anterior foi obviamente equivocada quando, da perspectiva dela, no passado, essa obviedade não existia. A ausência de obviedade implica a presença de dúvida, atraindo a aplicação do artigo 112. A argumentação deverá caminhar no sentido de levantar o ambiente de informação existente na época para avaliar se a dúvida era razoável. Se, na época da decisão, por exemplo, a legislação era nova, havia pouca doutrina, ou sua interpretação doutrinária era controvertida, não havia extensa e uniforme jurisprudência administrativa ou judicial, e assim por diante, a dúvida pode ser considerada existente no passado, autorizando a que a decisão presente afaste a penalidade.

Essa medida, embora positiva, não será suficiente em muitos casos, contudo. O sistema de lançamento por homologação é especialmente oneroso, uma vez que implica a cobrança, em parcela única, de até cinco anos de recolhimento de tributo considerado insuficiente ou ausente mediante o uso de informações atuais não presentes quando da decisão pelo não pagamento. Parece correto que esse sistema seja aplicado quando a decisão pelo não pagamento, adotada pelo contribuinte, não se justificava diante da informação já disponível à época. Mas não é uma solução adequada para os casos em que a decisão do contribuinte era plausível diante do panorama de informação de que dispunha, não raro bastante incerto.

Quando for possível verificar que, no presente, parece claro que a decisão do contribuinte não foi acertada, mas essa clareza era inexistente na época em que aquela decisão foi tomada, a cobrança de todo o passivo acumulado de uma só vez pode ser não só especialmente onerosa como essencialmente injusta. Não há razão para que, em caso de dúvida a respeito de como uma lei ou um fato serão interpretados, o contribuinte pague a maior quantia imaginável (FOLLONI, 2019, p. 495; LEÃO, 2018, p. 203). Por isso, seriam recomendáveis, conforme a situação, ao menos duas medidas, que não excluem outras: a concessão automática de parcelamento, com prazo razoável para o primeiro pagamento, de modo a que o contribuinte consiga inserir a quitação entre suas despesas mensais; ou a imposição de pagamento conforme a orientação firmada na decisão da Fazenda Pública apenas após a prolação da decisão, a exemplo do que ocorreria se essa decisão fosse uma nova legislação tributária (CTN, art. 105) ou se fosse a introdução de um novo critério jurídico pela administração tributária (CTN, art. 146), o que é bastante evidente quando, em relação a condutas idênticas do contribuinte mas anteriores àquela objeto de julgamento, a administração permaneceu silente, atraindo a homologação tácita do lançamento (ÁVILA, 2012, p. 466).

7. Considerações finais

Facilmente podemos imaginar situações nas quais, a partir de um conjunto fático e um conjunto de informações, um contribuinte toma uma decisão, que posteriormente será, pelo fisco, julgada incorreta, devido a um novo conjunto informacional que agora está à disposição do julgador, dispõe. Esse novo conjunto informacional fundamentará uma autuação fiscal, mas é um conjunto que estava ausente quando a conduta autuada foi realizada.

Os estudos de Baruch Fischhoff, Daniel Kahneman e Amos Tversky demonstram que as heurísticas da representatividade, da disponibilidade e do ajuste explicam como o novo conjunto de informações e de condições de conhecimento sobre as consequências de uma decisão podem influenciar o julgamento retrospectivo, conduzindo a um *hindsight bias*, ou seja, a uma falsa impressão de que o contexto do julgamento realizado na tomada de decisão – da decisão prospectiva – era diferente, com os elementos e informações presentes no contexto do julgamento realizado na segunda tomada de decisão – da decisão retrospectiva. O que acontece, nesse caso, é um julgamento enviesado, que implica erro na decisão retrospectiva.

A presença e da influência desse viés em decisões judiciais já foi objeto de estudos e de pesquisas empíricas, em diversas áreas do direito. Como demonstram os textos que referenciam este artigo, decisões enviesadas acontecem, em muitos casos de forma inevitável, gerando avaliações distorcidas e tratamentos injustos. Cortes judiciais, em outros países, já reconheceram o problema e propuseram soluções para atenuar os seus efeitos.

A partir desses estudos, é possível intuir que a prática jurídico-tributária brasileira também está sujeito ao *hindsight bias*. Uma das formas mais claras em que é possível a sua manifestação é o caso do lançamento por homologação, em que o contribuinte tem um determinado conjunto informacional para a tomada de decisão sobre a obrigação tributária, no chamado juízo prospectivo. Até cinco anos depois, a Fazenda Pública julga a decisão da tomada de decisão do contribuinte, exercendo, então, o chamado juízo retrospectivo. Caso esse julgamento retrospectivo permita que as novas informações que lhe são disponíveis interfira em sua percepção sobre a tomada de decisão do contribuinte, os efeitos do viés de retrospectiva poderão se concretizar. Como consequência, pode-se estar diante de autuações fiscais viciadas pelo *hindsight bias*, visto que o Fisco pode julgar o lançamento por homologação realizado pelo contribuinte supondo que o novo conjunto informacional era disponível no momento da participação do contribuinte, e que isso implicava conhecer os resultados prováveis ou certos daquela conduta, quando, em rigor, nenhum resultado era certo ou provável.

Em matéria tributária, tribunais de diferentes países, ao julgarem casos envolvendo *transfer pricing* e o princípio do *arm's length*, reconheceram como o *hindsight bias* pode viciar julgamentos, implicando resultados injustos. Diante disso, as Cortes criaram remédios, conhecidos na doutrina como “*suppressing evidence*”, que limitam certos documentos e alegações nos processos, para que o viés de retrospectiva se manifeste. Essas soluções não são suficientes para evitar por completo o *hindsight bias*, mas podem minimizar a sua influência. O grande problema do *hindsight bias* reside na insegurança jurídica do contribuinte que fica à mercê da interpretação futura do Fisco, que é imprevisível, diante de novos fatos e informações que ainda estão por surgir.

No Brasil, ainda que de forma incipiente, é possível afirmar que no nosso sistema jurídico-tributário há uma previsão legislativa aplicável para a mitigação dos efeitos do *hindsight bias*. É o artigo 112 do CTN, que possibilita que a norma sancionatória sobre a infração seja interpretada de forma mais benéfica ao sujeito passivo. Assim, na hipótese de autuação fiscal, a interpretação da aplicação da legislação deve considerar a realidade fática e o conjunto informacional que condicionou a decisão prospectiva do contribuinte, de forma a lhe ser efetivamente aplicada a

interpretação mais favorável. Essa previsão, contudo, não é suficiente, sendo recomendável a concessão de parcelamento ou a modulação de efeitos, para que a nova interpretação incida para os fatos geradores ocorridos após a sua prolação.

Até o momento, não parece haver técnica de *debiasing* capaz de evitar o viés de retrospectiva. Esse viés é tido como um dos mais complexos e um dos mais difíceis de ser evitado. Seus efeitos, contudo, podem ser especialmente injustos e, em muitos casos, devastadores para a continuidade das atividades do contribuinte. O estudo desses efeitos e de formas para sua atenuação ou eliminação é premente.

8. Referências

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DOOMEN, Jasper. Rationality in law and economics. **Economic Analysis of Law Review**, v. 2, n. 2, p. 230-243, jul./dez. 2011.

FEDERAL COURT OF AUSTRALIA. **Glencore Investment Pty Ltd v Commissioner of Taxation of the Commonwealth of Australia**. Julgado em setembro de 2019. Disponível em:
<<https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2019/2019fca1432>>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

FISCHHOFF, Baruch. Hindsight $\neq$ foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty. **Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance**, v. 1, n. 3, p. 288-299, 1975.

FISCHHOFF, Baruch; BEYTH, Ruth. I knew it would happen: remembered probabilities of once-future things. **Organizational Behavior and Human Performance**, v. 13, n. 1, p. 1-16, 1975.

FOLLONI, André. Capacidade contributiva e dever fundamental. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 42, p. 476-499, jul./dez. 2019.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey, WISTRICH, Andrew. Blinking on the bench: how judges decide cases. **Cornell Law Review**, v. 93, p. 1-43, 2007.

HARLEY, Erin. Hindsight bias in legal decision making. **Social Cognition**, v. 25, n. 1, p. 48-63, 2007.

HÖLZL, Erik; KIRCHLER, Erich; WALENTA, Christa. Hindsight bias in economic expectations: I knew all along what I want to hear. **The Journal of applied psychology**, v. 87, n. 3, p. 437-443, 2002.

JOLLS, Christine. Behavioral law and economics. In: DIAMOND Peter, VARTIAINEN, Hannu (eds.) **Economic institutions and behavioral economics**. Princeton: Princeton

University Press, 2007, p. 115-143.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass. Debiasing through law. **Harvard Law and Economics Discussion Paper**, n. 495, mar. 2005, p. 3. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=590929>>. Acesso em 25 de novembro de 2019.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. **Science**, new series, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, sep. 27, 1974.

KOVACIC, William E.; COOPER, James C. Behavioral economics and its meaning for antitrust agency decision making. **The Journal of Law, Economics and Policy**, v. 8, 779-800, 2012.

LEÃO, Martha Toribio. **O direito fundamental de economizar tributos**: entre legalidade, liberdade e solidariedade. São Paulo: Malheiros, 2018.

MARINS, James. **Defesa e vulnerabilidade do contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2009.

NESTLER, Stephen; BLANK, Hartmut; EGLOFF, Boris. Hindsight ≠ hindsight: experimentally induced dissociations between hindsight components. **Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition**, v. 36, n. 6, p. 1399-1413, 2010.

RACHLINSKI, Jeffrey J. A positive psychological theory of judging in hindsight. In: SUNSTEIN, Cass R. (org.). **Behavioral law and economics**. New York: Cambridge University Press, 2008.

ROESE, Neal J.; VOHS, Kathleen D. Hindsight bias. **Perspectives on psychological science**, v. 7, n. 5, p. 411-426.

STALLARD, Merrie Jo; WORTHINGTON, Debra. Reducing the hindsight bias utilizing attorney closing arguments. **Law and Human Behavior**, v. 22, n. 6, p. 671-683, dez. 1998.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Graham et al v. John Deere Co. of Kansas City et al**. Julgado em outubro de 1966, disponível em: <<http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep383/usrep383001/usrep383001.pdf>>. Acesso em: 25 de nov.de 2019.

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

TAX COURT OF CANADA. **Cameco Corporation v. The Queen**. Julgado em setembro de 2018. Disponível em: <<http://canlii.ca/t/hv97j>>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

TEICHMAN, Doron. The hindsight bias and the law in hindsight. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (Org). **The Oxford handbook of behavioral economics and the law**. New York: Oxford University Press, 2014.

THALER, Richard H. **Misbehaving**: the making of behavioral economics. New York: W. W. Norton & co., 2016.

THE ADMINISTRATIVE COURT OF STOCKHOLM. **Sweden vs. Absolut Company AB**,

No. 1610-16. Julgado em janeiro de 2016. Disponível em:
<<https://www.domstol.se/kammarratten-i-stockholm>>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK.
Teleflex Incorporated v. American Chain & Cable Co. Julgado em janeiro de 1967.
Disponível em: <<https://www.govinfo.gov>>. Acesso em 25 de novembro de 2019.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Graham et al v. John Deere Co. of Kansas City et al.** Julgado em outubro de 1966, disponível em:
<<http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep383/usrep383001/usrep383001.pdf>>.
Acesso em: 25 de nov.de 2019.