



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Julio Cesar Vieira Gomes

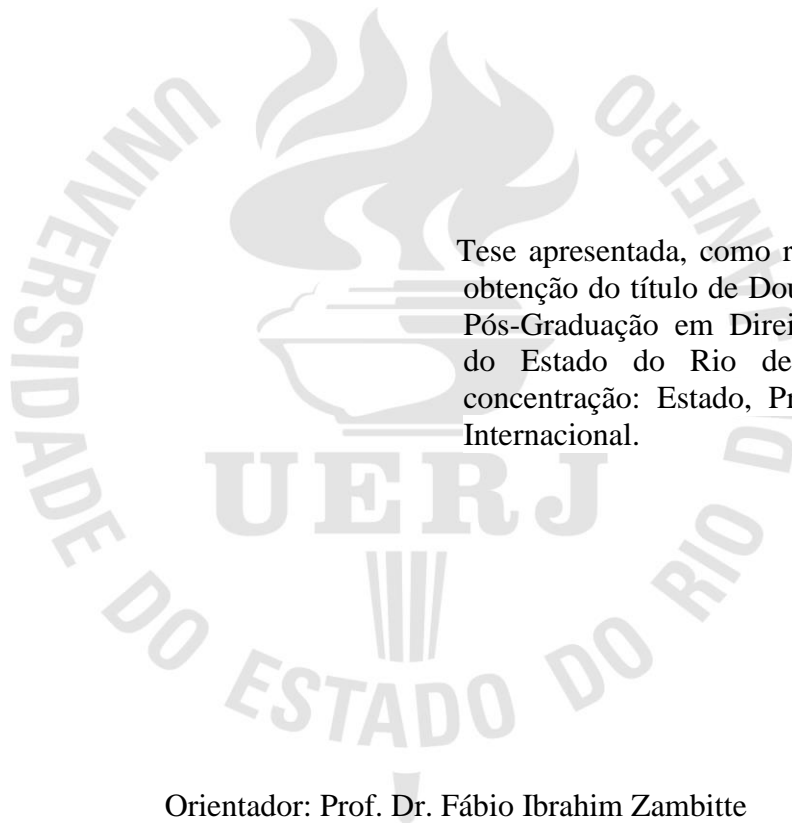
**Uma proposta de macroprocesso do crédito tributário em uma abordagem
institucional: deferência aos órgãos-agência e o reposicionamento da
regulação tributária para um sistema preventivo de conflitos**

Rio de Janeiro

2020

Julio Cesar Vieira Gomes

**Uma proposta de macroprocesso do crédito tributário em uma abordagem institucional:
deferência aos órgãos-agência e o reposicionamento da regulação tributária para um
sistema preventivo de conflitos**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Ibrahim Zambitte

Co-orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha

Rio de Janeiro

2020

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

G633 Gomes, Julio Cesar Vieira.

Uma proposta de macroprocesso do crédito tributário em uma abordagem institucional: deferência aos órgãos-agência e o reposicionamento da regulação tributária para um sistema preventivo de conflitos / Julio Cesar Vieira Gomes . - 2020.

321 f.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Ibrahim Zambitte.

Co-orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito tributário - Teses. 2. Crédito tributário-Brasil - Teses. 3. Tributos - Teses. I. Zambitte, Fábio Ibrahim. II. Bolonha, Carlos Alberto Pereira das Neves. III. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU 347.73

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Julio Cesar Vieira Gomes

**Uma proposta de macroprocesso do crédito tributário em uma abordagem institucional:
deferência aos órgãos-agência e o reposicionamento da regulação tributária para um
sistema preventivo de conflitos**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional.

Aprovada em: 13 de fevereiro de 2020.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Fábio Ibrahim Zambitte (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha (Co-orientador)
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Luís Cesar Souza de Queiroz
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Gustavo da Gama Vital de Oliveira
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Cristiano Rosa de Carvalho
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Prof. Dr. Claudio Pereira de Souza Neto
Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro

2020

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a meu pai Alaelson Gomes (*In memoriam*), um homem de integridade e virtude incomparáveis, em quem tive a graça de me inspirar como exemplo de vida.

AGRADECIMENTOS

O agradecimento é um gesto de demonstrar gratidão; contudo, também tem seu lado negativo. Receia-me esquecer de alguém que contribuiu para a realização desse trabalho e, dessa forma, ser injusto. Apesar do risco, a vontade e satisfação de reconhecer que esse trabalho tem muitos autores me impedem de transpor em branco essa página do trabalho. Devo agradecer:

À Deus pelo sopro da vida, a saúde, paz e energia para tudo que realizo nessa passagem.

Aos meus pais, Alaelson Gomes (*In memoriam*) e Maria Amélia Vieira Gomes por terem exercido como todo filho desejaria a condição de fiéis mandatários de Deus na missão de me tornar um homem entre todos os homens.

À minha adorável e paciente esposa Mônica de Carvalho Gomes pelo amor que me nutriu ao longo dos últimos vinte e 27 anos.

Aos meus filhos Julio Cesar de Carvalho Gomes e Anna Carolina de Carvalho Gomes por serem minha razão de viver.

A todos os muitos professores que tive ao longo de minha carreira acadêmica. Tenho certeza que em cada uma dessas linhas escritas existe um pouco de cada um. Em especial, agradeço aos professores do programa de pós-graduação em direito da UERJ por cada aula, discussão, reflexão, orientação e críticas que ora se incorporam a este trabalho.

Agradeço a meu orientador, o Prof. Fábio Ibrahim Zambitte, que apesar de todos os compromissos do dia-a-dia sempre esteve presente ao longo do trabalho se esforçando para que meus excessos não prejudicassem o foco, a sistematização e o desenvolvimento do tema. Agradeço ao meu co-orientador Professor Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, que me abriu as portas de valiosas teorias, até então um vácuo em minha trajetória acadêmica. Agradeço aos Prof. Luís Cesar Souza de Queiroz (UERJ), Prof. Gustavo da Gama Vital de Oliveira, Cristiano Rosa de Carvalho (UNISINOS) e Cláudio Pereira de Souza Neto (UFF) pela grande honra em participar de minha banca examinadora e por tudo que me ensinaram em sala de aula ou pelas obras que publicaram.

Meus sinceros e justos agradecimentos!

O direito não é filho do céu. É um produto cultural
e histórico da evolução humana.

Tobias Barreto

RESUMO

GOMES, Julio Cesar Vieira. *Uma proposta de macroprocesso do crédito tributário em uma abordagem institucional: deferência aos órgãos-agência e o reposicionamento da regulação tributária para um sistema preventivo de conflitos*. 2020. 321 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

Esse trabalho é uma proposta de macroprocesso do crédito tributário com ênfase na regulação tributária. O atual modelo, centrado em um “contencioso” de soluções individuais, não foi desenhado para a uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária; de forma que confira tratamento igual a todos os contribuintes. Tal como exercida atualmente, a atividade de regulação e normatização só eleva o “grau de litigiosidade”. Os atos administrativos normativos produzem distorções, iniquidades e insegurança no mercado produtivo e para os demais contribuintes. São fontes inesgotáveis de controvérsias, o que tem provocado um elevado acervo de processos nas instâncias administrativas e judicializações desnecessárias. Pretendemos que nosso paradigma de regulação tributária, com a adoção de mecanismos de legitimidade democrática de suas decisões interpretativas, eleve o grau de conformação na relação fisco-contribuintes. Antes de nos ocuparmos do desenho institucional, tivemos que superar algumas questões precedentes relevantes. Como nossa proposta valoriza a competência decisória de órgãos-agência do Executivo, precisávamos justificar o paradigma em face da hegemonia jurisdicional do Judiciário, a quem caberia a “última palavra” sobre todas as questões. Iniciamos com as teorias da decisão e comportamento institucional. Compreendemos que todos nós somos apenas limitadamente racionais quando fazemos escolhas e tomamos nossas decisões. E não é diferente nas decisões judiciais. Todos estão sujeitos a heurísticas, vieses, tendências ideológicas, aspectos sociológicos, preconceitos, constrangimentos, interesses e efeitos cascatas. A relativização da racionalidade coloca em dúvida as pretensas neutralidade e imparcialidade anunciadas e defendidas pelos tribunais. Esses atributos se fazem presentes apenas em graus, não absolutamente. As decisões são enviesadas na proporção da influência sobre o *decisionmaker* desses tantos aspectos não normativos, próprios da condição humana e suas fraquezas naturais. Superada essa premissa, chegamos à nossa proposta de macroprocesso do crédito tributário, caracterizada pela valorização da deferência decisória aos seus órgãos-agência. Entendemos que a diferença de grau nos atributos de neutralidade e imparcialidade não justifiquem que os tribunais generalistas sejam a “última palavra” para tudo. Para as questões técnicas complexas, pródigas na legislação tributária, melhor seria confiar no *expertise* dessas instituições.

Palavras - chave: Teorias da decisão. Comportamento institucional. Racionalidade limitada. Neutralidade e imparcialidade. Deferência judicial. Macroprocesso do crédito tributário. Regulação tributária. Órgãos-agência. Prevenção de controvérsias.

ABSTRACT

GOMES, Julio Cesar Vieira. *A tax credit macroprocess proposal in an institutional approach: deference to agency agencies and the repositioning of tax regulation to a conflict prevention system*. 2020. 306 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

This work is a proposal for a macro-process of tax credit with an emphasis on tax regulation. The current model, centered on a "litigation" of individual solutions, was not designed to standardize the interpretation and application of tax legislation; in a way that promotes equal treatment to all taxpayers. As currently practiced, the activity of regulation and standardization only raises the "degree of litigation". Normative administrative acts produce distortions, inequities and insecurity in the productive market and for other taxpayers. They are inexhaustible sources of controversy, which has led to a high number of unnecessary administrative and court lawsuits. We intend that our tax regulation paradigm, with the adoption of mechanisms of democratic legitimacy of its interpretative decisions, will raise the degree of conformity in the tax-taxpayer relationship. Before dealing with institutional design, we had to overcome some relevant precedent issues. As our proposal values the decision-making competence of executive agency bodies, we needed to justify the paradigm in view of the jurisdictional hegemony of the Judiciary, who would have the "last word" on all issues. We start with theories of decision and institutional behavior. We understand that we are all only reasonably rational when we make choices and make our decisions. And it is no different in court decisions. All are subject to heuristics, bias, ideological tendencies, sociological aspects, prejudices, constraints, interests and ripple effects. The relativization of rationality calls into question the alleged neutrality and impartiality announced and defended by the courts. These attributes are present only in degrees, not at all. Decisions are biased in proportion to the influence on the decisionmaker of these many non-normative aspects, typical of the human condition and its natural weaknesses. Having overcome this premise, we arrived at our proposal for a macro-process of tax credit, characterized by the appreciation of decision-making deference to its agency bodies. We understand that the difference in degree in the attributes of neutrality and impartiality does not justify that the generalist courts are the "last word" for everything. For complex technical issues, rich in tax legislation, it would be better to rely on the expertise of these institutions.

Keywords: Decision theories. Institutional behavior. Bounded rationality. Neutrality and impartiality. Judicial deference. Macroprocess of tax credit. Tax regulation. Agencies. Prevention of disputes.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CARF	Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
CC	Código Civil
CDA	Certidão de Dívida Ativa
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa Brasileira
CSRF	Câmara Superior de Recursos Fiscais
CTN	Código Tribunal Nacional
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DCTF	Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais
DOU	Diário Oficial
DRJ	Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento
MPF	Mandado de Procedimento Fiscal
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
PAF	Processo Administrativo Fiscal
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
SRF	Secretaria da Receita Federal
SRFB	Secretaria da Receita Federal do Brasil
SRP	Secretaria da Receita Previdenciária
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	13
	A RACIONALIDADE LIMITADA NOS <i>DECISIONMAKINGS</i>, A NEUTRALIDADE MODERADA E O GRAU DE IMPARCIALIDADE NOS TRIBUNAIS: DEFERÊNCIA DAS ESCOLHAS DE INTERPRETAÇÃO (<i>INTERPRETIVE CHOICE</i>) AOS ÓRGÃOS-AGÊNCIAS	21
1	ESTUDOS DE TEORIAS DA DECISÃO APLICADAS À DIMENSÃO INDIVIDUAL DO <i>DECISIONMAKER</i>: RACIONALIDADE LIMITADA NAS ESCOLHAS, DECISÕES E JULGAMENTOS (<i>BOUNDED RATIONALITY IN DECISIONMAKINGS</i>)	21
1.1	Considerações iniciais	21
1.2	Contribuições da neurociência e da psicologia comportamental: heurísticas, vieses e aversões	25
1.2.1	<u>Os dois sistemas da mente e seus métodos de decisão</u>	25
1.2.2	<u>Heurísticas e vieses</u>	32
1.2.2.1	Heurística de disponibilidade	34
1.2.2.2	Heurística de representatividade	39
1.2.2.3	Ancoragem e ajuste	42
1.2.2.4	Heurística de afeto	48
1.2.3	<u>Aversão a perdas</u>	57
1.3	Escolhas racionais limitadas: teorias de <i>bounded rationality</i>	68
1.4	As arquiteturas de escolhas para os <i>decisionmakings</i>	77
1.5	Síntese conclusiva	92
2	A DIMENSÃO INSTITUCIONAL DOS <i>DECISIONMAKINGS</i>: RACIONALIDADE LIMITADA, NEUTRALIDADE MODERADA E O GRAU DE IMPARCIALIDADE NOS TRIBUNAIS	94
2.1	Considerações iniciais	94
2.2	<i>Judicial Decisionmakings</i>: conteúdo emocional e aspectos políticos da decisão judicial	97
2.2.1	<u>A influência do conteúdo emocional sobre a racionalidade dos <i>judicial decisionmakings</i></u>	102

2.2.2	<u>Judicialização da política ou Ativismo judicial?</u>	108
2.3	<i>Judicial decisionmakings em Julgamentos Colegiados: Cascade Effects, Groupthink e Many-minds</i>	116
2.3.1	<u>Cascade Effects Theory</u>	121
2.3.2	<u>Groupthink Theory</u>	128
2.3.3	<u>Many-minds Theory como alternativa ou complemento para as deliberações colegiadas</u>	134
2.4	<i>Judicial decisionmakings: racionalidade, neutralidade e imparcialidade</i>	140
2.5	Parte Conclusiva	148
3	A DIMENSÃO INSTITUCIONAL DOS <i>DECISIONMAKINGS</i>: TEORIA DAS ESCOLHAS DE INTERPRETAÇÃO (<i>INTERPRETIVE CHOICE</i>) NO ESTADO ADMINISTRATIVO (<i>ADMINISTRATIVE STATE</i>) E A DEFERÊNCIA AOS ÓRGÃOS-AGÊNCIAS	152
3.1	Considerações iniciais	152
3.2	A interpretação judicial sob influência dos aspectos não normativos	158
3.2.1	<u>A relação direta entre a liberdade criativa para construção da norma jurídica a partir de imprecisões das prescrições legais e a influência dos aspectos não normativos nos <i>judicial decisionmakings</i></u>	158
3.2.2	<u>Formalismo e realismo jurídicos sob uma visão institucional</u>	164
3.2.2.1	O formalismo jurídico como estratégia de <i>decisionmakers</i>	167
3.2.2.2	A importância do realismo jurídico para as teorias institucionais da decisão	173
3.3	A contribuição do sistema <i>Common Law</i> para o desenho dos <i>decisionmakings</i>	175
3.4	A posição dos órgãos-agência em questões técnicas e a "última palavra" dos tribunais	180
3.5	Síntese conclusiva	187
	A MUDANÇA DO PARADIGMA DE "CONTENCIOSO" ADMINISTRATIVO PARA UM SISTEMA PREVENTIVO DE REGULAÇÃO TRIBUTÁRIA	191
4	UMA ANÁLISE CRÍTICA DO MACROPROCESSO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM UMA ABORDAGEM INSTITUCIONAL	191
4.1	Considerações iniciais	191

4.2	Procedimento fiscal para a constituição dos créditos tributários da União	193
4.2.1	<u>A natureza decisória da constituição dos créditos tributários pelo lançamento</u>	196
4.2.1.1	As imprecisões das prescrições legais tributárias e a complexidade das relações jurídico-econômicas	199
4.2.1.2	Os constrangimentos institucionais e a necessidade de autonomia para a autoridade responsável pela constituição dos créditos tributários	206
4.2.2	<u>A impropriedade da adoção do sistema inquisitivo nos lançamentos tributários</u>	212
4.3	Características gerais das instâncias revisionais "judicantes" do macroprocesso do crédito tributário	223
4.3.1	<u>As sessões de julgamento da primeira instância de revisão</u>	225
4.3.2	<u>As sessões de julgamento das instâncias superiores</u>	227
4.4	Representação paritária dos conselheiros e o voto de qualidade	231
4.5	Aplicação das teorias da decisão ao <i>decisionmaking</i> no âmbito do macroprocesso do crédito tributário	240
4.6	Síntese conclusiva	247
5	OS CONSELHOS DE REGULAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO SOLUÇÃO PARA UM SISTEMA PREVENTIVO DE MACROPROCESSO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	250
5.1	Considerações iniciais	250
5.2	Regulação e atividade judicante de uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária: a visão integrada do macroprocesso em Conselhos de Regulação Tributária	254
5.3	O funcionamento dos Conselhos de Regulação Tributária	262
5.4	A instância especial para uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária	269
5.5	A composição colegiada dos Conselhos de Regulação Tributária e seus mecanismos de legitimação democrática do processo decisório	275
5.6	O funcionamento da instância revisional dos Conselhos de Regulação Tributária	283
5.7	A impugnação ao termo de verificação fiscal: oportunidade de manifestação antes da constituição do crédito tributário	290

5.8	Síntese conclusiva	293
	CONCLUSÕES	297
	REFERÊNCIAS	303
	REFERÊNCIAS NORMATIVAS	319

INTRODUÇÃO

Quando analisamos e criticamos o desempenho de determinada instituição, adotamos como referencial a ordem constitucional, para uma verificação da conformação dos fins institucionais com os valores dela exigidos pela norma estruturante. Essa avaliação se procede numa análise comparativa normativa, sem levar em consideração as razões porque a instituição efetivamente não entrega o que normativamente propõe. Acaba que a comparação apenas considera as regras de funcionamento, no plano normativo. Os aspectos não normativos ou informais também influenciam o comportamento institucional e a atuação de seus agentes. As decisões também são posicionais. Devem ser considerados a posição ocupada, o papel exercido pelo *decisionmaker* e as garantias de que dispõem na instituição onde labora (juízes e decisórios administrativos, indiferentemente). Portanto, a análise de uma decisão também deve estar atenta às instituições e seus agentes decisores, não bastaria um exame restrito à tríade: valor, norma e fato. Há um binômio representativo de um quarto elemento, cuja relevância vem se tornando cada vez mais perceptível no dia-a-dia dos tribunais – instituição/juíz.

Esse trabalho procura essa abordagem. Considerar o comportamento das instituições e seus agentes quando nos conscientizamos que aspectos não normativos são incorporados aos processos decisórios - compreender que os julgamentos e escolhas não se operam de acordo com o ideal abstrato e formalmente informado pelas regras jurídicas. Uma decisão resulta de um *decisionmaking* com aspectos que não são previstos formalmente nas regras de funcionamento.

Como seres humanos de racionalidade limitada, existe elevada possibilidade de que as decisões não sejam, em algum grau, enviesadas. Mesmo juízes são influenciados por julgamentos heurísticos, vieses, tendências ideológicas, concepção política, aspectos sociológicos, experiências de vida, preconceitos, constrangimentos e interesses. A frustração na expectativa de uma decisão ideal, pretendida abstratamente pelas normas de funcionamento da instituição, não pode ser explicada tendo como abstrato apenas o mesmo sistema normativo. Somente quando se consideram os aspectos não normativos que as influenciaram, é que as decisões, tal como concretamente se materializam, serão melhor compreendidas.

A partir desse marco teórico, apresentaremos na Parte II deste trabalho uma proposta de redesenho institucional do macroprocesso do crédito tributário¹. A conjunção do novo paradigma de uma administração pública aberta à participação dos administrados e a concepção de um Estado Administrativo, abordados nos *Capítulos 3 e 4* deste trabalho, tornam possíveis a conciliação nos processos decisórios dos mecanismos de legitimidade democrática das decisões com a maior deferência à atuação de órgãos-agências do Executivo para decidirem sobre questões técnicas complexas.

Nesse contexto, as questões tributárias possuem elevado grau de complexidade técnica e a legislação é pródiga de ambiguidades e omissões. Talvez seja um reflexo das características das relações econômicas em nosso Século XXI, com sua dinâmica e mutabilidade antes inimaginável.

A deferência de um poder decisório mais autônomo aos órgãos-agência do macroprocesso do crédito tributário se apoia, em primeira fundamentação, na relativização da neutralidade e da imparcialidade de todos os processos decisórios, conclusão que se aplica também aos tribunais. Na ausência de uma instituição que, de fato, possa se dizer puramente racional em suas decisões, caberia ao legislador uma reavaliação das competências decisórias que considere outros aspectos. Nesse trabalho procuramos justificar que o grau ligeiramente maior de neutralidade dos tribunais não justifica hegemonia de serem a "última palavra" para tudo. Entendemos que as questões técnicas complexas seriam melhor solucionadas por instituições com o grau de *expertise* adequado para uma compreensão mais completa da matéria.

É certo que a especialização não é a única virtude para a distribuição de competências decisórias. Mesmo uma questão predominantemente técnica não solucionada apenas com a aplicação de conhecimentos especializados. Aqui também estarão presentes os mesmos aspectos não normativos a que se orientam os agentes. A ponderação de atributos é

¹ O conceito de macroprocesso foi criado com a proposta de apresentar uma visão integrada de todas as fases desde a constituição do crédito tributário até a sua cobrança executiva. Essas fases são: a) constituição do crédito tributário pelo lançamento (delegacias de fiscalização da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil); b) controle administrativo sobre o crédito tributário constituído (delegacias de julgamento da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e, em segunda instância, pelas turmas de julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF); e c) inscrição em dívida ativa do título formado pela constituição definitiva do crédito tributário para sua cobrança executiva. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 116, de 25/02/2009. Diário Oficial da União – DOU de 27/02/2009. Institui, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Comitê Executivo de Gestão do Macroprocesso do Crédito Tributário - CMCT, e dá outras providências: “Art. 2º O CMCT será composto por um representante de cada um dos seguintes órgãos: I - Secretaria-Executiva do Ministério da Fazenda (SE), que o presidirá; II - Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB); III - Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN); e IV - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF)”.

importante para uma avaliação da melhor capacidade de produção de decisões mais justas e corretas.

Quanto aos processos decisórios colegiados, aspectos não normativos específicos também influenciam as escolhas de seus membros. A reputação entre si e o custo na obtenção de novas informações pode ser determinante para cada voto. Os membros tendem a seguir o entendimento do antecessor em respeito à reputação positiva que desfruta junto a seus pares, evitando-se reprovações ou constrangimentos (*reputational cascade*) ou o efeito cascata pode se motivar na aceitação de que as informações obtidas pelo antecessor foram suficientes para se confiar no acerto da decisão e, assim, não valeria o custo-benefício em se buscar novas informações (*information cascade*).

Na organização da Parte I, destinada a apresentação dos marcos teóricos, finalizamos com o *Capítulo 3* destinado a avaliação do comportamento de juízes quando fazem escolhas pelas doutrinas abrangentes de interpretação jurídica, talvez a mais difícil para o intérprete jurídico. Nossa abordagem se limita ao escopo do trabalho; portanto, nossa proposta não é uma análise crítica de uma ou outra teoria. Apenas procuramos justificar as escolhas interpretativas como estratégias; portanto, de acordo com aspectos institucionais, notadamente a capacidade técnica para compreender os reflexos sistêmicos e dinâmicos da decisão. Não se trata, portanto, que a adoção de uma ou outra teoria de interpretação seja boa ou ruim.

Numa abordagem institucional, a escolha pelo formalismo jurídico pode ser uma opção para questões para a qual o intérprete não estaria seguro para encontrar soluções razoáveis e confiar nos efeitos produzidos. Nesses casos, a opção pelo sentido literal do texto pode ser uma escolha estratégica. A interpretação mais criativa poderia produzir consequências muito piores do que a não maximização de um senso de justiça que contemplasse as peculiaridades do caso. Esse outro argumento em defesa da deferência aos órgãos-agência, portanto, tem relação com as consequências das decisões, o momento à sua produção. Assim, a distribuição de competências decisórias deve considerar a capacidade técnica da instituição e seus agentes para as soluções mais justas e corretas, bem como a experiência para a compreensão dos efeitos dinâmicos e sistêmicos de suas decisões, as consequências sociais e econômicas.

Na fase aplicativa, a Parte II deste trabalho se iniciará com uma análise crítica do macroprocesso do crédito tributário da União, uma visão de integração nas atividades desempenhadas pelos órgãos-agência, desde a constituição do crédito até sua cobrança judicial. O sistema atual se encontra esgotado em sua abordagem "contenciosa", voltada para

a solução individual de casos concretos. O grau de "litigiosidade" no macroprocesso do crédito tributário evidencia sua ineficiência. Na segunda instância são 118 mil processos pendentes de julgamento, um total de R\$ 688 bilhões em créditos.

Entendemos que o desenho institucional a ser proposto deve posicionar ao centro do sistema a prevenção das controvérsias em torno da interpretação e aplicação das prescrições legais tributárias. O tratamento casuístico, focado em uma solução contenciosa individual, oferece elevados riscos de interferência distorcida no mercado competitivo e baixa promoção da segurança jurídica e previsibilidade. Entendemos que o sistema deve prestigiar a atividade de regulação tributária. Não por meio de um órgão integrante da mesma estrutura hierárquica responsável pela constituição dos créditos tributários, hermeticamente fechado até mesmo à participação dos próprios agentes responsáveis pela sua aplicação, propriamente um modelo de insulamento burocrático. Como resultado, as interpretações costumam ser extremamente formalistas, com expressivo distanciamento da realidade econômica dos contribuintes. Em nosso desenho, a instituição deve ser preparada para a incorporação de mecanismos voltados à legitimidade democrática de suas decisões, nos moldes praticados pelas nossas agências reguladoras: conselhos consultivos com funções opinativas e consultivas, audiências e consultas públicas e ouvidoria, são alguns exemplos.

A ideia de um modelo centrado na regulação tributária teve por pressupostos sua maior capacidade para uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária e a possibilidade de interação com as instâncias judicantes. O julgamento de casos concretos suscita ao longo do tempo um teste de legitimidade das regras hipotéticas. O descompasso fomenta uma espécie de "retroalimentação" do sistema. Essa virtude não é estranha ao sistema *common law*. Os precedentes atestarão a correção das regras em abstrato ou a necessidade de sua revisão a fim de se remodelarem à realidade.

Propomos, assim, a criação de Conselhos de Regulação Tributária, com a dupla função: regulação tributária e atividade judicante (revisional em primeira instância e especial para uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária). A instituição substituiria as DRJ, COSIT e o CARF. Com uma primeira instância desvinculada da auditoria-fiscal, os contribuintes teriam a oportunidade de participarem das sessões de julgamento com sustentação oral, apresentação de memoriais ou simples acompanhamento presencial. Na primeira fase do macroprocesso, a constituição dos créditos tributários deixaria de impor um sistema inquisitivo de produção das provas. E, considerados os reflexos negativos para o contribuinte (repercussão negativa junto a investidores quando o valor é expressivo, com repercussão no valor de mercado de suas ações; os acionistas

também são prejudicados em seu direito de recebimento dos dividendos pela necessidade de constituição de provisões para contingências fiscais e reservas retidas dos lucros; os empregados também podem ser frustrados em sua expectativa de participação nos lucros e resultados da empresa; e com a submissão à medida cautelar fiscal, parte do patrimônio se torna indisponível, o que implica restrições para o planejamento da vida econômica do contribuinte), imediatos ao lançamento tributário, antes seria oportunizada impugnação ao termo de verificação fiscal.

Plano de Trabalho

O trabalho será apresentado em cinco capítulos. O *Capítulo 1* cuida das teorias da decisão na dimensão individual do processo decisório, *decisionmaking*. Com os estudos teóricos e pesquisas empíricas, buscamos demonstrar como as heurísticas, vieses, aversões e limitações da racionalidade em geral influenciam as escolhas, decisões e julgamentos, muito além do idealizado pelas teorias clássicas, em especial pelo conjunto normativo procedimental das ciências jurídicas. Como os *decisionmakers* são influenciados por elementos não normativos, psicológico-comportamentais, a conclusão a que se chega ao final do capítulo é que a racionalidade nas escolhas e decisões é limitada. A inserção desse capítulo se apresenta como um primeiro passo para a constatação, detalhada nos dois capítulos seguintes, de que a diferença dos graus de neutralidade/imparcialidade entre os processos decisórios no âmbito do Judiciário e da administração pública, *judicial decisionmakings* e *administrative decisionmakings*, não justifica a hegemonia absoluta das instâncias judiciais generalistas em detrimento das decisões de instâncias administrativas com elevado grau de *expertise*, especialmente em questões técnicas complexas, existentes também no direito tributário.

A posição estruturalmente independente do poder judiciário em relação aos órgãos-agência do Executivo não é suficiente como justificativa para que tribunais, em caráter absoluto, reservem para si a "última palavra" para tudo. Os juízes são seres "de carne e osso", sua natureza humana prevalece sobre qualquer arranjo normativo-constitucional. A "derrocada" do mito da racionalidade nas decisões judiciais faz aproximar as duas instâncias, judicial e administrativa. É que inexistindo neutralidade absoluta em um ou outro, mais apenas graus distintos, reacende a reflexão defendida pela teoria norte-americana de um *administrative state*, ou seja, um movimento pela maior deferência aos *decisionmakings* das agências. Em tese, de fato, os graus de neutralidade dos *judicial decisionmakings* são mais elevados que os praticados nos órgãos-agência do Executivo; contudo, a depender do

desenho institucional adotado teremos situações até mesmo inversas, com os *administrative decisionmakings* transparecendo maior racionalidade e neutralidade em suas decisões.

Ressalta-se que esse não é o único critério de escolha entre as duas ordens de instâncias. A especialização também é uma consideração relevante. E por esse critério, notadamente no direito tributário, as instâncias administrativas superam em muito o generalismo próprio do Judiciário. O *Capítulo 1*, então, por meio das teorias da decisão, trabalha a desmistificação da racionalidade/neutralidade de todo e qualquer *decisionmaking* e das escolhas que fazemos no dia-a-dia, relevantes ou não. É o primeiro passo para a "derrocada" do mito da racionalidade nos *judicial decisionmakings*, a que nos referimos nessas poucas linhas introdutórias, apenas com finalidade de contextualizá-lo no conjunto do trabalho. O *Capítulo 2* é uma continuidade do primeiro e tem a mesma finalidade, sua separação se justifica apenas para fins didáticos de organização do trabalho. Nessa parte, o enfoque é muito mais pela análise crítica do comportamento de juízes do que pela apresentação das teorias da decisão em si, escopo do primeiro capítulo. Abordando também a dimensão institucional do processo decisório a partir das pesquisas empíricas de decisões judiciais, procuramos demonstrar que *judicial decisionmakings* não se procedem no vácuo institucional-comportamental. Os interesses dos juízes de acordo com sua posição no sistema de instâncias julgadoras e as influências decorrentes das relações interpessoais nos colegiados influenciam substancialmente os julgamentos, muitas vezes em grau superior à esperada aplicação da ordem jurídica. As partes de um processo frequentemente se surpreendem com decisões inusitadas, como se originassem de um método aleatório qualquer. Normalmente, até por desconhecimento dos outros aspectos não normativos, atribuímos esse fenômeno à uma suposta politização dos tribunais. Pelo conteúdo produzido, as instâncias judiciais parecem, de fato, se imiscuírem no papel institucional reservado ao parlamento, mas a questão política é apenas um dos elementos motivadores das decisões. Muito mais do que a imputação do viés político, quando percebemos todos os aspectos de influência nas decisões, percebemos que nossos tribunais, aqui e alhures, são "quase-lotéricos". É desse estudo que trata o capítulo.

Uma vez "cimentados" os fundamentos de justificação à nossa conclusão pela estreita aproximação, no aspecto da racionalidade e neutralidade, entre os processos decisórios no Judiciário e nos órgãos-agências, *judicial decisionmakings* e *administrative decisionmakings*, o *Capítulo 3* aprofunda as teorias até então apresentadas e busca foco na principal função dos juízes, a escolha da interpretação aplicativa (*interpretive choice*). O propósito não é uma descrição das doutrinas de interpretação, mas sim a compreensão dos

aspectos não normativos que influenciam as *interpretive choices*. A descrição que faremos é apenas para demonstrar a relação direta entre a liberdade criativa para construção da norma jurídica a partir da imprecisão das prescrições legais e a influência dos aspectos não normativos nos *judicial decisionmakings*. O capítulo também ingressa na concepção norte-americana de um *administrative state* de valorização da competência reguladora das agências para demonstrar a necessidade de reposicionamento da administração tributária diante da hegemonia do poder decisório de nossos tribunais. A validade de nossa conclusão cinge-se às questões que demandam grau elevado de *expertise*, notadamente, pelo seu elevado grau de especialização, as questões tributárias. Acreditamos que a maior deferência aos processos decisórios em âmbito da administração tributária, *tax administrative decisionmakings*, proporcionará ganhos em transparência, segurança jurídica, previsibilidade, efetivo contraditório, prevenção de "litígios", racionalidade e eficiência.

Com todo o marco teórico apresentado na Parte I do trabalho, o *Capítulo 4* ingressa na fase aplicativa das teorias desenvolvidas na Parte I do trabalho. Faz-se uma análise crítica de desconstrução do macroprocesso do crédito tributário. Todas as fases são examinadas: constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício, fase revisional de primeira instância e fases revisionais em instâncias superiores no CARF. Também é parte do capítulo a justificativa para que os *tax administrative decisionmakings* passem de um modelo focado na solução individual de questões tributárias via "contencioso" administrativo para um paradigma de abordagem com maior alcance, através da legitimação democrática das atividades de regulação. Diante das inúmeras obscuridades e fartas omissões da legislação tributária, a demanda por respostas com a correta aplicação das normas tributárias e soluções de divergências interpretativas são elevadíssimas. Contudo, no modelo atual, a administração tributária investe muito mais no processo administrativo tributário individual de constituição e cobrança dos créditos tributários, conhecido como "contencioso", do que em uma abordagem que não apenas se destine ao demandante no caso concreto, mas a todo o universo de contribuintes interessados na aplicação da norma. O que se defende nesse capítulo é a migração de um modelo de "contencioso" para outro mais igualitário, preocupado com a prevenção de "litígios"; tendo a atividade de regulação como uma instância principal na administração tributária. Para o desenvolvimento fundamentado dessa mudança de paradigmas, além da dogmática de *interpretive choice* e *administrative state*, também incorporamos algumas vantagens do sistema *Common law*. Suas virtudes são determinantes quando se busca a regulação de condutas. A regulação tributária, atividade central do sistema, deve ser exercida juntamente com as instâncias judicantes. Por fim,

demonstrado o esgotamento do modelo atual, no *Capítulo 5* trazemos uma proposta completa para o redesenho institucional do macroprocesso do crédito tributário.

PARTE I

A racionalidade limitada nos *decisionmakings*, a neutralidade moderada e o grau de imparcialidade nos tribunais: deferência das escolhas de interpretação (*interpretive choice*) aos órgãos-agências

CAPÍTULO 1

Estudos de teorias da decisão aplicadas à dimensão individual do *decisionmaker*: racionalidade limitada nas escolhas, decisões e julgamentos (*bounded rationality in decisionmakings*)

1.1. Considerações iniciais

No estado ideal, em qualquer área de interesse e instância, os julgamentos seriam estritamente de acordo com critérios normativos e ostensivos; portanto, com regras gerais conhecidas por todos e, em especial, pelos interessados. Em competições desportivas, premiações artísticas e literárias, concursos de beleza e qualquer disputa submetida a jurados, os interessados confiariam numa avaliação de acordo com regulamentos, editais e outras formas de normatização, o que resultaria, ao final, o êxito da melhor *performance*.

E nas disputas com intervenção das instituições públicas, litígios judiciais e procedimentos administrativos, com mais expectativa ainda acreditamos que os julgamentos e decisões decorrerão fielmente do ordenamento jurídico. Os agentes públicos, como desinteressados que são no resultado, não se submeteriam a vieses, tendências, constrangimentos e interesses; afinal, espera-se que as decisões observem as normas e correspondam ao exercício da livre convicção do *decisionmaker*. Nos litígios e procedimentos administrativos prevaleceria o interesse da parte a quem cabe o direito e o tenha melhor demonstrado ao longo de um processo institucional instaurado com essa finalidade. Conhecendo-se previamente os precedentes, o resultado teria assim razoável previsibilidade.

Esse estado ideal seria real se o agir humano não sofressem a influência de julgamentos heurísticos², dos vieses, das tendências ideológicas, dos aspectos sociológicos, das experiências de vida, dos preconceitos e dos interesses pessoais, mas nossa realidade é outra, mas a realidade é outra. A verdade é que sequer temos o controle que pensamos ter sobre nosso comportamento. Alguns fatores nos influenciam mesmo sem que os percebamos

² Adotamos aqui o conceito de julgamento heurístico empregado por Thomas Gilovich, Daniel Kahneman e Dale W. Griffin como uma estratégia, consciente ou não, que confia em uma avaliação natural para produzir uma estimativa ou previsão. GILOVICH, Thomas; KAHNEMAN, Daniel; GRIFFIN, Dale W. *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002. p. 34.

em nossas escolhas e decisões. Assim é que em nossa vida cotidiana somos influenciados por aspectos não normativos e, portanto, devemos compreendê-los em nossas análises de processos decisórios³ e seus resultados produzidos.

É certo que a complexidade dos *decisionmaking* nas instituições formais é muito mais elevada do que as escolhas mais simples em nossas rotinas da vida. As relações internas e externas, o comportamento institucional e os efeitos sistêmicos das decisões fazem parte desse processo e, naturalmente, também exercem influências substanciais sobre as escolhas do *decisionmaker*. A não consideração desses elementos formais ou informais, muitas das vezes propositalmente mantidos submersos, dificulta a compreensão das decisões produzidas pelas instituições.

De fato, a discrepância entre a pretensão normativa à produção de uma decisão abstrata ideal e a decisão realmente como é produzida costuma ser explicada com o "aparato" normativo, o que naturalmente se mostra pouco convincente. Somente quanto se consideram os aspectos não normativos que as influenciaram, é que as decisões, tal como produzidas pelas instituições, farão algum sentido.

Dentre os fatores de influência, mecanismos heurísticos, vieses, preconceitos, constrangimentos e interesses em geral têm relevância para uma melhor compreensão do *decisionmaking*. Outras se juntam às teorias da decisão para a formação do substrato teórico necessário para se promover um redesenho institucional das instâncias do macroprocesso do crédito tributário, apresentado na Parte II deste trabalho. A conjunção do novo paradigma de uma administração pública aberta à participação dos administrados e a concepção de um Estado Administrativo, abordados nos *Capítulos 3 e 4* deste trabalho, possibilitam um desenho para os processos decisórios que reúnam dois valores importantes, a incorporação de mecanismos para elevação da legitimidade democrática das decisões produzidas e a deferência a órgãos-agências da competência decisória sobre questões técnicas com grau expressivo de complexidade.

Nesse primeiro capítulo, dentro de uma *dimensão individual*, nos apoiaremos nas pesquisas no campo da psicologia comportamental para, a partir do estudo de heurísticas, vieses, aversões e racionalidade limitada (*bounded rationality*). Uma vez demonstrado que nossas decisões são influenciadas por outros fatores não decorrentes do pensamento racional, procuraremos na sequencia trazer essa constatação para uma relativização dos atributos da

³ Empregaremos ao longo do texto a expressão "*decisionmaking*" pela amplitude e generalidade de seu sentido, correspondendo com mais precisão às teorias da decisão. Toda escolha ou decisão é resultado de um "*decisionmaking*".

neutralidade e imparcialidade. Existe uma anunciada pretensão normativa de que os *decisionmakers* decidem num vácuo protegido dos fatores não normativos. Sendo a neutralidade uma expressão da racionalidade normativa, a conclusão de seja limitada implica também a consideração de que não somos tão neutros assim como idealmente pretendem as regras formais de funcionamento das instituições decisórias, notadamente os tribunais.

Na sequencia lógica de exposição das teorias, Parte I do trabalho, a conclusão final é que a relativização da neutralidade e da imparcialidade dos tribunais justificaria que se prestigiassem, ao menos para as soluções em questões técnicas complexas, as instituições elevado grau de *expertise*. A diferença nos graus de neutralidade e imparcialidade, quando comparadas as atuações dos juízes com os órgãos-agência do Executivo, é insuficiente para se manter em nossa ordem constitucional a hegemonia dos tribunais de serem a "última palavra" para tudo. Essa nova concepção faz parte da teoria sobre a implantação de um "Estado administrativo", aqui adotada neste trabalho.

Os estudos das teorias da decisão inspiraram muitas obras importantes. Em "*Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*", destaca-se a implementação de mecanismos para impulsos positivos a escolhas e julgamentos. Os *nudges* são elementos implementados em determinada arquitetura de escolha com a finalidade premeditada de direcionar o comportamento das pessoas para um resultado comprovadamente melhor; contudo, sem lhes subtrair a liberdade de preferência pelas demais opções⁴.

A relevância dos estudos de heurísticas, vieses, aversões e *bounded rationality* rendeu a Daniel Kahneman o Nobel de Economia (2002). A incorporação desses estudos à análise da tomada de decisão econômica também rendeu outro Nobel de Economia (2017). O norte-americano Richard H. Thaler⁵ investigou como a racionalidade limitada, as preferências sociais e a falta de autocontrole afetam sistematicamente as decisões individuais; portanto, soube construir uma ponte entre as análises psicológicas e econômicas para o estudo da tomada de decisão individual, o *decisionmaking*⁶. A figura dos agentes econômicos racionais nas suas decisões econômicas foi colocada de lado e começou uma

⁴ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. p. 6: "A nudge, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people's behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates".

⁵ CAVALLINI, Marta. *Richard Thaler ganha Nobel de Economia em 2017 por unir economia e psicologia*. O Globo. Rio de Janeiro, 09/10/2017. Caderno de Economia.

⁶ Cabe destacar que Richard H. Thaler foi o terceiro pesquisador agraciado pelo Nobel de Economia pela pesquisa de aplicação da psicologia comportamental aos campos de estudo das ciências econômicas e sociais, em especial para os processos decisórios, individuais e das instituições. O primeiro Nobel foi concedido em 1978 a Herbert Alexander Simon, precursor das pesquisas de *decisionmaking* no âmbito das instituições administrativas.

busca intelectual para substituí-los por alguém de carne e osso⁷: "Para fazer uma boa economia, você deve ter em mente que as pessoas são humanas", frase de Thaler após o anúncio do Nobel.

Embora tenha sido a economia o primeiro alvo na aplicação da psicologia comportamental, estudos mais recentes voltaram-se para os *decisionmaking* no campo do direito e, de fato, a economia pode ter sido a ponte para a aplicação da psicologia ao estudo do comportamento de juízes e de julgadores em geral na atividade pública⁸. A literatura está repleta de estudos conclusivos sobre pesquisas empíricas realizadas em tribunais, notadamente nos Estados Unidos e Reino Unido. No Brasil tem aumentado muito o interesse em se compreender as razões de certas decisões relevantes, especialmente em assuntos mais afetos à política, onde a atuação do Supremo Tribunal Federal tem sido alvo de muitas críticas pela comunidade acadêmica⁹.

Assim, esse capítulo inicial do trabalho busca nas pesquisas desenvolvidas no campo da psicologia comportamental a compreensão dos mecanismos que atuam sobre nossos sistemas cognitivos, como as heurísticas, vieses, aversões. A constatação de uma racionalidade limitada, *bounded rationality*, possibilita uma compreensão mais realística do processo decisório, *decisionmaking*, confrontando o ideário da racionalidade e neutralidade do julgador com as limitações naturais à sua condição humana.

De fato, as escolhas dos *decisionmakers* não se operam dentro de um vácuo imune à sua natureza humana. Os juízes são pessoas de "carne e osso". Como demonstraremos, na verdade, os processos decisórios são muito mais complexos do que se pensa: vieses ideológicos, experiências, condição social, preconceitos, interesses pessoais, heurísticas, aversões, dentre outros, são elementos importantes a serem considerados pelas instituições com poder decisório em seus desenhos institucionais. Com a compreensão de que a neutralidade do julgador é apenas um ideário normativo, apresentaremos as evidências de um juiz real de "carne e osso", muito distante do juiz hipotético. Como consequência de sua

⁷ BARROS, Luiz Carlos Mendonça de. *O Nobel de Economia de 2017*. Valor Econômico, São Paulo, 16/10/2017.

⁸ Carina de Castro Quirino. O Nobel que mudou a Economia pode mudar o Direito. Jota, São Paulo, 09/10/2017: "Em expansão, a economia comportamental gerou impacto em muitas áreas, inclusive no direito, e, em especial, no direito público. A regulação comportamental é realidade nas administrações públicas contemporâneas. Nos EUA, por exemplo, em 15 de setembro de 2015, foi expedida, pelo ex-presidente Obama, um decreto que impôs o uso da economia comportamental na atuação da administração".

⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político*. Revista Direito, Estado e Sociedade n° 46 p. 121-155 jan/jun 2015. p. 126. ARGUELHES, Diego Werneck. *O Supremo que não Erra*. São Paulo: FGV-SP Editora, 2015. BUSTAMANTE, Thomas. *The Ongoing Search for Legitimacy: Can a 'Pragmatic yet Principled' Deliberative Model Justify the Authority of Constitutional Courts?* in *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. MENDES, Conrado Hübner. Oxford: Oxford University Press, 2013. 273 pp.

relativização, o que se vislumbra é um grau possível de neutralidade dos julgadores, o que coincidiria com a escolha racional de uma interpretação razoável das prescrições legais para a sua aplicação aos casos concretos.

Na parte final do capítulo apresentaremos os contornos das arquiteturas de escolhas que fariam parte dos redesenhos institucionais voltados à melhor *performance* dos *decisionmaking*. Encerrada a análise das teorias institucionais na *dimensão individual*, o capítulo seguinte discorrerá sobre a dimensão institucional do *decisionmaker*. O juiz, como membro de uma instituição, sujeita-se a constrictões limitadoras do pleno exercício de sua racionalidade, neutralidade e imparcialidade por influências das relações interpessoais com outros agentes da instituição e da relação com a instituição, seja em suas pretensões na obtenção de benefícios e satisfação de interesses ou na proteção contra riscos e sanções de qualquer natureza.

As teorias apresentadas nesta Parte I do trabalho, formada pelos seus três primeiros capítulos, reservados às *dimensões individual e institucional* dos processos decisórios, podem ser aplicadas a todas as instituições com atribuições judicantes, sejam jurisdicionais ou não. A intenção é uma sinalização para as propostas concretas que serão apresentadas no *Capítulo 5* quando, então, serão aplicados aos *decisionmakings* do macroprocesso do crédito tributário.

Em suma, nessa Parte I apresentaremos a influência de aspectos não normativos na *performance* dos *decisionmakings* das instituições em geral, inicialmente com as pesquisas no campo da psicologia comportamental, em seguida teceremos a relação entre a teoria e o estudo empírico do comportamento de juízes, comparando a atuação normativo-hipotética com a atuação concreta e real de juízes de "carne e osso". O atributo da neutralidade somente tem sentido quando admitimos sua presença em uma escala de graus e não como algo pleno e absoluto. Nenhum juiz julga em grau absoluto de neutralidade e, portanto, o ideal de imparcialidade plena é mera ficção, normativa, mas ainda assim uma ficção.

1.2. Contribuições da neurociência e da psicologia comportamental: heurísticas, vieses e aversões

1.2.1. Os dois sistemas da mente e seus métodos de decisão

Por muito tempo, psicólogos têm se interessado por dois métodos cognitivos adotados pela mente humana para a solução de problemas, sejam os mais cotidianos ou

inusitados e os complexos. Resumidamente, esses métodos podem ser descritos como proposto pelos psicólogos Keith Stanovich e Richard West¹⁰:

- O *Sistema 1* opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário; e
- O *Sistema 2* aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. As operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração.

Além dessas características que diferenciam os dois métodos mentais cognitivos, o prêmio Nobel de Economia de 2017 Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein acrescentam que o Sistema 1 opera de forma descontrolada, intuitiva, inconsciente e associativa; enquanto o Sistema 2 é reflexivo, racional, controlado, consciente, demanda esforço mental, opera com lentidão e dedutivo. Uma maneira de simplificação seria considerar que o Sistema 1, automático, seria aquela reação como se estivéssemos pensando com o intestino e o Sistema 2, reflexivo, é o pensamento consciente e racional¹¹.

Esse "pensar com o intestino" destaca outra característica muito relevante do Sistema 1, a influência de nossas emoções nas decisões que tomamos. Esteja funcionando isolada ou paralelamente com o Sistema 2, o Sistema 1 traz para o presente nossas experiências e lembranças que serão mais operativas à medida que estejam mais carregadas de emoções. São elas que fixam o passado no presente. Nós nos surpreendemos com nossa capacidade de recordação dos momentos com significado especial, ainda que em nossos primeiros anos de vida. O Sistema 1 usa nossas experiências do passado e rapidamente constrói uma "regra de ouro" para encontrar aquilo que nos parece ser uma "solução brilhante". Isso funciona relativamente bem em situações familiares, quando a experiência, de fato, opera com eficiência, mas não em outras situações. O problema é que o Sistema 2, tem uma capacidade limitada para assimilação e processamento das informações necessárias para produzir o melhor resultado e acaba disparando um mecanismo de ativação do Sistema 1 para lidar com aquela situação para a qual ele não estaria preparado¹².

Cass R. Sunstein compara o Sistema 1 como um "piloto automático" que se guia pelos hábitos. Ele não planeja, simplesmente faz. Impulsivo, basta ouvirmos um barulho

¹⁰ STANOVICH, Keith E. e WEST, Richard F., "*Individual Differences in Reasoning: Implications for the Rationality Debate*", Behavioral and Brain Sciences 23 (2000): 645-65.

¹¹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. pp. 20-21.

¹² WENDEL, Stephen. *Designing for Behavior Change Applying Psychology and Behavioral Economics*. eBook. Beijing, Cambridge, Farnham, Köln, Sebastopol, Tokyo: O'Reilly Media, 2014. pp. 3-4.

muito alto para tomarmos uma posição de fuga¹³. Daniel Kahneman, prêmio Nobel de Economia de 2002, propôs as seguintes tarefas como exemplos¹⁴:

Sistema 1:

- Detectar que um objeto está mais distante que outro;
- Detectar hostilidade em uma voz;
- Responder $2 + 2 = ?$; e
- Ler palavras em grandes cartazes;

Sistema 2:

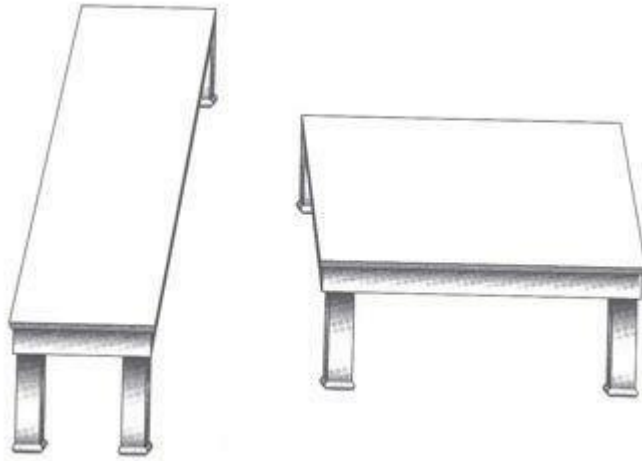
- Concentrar-se na voz de determinada pessoa em uma sala cheia e barulhenta;
- Manter uma velocidade de caminhada mais rápida do que o natural para você;
- Monitorar a conveniência de seu comportamento numa situação social; e
- Preencher um formulário de imposto.

Ambos os sistemas são úteis e não existem por acaso; portanto, não há por si só nada de errado em deixar de ser racional e agir por impulso automático. Nossa limitação cognitiva não está na existência de um ou outro, mas na dificuldade em fazer a transição entre eles de acordo com a natureza de cada problema para o qual precisamos tomar uma decisão. De fato, ora precisaremos ser racionais e reflexivos, ora intuitivos e automáticos. Sabendo que ambos os sistemas 1 e 2 podem nos trair e cairmos em armadilhas, a grande virtude é ajustar a mente para a maior precisão possível na escolha, consciente ou não, entre um sistema e outro.

Muitos psicólogos e neurocientistas convergem em seus estudos com uma descrição do funcionamento do cérebro que nos ajuda a entender certas aparentes contradições e armadilhas que caímos quando são alterados os referenciais com os quais nosso cérebro se condicionou a fazer associações para a percepção da realidade. Como ilustração, considere as duas mesas desenhadas abaixo e faça comparação entre suas dimensões, comprimento e largura:

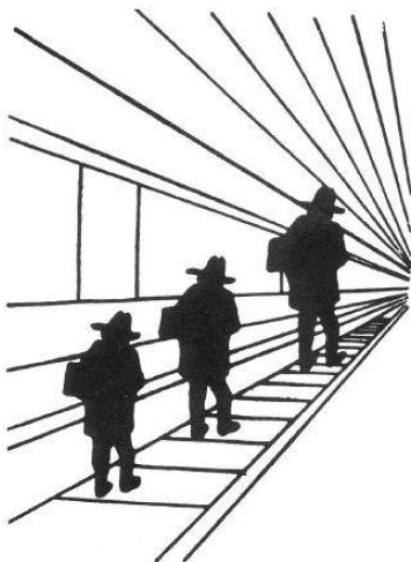
¹³ Cass R. Sunstein. *Simpler: The Future of Government*. eBook. New York, London, Toronto, Sydney, New Delhi: Simon & Schuster, 2013. p. 37.

¹⁴ KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. pp. 22-23.



Não se preocupe se você vir a mesa da esquerda como mais longa e estreita que a da direita. Você é humano. Não há nada de errado contigo, ainda que seu julgamento tenha sido tendencioso, precipitado e equivocado. E ainda que se afirme que as duas mesas possuem as mesmas exatas dimensões, certamente você não acreditará enquanto não as conferir com uma régua. Imagine quanto você estaria disposto a apostar na sua convicção!

Esse experimento proposto por Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, dentre muitos outros encontrados na literatura, demonstra que nossos julgamentos não são tão conscientes e confiáveis como hipoteticamente acreditamos¹⁵. E caso ainda queira prosseguir com suas apostas, dessa vez em dimensão 3-D, então responda: tal como impressas na página, a figura da direita é maior que a figura da esquerda?



A resposta óbvia é que sim, mas se você medir com uma régua as três figuras vai se decepcionar com sua avaliação; na verdade, as três figuras têm exatamente o mesmo

¹⁵ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. pp. 17-18.

tamanho. Sua impressão sobre o tamanho relativo é dominada por uma ilusão poderosa, que ilustra perfeitamente o processo de substituição¹⁶. O corredor em que dispostas as figuras está desenhado em perspectiva e parece avançar para o plano da profundidade. Irresistivelmente, seu sistema perceptivo automaticamente interpreta a imagem como uma cena tridimensional, não como uma imagem impressa em uma superfície plana de papel. Na interpretação 3D, a pessoa da direita está bem mais longe e é bem maior do que a pessoa da esquerda. A ilusão é devida a uma heurística de substituição da dimensão 2D pela 3D, um desvio da realidade, um erro de julgamento.

A percepção distorcida da realidade, aqui ilustrada com os dois experimentos acima, é uma constatação fundamental aprendida com os psicólogos para a compreensão de nossas limitações cognitivas, especialmente, quando nos submetemos a uma necessidade de tomar decisões. Normalmente, a mente humana funciona muito bem, mas nem sempre, e sequer temos consciência dos erros que cometemos. Em muitas tarefas rotineiras e automatizadas, o Sistema 1 é mais confiável do que parar para pensar e decidir. Nesses casos, a reflexão atrapalha mais do que ajuda. Quanto mais gênio você seja, menos confiável será sua decisão. Não reflita enquanto desce as escadas apressadamente, certamente você vai tropeçar e cair. E quando tenta lembrar do nome de alguém que não vê a anos! Quanto mais você pensa, parece que mais se distancia da resposta. A mente descarrega uma lista de possibilidades para preencher o vazio e, assim, a resposta correta se torna improvável.

Caso participasse dos dois experimentos acima, mesmo Einstein provavelmente responderia da mesma forma que todos nós. Isso é humano, e a lição que podemos extrair dos nossos limites cognitivos é aperfeiçoar a compreensão do comportamento humano real através da aceitação de como as pessoas sistematicamente erram, mesmo que apostem a vida que estejam certas.

Em nossa prevalente racionalidade humana, temos dificuldade de aceitar que os sentidos que decorrem do Sistema 1 podem ser bastante precisos. A atividade automatizada de descer rapidamente os degraus de uma escada ilustra essa precisão, mas, infelizmente, muitas vezes cometemos erros porque confiamos muito neles. Além do exemplo das mesas, Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein apresentam a situação em que dois passageiros de um avião em forte turbulência tiram suas conclusões sobre o que ocorrerá. Com o Sistema 1 um

¹⁶ Daniel Kahneman. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. pp. 86-87.

deles diria: "o avião está tremendo, vou morrer", enquanto o segundo passageiro com a racionalidade própria do Sistema 2 responderia: "aviões são muito seguros!"¹⁷.

Um problema importante que enfrentamos quando se trata de qual dos dois sistemas estará no comando para a solução de um problema é a tendência de prevalência do Sistema 1, o que é algo compreensível, mas preocupante. É natural que se as pessoas pudessem confiar em seus sistemas automáticos sem ter que refletirem sobre soluções complexas, suas vidas seriam mais fáceis, melhores e mais longas¹⁸.

De fato, temos uma tendência de abusarmos do Sistema 1 por sermos impulsionados a convenientemente acreditarmos nele pelo alto custo de oportunidade caso optássemos pelas escolhas racionais que o Sistema 2 proporciona. Nosso tempo é sempre escasso e, assim, mesmo quando a situação deva ser decidida de forma consciente e racional, deixamos que o Sistema 1 seja acionado para que tenhamos tempo para nos dedicar aos casos mais relevantes e de maiores riscos ou, simplesmente, para termos mais tempo livre. A maioria de nós está sempre ocupada, nossas vidas são complicadas e não podemos passar todo nosso tempo pensando e analisando tudo. A chamada "regra de ouro" é confiar em nossos sistemas automáticos sem enfrentar problemas complicados, tornando a vida mais fácil¹⁹.

O problema é que esse excesso de confiança no Sistema 1, por qualquer que seja o motivo e em circunstâncias inapropriadas, provoca um desvio considerável da realidade para a irracionalidade. Essa fuga será analisada no próximo item quando abordarmos as heurísticas e os vieses de nosso pensamento. Por hora, limitamo-nos a destacar e descrever esses dois sistemas com os quais buscamos aquelas que entendemos serem as melhores decisões para os vários problemas com os quais nos deparamos, desde os cotidianos até os problemas mais complexos nos ambientes institucionais.

Nós dissemos aqui sobre a tendência que temos em deixar o Sistema 1 no comando de nossas decisões e sinalizamos para os desvios que nos sujeitamos, mas também é oportuno reiterar que não somente o impulso intuitivo e automatizado prejudica a plena compreensão da realidade. O Sistema 2, embora racional, dedutivo e reflexivo, também apresenta seus riscos, principalmente quando nos concentramos excessivamente na solução de problemas, de forma que não percebemos outros fatos, ainda que estejam às claras diante de nós. Um exemplo bastante elucidativo e tão popular que se tornou tema de um livro é um

¹⁷ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. p. 21.

¹⁸ *Ibid.* p. 22.

¹⁹ *Ibid.* pp. 18-22.

experimento apelidado de "o gorila invisível", de Christopher F. Chabris; Daniel J. Simons²⁰. Eles montaram um curta-metragem de duas equipes trocando passes de basquete, uma das equipes com camisetas brancas e a outra vestindo preto. Os espectadores do filme são instruídos a contar o número de passes feitos pelo time branco, ignorando os jogadores de preto. Essa tarefa é difícil e exige muita concentração. No meio do vídeo, uma mulher usando um traje de gorila aparece, atravessa a quadra, bate no peito e vai embora. O gorila fica à vista por nove segundos. Milhares de pessoas assistiram ao vídeo e cerca da metade delas não observou nada de incomum. É a tarefa de contar e sobretudo a instrução de ignorar uma das equipes que causa a cegueira. Ninguém que assiste ao vídeo sem a tarefa deixaria de ver o gorila. A exemplo dos experimentos da ilustração das duas mesas e dos três homens em perspectiva, aqui também as pessoas acharam seus resultados tão surpreendentes que mesmo assistindo ao videotape custavam a acreditar que o gorila realmente estava lá, não mudavam sua convicção. O estudo do gorila ilustra dois importantes fatos acerca de nossas mentes: podemos ficar cegos para o óbvio, e também somos cegos para nossa própria cegueira²¹.

Outro risco em suas avaliações racionais e reflexivas pelo Sistema 2 está relacionado ao esgotamento da mente. Quando a submetemos a um período prolongado de concentração, além da cegueira aos fatos estranhos à nossa atividade do momento, também temos uma tendência de imediatamente transferir o comando para o Sistema 1 como necessidade de relaxamento. Não sei se propriamente por preguiça, como considera Daniel Kahneman, mas por limitação natural mesmo²². Todos nós precisamos de uma pausa para um cafezinho; do contrário, não manteremos a concentração e procuraremos os atalhos. Uma consequência importante em nossos *decisionmaking* é que esses atalhos nos afastam da análise crítica do problema, fazendo-nos acreditar que as afirmações são verdadeiras. Muitos são os apelos práticos explorando essa nossa limitação da mente. Quando cansados e esgotados após uma longa jornada de trabalho, nós estaremos mais vulneráveis a acreditar nos comerciais dos intervalos da programação noturna de TV.

Esse problema foi demonstrado em uma pesquisa conduzida pelo psicólogo Daniel Gilbert e descrita em um ensaio intitulado "How Mental Systems Believe". Gilbert entende que a descrença é uma manifestação do Sistema 2 e para provar sua afirmação realizou um experimento que consistia na apresentação de frases sem sentido (exemplo: "*whitefish eats*

²⁰ CHABRIS, Christopher F.; SIMONS, Daniel J.. *The invisible gorilla: And Other Ways Our Intuitions Deceive Us*. New York: Broadway Paperbacks, 2009.

²¹ Daniel Kahneman. "*Thinking, Fast and Slow*". New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 24.

²² Ibid. "*Thinking, Fast and Slow*". New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 70.

candy", peixe-branco come doce), seguidamente. Em poucos segundos os participantes deveriam responder "verdadeiro" ou "falso". Para o esgotamento mental mais acelerado, os participantes também tinham que memorizar números. Imediatamente, no próximo teste, os participantes tinham que responder "verdadeiro" ou "falso" para perguntas que faziam sentido. A conclusão a que se chegou é que os participantes esgotados acabavam pensando que muitas das sentenças falsas eram verdadeiras. A função crítica e reflexiva do Sistema 2 se tornou inoperante para desacreditar informações notoriamente falsas²³.

Em um outro experimento para a demonstração dos efeitos do esgotamento no julgamento, oito juízes de condicional em Israel, inadvertidamente, passaram dias inteiros revisando pedidos de liberdade condicional. Os casos são apresentados em ordem aleatória e os juízes dedicam pouco tempo a cada um, numa média de seis minutos. A decisão *default* é a rejeição da condicional, apenas 35% dos pedidos são aprovados. Os períodos dos três intervalos para refeição dos juízes são registrados. Foi feito um gráfico da proporção de pedidos aprovados em relação às pausas para refeição. Constatou-se que após cada refeição houve um pico nas concessões em cerca de 65% dos pedidos. E aproximadamente durante as duas horas que antecedem as refeições, período de maior esgotamento, a taxa de concessão cai regularmente, até chegar perto de zero pouco antes das pausas para refeição²⁴. Nesse experimento, como a situação presente a ser respondida pelos juízes é a condição de detento encarcerado (*status quo*), a concessão da condicional equivaleria à resposta "falso" do experimento apresentado anteriormente, que seria o resultado da análise crítica, racional e reflexiva pelo Sistema 2; no entanto, os juízes estão muito esgotados para isso e acabam mantendo o *status quo*, negando a liberdade condicional.

1.2.2. Heurísticas e vieses

Além dos elementos conscientes e deliberados, também somos influenciados em nossas decisões por fatores naturais originados dos sistemas cognitivos produzidos pela mente, sem que sequer tenhamos consciência da sua presença em nossas escolhas. Essas heurísticas identificadas por psicólogos e neurocientistas também são reais e não podem ser menosprezadas nas análises sobre as tomadas de decisões.

O termo "heurística" de julgamento refere-se a uma estratégia - deliberada ou não - que se baseia em uma avaliação natural para produzir uma estimativa ou uma previsão. Em circunstâncias menos favoráveis, muitas vezes as pessoas não têm uma sensação intuitiva de

²³ Daniel Kahneman. "*Thinking, Fast and Slow*". New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 70.

²⁴ *Ibid.* p. 39.

processos probabilísticos, confiando em heurísticas mentais (regras determinísticas práticas, ou *rules of thumb*) para guiar seus julgamentos²⁵. Embora geralmente úteis, essas regras podem levar a vieses previsíveis²⁶. Assim, uma das consequências de uma heurística, considerando sua natureza como um impulso, é a relativa negligência de outras considerações que se levadas em conta produziriam melhores resultados²⁷. O problema principal para os casos em que prevalecem os impulsos heurísticos, acionados pelo Sistema 1, é que somos exageradamente atraídos pelos "atalhos", inclusive sem um "filtro crítico" da probabilidade sobre as possíveis consequências de nossas decisões precipitadas. Como veremos nesse capítulo, muitas são as causas dos vieses, até mesmo sem que tenhamos consciência desse processo cognitivo.

Trataremos dessa diferenciação quando do estudo da heurística de afeto (*affect heuristic*), por ora apenas um esclarecimento: heurística não se confunde com os impulsos motivacionais. Preconceitos, ideologias, simpatias ou antipatias, preferências políticas, visão de mundo ou qualquer inclinação também influenciam nossos julgamentos e causam vieses, mas por si só não são heurísticas. Para essa caracterização seria necessário um impulso trazido pelos sentidos desencadeando um efeito emocional, o que não é o caso.

Em seguida abordaremos cada uma das heurísticas, mas apenas para reforçar a compreensão do conceito, um segundo exemplo ilustrativo a ser mencionado é a chamada heurística de disponibilidade (*availability heuristic*). Quando avaliamos a probabilidade dos riscos sob a influência de casos relevantes e comoventes, estamos mais propensos a exageros. Quanto você deve se preocupar com furacões, vazamento nuclear, terrorismo, doença da vaca louca? E quanto cuidado você deve tomar para evitar riscos associados a cada um? O que, exatamente, você deve fazer em seu dia-a-dia para evitar os perigos a que está sujeito? A maioria das pessoas usa a heurística de disponibilidade para avaliarem esses riscos na proporção das lembranças que o evento ocorrido vem à mente²⁸. Assustadas e preocupadas, com essa carga emotiva as lembranças insistirão no pensamento das pessoas e, inevitavelmente, a avaliação do risco será exacerbada. Um risco como o associado ao

²⁵RYFE, David. Does deliberative democracy work? *Annu. Rev. Polit. Sci.* 2005. 8:49–71 doi: 10.1146/annurev.polisci.8.032904.154633. p. 55: “*the concept of heuristics is perhaps the most important idea to come out of this tradition. In a nutshell, the idea is that, in any given situation, individuals will reason by using information cues. Instead of taking in and evaluating all relevant information, individuals take an information shortcut, relying on some subset of information to make a judgment and discarding the rest*”.

²⁶Thomas Gilovich; Daniel Kahneman; Dale W. Griffin. *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002. p. 582.

²⁷Ibid. p. 34.

²⁸JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. Vol. 50: 1471. *Stanford Law Review*, 1998. p. 1477.

terrorismo após o ataque de 11 de setembro será visto como mais provável do que um risco como o associado ao banho de sol em verões mais quentes, embora este último seja a causa de mais mortes. Apenas pelas constantes lembranças do ocorrido as pessoas entram em paranoia superestimando a probabilidade de um novo ataque terrorista, sem qualquer avaliação racional da probabilidade real de que um evento dessas proporções voltarem a ocorrer; enquanto isso, subestimamos os dados estatístico quanto ao câncer de pele associado à exposição prolongada ao sol²⁹.

Segundo Daniel Kahneman, Paul Slovic e Amos Tversky, as três principais heurísticas que são empregadas nos julgamentos sob incerteza são: (a) *disponibilidade* de ocorrências ou situações, que é muitas vezes empregada quando se pede às pessoas para estimar a frequência de uma classe ou a plausibilidade de um acontecimento particular; (b) *representatividade*, que é em geral empregada quando se pede às pessoas para julgar a probabilidade de que um objeto ou evento "A" pertença à classe ou processo "B"; e (c) ajuste a partir de uma *âncora*, que é normalmente empregado na previsão numérica quando um valor relevante encontra-se disponível. Essas heurísticas nos proporcionam economia de tempo e normalmente são eficazes, mas podem nos levar a erros sistemáticos e previsíveis. Uma melhor compreensão dessas heurísticas e dos vieses poderia melhorar os julgamentos e as decisões em situações de incerteza³⁰.

1.2.2.1. Heurística de disponibilidade

A heurística de julgamento chamada de disponibilidade (*Availability heuristic*) se apresenta nas situações em que as pessoas têm a necessidade de estimar a frequência de uma classe ou a probabilidade de um evento pela facilidade com que os casos ou ocorrências podem ser trazidos à mente. Por exemplo, a estimativa do risco de ataque cardíaco em pessoas de meia-idade será influenciada pelas lembranças de ocorrências desse mal com pessoas que nos sejam conhecidas³¹.

A facilidade de lembrança das ocorrências é a característica mais importantes para a influência sobre o julgador da heurística de disponibilidade. As recordações mais fáceis provocam a falsa impressão de um tamanho da classe muito maior do que de fato é. Nossa

²⁹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. pp. 24-25.

³⁰ KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul, TVERSKY, Amos. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases* Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 1982. p. 20.

³¹ *Ibid.* p. 11.

mente tem uma espécie de programação para inferir uma dimensão exagerada do universo a ser estimado a partir das ocorrências de lembranças. Proporcionalmente às ocorrências lembradas, a mente projeta um tamanho superestimado da classe a ser estimada. É como se intuitivamente ela considerasse que "se consegui lembrar desse número n de ocorrências, então é porque a classe existente tem o tamanho de n vezes k . Sendo que k não é uma constante, mas uma variável que aumenta na proporção do aumento de n ". Como exemplo, em uma demonstração proposta por Daniel Kahneman e Amos Tversky, foi lida para os participantes de um experimento uma lista de personalidades muito conhecidas de ambos os sexos e lhes foi pedido para julgar se a lista continha mais nomes de homens do que de mulheres. Outras listas diferentes foram apresentadas a outros grupos de participantes. Em algumas dessas listas, os homens eram relativamente mais famosos do que as mulheres, e em outras as mulheres eram relativamente mais famosas do que os homens. Em cada uma das listas, os voluntários julgaram erroneamente que a classe (sexo) com o número de personalidades mais famosas era a mais numerosa³².

Em outro experimento, proposto por Paul Slovic, Sarah Lichtenstein e Baruch Fischhoff³³, os participantes deveriam estimar as causas de morte aos pares: A - diabetes e asma e B - derrame e acidentes em geral. Para cada par, ou seja, entre diabete e asma ou entre derrame e acidente, as pessoas indicavam a causa mais frequente e estimavam a proporção das duas frequências. Os resultados foram comparados às estatísticas da agência de saúde para o período e se chegou à seguinte conclusão:

- Embora derrames causem quase o dobro de mortes de todos os acidentes combinados, 80% dos participantes avaliaram a morte acidental como mais provável;
- Os tornados foram vistos como assassinos mais frequentes do que asma, embora esta última provoque vinte vezes mais mortes;
- As mortes por descarga elétrica de raios foram julgadas mais prováveis do que a morte por botulismo, ainda que seja 52 vezes mais frequente.
- As mortes por doença são 18 vezes mais prováveis do que mortes acidentais, mas as duas foram julgadas igualmente prováveis; e
- As mortes acidentais foram avaliadas como mais de 300 vezes mais prováveis do que mortes por diabetes, mas a proporção verdadeira é de somente 1:4.

³² TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. *Availability: a Heuristic for Judging Frequency and Probability*. Cognitive Psychology Volume 5. Amsterdam: Elsevier, 1973. pp. 207-232. Disponível em: <https://www.journals.elsevier.com/cognitive-psychology>.

³³ Daniel Kahneman. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. pp. 119-120.

É uma heurística suscetível ainda a um efeito mais avassalador quando se propaga em cascata, formada por uma cadeia de eventos reafirmando a grandeza de ocorrências e, principalmente, exacerbando os riscos envolvidos. O efeito de uma cascata de disponibilidade aumenta em razão da reação emocional provocada pelo agente de manipulação. Imagine que para aumentar a repercussão da notícia, a mídia "bombardeia" o público exagerando os riscos que, naturalmente, fica agitado e preocupado. Essa reação emocional se torna uma notícia em si mesma e, autossustentável, motiva coberturas adicionais da mídia, que por sua vez gera ainda maior preocupação e envolvimento. A mídia não só molda o público, mas também é por ele moldada. É uma "bola de neve" que pode ainda se agigantar quando deliberada e oportunamente outros agentes da sociedade atuam para reforçar a preocupação: "empresários de disponibilidade", indivíduos ou organizações. Quando cientistas e outros cidadãos racionais tentam conter a proliferação do medo são hostilizados pelos agentes do "apocalipse" sob a acusação de associação com alguma odiosa tentativa de "acobertamento". A questão se torna politicamente importante porque modifica a alocação de recursos. A cascata de disponibilidade redefine as prioridades e outros riscos mais graves e mais prováveis são deixados em segundo plano³⁴.

No experimento com as estimativas das causas de morte vê-se claramente uma influência da cascata de disponibilidade provocada pela mídia. As notícias sobre mortes por causas acidentais, terrorismo, tornados, descarga elétrica de raios e desastres em geral tendem para a novidade e a comoção. Os editores não podem ignorar as exigências do público de que determinados temas e pontos de vista recebam cobertura extensa. O mundo em nossas cabeças não é uma réplica precisa da realidade. Nossas expectativas sobre a frequência dos eventos são distorcidas pela preponderância e intensidade emocional das mensagens às quais somos expostos, afirma Daniel Kahneman³⁵.

Kuran e Sunstein apresentam dois bons exemplos ilustrativos, e reais: o episódio conhecido como "Love Canal" e o chamado pânico do Alar³⁶. Em Love Canal, um lixo tóxico enterrado foi exposto como consequência de um período chuvoso em 1979, causando contaminação da água muito além dos limites permitidos, bem como um odor fétido. Os moradores da comunidade ficaram desesperados e um deles, Lois Gibbs, foi atuante como agente da cascata de disponibilidade, que foi se desdobrando em seu roteiro-padrão. Em seu auge, havia notícias diárias sobre "Love Canal", cientistas que tentaram alegar que os perigos estavam sendo superestimados foram ignorados ou tiveram sua voz abafada pela

³⁴ Daniel Kahneman. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. pp. 122-123.

³⁵ Ibid. pp. 119-120.

³⁶ Ibid. pp. 122-123.

gritaria geral, a rede ABC News levou ao ar um programa intitulado "The Killing Ground" (O campo mortífero) e caixões vazios de bebê eram carregados em passeata diante do parlamento americano. Um grande número de moradores foi transferido às expensas do dinheiro público e o controle de lixo tóxico se tornou a principal questão ambiental dos anos 1980. A legislação que determinou a limpeza dos locais tóxicos estabeleceu um enorme fundo orçamentário. A medida foi tão dispendiosa que alguns alegaram que a mesma quantia de dinheiro poderia ter salvo muito mais vidas se tivesse sido destinada a outras prioridades. Opiniões sobre o que de fato aconteceu em Love Canal continuam fortemente divididas e as alegações de danos reais à saúde parecem não ter se confirmado.

O segundo exemplo ilustrativo da cascata de disponibilidade ficou conhecido como o "pânico do Alar" e ocorreu em 1989. Alar é um produto químico que era aplicado em maçãs para regular seu crescimento e melhorar a aparência. O pânico começou com as notícias na mídia de que o produto, quando consumido em doses maiores, causava tumores cancerígenos em ratos e camundongos. As matérias compreensivelmente atemorizaram a população e, como uma "bola de neve", encorajaram mais cobertura da mídia, o mecanismo básico de uma cascata de disponibilidade. O assunto dominou o noticiário e produziu eventos de mídia dramáticos como o depoimento da atriz Meryl Streep perante o Congresso. Como consequência desastrosa da cascata de disponibilidade, a indústria da maçã sofreu enormes perdas. Pesquisas subsequentes confirmaram que a substância pode oferecer um risco muito pequeno como cancerígeno, mas o incidente do Alar foi decerto uma reação profundamente exagerada para um problema menor.

Esses dois exemplos ocorridos nos Estados Unidos são da década de 80. Dentre as ocorrências mais atuais, os ataques terroristas são mais significativos como indutores das cascatas de disponibilidade. Com exceção do "11 de setembro", o número de mortes por ataques terroristas é muito pequeno em relação a outras causas de morte. Mesmo em países que se tornaram alvo, o número semanal de mortes dificilmente se aproxima das mortes no trânsito. A diferença para fins de estimativa está na disponibilidade dos dois riscos, na facilidade e na frequência com que cada um vem à mente. As imagens verdadeiramente macabras, que aqui não descreveremos, sendo exibidas repetidamente na mídia causam consternação, temor e pesadelos. A explicação é que essas ocorrências semelhantes ao terrorismo falam diretamente ao Sistema 1, reunindo ao mesmo tempo duas heurísticas, de disponibilidade e influência emocional ou (des)afeto³⁷.

³⁷ Daniel Kahneman. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. pp. 122-124.

Como vimos, as cascatas de disponibilidade têm forte repercussão sobre a população e, conseqüentemente, influencia politicamente as ações governamentais, redefinindo prioridades e provocando realocação do orçamento. Quando o viés de disponibilidade está atuando, as instituições públicas e privadas podem desenvolver ações ou criar arquiteturas de escolhas para que *nudges*, mecanismo com a finalidade premeditada de impulsionar o comportamento das pessoas para um resultado esperado³⁸, corrija os desvios redirecionando os julgamentos para as probabilidades reais. Um bom mecanismo a ser implementado por *nudge* é aumentar a confiança das pessoas ao lembrá-las de situações semelhantes em que ao final os riscos não se confirmaram³⁹.

Portanto, para sua aplicação nas arquiteturas de escolhas para os *decisionmaking* das instituições, a heurística de disponibilidade e sua exacerbação através de cascata podem ser trabalhadas tanto para redirecionar as tendências de julgamentos distorcidos da realidade quanto impulsionarmos os julgadores para determinados resultados. Esse último caso não será tratado nesse trabalho porque não condizem com nossa finalidade aqui em buscar decisões mais próximas possíveis da virtude e da verdade, aspectos a serem abordados no quarto capítulo, onde trataremos da legitimidade democrática como preceito e instrumento para se alcançar um desenho institucional voltado para a produção de melhores julgamentos no âmbito da administração tributária.

A heurística de disponibilidade tem sido muito empregada nas técnicas de *marketing* influenciando consumidores nas escolhas de produtos que, racionalmente, não seriam sua preferência. Outro emprego bastante difundido se dá em campanhas eleitorais, quando características impopulares dos adversários são exploradas maciçamente para superdimensionar seus riscos ao eleitorado em caso de vitória ou mesmo a repetição sequencial de notícias falsas ou *fake news*, segundo o efeito de que "uma mentira contada repetidas vezes aparenta se tornar verdade"⁴⁰. Não é isso que se almeja das instituições públicas.

³⁸ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. p. 6: "A nudge, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people's behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates".

³⁹ *Ibid.* p. 26.

⁴⁰ Stephen Wendel. *Designing for Behavior Change Applying Psychology and Behavioral Economics*. eBook. Beijing, Cambridge, Farnham, Köln, Sebastopol, Tokyo: O'Reilly Media, 2014. p. 5.

1.2.2.2. Heurística de representatividade

A heurística de representatividade (*Representativeness heuristic*) está relacionada às questões probabilísticas com as quais as pessoas se avaliam se um determinado evento ou objeto A pertence à classe B. Por exemplo, qual a probabilidade de que um determinado caso A sendo apreciado no momento decorra da prática comum B? Ou qual a probabilidade de que o evento A tenha sido produzido pelo fenômeno B? Ao avaliar tais questões, as pessoas normalmente se utilizam da heurística de representatividade, em que as probabilidades são avaliadas segundo o grau em que A é representativo de B, ou seja, segundo o grau em que A se assemelha a B.

A representatividade presente nos julgamentos significa a busca da adequação de um evento como amostra da população que ele representa. É uma avaliação do grau de correspondência entre uma amostra e uma população, uma instância e uma categoria, um ato e um agente ou, mais geralmente, entre um resultado e um modelo. O modelo pode ser uma pessoa, uma moeda ou a economia mundial e os respectivos resultados podem ser o estado civil, uma sequência de cara ou coroa ou o preço atual do ouro. A representatividade pode ser observada simplesmente perguntando às pessoas qual a sequência de cara e coroa é mais representativa de uma moeda não viciada ou qual de duas profissões é mais representativa de uma dada personalidade⁴¹.

Para ilustrar o julgamento por representatividade, Daniel Kahneman, Paul Slovic e Amos Tversky propuseram o seguinte exemplo⁴²: considere um indivíduo que foi descrito por um antigo vizinho como "Steve é muito tímido e retraído, invariavelmente prestativo, mas com pouco interesse nas pessoas ou no mundo real. Ele é índole dócil e organizada, tem necessidade de ordem e estrutura, e uma paixão pelo detalhe". Como as pessoas avaliariam a probabilidade de que Steve se dedique a uma ocupação de uma lista de possibilidades (por exemplo, fazendeiro, vendedor, piloto comercial, bibliotecário ou médico)? Como as pessoas ordenam essas ocupações da mais para a menos provável? Na heurística da representatividade, a probabilidade de que Steve seja um bibliotecário, por exemplo, é avaliada segundo o grau em que ele é representativo do estereótipo de um bibliotecário. Essa abordagem do julgamento da probabilidade leva a graves erros, pois a similaridade ou representatividade não é influenciada por diversos fatores que decerto afetarão os julgamentos de probabilidade. Imagine a probabilidade *a priori* de que há muito mais

⁴¹ Daniel Kahneman, Paul Slovic, Amos Tversky. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases* Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 1982. pp. 7, 35.

⁴² Ibid. p. 4.

fazendeiros do que bibliotecários na população. Essa característica deveria ter sido considerada em uma estimativa razoável da probabilidade de que Steve seja um bibliotecário e não um fazendeiro, mas foi negligenciada.

De fato, o uso da heurística de representatividade pode causar sérios equívocos de padrões na vida cotidiana. Quando os eventos são determinados aleatoriamente, como uma sequência de lançamentos de moeda, as pessoas esperam que a sequência resultante de caras e coroas seja representativa de um padrão que dê significado ao aleatório, mas na verdade qualquer que seja a sequência nada significa, ela é simplesmente aleatória, tudo mais é coincidência⁴³. Mesmo que nos quatro lançamentos sequenciais a moeda dê cara, coroa, cara e coroa não haverá nada de especial nisso. Não existe o padrão de alternância entre os resultados, a probabilidade de que no quinto lançamento dará cara continua sendo a mesma que dará coroa. O quinto lançamento continua sendo um evento tão aleatório quanto os lançamentos antecedentes. Quando os apostadores da "mega-sena" fazem suas apostas procuram escolher números que não estejam em sequência, mas distribuídos com razoável espaçamento entre si. Dificilmente alguém assinala os seis números da aposta pertencentes a uma mesma linha, horizontal ou vertical. Quando ocorre de o prêmio acumular porque nenhum apostador acertou os seis números, observe que esses números fogem do falso padrão que as pessoas ilusoriamente pensam existir. Ao contrário, quando os números sorteados correspondem a esse fictício padrão consensual o prêmio é dividido entre vários apostadores. Na verdade, esse suposto padrão é uma ilusão de validade e a probabilidade de se tornar milionário é igual tanto para o apostador nas dezenas 03, 24, 38, 42, 50 e 56 quanto nas dezenas 11, 12, 13, 14, 15 e 16. Caso esse seja seu trunfo, não se iluda, você terá sempre a mesma chance que os outros apostadores.

Essa ilusão de validade em um padrão resulta no fato de que o Sistema 1 é radicalmente insensível à qualidade e à quantidade da informação que origina as impressões e intuições. Ele é pródigo em tirar conclusões precipitadas com base em pouca evidência, sem perceber quanto largos são seus “pulos”.

A heurística de representatividade cria a ilusão de que nada mais existiria além daquilo que vemos, "o que você vê é tudo que há", expressão abreviada por Daniel Kahneman como WYSIATI, as iniciais de "*what you see is all there is*"⁴⁴. Assim, você não consegue deixar de julgar mesmo quando as informações de que dispõe sejam muito limitadas; ilusoriamente, adota que o disponível é tudo que há para saber. A partir dessa

⁴³ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. p. 27.

⁴⁴ Daniel Kahneman. "*Thinking, Fast and Slow*". New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. pp. 71, 73-74.

crença, você constrói a melhor história possível a partir da informação disponibilizada e acredita nela como verdadeira. A quantidade de evidência e sua qualidade não contam muito, pois evidência escassa pode constituir uma história muito boa⁴⁵, nossa reconfortante convicção de que o mundo faz sentido repousa em um alicerce seguro: nossa capacidade quase ilimitada de ignorar nossa própria ignorância⁴⁶.

Outra manifestação comum da heurística de representatividade ocorre nas interpretações errôneas para as consequências do que se denomina de "regressão à média". Nossos desempenhos extraordinários ou fracassos tendem a vir acompanhados de uma *performance* de aproximação de nossa média natural de desempenho. Esses desvios para mais ou para menos não correspondem, em determinado momento, à nossa normalidade⁴⁷. Para ilustrar a "regressão a média" e sua errônea interpretação, Kahneman apresenta com entusiasmo sua constatação do tipo "eureka" durante uma explanação sobre recompensas e punições, na academia de formação dos pilotos da Força Aérea Israelense⁴⁸. Um dos instrutores de pilotagem mais experientes contestara a afirmação dizendo que o sistema de recompensa da melhoria de desempenho poderia funcionar com pássaros, mas negou que fosse eficiente para os cadetes da Força Aérea, e justificou: "Em várias ocasiões elogiei os cadetes por alguma execução perfeita numa manobra acrobática. Quando eles voltam a executar essa mesma manobra, em geral se saem pior. Por outro lado, muitas vezes berrei no fone de ouvido de um cadete por causa de uma manobra malfeita, e em geral eles a executam melhor da vez seguinte. Então por favor não venha nos dizer que recompensa funciona e punição não, porque o que acontece é o oposto". Como ilustração para a "regressão a média", o instrutor tinha razão, mas também estava redondamente enganado sobre a causa da correção dos desvios de *performance*. Não tinha nada a ver com "não se pode elogiar" ou "nada como um esporro", mas a natural regressão das flutuações aleatórias à média natural de desempenho de cada cadete. O instrutor somente elogiava um cadete cujo desempenho estava muito acima da média, mas esse cadete provavelmente apenas tivera sorte naquela tentativa particular e desse modo era provável que piorasse na tentativa seguinte, independentemente de ter ou não sido elogiado. Da mesma forma, o instrutor gritava na comunicação por rádio com um cadete apenas quando o desempenho era muito ruim e desse modo com probabilidade de melhorar independentemente do que o instrutor fizesse. A conclusão é que o experiente instrutor foi levado pela heurística de representatividade ao

⁴⁵ KAHNEMAN, Daniel. "*Thinking, Fast and Slow*". New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 179.

⁴⁶ Ibid. p. 172.

⁴⁷ Ibid. p. 172. Daniel Kahneman, Paul Slovic, Amos Tversky. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases* Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 1982. pp. 10-11.

⁴⁸ KAHNEMAN. Op. cit. p. 151.

equivocadamente adotar um padrão como significativo para as flutuações aleatórias de *performance*, e como consequência, infelizmente, a distorcida interpretação causal orientará sua conduta na atividade de instrutor de voo, podendo prejudicar os resultados de eficiência da instituição.

A verdade é que a "regressão a média" decorre de um fato simples, nós seres humanos não fomos concebidos para sermos perfeitos e nos mantermos o tempo todo no topo de nossas performances, produtividade, eficiência, precisão, racionalidade, concentração e qualquer outra virtude humana. Por razões naturais da condição humana ou por qualquer outro fator externo ao ser humano, nós erramos, nós fracassamos, buscamos atalhos para resultados que sabemos estarem longe da perfeição, agimos por conveniência e em muitos casos somos mais motivados pelo interesse próprio do que pela finalidade idealizada para o que fazemos. Por mais que se esforce na busca da perfeição, o ser humano deve se contentar com *performances* comparativas, pois não atingirá o resultado absoluto idealizado⁴⁹.

1.2.2.3. Ancoragem e ajuste

Em muitas situações fazemos estimativas a partir de valor inicial e ajustamos para nossa resposta. Esse ponto de partida pode ser o resultado de um cálculo parcial ou pode ser sugerido pela formulação do problema. De qualquer forma, os ajustes não são suficientes para uma resposta razoavelmente aproximada da correta⁵⁰. A conclusão que se chega após compararmos as respostas aos respectivos valores iniciais é que as estimativas variaram de acordo com os diferentes pontos de partida, isto é, foram enviesadas na direção dos valores iniciais. Esse fenômeno é uma heurística conhecida na literatura como ancoragem (*Anchoring*)⁵¹.

A literatura é repleta de ótimos exemplos práticos ilustrativos. Daniel Kahneman, Paul Slovic e Amos Tversky apresentam uma demonstração do efeito de ancoragem onde se pediu-se aos grupos de participantes que estimassem o percentual de países africanos integrantes das Nações Unidas. Antes da resposta, os convidados eram convidados a girarem

⁴⁹ Trataremos sobre bounded rationality no item intitulado como "Como se julga: do juiz hipotético ao juiz de "carne e osso".

⁵⁰ SLOVIC, Paul e LICHTENSTEIN, Sarah. *Comparison of Bayesian and Regression Approaches to the Study of Information Processing in Judgment*. *Organizational Behavior & Human Performance* Vol 6, 1971. pp. 649-744.

⁵¹ Daniel Kahneman, Paul Slovic, Amos Tversky. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases* Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 1982. p. 14.

uma roleta que apresentava números entre 0 e 100 e indicarem se a resposta seria maior ou menor que o número sorteado; após, estimavam a resposta correta. Naturalmente, cada grupo que girava a roleta obtivera diferentes percentuais. Esses percentuais funcionaram como pontos de partida para a estimativa e foi possível constatar que, de fato, provocaram o efeito ancoragem. Por exemplo, as estimativas médias da porcentagem de países africanos nas Nações Unidas foram 25 e 45 para os grupos que sortearam na roleta como pontos de partida os números 10 e 65, respectivamente⁵². É interessante que esse experimento adotou um mecanismo para produção de uma "âncora" completamente desvinculada do objeto da pergunta. O número em percentagem é produzido por uma roleta com movimento aleatório e mesmo assim, apesar da ausência de qualquer racionalidade que possa associar o número sorteado com a quantidade de países africanos integrantes às Nações Unidas, os participantes se deixaram levar pela "âncora" e produziram julgamentos enviesados.

Outro exemplo ilustrativo do ajuste enviesado a partir da "âncora" é apresentado por Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein⁵³. Suponha que seja solicitado ao participante estimar a população de determinada cidade, no experimento se tratava da cidade americana Milwaukee, muito pouco conhecida e localizada a 2 horas ao norte de Chicago no Estado de Illinois, onde ele mora. Assim, o participante somente conhece duas informações, a população da cidade de Chicago com aproximadamente 3 milhões de habitantes e que Milwaukee é a cidade mais populosa do Estado de Wisconsin, mas não tanto quanto Chicago. E aí, a partir do ponto inicial, o participante pensa...pensa...e considera que Milwaukee deva ser 1/3 do tamanho de Chicago e estima que sua população seja de 1 milhão de habitantes. Outro participante, da cidade de Green Bay, também no Estado de Wisconsin, sabe que sua cidade possui 100 mil habitantes e que Milwaukee é bem maior. Assim, a partir desse ponto inicial estima que Milwaukee deva ser três vezes maior que Green Bay e a mesma pergunta é respondida como 300 mil habitantes. Você começa com alguma "âncora", que é o valor conhecido ou sugerido e o ajusta na direção que você estima adequada. O viés ocorre porque os ajustes normalmente são insuficientes. Experimentos dessa natureza demonstraram que as pessoas são susceptíveis de fazer uma estimativa exagerada partindo de sua alta "âncora", no caso a cidade de Chicago; enquanto aqueles que partem de sua baixa "âncora", no caso a cidade de Green Bay, apostam numa resposta subestimada. Na verdade, Milwaukee tem cerca de 580 mil pessoas, o que evidencia um erro proporcional à "âncora".

⁵² Daniel Kahneman, Paul Slovic, Amos Tversky. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases* Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 1982. p. 14.

⁵³ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. p. 23.

O primeiro participante se distanciou muito mais da realidade porque seu ponto inicial também era mais distante.

De fato, quando fazemos estimativas, antes buscamos um ponto de partida, chamado de "âncora". O resultado a partir desse processo de ancoragem vai depender das informações que conhecemos previamente à decisão. A divergência que se observa nas apostas feitas pelos participantes da experiência é enorme, o que demonstra o quanto são imprecisas e inseguras nossas decisões, ainda que essas estimativas sejam acompanhadas de excessiva confiança. Na estimativa do número de habitantes, exemplo de Milwaukee, não houve fornecimento de uma "âncora", como no caso da roleta, o próprio participante dispunha previamente de informações incompletas (habitantes de outras cidades e comparação estimada de tamanho entre si) que foram os valores iniciais de ajuste por ele mesmo fixados como "âncora". Outro exemplo ilustra muito bem essa nossa autofixação de "âncoras". Em um experimento com estimativa numérica intuitiva, dois grupos de estudantes do ensino médio dispuseram de 5 segundos para estimarem o produto de duas expressões aritméticas, respectivamente⁵⁴:

Grupo A: $8 \times 7 \times 6 \times 5 \times 4 \times 3 \times 2 \times 1$

Grupo B: $1 \times 2 \times 3 \times 4 \times 5 \times 6 \times 7 \times 8$

Como o tempo para resposta é insuficiente para utilizar o Sistema 2, então, heurísticamente, cada grupo fez sua aposta pelo Sistema 1 mesmo, naturalmente. Nós sempre procedemos nossa leitura, mesmo em matemática, a partir da esquerda para a direita; então, enquanto o Grupo A iniciou pelo algarismo 8, o Grupo B, pelo algarismo 1. O resultado da experiência confirmou a poderosa influência da ancoragem: os participantes do Grupo A estimaram o produto da expressão aritmética em 2.250, enquanto o Grupo B, em 512. Na verdade, a resposta correta para ambas as expressões é 40.320; portanto, ambos os grupos fizeram julgamentos completamente enviesados quando do ajuste a partir da "âncora" que adotaram.

Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein reconhecem, inclusive, a possibilidade de utilização das "âncoras" como impulsos, *nudges*⁵⁵, quando se tem interesse no resultado

⁵⁴ Daniel Kahneman, Paul Slovic, Amos Tversky. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases* Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 1982. pp. 14-15.

⁵⁵ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. p. 6: "A nudge, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people's behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates".

produzido pelas pessoas. Em uma campanha de solidariedade se obterá melhores resultados quando são sugeridos valores de doação. Mesmo havendo a opção de doação de qualquer valor, as alternativas sugeridas funcionam como âncoras para que os valores efetivamente doados não sejam excessivamente baixos, afirma Thaler e Sunstein⁵⁶. Quando as instituições de caridade pedem uma doação, eles geralmente oferecem opções, como US\$ 100, US\$ 250, US\$ 1.000, US\$ 5.000 ou outros valores. Esses valores não são escolhidos aleatoriamente, porque as opções influenciam a quantidade de dinheiro que as pessoas decidem doar. As pessoas vão oferecer mais se as opções forem US\$ 100, US\$ 250, US\$ 1.000 e US\$ 5.000, do que se as opções fossem US\$ 50, US\$ 75, US\$ 100 e US\$ 150.

No Brasil, essa estratégia decorrente da heurística de ancoragem é igualmente aplicada na principal campanha de doativos em valores e, ainda, com requintes. O "Criança Esperança" estabelece como "âncoras" os valores de R\$ 7,00, R\$ 20,00 e R\$ 40,00 e oferece uma forma prática para as doações através de números telefônicos que identificam esses três valores, sendo a doação arrecadada junto com cobrança da conta telefônica enviada ao doador (telefones: 0500 2018 007, 0500 2018 020 e 0500 2018 040, respectivamente). Caso você queira fazer doações de outros valores é necessário falar com uma telefonista, o que pode te manter algum tempo na espera, suportando também o custo da ligação cobrado em minutos. Pela experiência acumulada ao longo dos anos, o "Criança Esperança" sabe que dificilmente receberá doações superiores a R\$ 40,00; então, não terá grandes perdas em dificultar doações fora das "âncoras" estabelecidas. As maiores perdas na arrecadação decorreriam da possibilidade de doações inferiores a R\$ 7,00, o que é possível caso o doador se disponha a realizar a ligação telefônica ao custo de R\$ 0,71 por minuto, quando originada de celulares (para o pouco utilizado telefone fixo o custo é de R\$ 0,39). Acontece que ninguém conseguirá fazer sua doação em menos de 10 minutos de ligação telefônica, o que já representa um custo inicial de R\$ 7,10, por si só já superior a menor das "âncoras", R\$ 7,00. Então, na prática, a estratégia do "Criança Esperança" é estabelecer uma âncora mínima para evitar doações inferiores a R\$ 7,00, valor esse, conhecido pelas campanhas de anos anteriores, com sendo o mais representativo dentre os doadores. Não deixando aqui de considerar que o apelo para as doações ocorre nos programas de TV da Rede Globo cuja audiência é predominantemente de pessoas com renda mais adequada às doações de valores menores, e os R\$ 7,00 se torna uma "âncora" poderosa.

Realmente, o fenômeno de ancoragem e ajuste tem sido muito explorado em várias áreas, tanto nas relações de mercado, com apelos ao consumidor de produtos e serviços,

⁵⁶ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. p. 24.

quanto em ações de governo. Um exemplo interessante foi trazido por Gretchen B. Chapman and Eric J. Johnson⁵⁷. O que ele tem de especial é o fato de que o valor proposto como "âncora" tem menos efeito como ponto inicial ao julgamento da estimativa do que o apelo psicológico da frase apresentada. E algumas vezes que tenha ido ao supermercado, você deve ter se deparado com alguma placa afixada na prateleira indicando como regra que o consumidor somente poderá adquirir uma quantidade limitada de determinado produto, normalmente aqueles menos procurados ou com data de validade mais próxima, sendo também essa quantidade um número bastante expressivo (por exemplo: "quantidade limitada de 12 unidades por CPF"). Você certamente não comprará a quantidade limite de 12 latas de sopa indicada pelo supermercado, mas o apelo é irresistível e você colocará no carrinho pelo menos umas quatro unidades, afinal se existe uma regra limitando a quantidade é porque a compra deve ser muito vantajosa e, solidariamente, essa "grande oportunidade" deve contemplar o máximo possível de consumidores. Vê-se que a ancoragem, nesse exemplo, não decorreu apenas de um valor inicial; embora contribua, o ponto de partida nesse caso nem foi o mais relevante para provocar um comportamento. A pessoa se rende ao impulso porque adota uma concepção subjetiva correta sobre uma intenção modal subjacente à mensagem do remetente sem, contudo, perceber que fora forjada com essa intenção. A pessoa, no caso aqui um consumidor, acredita em sua posição vantajosa, mas na verdade está a um passo atrás do *behavioral choice architecture designer* que esperava esse comportamento, e "morde a isca".

Outro exemplo de ancoragem nas relações de mercado é trazido por Stephen Wendel, que consiste na apresentação aos propensos compradores de uma lista inicial com preços de imóvel sabidamente acima do mercado, o que afetará decisivamente a valorização dos imóveis a venda, mesmo que os preços nela apresentados sejam completamente absurdos⁵⁸. É uma estratégia voltada para a valorização dos imóveis pelo mercado para, posteriormente, serem praticados preços inferiores, mais próximos ao valor real, mediante o oferecimento de descontos comerciais.

Como utilização da heurística de ancoragem em áreas do interesse público, Daniel Kahneman propõe que seja fixada uma "âncora" para as indenizações por danos morais⁵⁹. Setores que frequentemente são réus nesses processos, como hospitais e indústrias

⁵⁷ CHAPMAN, Gretchen B.; JOHNSON, Eric J. Incorporating the Irrelevant: Anchors in Judgments of Belief and Value in Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment (Thomas Gilovich, Dale Griffin, Daniel Kahneman. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002). pp. 117-118.

⁵⁸ Stephen Wendel. *Designing for Behavior Change Applying Psychology and Behavioral Economics*. eBook. Beijing, Cambridge, Farnham, Köln, Sebastopol, Tokyo: O'Reilly Media, 2014. p. 4.

⁵⁹ Daniel Kahneman. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 109.

farmacêuticas, têm se esforçado para que seja regulado um teto a essas indenizações que, como se sabe, nos Estados Unidos, diferentemente do Brasil, são elevadas. Agora, considere que, de fato, exista uma lei estabelecendo esse limite em um milhão de dólares. De certo, eliminaria todas as indenizações maiores, mas a "âncora" também elevaria o valor de muitas indenizações que, de outro modo, seriam bem menores⁶⁰. Como as indenizações são fixadas proporcionalmente aos danos, a fixação de um teto beneficiaria muito mais as grandes empresas, pois têm um potencial de dano muito maior com seus produtos e serviços em larga escala do que as pequenas empresas.

As três heurísticas clássicas⁶¹ apresentadas, de disponibilidade (*Availability heuristic*), de representatividade (*Representativeness heuristic*) e ancoragem (*Anchoring*), não estão relacionadas a aspectos motivacionais da pessoa⁶², como os desejos e as distorções pelo conhecimento prévio das recompensas e punições. Essa afirmação de Daniel Kahneman, Paul Slovic e Amos Tversky não significa que emoções e sentimentos não possam estar também presentes junto com as três heurísticas clássicas para, de alguma forma, influenciarem os julgamentos. Sendo elementos subjetivos podem complementar o processo cognitivo, na maioria dos casos agravando os vieses provocados por essas heurísticas, mas nem sempre. As estratégias de *marketing* sabem muito bem como somos influenciados pelos mínimos detalhes. Kahneman menciona os estudos de *priming* sobre os estímulos existentes em nosso ambiente que influenciam substancialmente nossos pensamentos e ações. Essas influências flutuam de um momento a outro: "*O breve prazer de uma brisa fresca em um dia quente deixa você ligeiramente mais positivo e otimista sobre seja lá o que estiver avaliando no momento*"⁶³. Na heurística de que trataremos a seguir, os aspectos emocionais e sentimentais atuam efetivamente para os julgamentos que fazemos sob algumas condições especiais, positivas ou negativas: estímulos do ambiente sobre os sentidos que associamos a experiências boas ou ruins, impulsos que desencadeiam lembranças agradáveis, desagradáveis ou frustrantes etc. De fato, a heurística de afeto (*affect heuristic*) tem potencial para enviesar o julgamento.

⁶⁰ POGARSKY, Greg and BABCOCK, Linda. *Damage Caps, Motivated Anchoring, and Bargaining Impasse*. *Journal of Legal Studies*. Vol. 30, 2001. pp. 143-159.

⁶¹ Gretchen B. Chapman and Eric J. Johnson. *Incorporating the Irrelevant: Anchors in Judgments of Belief and Value in Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (Thomas Gilovich, Dale Griffin, Daniel Kahneman. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002). p. 117.

⁶² Daniel Kahneman, Paul Slovic, Amos Tversky. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 1982. p. 18.

⁶³ Daniel Kahneman. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 191.

1.2.2.4. Heurística de afeto

Os elementos afetivos a nossa volta têm forte influência sobre nossos julgamentos (*affect heuristic*). Normalmente, referimo-nos a um tal de "estado de espírito" para alertar às pessoas a nossa volta como nos sentimos em determinado momento e quais impulsos estaremos propensos a seguir, positivos ou negativos⁶⁴:

"As used here, affect means the specific quality of "goodness" or "badness" (1) experienced as a feeling state (with or without consciousness) and (2) demarcating a positive or negative quality of a stimulus".

O conceito de uma heurística de afeto foi desenvolvido por Slovic pela percepção de que as pessoas fazem julgamentos consultando suas emoções, ainda que inconscientemente: *Será que gosto disso? Eu odeio isso? Qual a força de meus sentimentos em relação a isso?* As pessoas formam suas opiniões e fazem escolhas que expressam diretamente seus sentimentos, muitas vezes sem se dar conta de que o estão fazendo. Slovic vê na heurística de afeto um caso de substituição de uma reflexão mais complexa pelo Sistema 2 (*O que penso sobre isso?*) por uma simplificação, como se a resposta fosse possível apenas se restringindo a pergunta fácil: *Como me sinto em relação a isso*⁶⁵?

Antes de prosseguir, como alertado no item 1.2.2, a heurística de afeto (*affect heuristic*) não se confunde com impulsos motivacionais: interesses, preconceitos, ideologias, simpatias ou antipatias, preferências políticas, visão de mundo ou qualquer inclinação *a priori*. Eles também influenciam nossos julgamentos e causam vieses, mas para serem consideradas uma heurística, antes, é necessário um impulso trazido pelos sentidos desencadeando um efeito emocional.

Nesse caso, nossas escolhas são deliberadas e conscientes, ainda que, estratégia ou racionalmente, não admitamos a influência que exerceram em nosso *decisionmaking*. Aspectos emocionais podem ser determinantes para nossas decisões e relativizam a imparcialidade como qualidade normativa dos julgamentos. É inconteste que simpatias e antipatias são relevantes no processo decisório. Também a preferência política determina os argumentos que você julga convincentes. Por exemplo, caso se convença que suas dificuldades financeiras tenham origem na atual política de governo então você estará propenso a não enxergar qualquer benefício que essa mesma política tenha proporcionado. A

⁶⁴ SLOVIC, Paul, FINUCANE, Melissa, PETERS, Ellen, MACGREGOR, Donald G. *The Affect Heuristic in Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (Thomas Gilovich, Dale Griffin, Daniel Kahneman. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002). p. 352.

⁶⁵ Daniel Kahneman. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 120.

antipatia te tornará cego para qualquer virtude do regime atual e o desenvolvimento de seus argumentos será orientado pela rejeição ao *status quo* e uma extrema simpatia à política de oposição, ainda que pregoada pelo ódio. A política seria um dos impulsos motivacionais, mas ele também estará presente em outros domínios decorrentes da ideologia e mesmo em nossas simples preferências construídas ao longo de alguma fase da vida.

A diferenciação entre os aspectos emocionais e os aspectos motivacionais é necessária. Mesmo Daniel Kahneman, Nobel de Economia em 2002, não deixa muito clara essa diferença quando discorre sobre a heurística de afeto (*affect heuristic*). Com referência nos estudos pioneiros do psicólogo Paul Slovic⁶⁶, atribui a ela, a nosso ver equivocadamente, atitudes diretamente relacionadas a crenças, preconceitos, simpatias e antipatias⁶⁷:

"The psychologist Paul Slovic has proposed an affect heuristic in which people let their likes and dislikes determine their beliefs about the world. Your political preference determines the arguments that you find compelling".

Exemplifica sua afirmação com coisas como irradiação de alimentos, ingestão de carne vermelha, energia nuclear, uso de tatuagens ou motocicletas e as relaciona à compreensão de seus riscos e benefícios. Caso você as desaprove, provavelmente, que os riscos envolvidos serão altos e não dará a devida importância aos seus benefícios:

"Your emotional attitude to such things as irradiated food, red meat, nuclear power, tattoos, or motorcycles drives your beliefs about their benefits and their risks. If you dislike any of these things, you probably believe that its risks are high and its benefits negligible".

Entendo que nossas atitudes em relação a essas coisas não operam diretamente como heurística, pois o impulso nesses casos é muito mais sob o aspecto motivacional do que emocional. Caso um juiz tenha preconceito em relação ao uso de tatuagens, a sentença aplicada ao réu que faça uso delas pode ser influenciada pelo preconceito ou estereótipo. O mesmo para a figura característica de um motociclista de Harley Davidson, caso o juiz nutra alguma antipatia em razão de experiências anteriores desagradáveis, como uma discussão em estacionamento onde ficara impedido de sair com seu carro por ter sido bloqueado pela motocicleta. A influência pelo preconceito ou antipatia não constitui uma heurística de afeto quando incide diretamente sobre o *decisionmaker*. Para que assim seja caracterizada é necessário um elemento veículo que impulse sensações positivas ou negativas, a

⁶⁶ Paul Slovic, Melissa Finucane, Ellen Peters, and Donald G. MacGregor. *The Affect Heuristic in Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (Thomas Gilovich, Dale Griffin, Daniel Kahneman. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002). pp. 352 e s.

⁶⁷ Daniel Kahneman. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 89.

operarem inconscientemente a atitude do julgador. É justamente a incidência indireta, trazendo à tona pelos sentidos os aspectos emocionais impulsionadores de uma atitude enviesada que caracteriza a heurística de afeto. Imagine que um juiz estime a indenização no caso de contaminação por irradiação nuclear quando no dia anterior assistiu a vídeos com pessoas que foram vítimas de vazamentos nucleares. O choque emocional causado tem forte potencial para influenciar na sentença. Os experimentos para demonstrar a heurística de afeto recorreram a exposições de imagens apresentadas aos participantes antes de responderem a perguntas suscetíveis de influência por emoções e sentimentos, e se constatou que mesmo imagens de um rosto sorrindo ou franzido pode influenciar a visão positiva ou negativa sobre os assuntos submetidos a escolhas⁶⁸. Portanto, o uso de imagens e vídeos (também poderia ser o olfato ou outro estímulo) desencadeia pelos sentidos aspectos emocionais que influenciarão nossa atitude, inclusive quando estamos submetidos a julgamentos. Esse fenômeno caracteriza a heurística de afeto. O que não se confunde com as influências diretas sobre nós dos preconceitos, ideologias, simpatias ou antipatias, preferências políticas, visão de mundo ou qualquer inclinação.

O desencadeamento da reação ao estímulo ou da percepção sobre um fato é um fenômeno operado pela faculdade mental e não pelas influências sócio-motivacionais ou experiências do passado, ao menos diretamente. A heurística de afeto nasce de um impulso que agindo sobre o cérebro desencadeia no processo decisório uma tendência de escolha. Tanto é assim que um dos mais relevantes estudos surgiram da pesquisa no campo da neurologia⁶⁹. O famoso neurocientista português Antonio Rosa Damasio constatou que pacientes com lesões no córtex pré-frontal mantiveram sua inteligência básica, memória e capacidade de raciocínio lógico intactos, mas tiveram prejudicada sua capacidade emocional, propriamente, a inaptidão de associar sentimentos afetivos e emocionais com a antecipação das consequências de suas ações, chegando a relacionar o problema com uma tendência sociopata, quando o paciente perde sua habilidade de decisões racionais, isto é, aquelas que atenderiam a seus interesses⁷⁰. Os pacientes mantiveram intactos seu conhecimento, memória, concentração, linguagem, raciocínio matemático e reflexão sobre problemas abstratos. O único problema nos seus julgamentos era a alteração da capacidade de

⁶⁸ Paul Slovic, Melissa Finucane, Ellen Peters, and Donald G. MacGregor. *The Affect Heuristic in Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (Thomas Gilovich, Dale Griffin, Daniel Kahneman. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002). p. 355.

⁶⁹ DAMASIO, Antonio Rosa. *Descarte's error: Emotion, reason and the human brain*. New York: Grosset/Putnam, 1994. pp: 23-29.

⁷⁰ DAMASIO, Antonio Rosa; TRANEL, Daniel; DAMASIO, Hanna. *C. Individuals with sociopathic behavior caused by frontal damage fail to respond autonomically to social stimuli*. Maryland: Behavioural Brain Research, 1990. pp. 41, 81-94. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/2288668>.

experimental sentimentos e emoções, o que impossibilitava atitudes consequentes. Damásio concluiu que o sentimento é um elemento integrante da engrenagem do raciocínio e que nos pensamentos são incorporadas as imagens, o que inclui, em sentido amplo, sons, cheiro, impressão visual, ideias e palavras. Em nossa aprendizagem ao longo da vida essas imagens são marcadas no cérebro por sentimentos positivos ou negativos e, direta ou indiretamente, ficam incorporados ao nosso psicossomático. Em cada momento que as revivemos dispara uma sensação, positiva ou negativa, com influência sobre nossa atitude em relação a um evento futuro a ela associado. Em síntese, as imagens são associadas pela vida e aprendizagem aos sentimentos e emoções como um carimbo no cérebro. As sensações positivas ou negativas desencadeadas pela lembrança da imagem influenciam as escolhas sobre eventos futuros, enviesando os resultados futuros. Quando a pessoa desperta pela imagem a marca associada à sensação negativa dispara-se um alarme sobre o resultado futuro e, ao contrário, quando a marca é positiva, o resultado é incentivado⁷¹.

Em um experimento, Damasio propôs que os participantes selecionassem cartas de baralho dispostas em quatro pilhas. As cartas indicavam no verso as somas em dinheiro ganhas ou perdidas em cada jogada. Constatou-se que participantes sãos e pacientes com lesões em outra parte do cérebro evitavam um alto risco (ganhos expressivos, porém sujeitos a grandes perdas em dinheiro); enquanto os pacientes com lesões no córtex pré-frontal eram indiferentes à perda e, de fato, perderam muito dinheiro no experimento. Eles respondiam normalmente a cada perda sofrida nas rodadas, mas não eram capazes de aprender a evitar as futuras perdas, falharam em reagirem antecipadamente através das imagens no verso das cartas para a prevenção da consequência negativa, mesmo com todas as oportunidades que lhes foram oferecidas⁷².

As imagens guardadas na memória com associações a experiências marcadas por sensações positivas ou negativas nos ajudam na avaliação de possíveis resultados no futuro. Adicionada à frase popular "uma imagem vale mais que mil palavras" também poder-se-ia exaltar outras qualidades das imagens (em sentido amplo: sons, paladar, cheiro, impressão visual, ideias e palavras), quando associadas aos sentimentos e emoções. Elas são indutoras de lembranças completas e detalhadas como se fossemos capazes de revivê-las no presente. É comum que recordemos através do gosto de uma bala ou doce lembranças de nossa

⁷¹ Damasio, Antonio Rosa. *Descarte's error: Emotion, reason and the human brain*. New York: Grosset/Putnam, 1994. p. 174.

⁷² Paul Slovic, Melissa Finucane, Ellen Peters, and Donald G. MacGregor. *The Affect Heuristic in Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (Thomas Gilovich, Dale Griffin, Daniel Kahneman. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002). p. 354.

infância, quando outros eventos mais recentes não substituíram essas associações. Faça esse experimento, caso não tenha feito isso desde então, deguste os doces de um saco ganho em dia de "São Cosme e Damião" e ficará surpreso com as lembranças de sua infância; certamente, será uma sensação positiva que te fará confiante para as decisões pendentes.

As conclusões nas pesquisas com pessoas lesionadas no córtex pré-frontal demonstram a relação entre os aspectos emocionais e um *decisionmaking*. As imagens são associadas a sensações positivas ou negativas de acordo com cada evento da vida e seu cenário. A exposição a essas imagens resgata o otimismo ou o pessimismo em relação aos resultados futuros, o que influenciará, consciente ou inconscientemente, uma decisão.

Como ilustração do viés relacionado a heurística de afeto, Sunstein pergunta aos participantes da pesquisa quanto estariam dispostos a pagarem por um seguro de vida em caso de queda do avião onde estariam com toda sua família para causas distintas: uma apólice de US\$ 100.000,00 para qualquer causa que seja, menos terrorismo; e outra, específica no mesmo valor para o caso de ato terrorista. A maioria estaria disposta a pagar mais pela segunda apólice, ainda que a probabilidade real de queda de avião por ato terrorista (mesmo nos EUA) seja muito inferior às demais causas. Essa avaliação enviesada decorre da heurística de afeto. A ideia de uma morte por terrorismo produz medo e imagens vívidas na mente, ativando o Sistema 1⁷³. Como efeito desse fenômeno, nossa avaliação de risco não se dá pelo conhecimento da probabilidade real de um sinistro relacionado ao terrorismo, mas pela emoção impulsionada por marcas associadas às imagens. De fato. Feche os olhos e tente lembrar algumas imagens exibidas na TV e Internet quando do ato de 11 de setembro às torres gêmeas. Não se pode dizer que a recordação não influenciaria uma estimativa de risco relacionado a terrorismo.

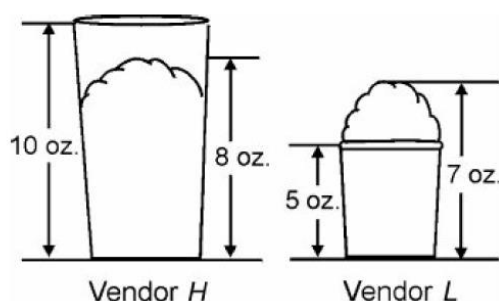
Outros experimentos empíricos foram preparados para demonstrar essa heurística de afeto sobre julgamentos e *decisionmaking*. O psicólogo polonês Robert Bolesław Zajonc concluiu que objetos apresentados repetidamente para um indivíduo, a mera exposição é capaz de criar uma atitude positiva ou uma preferência por esses objetos⁷⁴. Os estímulos apresentados aos participantes eram frases sem sentido, rostos ou ideográficos chineses. Ele constatou que o número de respostas positivas era proporcional ao aumento da frequência das exposições de imagens.

⁷³ SUNSTEIN, Cass R. *Simpler: The Future of Government*. eBook. New York, London, Toronto, Sydney, New Delhi: Simon & Schuster, 2013. p.53.

⁷⁴ ZAJONC, Robert B. *Attitudinal effects of mere exposure*. *Journal of Personality and Social Psychology Monograph*, 9 (2, Pt. 2), 1968. pp. 1–27. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1037/h0025848>.

Além da mera exposição, também se constatou que as respostas tendem a ser mais positivas quando a pessoa é exposta a imagens agradáveis, como rostos sorrindo, paisagens paradisíacas e outros estímulos⁷⁵. E os efeitos de um sorriso foram muito além. Em outra experiência, dessa vez com infratores, observou-se que aqueles mais simpáticos receberam pela mesma infração penalidades mais amenas que os demais⁷⁶.

As imagens também podem ser agradáveis em razão da sua proporcionalidade. Imagine o experimento em que a sorveteria exhibe a uma criança dois potes de sorvetes com dimensões e quantidades diferentes. O primeiro com capacidade para 10 oz, porém com 8 oz de sorvete e outro para 5 oz, porém com 7 oz, transbordando o limite. Qual dos potes você apostaria que seria o escolhido pela criança⁷⁷?



Nesse experimento, documentado no artigo "*Less is better: When low-value options are valued more highly than high-value options*", Christopher K. Hsee pretende demonstrar que em suas experiências anteriores a imagem de um pote ou "casquinha" transbordando de sorvete ficou marcada na mente da criança como uma sensação positiva associada à sua vontade de se "lambuzar" da guloseima. Quando submetido a uma escolha, a reflexão racional sobre a opção com mais quantidade não é relevante, prevalece a heurística de afeto, fenômeno do Sistema 1. Para a criança, um pote ou "casquinha" transbordando de sorvete é a que melhor simboliza e atende sua gula.

Certamente, nós adultos também temos nossas imagens associadas ao apetite. Quando você se serve em um restaurante *self service* de "comida a kilo" o tamanho do prato tem forte associação com suas escolhas⁷⁸. Os restaurantes farão uso da arquitetura de

⁷⁵ WINKIELMAN, Piotr; ZAJONC, Robert B. & SCHWARZ, Norbert. *Subliminal affective priming resists attributional interventions*. *Cognition and Emotion*. 11(4), 1997. pp. 433–465. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/026999397379872>.

⁷⁶ LAFRANCE, Marianne & HECHT, Marvin A. *Why smiles generate leniency*. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 21, 1995. pp. 207–214. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1177/0146167295213002>.

⁷⁷ HSEE, Christopher. K. *Less is better: When low-value options are valued more highly than high-value options*. *Journal of Behavioral Decisionmaking*, 11, 1998. pp. 107–121. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1002/\(SICI\)1099-0771\(199806\)11:2<107::AID-BDM292>3.0.CO;2-Y](http://dx.doi.org/10.1002/(SICI)1099-0771(199806)11:2<107::AID-BDM292>3.0.CO;2-Y)

⁷⁸ Wendel faz uso de um exemplo: enquanto nosso prato de sopa é suplementado com porções sucessivas, somente vamos parar de tomá-la quando encontrarmos o fundo. Ele faz referência a expressão "*mindless eating*", criada por Brian Wansink para designar uma espécie de piloto automático no ato de comer.

escolhas, *choice architecture*, e te disponibilizarão pratos maiores para que você consuma muito mais do que precisaria. Caso queira fazer uma dieta, recomenda-se que substitua em sua casa seus pratos por modelos menores. A mente está marcada para associar a satisfação do apetite ao consumo de um prato cheio de comida, uma heurística de afeto que atua de forma psicossomática. A quantidade absoluta de comida consumida, mesmo como preenchida a metade do prato, também reage no estômago para alertar a mente quanto à satisfação do apetite, mas de forma física. Uma quantidade menor de comida, porém em um prato menor também provocará na mente um sinal de satisfação, ainda que, de fato, não seja uma quantidade normalmente satisfatória⁷⁹.

Os efeitos das imagens já foram explorados pelo cinema. A obra clássica "Laranja Mecânica" de Stanley Kubrick, título original "A Clockwork Orange" (1971), narra os episódios de violência do jovem Alex e sua gangue, os droogs: espancamentos, estupros e mutilações. Alex é preso por assassinato. Após dois anos encarcerado, Alex se voluntaria para um tratamento experimental que pode tirá-lo da prisão, que consiste em assistir compulsoriamente e durante um período prolongado de horas uma sequência de imagens de extrema violência, exibidas por poucos segundos, como *flashes*:



O objetivo do experimento é estabelecer marcações na mente de Alex de sensações negativas associadas à violência, heurísticas de afeto. Alex se torna inofensivo e é devolvido à sociedade, submetendo-se a humilhações por suas vítimas do passado. São as associações obtidas na exposição às imagens de violência que condicionam Alex a ser repulsivo a qualquer tipo de violência.

De fato, imagens marcadas por sentimentos positivos ou negativos orientam atitudes e *decisionmakings*. As pessoas se utilizam da heurística de afeto para seus julgamentos, ou

WANSINK, Brian. *Mindless Eating: Why We Eat More Than We Think*. New York: Bantam Books. 2010 *apud* Stephen Wendel. *Designing for Behavior Change Applying Psychology and Behavioral Economics*. eBook. Beijing, Cambridge, Farnham, Köln, Sebastopol, Tokyo: O'Reilly Media, 2014. pp. 73-74.

⁷⁹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. p. 44.

seja, as representações de objetos e eventos na mente são marcadas em graus diferentes de afeto. Em um julgamento ou decisão, as pessoas consultam, consciente ou inconscientemente, seu acervo de afetos (sentimentos e emoções) contendo todas as marcações positivas ou negativas, associadas com representações. Assim, os afetos servem como um traço importante para muitas decisões ou julgamentos, principalmente os mais complexos e aqueles em que nossa memória é limitada. Atuando conjunta e prontamente, as impressões afetivas podem ser muito mais fáceis e eficientes do que uma ponderação racional de prós e contras ou um esforço de recuperação da memória das experiências que poderiam ajudar no *decisionmaking*⁸⁰.

Como vimos, os vários experimentos com imagens demonstraram que o afeto é um poderoso condicionante das preferências, independentemente de sua origem ser conscientemente percebida. Eles também evidenciaram a desvinculação entre afeto e cognição, indicando que podem acontecer ativação dos aspectos sentimentais e emocionais que não necessariamente requer uma avaliação cognitiva, o que torna o modo afetivo de resposta ágil e com considerável capacidade adaptativa às várias circunstâncias⁸¹.

A heurística de afeto também pode atuar em conjunto com a heurística de disponibilidade (*availability heuristic*). De acordo a última, nós avaliamos a probabilidade dos riscos sob a influência da incidência de lembranças na mente dos casos em que, de fato, o evento se configurou. As recordações serão mais fáceis quando as imagens são marcadas pelo afeto (comoção popular, emoção, desgosto e sentimentos em geral). Daí a atuação conjunta da heurística de afeto. Em experimentos voltados para a influência dos aspectos emocionais sobre as estimativas de ocorrências, constatou-se que se julgou como maiores frequências e riscos eventos tais como: furacões, acidente nuclear, terrorismo, incêndios e foram subestimadas causas de morte por diabete, asma, tuberculose e outras doenças muito mais letais⁸².

Paul Slovic, Melissa Finucane, Ellen Peters e Donald G. MacGregor trazem algumas aplicações populares da heurística de afeto. As trilhas sonoras de um filme contribuem com

⁸⁰ Paul Slovic, Melissa Finucane, Ellen Peters, and Donald G. MacGregor. *The Affect Heuristic in Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (Thomas Gilovich, Dale Griffin, Daniel Kahneman. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002). pp. 354-355.

⁸¹ Ibid. p. 355.

⁸² LICHTENSTEIN, Sarah; SLOVIC, Paul; FISCHHOFF, Baruch; LAYMAN, Mark and COMBS, Barbara. *Judged frequency of lethal events*. *Journal of Experimental Psychology: Human Learning and Memory*, 4, 1978. pp. 551-578. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1037/0278-7393.4.6.551>. SLOVIC; FINUCANE; PETERS; MACGREGOR. Op.cit. p. 367. THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. pp. 24-25.

o diálogo dos atores e atrizes para nos emocionarmos mais facilmente. As músicas podem despertar romantismo, tristeza, ação, alegria e outros sentimentos. Fazemos associações que nos trazem para um campo emotivo mais "colorido", complementando o cenário e a *performance* dos intérpretes. Para fins comerciais, uma empresa imobiliária terá mais facilidade de vender imóveis quando o *marketing* faça exibição de cenas com famílias felizes e sorridentes⁸³. Ou uma loja de veículos, quando organiza em um domingo de sol o chamado "feirão" de carros. A expressão nos traz uma associação à imagem das feiras populares com frutas, verduras, legumes e outros produtos vendidos a preços mais baratos. A mensagem faz uso da heurística de afeto para atrair o consumidor iludido com as oportunas promoções.

De acordo com os experimentos aqui descritos ao longo dessa parte do trabalho, constata-se a grande capacidade de as imagens marcadas pelas sensações positivas ou negativas resgatarem lembranças distantes e esquecidas. Os sentimentos e emoções têm a virtude de iluminar nossos pensamentos e aclarar o que pensamos estar oculto na mente. Esse fenômeno da heurística de afeto nos ajuda em nossas decisões e julgamentos, seja pela lembrança das experiências vividas, seja pela intuição, seja pela percepção dos riscos e benefícios. É certo que também pode resultar em vieses quando nos afastamos muito da reflexão, própria do Sistema 2, mas isso dependerá de nossa aptidão para as migrações entre os Sistemas 1 e 2 e na sensibilidade dos graus a serem utilizados no *decisionmaking*. E também se deve considerar que nada significa que sua mente esteja completamente fechada para não aceitar que informações e reflexões sensatas não alterem suas opiniões "iluminadas" pelo afeto; especialmente quando você descobre que o risco de uma atividade de que não gosta é menor do que você pensava. Sendo certo também que a percepção sobre um risco menor ao que se pensava automaticamente alterará para melhor sua opinião sobre o benefício, independentemente da existência de informações sobre o benefício⁸⁴.

Em outro trabalho, Paul Slovic e Ali Siddiq Alhakami demonstram a relação entre afeto com a percepção dos riscos e benefícios em nossos julgamentos. Quando gostamos de algo tendemos a julgar os riscos como baixos e os benefícios, altos; e inversamente em relação ao que não apreciamos⁸⁵:

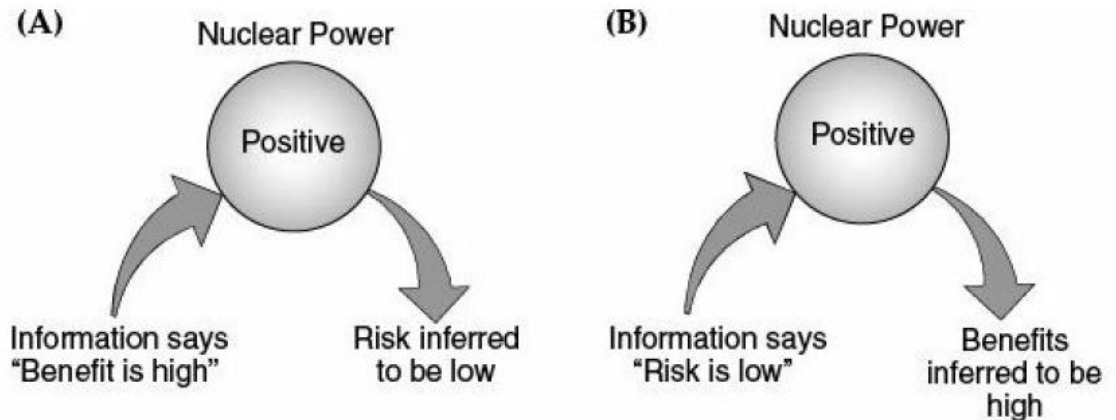
⁸³ Paul Slovic, Melissa Finucane, Ellen Peters, and Donald G. MacGregor. *The Affect Heuristic in Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (Thomas Gilovich, Dale Griffin, Daniel Kahneman. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002). p. 369.

⁸⁴ Daniel Kahneman. "*Thinking, Fast and Slow*". New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. pp. 89-90.

⁸⁵ ALHAKAMI, Ali Siddiq and SLOVIC, Paul. *A psychological study of the inverse relationship between perceived risk and perceived benefit*. Risk Analysis, 14(6), 1994. pp. 1085-1096. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1111/j.1539-6924.1994.tb00080.x> Paul Slovic, Melissa Finucane, Ellen Peters, and Donald G. MacGregor. *The Affect Heuristic in Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (Thomas

"If they like an activity, they are moved to judge the risks as low and the benefits as high; if they dislike it, they tend to judge the opposite – high risk and low benefit".

Essa relação inversa pode ser sintetizada na ilustração proposta por Paul Slovic⁸⁶:



1.2.3. Aversão a perdas

As pessoas são natural e irracionalmente otimistas, independentemente dos riscos. O otimismo irrealista explica muitos dos riscos individuais a que nos sujeitamos acreditando que somos especiais e para nós as estatísticas não funcionariam. Muitos são os domínios da vida em que resistimos à realidade. Por exemplo, em um levantamento realizado nos EUA evidenciou-se que a taxa de fracasso dos novos empreendedores nos negócios é de pelo menos 50%; no entanto, em uma pesquisa com pequenas empresas (restaurantes, lojas varejistas e salões), os participantes responderam as duas questões: (a) Qual a chance de sucesso para um negócio similar ao seu? e (b) Qual é a sua chance de sucesso? o otimismo individual revelou-se surpreendente. As respostas mais comuns a essas perguntas foram de 50% e 90%, respectivamente; sendo também expressiva a quantidade de entrevistados que acreditaram em uma chance de 100% para seu sucesso no novo empreendimento. A conclusão a que se chegou na pesquisa é que nós acreditamos no fracasso, mas para os outros, conosco tudo é diferente⁸⁷. As pessoas mais velhas subestimam a probabilidade de se envolverem em um acidente de carro ou sofrerem doenças graves. Os fumantes estão

Gilovich, Dale Griffin, Daniel Kahneman. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002). p. 363.

⁸⁶ Paul Slovic, Melissa Finucane, Ellen Peters, and Donald G. MacGregor. *The Affect Heuristic in Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (Thomas Gilovich, Dale Griffin, Daniel Kahneman. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002). p. 365.

⁸⁷ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. pp. 32-33.

conscientes dos riscos estatísticos, mas a maioria acredita que eles são menos propensos a serem diagnosticados com câncer de pulmão e doenças cardíacas do que a maioria dos não fumantes. As loterias são bem sucedidas em parte devido ao otimismo irreal.

O otimismo irrealista é uma característica comum das pessoas. O problema é ao superestimarem sua imunidade pessoal contra danos, as pessoas podem deixar de tomar medidas preventivas sensatas. Um *nudge* proposto por Richard Thaler e Cass Sunstein consiste em fazer uso das heurísticas de disponibilidade e de afeto para lembrar as pessoas de um evento ruim associado à atitude que se pretende corrigir; assim, elas poderiam deixar de serem tão otimistas⁸⁸.

Interessante que o excesso de otimismo não impede outra tendência das pessoas em geral, que é a aversão a perdas (*Losses Aversion*). Algo aparentemente contraditório, mas justificável quando situamos cada qual na linha imaginária de transição entre os dois sistemas de pensamento. O otimismo irrealista é um fenômeno que de certa forma se aproxima ao Sistema 2; enquanto a aversão a perdas é uma reação biológica pelo instinto de sobrevivência dos seres vivos e, portanto, com o automatismo próprio do Sistema 1. Daniel Kahneman considera que o estudo da aversão à perda é a contribuição mais significativa da psicologia à economia comportamental⁸⁹. Embora no domínio do senso comum não seja nenhuma novidade de que na vida estamos muito mais preocupados em ter que suportar as perdas do que obter ganhos, quando ingressamos nos aspectos biológicos e psicológicos percebemos o quanto essa aparente simples ponderação entre "perder e ganhar" contribui para a compreensão de muitos dos nossos comportamentos, decisões e julgamentos. A aversão a perdas reafirma a prevalência da negatividade e fuga sobre a positividade e paz. Essa é a premissa inicial como fundamento dos estudos realizados nessa área da psicologia e explica várias questões de ordem prática, uma delas relacionadas à preservação do *status quo*. Caso queira refletir no campo político, a aversão a perdas é uma das explicações para a forte resistência à aprovação de grandes reformas políticas, a exemplo de reformas nos sistemas de previdência social⁹⁰.

Em um experimento para demonstração do domínio da negatividade, as duas imagens reproduzidas abaixo foram apresentadas para pessoas deitadas em um scanner cerebral. Cada uma, separadamente, foi exibida por menos de 2 centésimos do segundo e imediatamente disfarçada com “ruídos visuais” (exibição aleatória de quadrados escuros e brilhantes). O par

⁸⁸ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. pp. 32-33.

⁸⁹ Daniel Kahneman. "*Thinking, Fast and Slow*". New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 253.

⁹⁰ Daniel Kahneman. "*Thinking, Fast and Slow*". New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 253.

de olhos da esquerda é de uma pessoa aterrorizada e o da direita, de uma pessoa em paz, feliz⁹¹:

Negativity Dominance



Nenhum dos participantes tinha consciência de ter visto as imagens dos olhos, mas uma parte de seu cérebro "tinha": as amígdalas têm um papel primário como “centro de ameaça” do cérebro. Imagens do cérebro mostraram uma intensa resposta da amígdala a uma imagem ameaçadora (os olhos aterrorizados denotam uma ameaça iminente) que o observador não reconheceu⁹². Pesquisadores relatam que um rosto raivoso “salta” no meio de uma multidão de rostos felizes, mas um único rosto feliz é despercebido em meio a rostos raivosos⁹³. O cérebro de humanos e outros animais contém um mecanismo projetado para priorizar notícias ruins. Reduzindo a centésimos de segundo o tempo para detectar um predador, aumentam-se as chances de o animal viver o suficiente para se reproduzir. Essa é a explicação biológica para a "aversão a perdas".

As operações automáticas do Sistema 1 fazem parte desse nosso processo evolutivo. O cérebro reage rapidamente mesmo diante de ameaças simbólicas. Mesmo não havendo ameaça real, a mera lembrança de um evento ruim é tratada pelo Sistema 1 como ameaça iminente. A sensibilidade a ameaças se estende também ao processamento de opiniões alheias das quais discordamos veementemente⁹⁴.

⁹¹ Daniel Kahneman. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 253.

⁹² WHALEN; Paul J., KAGAN; Jerome, COOK. Robert G., DAVIS, F. Caroline, KIM, Hackjin, POLIS, Sara, MCLAREN, Donald G., SOMERVILLE, Leah H., MCLEAN, Ashly A., MAXWELL, Jeffrey S., JOHNSTONE, Tom. "Human Amygdala Responsivity to Masked Fearful Eye Whites". *Science*. Vol. 306, Issue 5704, 2004. pp. 2061. Disponível em: <http://science.sciencemag.org/content/306/5704/2061>.

⁹³ HANSEN, Christine H.; HANSEN, Randal D.. "Finding the Face in the Crowd: An Anger Superiority Effect". *Journal of Personality and Social Psychology* 54(6), 1988. pp. 917-24. Disponível em: 10.1037/0022-3514.54.6.917.

⁹⁴ BERKUM, Jos van, HOLLEMAN, Bregje, NIEUWLAND, Mante S and MURRE, Jaap. "Right or Wrong? The Brain's Fast Response to Morally Objectionable Statements". *Psychological Science* 20, 2009. pp. 1092-99. Disponível em: 10.1111/j.1467-9280.2009.02411.x.

O psicólogo Paul Rozin também faz a mesma relação ao afirmar que o negativo supera o positivo de muitas formas e a aversão a perdas é uma das inúmeras manifestações de uma ampla dominância da negatividade⁹⁵:

"[...] the negative trumps the positive in many ways, and loss aversion is one of many manifestations of a broad negativity dominance".

Na mesma obra, ele cita John Gottman, renomado especialista em relações conjugais, que observou que o sucesso de um relacionamento longo depende muito mais de evitar conflitos do que de buscar os "bons momentos". Para Gottman, um bom relacionamento exige que "bons momentos" superem conflitos na proporção de pelo menos 5 para 1. Em outras relações no domínio social não é diferente. Sabemos que uma amizade de muitos anos pode se esvaír por um único gesto⁹⁶.

De fato, aqui no Brasil estamos atravessando um momento de forte bipolarização social como decorrência das preferências políticas, agravado pelo dinamismo frenético de interações em redes sociais. Precisamente nesse momento que escrevo essas linhas fora divulgado o resultado das eleições presidenciais, com dois candidatos permanecendo na disputa a ser definida em um segundo turno de votação, justamente os que representam as duas extremidades, uma de esquerda e a outra de direita. As pessoas, com seus ânimos exaltados, fizeram marcações mentais com representações das negatividades em ambos os lados da política. O candidato da extrema direita representaria o risco de sociedade brasileira ser assombrada com o retorno do regime de exceção iniciado com um golpe militar em 1964 e, a extrema esquerda, o risco de o Brasil se tornar uma nova Venezuela⁹⁷.

Como consequência dessas aversões a perdas e heurístico de afeto, as pessoas estão terminando com suas relações sociais por divergência político-ideológica. Como apontado por Daniel Kahneman, uma crítica mais contundente entre amigos ou até um gesto podem aniquilar uma amizade de longos anos. A explicação pelas conclusões dos estudos no campo da psicologia e da biologia é que um gesto mais agressivo, mesmo que uma frase no Whatsapp, impulsionaria a pessoa para suas associações com "imagens": regime militar (perda da liberdade, autoritarismo, tribunal de exceção, tortura etc) e Venezuela (perda da liberdade, autoritarismo, perda do emprego, fome, migração etc). Muitas vezes entramos em

⁹⁵ ROZIN, Paul; ROYZMAN, Edward B., "*Negativity Bias, Negativity Dominance e Contagion*", *Personality and Social Psychology Review*. Vol. 5 issue. 4, 2001. pp. 296-320. Disponível em: https://doi.org/10.1207/S15327957PSPR0504_2

⁹⁶ Daniel Kahneman. "*Thinking, Fast and Slow*". New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 254.

⁹⁷ A Venezuela está sob o poder político de seu partido da esquerda e vive uma grave crise política, democrática, econômica e mesmo humanitária, com a migração de 2,3 milhões de venezuelanos, segundo a Organização Internacional de Migração.

conflito por motivos que, segundo a racionalidade do Sistema 2, seriam banais. Uma palavra por si só não é a causa, mas pode ser o gatilho para uma associação com uma preocupação aterrorizadora marcada na mente humana. As amígdalas são acionadas e os batimentos cardíacos ficam acelerados. Pronto, você está em estado de alerta contra uma ameaça simbólica. A reação ao imaginário pode ser o fim real de uma relação social que parecia ser eterna.

É uma aversão que, de fato, está na natureza dos seres vivos. Os animais, incluindo as pessoas, empenham-se muito mais para impedir perdas do que para obter ganhos. Essa característica explica o sucesso dos defensores de seu domínio territorial quando ameaçado por um invasor. O biólogo John Alcock observou que quase sempre o possuidor vence o desafio. O invasor não luta com o mesmo ímpeto daquele que detém o domínio do território⁹⁸. Na vida social, o mesmo fenômeno explica em grande parte porque temos dificuldade quando avançamos sobre territórios dominados pelo *status quo* de outrem. As instituições sofrem muita resistência quando tentam promover grandes reformas, como reorganizações e reestruturações de empresas ou reformas legislativas em determinado sistema de direitos e garantias. Kahneman também exemplifica com os esforços para racionalizar a burocracia, simplificar o sistema tributário e reduzir custos médicos⁹⁹. Nessas reformas, perdedores potenciais serão mais ativos e determinados do que vencedores potenciais e o resultado tenderá em favor deles; inevitavelmente, será mais dispendioso e menos eficaz do que inicialmente planejado, o que induz à desistência das tentativas.

Com efeito, a aversão a perdas ocorre em circunstâncias quando está "em jogo" o *status quo*. Temos forte resistência às mudanças que impliquem perdas de nossas conquistas anteriores, ainda que não sejam expressivas em relação ao que remanesceria¹⁰⁰. Mencionamos *en passant* a dificuldade na política de aprovação das grandes reformas legislativas com repercussão sobre os direitos das pessoas. Ainda que esses direitos ameaçados possam ser considerados privilégios, quando comparados com os direitos da maioria, será sempre um grande desafio para os governos. Sabemos de forma segura o que temos e sobre isso nos apoiamos, mas em relação às expectativas de maiores ganhos futuros do que as perdas sofridas não temos qualquer segurança. E aí vale o ditado popular: "melhor

⁹⁸ ALCOCK, John. *Animal Behavior: An Evolutionary Approach*. Sunderland, MA: Sinauer Associates, 2009. pp. 278-284, apud Eyal Zamir. *Law and Psychology: The Crucial Role of Reference Points and Loss Aversion*, working paper, Hebrew University, 2011.

⁹⁹ Daniel Kahneman. "*Thinking, Fast and Slow*". New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. pp. 256-257.

¹⁰⁰ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. pp. 33-34.

um pássaro na mão do que dois voando". É um fenômeno que transparece uma certa forma de conflito interno conosco, como mencionado por Daniel Ellsberg¹⁰¹:

We're intuitively uncomfortable with actions in which the potential effects have unknown probabilities. This makes us avoid otherwise preferred options when uncertainty is added.

De fato, a aversão a perda é uma poderosa força conservadora que favorece mudanças mínimas do *status quo* nas vidas tanto das instituições como dos indivíduos. Esse conservadorismo ajuda a nos manter estáveis no bairro onde moramos, em nosso casamento e em nosso emprego; é a força gravitacional que mantém nossa vida coesa junto ao ponto de referência¹⁰².

Thaler e Sunstein propuseram através de um jogo de cara ou coroa a influência da aversão a perdas. Suponha que se pergunte: cara você ganha R\$ X e coroa, perde R\$ 100,00. Quanto é que X precisa ser para você fazer a aposta? Para a maioria das pessoas, a resposta a esta pergunta está na média de R\$ 200,00. Somente a perspectiva de ganhar o dobro compensa a perspectiva de perder certa quantia¹⁰³. Para Daniel Kahneman, a rejeição dessa aposta é uma ação do Sistema 2, mas os *inputs* críticos são reações emocionais geradas pelo Sistema 1. Os profissionais dos mercados financeiros costumam ser mais tolerantes a perdas e para eles essa "razão de aversão a perda" seria inferior a 1,5. Kahneman atribui essa diferença a maturidade emocional para tolerância a flutuações entre ganhos e perdas¹⁰⁴.

Um problema relacionado a aversão a perdas é a produção de inércia, um viés irracional de se manter o *status quo*. Mantendo-se relutante em arriscar o que você tem para não sofrer perdas, então você terá dificuldades com negociações que de outra forma teria realizado. Em outro experimento, metade dos estudantes de uma turma receberam canecas de café e a outra metade, barras de chocolate. Ambas custam o mesmo valor. O teste consistia em convidá-los para realizarem trocas entre si. O resultado é que apenas 10% se mostrou interessado em obter o que não tinha em detrimento do que tinha¹⁰⁵.

Esse viés do *status quo* impulso cognitivo negativo a mudanças, mesmo quando sejam de nosso interesse. Este fenômeno, assim denominado por William Samuelson e

¹⁰¹ ELLSBERG, Daniel. *Risk, Ambiguity, and the Savage Axioms*. The Quarterly Journal of Economics 75, nº 4, 1961. pp. 643–669.

¹⁰² Daniel Kahneman. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 257.

¹⁰³ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. p. 35.

¹⁰⁴ Daniel Kahneman. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. pp. 238-239.

¹⁰⁵ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. pp. 33-34.

Richard Zeckhauser foi demonstrado em várias situações¹⁰⁶. Os alunos em sala de aula gostam de se sentarem sempre no mesmo lugar. No restaurante de nossa preferência, quando entramos a primeira coisa que olhamos é se nossa mesa "de estimação" está desocupada. Nos treinos de *running* na academia de ginástica temos impressão que no desempenho estará comprometido se tivermos que correr em outra esteira.

O viés do *status quo* pode ser facilmente explorado comercialmente, aproveitando-se de nossa procrastinação ou mesmo esquecimento quando já temos muitas rotinas do dia-a-dia. É comum as editoras oferecerem assinaturas mensais de jornais e revistas por algum período curto, normalmente de três meses, para que após, automaticamente, o cliente comece a pagar pelo valor normal. Dificilmente nos lembramos de cancelar a assinatura e podemos ficar anos pagando por algo que sequer nos tem utilidade. Mesmo Cass Sunstein que é um dos maiores pesquisadores dos vieses e aversões foi vítima do viés do *status quo*. Em uma de suas principais obras admite que ficou décadas para cancelar a assinatura mensal de revistas que sequer se interessava em ler: "sim, qualquer dia"¹⁰⁷.

Em outro caso de interesse comercial, Richard H. Thaler chama a atenção para os efeitos e receptividade por parte dos interessados quando se está discutindo alguma política de preço onde para determinado meio de pagamento se discute duas opções, ambas resultando o mesmo valor: conceder um desconto para pagamentos em *cash* ou aumentar pelo mesmo valor o preço quando se preferi o pagamento por cartão de crédito¹⁰⁸. Certamente, apesar de o valor ser o mesmo, a escolha recai sobre o desconto. Considerada a aversão a perdas, enquanto o primeiro caso é assimilado como um ganho; o segundo, como uma perda. Quando você indica na etiqueta um preço de R\$ 95,00, mas que passaria para R\$ 100,00 caso o pagamento seja em cartão de crédito representa uma perda de R\$ 5,00; caso indicasse R\$ 100,00 e passasse para R\$ 95,00 quando a mercadoria fosse paga em *cash* seria um ganho. O consumidor propenso em pagar com seu cartão de crédito aceitaria muito mais facilmente não obter o ganho do que sofrer a perda, embora nos dois casos o custo pela mercadoria seria os mesmos R\$ 100,00. Em um estudo sobre o comportamento do consumidor diante das estratégias comerciais com manipulação de preços se concluiu que o viés da aversão a perdas explica porque descontos concedidos temporariamente sobre

¹⁰⁶ SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard J. *Status Quo Bias in Decisionmaking*. Journal of Risk and Uncertainty 1, 1988. pp. 7-59.

¹⁰⁷ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. p. 35.

¹⁰⁸ THALER, Richard H. *Towards a positive theory of consumer choice*. Journal of Economic Behavior and Organization, 1980. pp. 39-60. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. *Rational Choice and the Framing of Decisions*. The Journal of Business, Vol. 59, nº 4, Part 2: The Behavioral Foundations of Economic Theory. 1986. p. 261.

mercadorias não correspondem exatamente às expectativas do comércio¹⁰⁹. Amos Tversky, Daniel Kahneman e Jack Knetsch estenderam com sucesso a aplicação da aversão a perdas aos julgamentos morais, em especial ao senso de justiça e equidade. Para eles, o padrão de comportamento aqui também se reproduz¹¹⁰. Em dois exemplos, fica evidente que as regras morais pelas quais o público avalia o que as empresas podem ou não fazer traçam uma distinção crucial entre perdas e ganhos. No primeiro caso hipotético, uma loja que vendia a US\$ 15,00 pás para recolher neve aumentou drasticamente o preço no dia seguinte a uma grande tempestade de neve. Quando perguntados sobre o comportamento da loja, embora estivesse de acordo com a reação econômica padrão de elevação do preço quando do aumento da demanda, 82% dos participantes do estudo consideraram a atitude injusta e socialmente reprovável. O preço antes da nevasca se tornou um ponto de referência e sua elevação é assimilada como uma perda que a loja impõe sobre seus clientes, simplesmente porque, na concepção econômica tradicional, ela pode¹¹¹. No segundo caso hipotético, o salário de um empregado é reduzido de 2 salários-mínimos para 1,5 salários-mínimos quando aumenta a taxa de desemprego em determinada localidade. Uma regra econômica no mercado de trabalho é que o aumento da demanda por empregos provoca redução nos salários. As respostas dos participantes não variaram em relação ao primeiro exemplo, 83% consideraram injusto; contudo, com uma pequena variação do caso, é dito que o empregado pediu rescisão do contrato de trabalho e outro é contratado em seu lugar, com os mesmos 1,5 salários-mínimos. Nessa última hipótese, 73% dos entrevistados consideraram a atitude da empresa aceitável. O trabalhador substituto não tem qualquer direito ao salário de referência do trabalhador anterior, e o empregador fica desse modo autorizado a reduzir o pagamento sem o risco de ser tachado de injusto¹¹².

Essa rejeição social às perdas impostas pelo poder econômico tem forte impulso para uma retaliação. A violação do senso de justiça, como nos dois exemplos, pode ser punida

¹⁰⁹ STIGLER, George J.; KINDAHL, James K. *The Behavior of Industrial Prices*. New York: National Bureau of Economic Research, 1970.

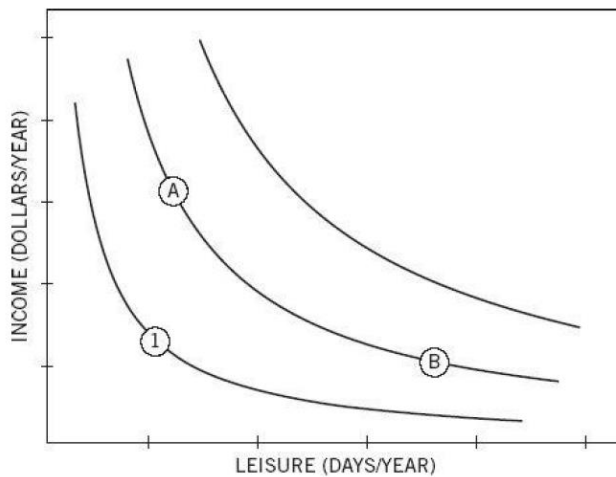
¹¹⁰ KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L. and THALER, Richard H. *Fairness and the Assumptions of Economics*. The Journal of Business, Vol. 59, nº 4, Part 2: The Behavioral Foundations of Economic Theory, 1986. pp. S285-S300.

¹¹¹ A discussão sobre as questões morais envolvidas quando o mercado se aproveita dos desastres naturais para praticar preços abusivos é detalhada por Michael J. Sandel através de vários exemplos reais: após a passagem pela Flórida em 2004, o furacão Charley deixou um rastro de destruição e com ele a imposição de preços extorsivos: sacos de gelo passaram de US\$ 2,00 para US\$ 10,00; geradores de energia, de US\$ 250,00 para US\$ 2 mil; quarto de hotel, de US\$ 40,00 para US\$ 160,00 etc. SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. pp. 11-18.

¹¹² Daniel Kahneman. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 258.

pela redução de produtividade¹¹³ e quedas nas vendas. Segundo os mesmos estudos, quando as pessoas descobrem que pagaram a mais por determinada mercadoria ou por um serviço que haviam recentemente adquirido, reduzem suas futuras compras com esse fornecedor em 15%. A explicação pelo viés da aversão a perda é que os clientes assimilam o preço atual mais baixo como o ponto de referência e consideram que sofreram um prejuízo ao pagar mais do que o valor justo¹¹⁴.

Com efeito, as pessoas adotam pontos de referência para quase tudo na vida. A partir deles assimilamos ganhos e perdas. Como vimos, o conjunto de referências constitui nosso *status quo*, ao qual lutamos bravamente para mantê-lo. O sentimento de perda sempre será muito mais doloroso do que as frustrações de expectativas a ganhos. Como mencionamos no início dessa parte sobre aversão a perdas, Daniel Kahneman considera que seu estudo é a contribuição mais significativa da psicologia à economia comportamental¹¹⁵. E também falamos do trabalho de Richard H. Thaler na incorporação dos estudos da psicologia comportamental para as análises econômicas, relativizando as teorias clássicas da economia:



O gráfico acima é uma curva de indiferença. Assim denominada porque em qualquer ponto da curva seria indiferente ao agente econômico a combinação da quantidade de dois bens com a mesma utilidade. Assim, se A e B estão na mesma curva de indiferença para você, você está indiferente entre eles e não precisará de nenhum incentivo para ir de um para o outro, ou voltar. No caso, o trabalhador estaria escolheria entre aumento de renda ou dias de folga. A forma convexa inclinada indica utilidade marginal decrescente: quanto mais

¹¹³ No Brasil, a rejeição social às reduções salariais impostas pelas empresas, decorrentes do viés da aversão a perdas, é tão levada a sério que tem normatização no ordenamento jurídico, e ainda como direito constitucional: "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo".

¹¹⁴ Daniel Kahneman; Jack L. Knetsch and Richard H. Thaler. *Fairness and the Assumptions of Economics*. The Journal of Business, Vol. 59, nº 4, Part 2: The Behavioral Foundations of Economic Theory, 1986. pp. S285-S300.

¹¹⁵ Daniel Kahneman. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 253.

lazer você tem, menos se importa com um dia extra de folga e, similarmente, quanto mais renda você tem, menos se importa com um dinheiro extra; conseqüentemente, quanto mais renda dispõe na mesma proporção cresce a utilidade de um dia extra de lazer¹¹⁶.

O que falta no gráfico, e igualmente faltará para qualquer par de bens, é uma indicação da renda e tempo de lazer atuais do indivíduo, seu ponto de referência e, conseqüentemente, um *status quo*. Sendo um empregado, o contrato de trabalho estipula uma combinação inicial de salário e dias de folga, seu ponto de referência, o *status quo*, mas o gráfico não o mostra. Essa omissão do ponto de referência nas curvas de indiferença é porque os economistas não vêm nele qualquer relevância para as decisões. Pressupõe-se que a utilidade é determinada apenas por sua situação atual, o passado é irrelevante. O viés da aversão a perdas demonstra que esse pressuposto é irrealista.

As pessoas são de "carne e osso" e como tal se comportam orientadas por outras regras que a economia não consegue explicar: heurísticas, vieses, aversões e outros elementos que influenciam nossas decisões¹¹⁷. Em negociações de revisão contratual, ambos terão que fazer concessões, o que é doloroso, porque cada uma das partes têm nas cláusulas do contrato vigente seus pontos de referências. Uma pesquisa proposta por Alan B. Krueger e Andreas Mueller ilustra o quão disposto um trabalhador procurando emprego estaria disposto a aceitar de salário em períodos de elevada taxa de desemprego. Eles aceitariam em média 90% de seu salário no emprego anterior, que cairia para menos de 10% por um período de um ano¹¹⁸, quando a resistência a aceitar perdas é rompida pelo aumento da necessidade de sobrevivência.

Voltando ao gráfico, o ponto 1 na primeira curva de indiferença poderia representar a situação atual, *status quo*, de duas pessoas que têm um mesmo emprego inicial em suas vidas e também têm as mesmas preferências entre salário e lazer. A empresa oferece a eles uma promoção para dois outros cargos (pontos A e B) que não são idênticos, mas estão no mesmo nível hierárquico na empresa, com características semelhantes com exceção de uma: o cargo A paga R\$ 1.000,00 a mais que o cargo B; no entanto, neste último a empresa disponibiliza dias de folga equivalentes a R\$ 1.000,00 (o salário diário multiplicado pelos dias de folga

¹¹⁶ Daniel Kahneman. "Thinking, Fast and Slow". New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. pp. 243-246.

¹¹⁷ A frase de Thaler após o anúncio do Nobel de Economia de 2017 traduz bem a compreensão mais realista de um agente econômico, alguém de "carne e osso": "Para fazer uma boa economia, você deve ter em mente que as pessoas são humanas". Luiz Carlos Mendonça de Barros. O Nobel de Economia de 2017. Valor Econômico, São Paulo, 16/10/2017.

¹¹⁸ KRUEGER, Alan B. e MUELLER, Andreas. *Job Search and Job Finding in a Period of Mass Unemployment: Evidence from High-Frequency Longitudinal Data*. Working Paper nº 215. Princeton University Industrial Relations Section, 2011. Disponível em: <https://www.princeton.edu/ceps/workingpapers/215krueger.pdf>

resultariam em R\$ 1.000,00 recebidos da empresa sem precisar trabalhar, o que possibilita que o empregado estenda suas férias). Sendo que nesse caso hipotético, os dois decidem entre eles no cara ou coroa quem irá para cada um dos dois empregos. Transcorrido um certo tempo, talvez uns 3 anos, e já acostumados com o *status quo*, agora a empresa faculta a eles trocarem de posição. Pela teoria econômica clássica representada no gráfico, as preferências permaneceriam as mesmas independentemente do tempo transcorrido; portanto, os dois empregos, posições A e B, continuariam sendo igualmente atraentes e os dois empregados seriam indiferentes à mudança. No entanto, contrariamente, a teoria da perspectiva assevera que os empregados preferem se manter em seus respectivos empregos. Essa preferência pelo *status quo* é uma consequência da aversão à perda e, de fato, relativiza a teoria econômica clássica¹¹⁹.

Em políticas públicas, Sunstein sugere que uma mudança de comportamento melhor alcançará resultados quando associada ao pagamento de taxas ou impostos do que pela recompensa. Mesmo pequenas taxas seriam fortes impulsos. Descreve as medidas voltadas para redução do uso de sacolas plásticas descartáveis fornecidas por supermercados. A primeira tentativa do governo, sem sucesso, foi a concessão de um pequeno desconto de US\$ 0,05 por sacola reutilizável trazida pelo consumidor; a segunda, a cobrança da mesma quantia por sacola fornecida. Dessa vez funcionou. Não importa quanto irrisória seja a quantia despendida para despertar o viés de aversão a perdas. A conclusão é simples, para provocar o comportamento esperado, a cobrança tem melhor efeito do que a recompensa¹²⁰. Na reprodução do viés às políticas econômicas mediante o manejo da tributação, temos que a concessão de subsídios tem fraco impacto sobre a economia. Em políticas econômicas liberais acredita-se que deixar o dinheiro com as pessoas impulsionaria o aumento do consumo e, conseqüentemente, o crescimento econômico. Uma das formas seria através da tributação, com duas medidas opcionais: a primeira através da restituição de tributos (*tax refund*) e a segunda através da redução de tributos. A segunda opção seria a que oferece maiores vantagens: ínfimo custo burocrático da medida e simplicidade; no entanto, para a teoria econômica clássica seriam iguais¹²¹.

Nos tribunais também se constata a influência da aversão à perda. Em sua pesquisa, o professor Jeffrey Rachlinski apresentou um problema muito comum entre litigantes. Seleccionados estudantes de direito para o experimento, metade deles no papel de autor e a

¹¹⁹ Daniel Kahneman. "*Thinking, Fast and Slow*". New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. pp. 243-246.

¹²⁰ Cass R. Sunstein. *Simpler: The Future of Government*. eBook. New York, London, Toronto, Sydney, New Delhi: Simon & Schuster, 2013. p. 55.

¹²¹ *Ibid.* p. 108.

outra metade, de réu. Os autores se depararam com a escolha entre uma oferta de ganhar certos US\$ 200.000 através de acordo e 50% de chance de ganhar US\$ 400.000 na sentença (chance também de 50% de não ganhar nada); enquanto os réus enfrentaram a escolha entre pagar US\$ 200.000 ao autor no acordo ou enfrentar 50% de chance de perder US\$ 400.000 na sentença (chance também de 50% de não perder nada). A conclusão foi que 77% dos autores e apenas 31% dos réus aceitaram o acordo¹²².

No item seguinte consolidaremos o estudo dessas influências aqui examinadas sobre nossas decisões e julgamentos, reunidas na teoria das escolhas racionais limitadas (*bounded rational choice*). Apresentaremos também alguns exemplos de arquiteturas de escolhas que fizeram uso bem-sucedido desses fenômenos. O propósito é uma abertura para a posterior aplicação aos processos decisórios no âmbito do macroprocesso do crédito tributário, o que será realizado ao longo do trabalho.

1.3. Escolhas racionais limitadas: teorias de *bounded rationality*

Durante todo seu longo período de triunfo e domínio, as teorias econômicas clássicas foram desenvolvidas a partir do postulado da racionalidade limitada apenas pelas condições nas quais as decisões econômicas eram tomadas, fatores extrínsecos ao *decisionmaker*. Assim, os economistas assumiam como agente econômico a figura hipotética de um *homo economicus*, alguém imune à sua própria natureza humana, idealizado para um comportamento voltado a maximização de resultados.

Oponente à teoria econômica clássica¹²³, Herbert Alexander Simon, Prêmio Nobel de Economia em 1978 pelas suas pesquisas precursoras de *decisionmaking* no âmbito das instituições administrativas, considerou a racionalidade como um estilo de comportamento voltado para o alcance de metas, dentro das limitações impostas pelas condições e constrangimentos e numa perspectiva intrínseca à natureza humana¹²⁴. Portanto, as limitações não estariam apenas dentro do ambiente externo, que era a visão restritiva e

¹²² GUTHRIE, Chris, RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH; Andrew. *Inside the Judicial Mind*. Vol. 86, no. 4. New York: Cornell Law Faculty Publications, 2001. pp. 35-38. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=257634.

¹²³ JONES, Bryan D. Bounded Rationality. *Annu. Rev. Polit. Sci.* 2nd Sem.:297-321. Washington: Northwestern University, 1999. pp. 299-301: "Simon investiu tempo e energia atacando o modelo econômico abstrato e rarefeito de decision-making. Demonstrou que o modelo clássico não oferece resposta sobre como as pessoas realmente decidem e desenvolveu um modelo procedimental de racionalidade baseado em fatores psicológicos de justificação, especialmente discorrendo como as pessoas conduzem pesquisas incompletas de informações e fazem avaliação de custo-benefício (tradeoffs) entre valores". Tradução.

¹²⁴ SIMON, Herbert A. *Theories of Bounded Rationality*. Decision e Organization. North-Holland Publishing Company, 1972. p. 161.

pretensiosa das teorias clássicas, fora da pele do agente racional¹²⁵, mas também no próprio agente econômico e sua capacidade natural para obter e processar as informações disponíveis.

As teorias que incorporam as limitações da capacidade de processamento de informações do agente são designadas por Simon como teorias da racionalidade limitada (*theories of bounded rationality*)¹²⁶. Acrescenta também que outra limitação natural da racionalidade é a informação incompleta das alternativas a serem escolhidas. Os modelos de decisão são concebidos para lidarem com a falta de informação sobre as consequências das decisões a serem adotadas, a insegurança em relação ao resultado, mas não em relação ao limite de informação que o agente dispõe, em razão da sua própria capacidade naturalmente limitada, para fazer escolhas, decisões e julgamentos¹²⁷.

Simon inicia o capítulo "*La Psicología de las Decisiones Administrativas*" de sua primeira obra sobre *decisionmaking* das instituições com a afirmação de que é impossível um indivíduo isoladamente alcançar um alto grau de racionalidade. Sendo vasto o número de informações e alternativas que necessita explorar e valorar é incompreensível aceitar alguma aproximação da racionalidade objetiva. As escolhas individuais sempre se apoiarão em suposição ou premissas aceitas como fundamento e bases de sustentação de suas decisões. O comportamento humano estará sempre pautado por essas suposições e premissas¹²⁸. A psicologia nos ensina que não há um comportamento absoluto dentro de uma suposta racionalidade objetiva¹²⁹, pois (a) a racionalidade exigiria um conhecimento prévio de todas as consequências de nossas decisões e somente as conhecemos de forma fragmentária; (b) como essas consequências estão no futuro o que fazemos é suprir a falta de conhecimento pela imaginação e adotarmos certos valores, de forma imperfeita; e (c) a racionalidade

¹²⁵ Ibid. p. 162: "those theories that locate all the conditions and constraints in the environment, outside de skin of the rational actor".

¹²⁶ JOLLS, Christine, SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. Vol. 50: 1471. Stanford Law Review, 1998. p. 1.477: "inicialmente introduzido por Herbert Simon, racionalidade limitada se refere ao fato óbvio de que a capacidade cognitiva humana não é infinita. Nós temos capacidade limitada de processamento de informação e de memória e reagimos de acordo com essas limitações. Assim, é verdade que nossas respostas e decisões racionais incorporam nossa própria limitação cognitiva, minimizando os custos da decisão e os erros incorridos". Tradução. Em sua crítica aos autores, Richard A. Posner define racionalidade como: "escolhendo os melhores meios para os fins desejados pela pessoa". POSNER, Richard A. *Rational Choice Behavioral Economics and the Law*. nº 50. Chicago: Stanford Law Review, 1997. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles.

¹²⁷ SIMON, Herbert A. *Theories of Bounded Rationality*. Decision e Organization. North-Holland Publishing Company, 1972. p. 163.

¹²⁸ SIMON, Herbert A. *El comportamiento Administrativo: Estudio de los procesos decisorios en la organization administrativa*. Traducción del inglés por Amando Lazaro Ros. Madrid (España): Aguilar S. A Ediciones, 1947. p. 76.

¹²⁹ Ibid. p. 77.

objetiva exigiria uma eleição a partir do conhecimento de todas as alternativas, mas na realidade nosso comportamento somente se ocupa de poucas alternativas¹³⁰.

De fato, em relação a primeira limitação da racionalidade (*bounded rationality*), a realidade é que o ser humano somente possui um conhecimento parcial das condições que governam suas ações e uma superficial percepção das regras que o permitem deduzir as consequências futuras a partir do conhecimento das circunstâncias presentes. Para ilustrar o problema, Simon conta uma anedota de certo estadista que encontrou uma correlação entre o número de "solteironas" e a colheita dos trevos de flores em diferentes condados ingleses. Intrigado, buscou a causa dessa correlação. Observou que as "solteironas" possuíam gatos de estimação, que comiam os ratos e esses ratos eram predadores naturais das abelhas que, por sua vez, eram responsáveis pela fertilização dos trevos de flores. Como consequência de sua dedução "lógica" concluiu que o governo inglês não deveria conceder qualquer bônus de casamento (prêmio como incentivo ao matrimônio) sem antes estimar o efeito negativo sobre a colheita dos trevos de flores causado pela redução da população de solteiras nos condados ingleses. O problema de descobrir quais fatores são importantes para cada situação é tão essencial para uma escolha correta quanto o conhecimento das condições e regras empíricas que regem esses fatores¹³¹.

Com relação a segunda limitação, ainda que as consequências de uma escolha sejam descritas por completo, dificilmente a antecipação, que é produto da imaginação, prevalecerá sobre aspectos emocionais. O exercício mental de antecipação das consequências terá forte influência dos valores preferidos por cada um. A antecipação de uma conclusão sobre as consequências não será isenta de nossas preferências. Nós temos a tendência de acreditar mais naquilo que nos interessa e desejamos¹³². Nesse sentido, Daniel Kahneman posiciona a

¹³⁰ Herbert Ibid. p. 78. Com base no trabalho de Simon, Christine Jolls, Cass R. Sunstein e Richard Thaler diferem as pessoas reais de "carne e osso" do hipotético *homo economicus* apresentando três limitações do comportamento humano para a relativização da ideia de maximização da utilidade: preferências invariáveis, expectativas racionais e processamento perfeito de informações. JOLLS, Christine, SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. Vol. 50: 1471. Stanford Law Review, 1998. p. 1.477.

¹³¹ Herbert A. Simon. *El comportamiento Administrativo: Estudio de los procesos decisivos en la organización administrativa*. Traducción del inglés por Amando Lazaro Ros. Madrid (España): Aguilar S. A Ediciones, 1947. pp. 78-79.

¹³² Bryan D. Jones explica que as pessoas não levam em consideração todos os aspectos relacionados à decisão e sua seleção é discricionária de acordo com sua compreensão do que, de acordo com os valores adotados, seria relevante. Bryan D. Jones. *Bounded Rationality*. Annu. Rev. Polit. Sci. 2nd Sem.:297-321. Washington: Northwestern University, 1999. p. 306: "In general, people do not consider all aspects of a decision facing them. They must factor the decision to make it manageable, examining only relevant aspects. They do not undertake complete searches for information, and they ignore available information - specially if it is not relevant to the factors they have determined to characterize the structure of the problem". No Brasil, nesse período eleitoral de forte polarização nas preferências de candidatos presidenciais, deparei-me com um texto de um jornalista que muito bem ilustra nossa cegueira para tudo que nos contrarie. Em nossas escolhas, a razão é sobrepujada pelas emoções: "A história mostra que nem sempre a maioria tem razão. Ou, pior, quase sempre

limitação da racionalidade objetiva pelas influências emocionais no campo de estudo da heurística de afeto (*affect heuristic*)¹³³, conclusão a que chega, a nosso ver equivocadamente, a partir das pesquisas do psicólogo Paul Slovic¹³⁴ (vide item 1.2.2.4):

"The psychologist Paul Slovic has proposed an affect heuristic in which people let their likes and dislikes determine their beliefs about the world. Your political preference determines the arguments that you find compelling".

A terceira limitação da racionalidade objetiva é mais perceptível que as duas primeiras. É difícil se negar nossa capacidade limitada de conhecer todas as opções de que dispomos para nossas escolhas¹³⁵.

A partir dos estudos desenvolvidos por Simon sobre as teorias da racionalidade limitada (*theories of bounded rationality*), muitos autores, principalmente norte-americanos, dedicaram-se a aplicá-las aos processos decisórios no campo de atuação da economia e do direito. Além de ser agraciado com Prêmio Nobel de Economia em 1978, o reconhecimento da importância do trabalho de Simon é exaltado por estudiosos de todas matizes. Passamos, assim, a apresentar experimentos e conclusões a partir dos estudos pioneiros de Simon sobre *bounded rationality* nos *decisionmakings*.

Descrevemos aqui as limitações identificadas por Simon como sendo, em síntese: conhecimento limitado das consequências de nossas escolhas, adoção subjetiva de valores para suprir a falta de conhecimento de fatos futuros consequentes às nossas escolhas e a incapacidade de conhecermos todas as alternativas e quando próximos disso nossa limitação no processamento das informações conhecidas¹³⁶. Com esse levantamento inicial de Simon, no estudo sobre a abordagem comportamental aplicada ao direito e a economia, Christine Jolls, Cass R. Sunstein e Richard Thaler assumiram como desdobramento dessas limitações, despercebidas pela teoria econômica clássica, que as pessoas nem sempre agem somente em

não tem. Porque há sempre pouca razão, e muita emoção e sentimentos, nas escolhas das multidões apaixonadas, que se tornam cegas e surdas para tudo que lhes contrarie a crença". Nelson Motta. Cegos e loucos. Coluna Opinião. Rio de Janeiro: O Globo, 19/10/2018.

¹³³ Daniel Kahneman. *"Thinking, Fast and Slow"*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 89.

¹³⁴ Paul Slovic, Melissa Finucane, Ellen Peters, and Donald G. MacGregor. *The Affect Heuristic in Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (Thomas Gilovich, Dale Griffin, Daniel Kahneman. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002). pp. 352 e s.

¹³⁵ Herbert A. Simon. *El comportamiento Administrativo: Estudio de los procesos decisorios en la organization administrativa*. Traducción del inglés por Amando Lazaro Ros. Madrid (España): Aguilar S. A Ediciones, 1947. p. 80.

¹³⁶ *Ibid.* p. 78.

seu interesse próprio (*bounded self-interest*) e também não levam às "últimas instâncias" sua força de vontade (*bounded willpower*) para conquista de objetivos e metas¹³⁷.

No modelo econômico clássico, as pessoas fariam suas escolhas e tomariam decisões que melhor satisfaçam seus interesses individuais (*self-interest*), abstraindo-se de influências emocionais. Mas não se trata de um repúdio aos fatores psicológicos. Não é isso. A questão é que, simplesmente, não acreditam em outra motivação para o *homo economicus* que não seja a maximização dos seus interesses.

Mas nem sempre é assim. Há casos em que as pessoas se contentam com uma espécie de segundo melhor interesse (*second best self-interest*) para agregarem em suas escolhas outros motivos, inclusive de ordem emocional. Para demonstrar a relativização do *self-interest*, propõe-se um experimento na forma de jogo, o *Ultimatum Game*. É oferecido a um dos participantes, na condição de proponente, uma certa quantia em dinheiro que ele deverá dividir, livremente, com o outro participante, o aceitante. A questão aqui não tem relação com restrições externas nas escolhas individuais. Eles não se conhecem e após o jogo continuarão sem se conhecer; assim, não há risco de retaliação. Caso o aceitante, de fato, aceite a oferta, cada um fica com sua parte; caso contrário, ninguém ganha nada. No modelo econômico clássico, qualquer valor oferecido pelo proponente seria melhor que nada; daí o aceitante aceitaria ainda que fosse R\$ 1,00; no entanto, não é essa a realidade. Uma pesquisa empírica demonstrou que o aceitante também levaria em conta o sentimento de justiça e egoísmo do proponente e, assim, independentemente do custo financeiro para ambos, ofertas inferiores a 20% seriam rejeitadas pelo aceitante como forma de punir o comportamento injusto do proponente. E como este também tem consciência do risco, a pesquisa demonstrou que os proponentes ofereceram aos aceitantes uma substancial parte do montante total, em média entre 40 e 50%¹³⁸.

Quanto a força de vontade limitada (*bounded willpower*), o problema para os *decisionmakings* tem relação com a capacidade mental limitada. Nós não conseguimos nos dedicar plenamente a tudo que nos cerca em um mundo complexo e exigente, onde temos que lidar com várias responsabilidades, atividades e tarefas diárias. Nós não podemos nos dar "ao luxo" de refletir profundamente sobre todas as opções disponíveis e sequer temos a capacidade de conhecer todas elas. Christine Jolls, Cass R. Sunstein e Richard Thaler se referem ao *bounded willpower* como uma decorrência do fato de que seres humanos

¹³⁷ Christine Jolls, Cass R. Sunstein and Richard Thaler. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. Vol. 50: 1471. Stanford Law Review, 1998. pp. 1476-1477.

¹³⁸ Ibid. pp. 1489-1490.

frequentemente tomam ações conscientes conflitantes com interesses de longo prazo¹³⁹. Por exemplo, muitos fumantes desejam parar de fumar, mas sua força de vontade limitada os fazem adotar medidas imediatas como, por exemplo, os inibidores da vontade de fumar. Igualmente, pessoas interessadas em perder peso precisam manter a geladeira de casa com cadeado e esconder a chave ou deixar as guloseimas em locais de difícil acesso, fora de sua visão. Nos Estados Unidos existe um plano de poupança para quem tem planos de viajar no final do ano (*Christmas Club*) e não consegue conter seus gastos, em que a pessoa somente consegue sacar os aportes mensais no mês de dezembro.

A capacidade mental limitada é agravada pelo cansaço natural que decorre do estado de vigília e concentração exigido pela vida e nossa sobrevivência. Em alguns experimentos se foi possível perceber o quanto somos influenciados pelo cansaço e os estágios de esgotamento da mente. No item 1.2.1 desse trabalho, quando tratamos dos sistemas 1 e 2 da mente, trouxemos o caso dos juízes de condicional que após dias de dedicação integral à revisão de pedidos de condicional demonstraram em suas decisões a influência do cansaço. Imediatamente após cada intervalo para descanso e refeição, observou-se um pico nas concessões da condição em cerca de 65% dos pedidos, o que contraria o *default* de 35%. E nas duas horas que antecedem os intervalos, período de maior esgotamento, a taxa de concessão cai gradualmente até chegar a zero concessões pouco antes do descanso¹⁴⁰.

Em um famoso e perturbador experimento, Walter Mischel expos crianças de 4 anos a um dilema cruel: escolher entre uma pequena recompensa disponível de pronto (um biscoito recheado Oreo) ou uma recompensa maior (dois desses biscoitos), mas antes tendo que permanecer 15 minutos sozinha numa sala, de frente para uma mesa sobre a qual havia o biscoito prontamente disponível e um sino para a criança avisar que se contentaria com um único biscoito, sem precisar aguardar os 15 minutos. Na sala não havia nada mais: nem brinquedos, nem livros, nem quadros ou qualquer outro objeto que a distraísse no ambiente. O adulto deixava a sala e só voltava depois de 15 minutos ou após a criança ter tocado o sino, ficado de pé ou apresentado algum sinal grave de desconforto¹⁴¹. Constatou-se que mais ou menos a metade das crianças conseguiu resistir à tentação por 15 minutos. A estratégia utilizada por elas era não olhar para o biscoito. Essas crianças foram

¹³⁹ Ibid. p. 1479.

¹⁴⁰ Daniel Kahneman. "*Thinking, Fast and Slow*". New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 39. Experimento também mencionado em Stephen Wendel. *Designing for Behavior Change Applying Psychology and Behavioral Economics*. eBook. Beijing, Cambridge, Farnham, Köln, Sebastopol, Tokyo: O'Reilly Media, 2014. pp. 18-19.

¹⁴¹ MISCHEL, Walter; EBBESEN, Ebbe B. *Attention in Delay of Gratification*. *Journal of Personality and Social Psychology* 16 (1970): 329-337. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1037/h0029815>. Daniel Kahneman. "*Thinking, Fast and Slow*". New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 42.

acompanhadas ao longo dos anos e pode se observar que as crianças com melhor autocontrole vieram a se tornar jovens menos propensos a usar drogas e obtinham notas substancialmente mais altas em testes de inteligência¹⁴².

Em outro sentido, existe também um outro problema decorrente do cansaço relacionado a *bounded rationality*. Quando nos mantemos excessivamente concentrados, com um foco intenso em determinada tarefa, acabando nos cegando para o ambiente ao nosso entorno, uma espécie de viés da atenção (*attentional bias*)¹⁴³. É como um mergulho, tão profundo no estado interno que joga na escuridão o ambiente externo. Em um experimento conhecido como "o gorila invisível", mencionado por nós no item 1.2.1, Christopher F. Chabris e Daniel J. Simons montaram um curta-metragem de duas equipes trocando passes de basquete. Os espectadores foram instruídos a contar o número de passes realizados pelo time branco, ignorando o adversário, de uniforme preto, uma tarefa de muita concentração. Em um trecho de 9 segundos do vídeo, uma mulher usando um traje de gorila aparece, atravessa a quadra, bate no peito e vai embora. Milhares de pessoas assistiram ao vídeo e cerca da metade delas não viu o gorila. O excesso de concentração para a tarefa de contar os passes ignorando a equipe adversária causou cegueira em relação ao ambiente¹⁴⁴.

As consequências relacionadas ao cansaço podem ser evitadas por algumas arquiteturas de escolhas (*choice architectures*) na forma de *nudge*, impulsos com a finalidade premeditada de direcionar o comportamento das pessoas para um resultado; contudo, sem lhes subtrair a liberdade de preferência pelas demais opções¹⁴⁵. Alguns exemplos na literatura podem ser amplamente aplicados. Em uma estrada urbana pelo litoral do Lago Michigan, a Lake Shore Drive, com vista deslumbrante de Chicago, há um trecho que coloca os motoristas em uma série de curvas perigosas em "S". Muitos não conseguem atender ao limite de velocidade reduzido (25 mph) e derrapa. Recentemente, a cidade

¹⁴² MISCHEL, Walter; SHODA, Yuichi; RODRIGUEZ, Monica L. *Delay of Gratification in Children*. Science 244, 1989. pp: 933-938. Disponível em: <http://adsabs.harvard.edu/abs/1989Sci...244..933.MIS>. EIGSTI, M. Inge-Marie; ZAYAS, Vivian; MISCHEL, Walter; SHODA, Yuichi; AYDUK, Ozlem; DADLANI, Mamta B.; DAVIDSON, Matthew C; ABER, J. Lawrence; CASEY, B. J. *Predicting Cognitive Control from Preschool to Late Adolescence and Young Adulthood*. Psychological Science 17, 2006. pp: 478-484. Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1111/j.1467-9280.2006.01732.x>.

¹⁴³ Stephen Wendel. *Designing for Behavior Change Applying Psychology and Behavioral Economics*. eBook. Beijing, Cambridge, Farnham, Köln, Sebastopol, Tokyo: O'Reilly Media, 2014. p. 5, 18.

¹⁴⁴ Christopher F. Chabris; Daniel J. Simons. *The invisible gorilla: And Other Ways Our Intuitions Deceive Us*. New York: Broadway Paperbacks, 2009. Daniel Kahneman. "Thinking, Fast and Slow". New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 24. Stephen Wendel. *Designing for Behavior Change Applying Psychology and Behavioral Economics*. eBook. Beijing, Cambridge, Farnham, Köln, Sebastopol, Tokyo: O'Reilly Media, 2014. p. 18.

¹⁴⁵ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. p. 6: "A nudge, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people's behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates".

empregou uma forma de fazer os motoristas diminuïrem a velocidade. No início da curva perigosa, os motoristas encontram um aviso do limite de velocidade e depois uma série de listras brancas pintadas na estrada. As listras não fornecem informação que precisem ser lidas, mas apenas um sinal visual aos motoristas. Muito antes das curvas perigosas, as listras estão ampla e uniformemente espaçadas, mas à medida que se aproximam do perigo, os espaçamentos entre as listras diminuem, dando ao motorista a sensação de que a velocidade do veículo está aumentando. A reação é imediata e instintiva, fazendo-os pisar no pedal de freios para reduzir a velocidade. A bela visão fora da estrada cega os motoristas em relação às placas com os sinais normais de limite da velocidade, mas com esse *nudge* atende-se o resultado desejado, e muitas vidas são poupadas¹⁴⁶.

Todos nós temos problemas com autocontrole. Em outras arquiteturas de escolhas também se é possível obter resultados favoráveis para a saúde, sem uso de qualquer medicamento. Em complemento à sua dieta de emagrecimento, você também pode passar a utilizar pratos menores. A mente associa a satisfação do apetite a um prato cheio em que você acaba de comer toda a comida¹⁴⁷. Cuidado com os restaurantes do tipo *self service*, pois também adotarão arquiteturas de escolhas que atendam interesse próprio. Eles te disponibilizarão pratos maiores para que você consuma muito mais do que precisaria e para aumentar a margem de lucro, oferecerão no início do *buffet* as opções com de menor custo, como saladas de legumes e verduras, e mais pesadas, como batata, tomate e beterraba. As carnes ficarão para o final, quando impulsionado pela fome foi já preencheu seu grande prato com as alternativas anteriores.

O uso comercial das arquiteturas de escolhas (*choice architectures*) é muito difundido para fins comerciais. Quantas vendas não teriam sido realizadas pela Amazon se o site não dispusesse de ferramentas para te oferecer produtos relacionados com suas pesquisas anteriores. Nós não temos tanta força de vontade (*bounded willpower*) e nem tempo disponível para tantas buscas *maximizing* entre tantos produtos oferecidos no site. Precisamos de facilidade e empresas como Amazon e Netflix souberam muito bem explorar essa nossa limitação. Quando você procura um filme ou série para assistir, a Netflix, com base em suas escolhas anteriores, disponibiliza exclusivamente para você todas as alternativas mais prováveis de te agradarem, afinal somos normalmente *satisficing*¹⁴⁸, não

¹⁴⁶ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. pp. 37-39.

¹⁴⁷ Ibid p. 44. WENDEL, Stephen. *Designing for Behavior Change Applying Psychology and Behavioral Economics*. eBook. Beijing, Cambridge, Farnham, Köln, Sebastopol, Tokyo: O'Reilly Media, 2014. pp. 73-74.

¹⁴⁸ *Satisficing* é um método de busca das alternativas até que se encontre alguma suficientemente satisfatória para a escolha. SIMON, Herbert A. *Theories of Bounded Rationality*. Decision e Organization. North-Holland

precisamos percorrer todo o catálogo de filmes e séries para encontrar aqueles que razoavelmente nos satisfaz¹⁴⁹.

Uma das limitações da *rational choice* é a atração que temos pelas "ondas" e "cascatas" ou, simplesmente, um comportamento, as vezes inconsciente, de imitação¹⁵⁰. As influências das pessoas entre si têm sido estudadas por vários autores¹⁵¹ e a conclusão comum é que se você vai apostar no que uma pessoa fará, observe o que outras pessoas ao redor dela estão fazendo. Normalmente, nós seguimos as pessoas em nas quais confiamos ou fazemos o que outras semelhantes a nós estão fazendo. Na verdade, imitamos o que, em nossa percepção (que nem sempre é precisa), seja a escolha daqueles com os quais temos alguma identidade do valor por nós eleito como relevante naquele contexto. Desses efeitos "cascata" (*cascade effects*) pode se formar uma grande "onda", quando a propagação ganha uma grande dimensão. Cass Sunstein atribui o sucesso de muitos empreendedores, políticos e movimentos sociais à habilidade de formar e se beneficiar de uma "onda" favorável, o que ele compara à dinâmica dos livros *best-selling*. Na política americana, menciona que o sucesso de Franklin Delano Roosevelt e Ronald Reagan não se deu pelo talento, mas porque uma multidão trabalhou na campanha eleitoral e neles votou apenas porque observavam que outras pessoas estavam fazendo o mesmo. Outros com o mesmo talento e apelo nunca saíram do lugar, justamente porque falharam em formar uma onda mais cedo que seus adversários¹⁵². Uma implicação negativa do efeito "cascata" e da "onda" é que nossas informações em sua maioria foram obtidas das escolhas de *decisionmakers*, que nem sempre são boas em vários aspectos. Caso as "ondas" estejam no sentido da intolerância, violência e discriminação, a consequência será desastrosa em gravidade proporcional ao tamanho da onda. O que seria algo controlável pode se tornar uma revolução. Uma pequena faísca pode se tornar um incêndio¹⁵³.

Publishing Company, 1972. p. 168. VERMEULE, Adrian. *Three Strategies of Interpretation*. San Diego: L. Rev, 2005. pp. 607-608. Disponível em: <http://heinonline.org>.

¹⁴⁹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit. pp. 49, 92. WENDEL, Stephen. Op. cit. pp. 18-19.

¹⁵⁰ Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein consideram que muitos gestos são imitados inconscientemente, apenas pela simples observação, como se fosse algo contagioso. Alguns experimentos em psicologia comportamental apontam que se você assiste a uma cena de filme em que as pessoas estão sorrindo é provável que você sorria também (seja ou não o filme engraçado) e que os bocejos também são contagiosos. THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit. p. 54.

¹⁵¹ CHRISTAKIS, Nicholas A.; FOWLER, James H. *The Spread of Obesity in a Large Social Network over 32 Years*. *New England Journal of Medicine* 357, n° 4, 2007. pp. 370-379. GERBER, Alan S.; ROGERS, Todd. *Descriptive Social Norms and Motivation to Vote: Everybody's Voting and so Should You*. *The Journal of Politics* 71, n° 01, 2009. pp. 178-191 apud WENDEL, Stephen. Op. cit. p. 17.

¹⁵² SUNSTEIN, Cass R. *Simpler: The Future of Government*. eBook. New York, London, Toronto, Sydney, New Delhi: Simon & Schuster, 2013. p. 111.

¹⁵³ SUNSTEIN, Cass R. Op. cit. p. 112.

No Brasil, acabamos de atravessar um período eleitoral dos mais conturbados de sua história política. A polarização nas preferências de candidatos tem se refletido dentro de casa. Os ânimos estão realmente exaltados. Um forte sinal disso é que não são raros os casos de brigas entre membros da mesma família. As pessoas estão rompendo relações sociais por divergência político-ideológica, amizades de longos anos são interrompidas pela intolerância e emoção, há pouca racionalidade. De seus palanques, os candidatos exploram o momento numa tentativa diária de transformar centelhas em incêndios; ou melhor, um mar turbulento num *tsunami*, uma grande onda na qual a maioria dos eleitores entrem para "surfar", sem saber porque e aonde chegará¹⁵⁴. As eleições serão ganhas pela "onda". É o efeito cascata (*cascade effect*) o mais eficiente de todos os "cabos eleitores". Como descobriram no passado os candidatos Franklin Delano Roosevelt e Ronald Reagan, o talento e a capacidade para governar pouco importam¹⁵⁵.

Retornando à aplicação de teorias da racionalidade limitada (*theories of bounded rationality*) aos *decisionmakings* institucionais e, no escopo de nosso trabalho, especialmente ao redesenho institucional do processo decisório no âmbito da administração fazendária, igualmente ao proposto ao longo do item 1.2 desse trabalho entendemos que as conclusões aqui apresentadas podem melhorar a *performance* dos conselheiros do CARF. É comum que sejam realizados mais de cem julgamentos em apenas três dias de sessões, o que representa mais de trinta recursos por dia: relatados, discutidos e decididos pelos conselheiros. Em uma longa jornada diária em sessões de julgamento, muito semelhante ao experimento com juízes de liberdade condicional, ao final do dia seria muita pretensão esperar dos conselheiros o mesmo nível de capacidade mental de raciocínio e concentração¹⁵⁶. Assim, sugere-se como parte do *decisionmaking* uma limitação quantitativa do número de recursos julgados por sessão e que mesmo assim o último 1/3 da pauta de julgamento seja reservado apenas aos processos de menor complexidade, aqueles com entendimento consolidado na turma colegiada; portanto, que em tese não comportariam maiores discussões.

1.4. As arquiteturas de escolhas para os *decisionmakings*

Ocupamo-nos nesse capítulo de uma parte relevante das teorias da decisão em sua *interface* com os estudos da psicologia comportamental, esforço esse que rendeu aos seus

¹⁵⁴ MOTTA, Nelson. *Cegos e loucos*. Coluna Opinião. Rio de Janeiro: O Globo, 19/10/2018: "A história mostra que nem sempre a maioria tem razão. Ou, pior, quase sempre não tem. Porque há sempre pouca razão, e muita emoção e sentimentos, nas escolhas das multidões apaixonadas, que se tornam cegas e surdas para tudo que lhes contrarie a crença".

¹⁵⁵ SUNSTEIN, Cass R. Op. cit. p. 111.

¹⁵⁶ Daniel Kahneman. "*Thinking, Fast and Slow*". New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 39.

teóricos pioneiros prêmios Nobel de economia¹⁵⁷. Esse movimento ficou conhecido como economia comportamental¹⁵⁸ (*behavioral economic*) e se desdobrou em várias vertentes, formadas por autores independentes que procuraram em suas áreas dar-lhes aplicação prática¹⁵⁹. Pode-se dizer que todas elas têm como mote a limitação da racionalidade no processo decisório (*bounded rationality*)¹⁶⁰.

Dentre os estudos desenvolvidos e suas teorias a partir da *behavioral economic*, neste capítulo apresentamos o ponto de partida, a psicologia comportamental, com suas demonstrações da *bounded rationality* através de experimentos de análise comportamental e de neurociência. Desses experimentos, os teóricos constataram e discriminaram heurísticas e vieses, e também aversões naturais ou desenvolvidas ao longo da vida.

Na organização desse nosso trabalho, para que desde seu início fique demonstrada a relevância da teoria como um dos marcos em nosso propósito de um modelo para os processos decisórios no âmbito da administração fazendária *contenciosa*¹⁶¹, fizemos a escolha de apresentar ainda nesse primeiro capítulo uma das aplicações práticas da análise econômica do direito, que é o estudo das arquiteturas de escolhas (*choice architecture*). Ele se presta como uma introdução e pauta teórica para as propostas apresentadas nos últimos capítulos.

Outras vertentes e desdobramentos também são importantes e, assim, reservamos o capítulo seguinte para tratar das teorias da decisão na interpretação legislativa (*interpretive choice*), em uma abordagem que também contemple o desenvolvimento da teoria do Estado Administrativo (*Administrative State*), com ampla deferência decisória interpretativa às agências administrativas na proporção de suas capacidades institucionais (*institutional capacity*). No Brasil, as agências reguladoras são as instituições da administração pública que mais se aproximam, com ressalvas, das agências norte-americanas, mas não somente elas têm a competência para as *interpretives choices* com grau razoável de autonomia. Algumas outras autarquias e mesmo órgãos públicos possuem alto grau de capacidade interpretativa e através da jurisprudência que criam produzem orientação geral na interpretação e aplicação da legislação, um efeito tipicamente regulatório, diferenciando

¹⁵⁷ Herbert Alexander Simon, 1978; Daniel Kahneman, 2002 e Richard H. Thaler, 2017.

¹⁵⁸ As teorias e os estudos desenvolvidos a partir da *behavioral economic* estão principalmente concentrados na Universidade de Chicago e Universidade de Harvard.

¹⁵⁹ Alguns estudos e aplicações importantes a partir da análise econômica do direito: desenvolvimento de arquiteturas de escolhas e desenhos institucionais (*choice architecture and institutional design*), teorias da decisão na interpretação legislativa (*interpretive choice*), o que também inclui o desenvolvimento da teoria da deferência decisória interpretativa às agências administrativas (*Administrative State*).

¹⁶⁰ CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 73.

¹⁶¹ Embora não estejamos de acordo com a natureza contenciosa do macroprocesso do crédito tributário constituído de ofício, a legislação e a doutrina têm se referido a um *contencioso administrativo*.

apenas por ser mediante a via jurisprudencial. Alguns exemplos: Secretaria da Receita Federal do Brasil - SRFB¹⁶², Banco Central do Brasil, Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional - CRSFN, dentre outros.

Questão a ser resolvida no próximo capítulo, o desenho institucional (*institutional design*) a ser proposto para as instituições que atuam no processo administrativo tributário passa *a priori* pela análise da autonomia que se queira conferir-lhes. Existe sempre a discussão sobre o papel institucional das instâncias administrativa e judicial e, conseqüentemente, sobre a dimensão ideal de cada uma delas no controle sobre os créditos tributários. Para quem entende que a administração fazendária deva exercer um controle mais superficial sobre os lançamentos tributários, sem aprofundar a discussão sobre a legalidade e as teses jurídicas contrapostas, defende uma redução de sua importância e um enxugamento de sua estrutura, reservando ao judiciário a análise mais ampla sobre todos os aspectos do crédito tributário constituído pela autoridade tributária. E aqueles em sentido oposto defendem empiricamente, portanto sem uma abordagem da teoria do Estado Administrativo (*Administrative State*), que o CARF deveria ser transformado em uma agência autônoma com prerrogativas semelhantes próprias às agências reguladoras¹⁶³.

Nosso propósito então a ser desenvolvido no *capítulo 3* nada mais é do que a legitimação do que já existe na prática dessas autarquias e órgãos da administração pública brasileira, reafirmando-se a capacidade institucional das instâncias¹⁶⁴ que atuam no processo decisório do *contencioso* administrativo e, assim, demonstrando a necessidade do

¹⁶² Embora a lei e seus regimentos não prevejam expressamente a competência regulatória, o órgão de fiscalização, arrecadação e cobrança de tributos federais, assemelhado ao IRS - Internal Revenue Service norte-americano, na prática edita seus pareceres normativos e soluções de consulta para observância obrigatória dos contribuintes e com teor nitidamente de uniformização das divergências interpretativas.

¹⁶³ O professor Sérgio André Rocha defende que o CARF seja transformado em uma agência com personalidade jurídica própria, a qual denomina de Agência Federal de Revisão de Atos Fiscais - AFRAF. ROCHA, Sérgio André. *Processo Administrativo Fiscal: controle administrativo do lançamento tributário*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 353-363. As decisões dessa agência, segundo o professor, seriam definitivas também quando desfavoráveis aos contribuintes, não cabendo revisão judicial: "*substituindo-se o CARF por um ente com personalidade jurídica própria, independência administrativa e financeira, e um corpo de julgadores com formação técnica e garantias constitucionais, cujas decisões seriam definitivas tanto para a Fazenda Nacional quanto para os contribuintes*". ROCHA, Sérgio André. *Da Lei à Decisão: A Segurança Jurídica Tributária Possível na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 80.

¹⁶⁴ Adotamos nesse trabalho o conceito de macroprocesso do crédito tributário e, fiel ao procedimento que se desenvolve a partir dele, também consideramos como instância decisória a auditoria-fiscal responsável pela constituição de ofício do crédito tributário. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 116, de 25/02/2009. *Institui, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Comitê Executivo de Gestão do Macroprocesso do Crédito Tributário - CMCT, e dá outras providências*. *Diário Oficial da União - DOU*, Brasília, DF, 27 fev. 2009.

reconhecimento da necessidade de maior autonomia e deferência pelos poderes da República¹⁶⁵.

Aqui, como dissemos, nessa parte final do primeiro capítulo apresentaremos os contornos afetos às arquiteturas de escolhas (*choice architecture*), necessários como substrato para a proposta de redesenho institucional (*institutional redesign*) das instâncias que atuam no processo decisório do *contencioso* administrativo. Não será uma abordagem com todas as discussões que a teoria envolve, pois extrapolaria nosso propósito. Assim, cuidaremos aqui muito mais de conceitos e exemplos ilustrativos das possibilidades que a teoria proporciona aos desenhistas institucionais (*institutional designers*); sendo algumas já apresentadas no item 1.3 acima.

As arquiteturas de escolha estão em vários lugares e fazem parte do nosso dia-a-dia. Em uma noção simples, são os ambientes nos quais fazemos nossas escolhas¹⁶⁶. Supermercados e livrarias têm suas arquiteturas de escolha (*choice architecture*). Tente lembrar de um padrão que esses e outros estabelecimentos comerciais adotam para te direcionar a uma escolha por eles desejadas como prioridade. Caso, não esteja determinado por uma escolha específica de determinado produto e marca ou de um livro, provavelmente você será atraído por aqueles dispostos a meia altura da prateleira, em sua linha de visão. E o que dizer daqueles apresentados em grandes quantidades nas "ilhas" com *tags* de cor vermelha exibindo um belo desconto? Certamente você não passará pelo corredor do estabelecimento sem tocá-los. Como diz Sunstein, arquiteturas de escolhas podem ser encontradas quando você liga seu computador, entra em restaurante, hospital, lojas, escolhe um financiamento ou um plano de saúde. No item 1.3 acima citamos algumas arquiteturas: os restaurantes do tipo *self service* disponibilizarão pratos maiores para que você consuma muito mais do que precisaria e oferecerão no início do *buffet* as opções com menor custo e maior peso; Amazon e Netflix oferecem produtos relacionados com suas pesquisas anteriores, em um site bonito, atraente e simples. De fato, elas estão por toda parte. A questão principal é se a arquitetura de escolha é útil e simples ou prejudicial, complexa e manipuladora¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Refiro-me especialmente ao Poder Judiciário e ao Congresso Nacional.

¹⁶⁶ Cass R. Sunstein. *Simpler: The Future of Government*. eBook. New York, London, Toronto, Sydney, New Delhi: Simon & Schuster, 2013. p. 13. *Nudges* são introduzidos em arquiteturas de escolha que substituem as anteriormente existentes. Eles não inauguram uma arquitetura. Cass R. Sunstein. *Nudging: A Very Short Guide*. Revista de Estudos Institucionais. Vol. 3, 2, 2017. p. 1038.

¹⁶⁷ SUNSTEIN, Cass R. *Simpler: The Future of Government*. eBook. New York, London, Toronto, Sydney, New Delhi: Simon & Schuster, 2013. p. 13.

Para o estudo da teoria e prática das arquiteturas de escolha, a aclamada obra "*Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*" é uma referência obrigatória. Uma importante contribuição é conceito de *NUDGE*. Como mencionamos no início do capítulo, em uma noção inicial, *nudge* é um impulso criado como parte de uma arquitetura de escolha, cuja finalidade é conduzir as pessoas para um determinado comportamento, a fim de se obter um bom resultado, mas sem lhes furtar da liberdade de escolha pelas outras opções¹⁶⁸. Duas de suas vantagens é a simplicidade e o baixo custo¹⁶⁹. Concebida por Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein a expressão é formada de letras das palavras *iNcentives, Understand mappings, Defaults, Give feedback, Expect error, Structure complex choices*. São as características propostas para que as arquiteturas de escolhas obtenham melhores resultados das pessoas a que se destinam: incentivos, mapeamentos, uso de *defaults* nas escolhas, *feedback* dos resultados e criação de estrutura inteligente para as escolhas complexas, dispendiosas ou trabalhosas (exemplos: Netflix e Amazon)¹⁷⁰.

Uma questão moral relevante no que envolve os *nudges* é a incorporação de valores como liberdade e transparência; especialmente, quando implementados em arquiteturas de escolha das instituições públicas. No contexto da liberdade, o emprego de *nudges* para os fins públicos não deve assumir forma manipuladora. As arquiteturas de escolha devem preservar a liberdade de escolha, ainda que seus *nudges* conduzam as pessoas no sentido de melhorar suas vidas. Ele também não pode ser um meio ardiloso, disfarçado. A transparência é um valor de legitimação dos *nudges*, independentemente dos elevados propósitos que os justificam, e seu sentido tem inspiração no que John Rawls considerou como princípio de publicidade. O governo deve respeitar as pessoas a quem governa, ficando proibido de implementar alguma política que não seria capaz ou não estaria disposto a defender publicamente junto aos cidadãos. As instituições ou pessoas que mentem tratam as pessoas como meios, e não como fins¹⁷¹.

Portanto, meios ardilosos, manipulações e disfarces não são qualidades dos *nudges*, que devem sempre prezar pela transparência e liberdade de escolha. Assim, entendo questionável o uso de moldagens para influenciar respostas e escolhas das pessoas, os

¹⁶⁸ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. p. 6: "A nudge, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people's behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates".

¹⁶⁹ Cass R. Sunstein. *Simpler: The Future of Government*. eBook. New York, London, Toronto, Sydney, New Delhi: Simon & Schuster, 2013. pp. 12, 13, 16, 19 e 29.

¹⁷⁰ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. p. 100.

¹⁷¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Editoria WMF Martins Fontes, 2011. pp. 78-85.

framings. A forma como uma pergunta ou problema é apresentada pode alterar escolhas e decisões. As moldagens para influenciar as decisões, *decision framings*, são encontradas com frequência muito maior do que imaginamos. As instituições e pessoas que lançam pesquisas de opinião com interesse em determinada resposta que legitime sua atuação, formularão cuidadosamente as perguntas explorando racionalidade limitada das pessoas, *bounded rationality*. As variáveis trabalhadas são: linguagem, contexto em que se darão as escolhas e as características de mídia e da apresentação em geral¹⁷².

Um exemplo de *framing* apresentado por Thaler e Sunstein ilustra bem a influência sobre as nossas respostas e escolhas. Suponha que você sofra de doença cardíaca grave e que seu médico propõe uma cirurgia de alto risco. Você faz aquela pergunta óbvia: "*Quais minhas chances de sobrevivência após a cirurgia?*". Então médico responde: "*De cada cem pacientes que fazem essa cirurgia, noventa sobrevivem por mais de cinco anos*". Qual a sua decisão? A declaração do médico parece confortante e você provavelmente fará a cirurgia. Agora suponha que o médico responda sua pergunta de uma maneira diferente, com outro *framing*: "*De cada cem pacientes que fazem essa cirurgia, dez morrem após cinco anos*". Se você é como a maioria das pessoas, a resposta do médico será alarmante, e provavelmente você não fará a operação. O que acontece? Como já expusemos no item 1.2.1, o Sistema 1 (precipitado, intuitivo, inconsciente, não reflexivo, descontrolado e associativo) entra em ação e te traz no pensamento: "*Um número significativo de pessoas está morta, e eu posso ser uma delas!*". De fato, as pessoas reagem de forma muito diferente à informação de que "*noventa dos cem estão vivos*" do que a informação de que "*dez de cem estão mortos*", mesmo que o conteúdo das duas afirmações seja exatamente o mesmo¹⁷³. Reiteramos que, embora reconheçamos o valor de todos os estudos teóricos sobre a influência dos *framings* e atração que o assunto causa em nós, não nos parece do ponto de vista moral um uso premeditado legítimo, principalmente pelas instituições e agentes públicos. Entendemos que não os *framings* não se caracterizam como *nudges*, por lhes faltarem respeito a liberdade de escolha e transparência.

É certo que em muitos casos a liberdade de escolha cede lugar aos meios repressivos, não sendo mais questão de *nudge*, mas de proibição para se evitarem prejuízos a terceiros¹⁷⁴ e, excepcionalmente, a si mesmo. Em casos de altos riscos contra si, o governo pode impor

¹⁷² Amos Tversky; Daniel Kahneman. *Rational Choice and the Framing of Decisions*. The Journal of Business, Vol. 59, nº 4, Part 2: The Behavioral Foundations of Economic Theory. 1986. p. 273.

¹⁷³ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. p. 36.

¹⁷⁴ SUNSTEIN, Cass R. *Human Agency and Behavioral Economics: Nudging Fast and Slow*. Cambridge: Harvard University, 2017. p. 74.

proibições (exemplo: proibição de o banhista entrar no mar quando existem correntes ou nas localidades onde são comuns os ataques de tubarões). Ainda assim, a medida pode ser acompanhada com um *nudge* que, agindo sobre o Sistema 1 no cérebro, cause sentimento de medo, inibindo a conduta perigosa¹⁷⁵. Também não são *nudges* as medidas de governo que alteram substancialmente os incentivos econômicos, como a tributação majorada de cigarros, bebidas alcoólicas e o consumo de produtos nocivos à saúde¹⁷⁶.

Outra discussão polêmica é sobre a sua natureza paternalista, mas nela não ingressaremos; sendo suficiente a admissão um certo grau moderado de paternalismo nos *nudges*, mas em todos os casos ele sempre preserva o integral desígnio das pessoas, a plena liberdade de escolha. Seria como um GPS conduzindo o motorista pelo caminho mais rápido, mais seguro e menos distante. Ainda assim o motorista tem toda a liberdade de desviar o veículo para um caminho alternativo¹⁷⁷. Embora em vias rodoviárias sinuosas, a preferência do motorista pode ser apreciar a vista do mar ou montanha e o GPS como uma arquitetura de escolha com *nudge* deve respeitar a liberdade.

Melhor aprofundando o uso dos *nudges*, constatamos que os mais comuns podem receber nomes próprios, correspondentes ao método adotado pelo *choice architect*. O método utilizado pela Netflix para simplificar a busca por filmes ou séries de acordo com as preferências do cliente, aprendida pelas suas escolhas anteriores, ou simplesmente informá-lo das recomendações de outros clientes com gostos semelhantes, é denominado de "filtragem colaborativa" (*collaborative filtering*), uma solução inteligente para o problema da força de vontade limitada (*bounded willpower*) e nossa necessidade de nos contentarmos com uma escolha *satisficing*¹⁷⁸.

O uso eficiente das arquiteturas de escolhas também ajudaria as instituições públicas. Muitos procedimentos trabalhosos e dispendiosos exigidos do cidadão pela burocracia pública podem ser simplificados. Em sua obra *Simpler - The Future of Government*, Sunstein

¹⁷⁵ Nesse sentido do uso de *nudges* como complemento e reforço das proibições. SUNSTEIN, Cass R. Ibid. pp. 74-75.

¹⁷⁶ Cass R. Sunstein. *Simpler: The Future of Government*. eBook. New York, London, Toronto, Sydney, New Delhi: Simon & Schuster, 2013. pp. 34-35. Cass R. Sunstein. *Human Agency and Behavioral Economics: Nudging Fast and Slow*. Cambridge: Harvard University, 2017. p. 74.

¹⁷⁷ SUNSTEIN, Cass R. *Nudging: A Very Short Guide*. Revista de Estudos Institucionais. Vol. 3, 2, 2017. p. 1038.

¹⁷⁸ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. p. 96. Stephen Wendel. *Designing for Behavior Change Applying Psychology and Behavioral Economics*. eBook. Beijing, Cambridge, Farnham, Köln, Sebastopol, Tokyo: O'Reilly Media, 2014. pp. 18-19. Satisficing é um método de busca das alternativas até que se encontre alguma suficientemente satisfatória para a escolha. SIMON, Herbert A. *Theories of Bounded Rationality. Decision e Organization*. North-Holland Publishing Company, 1972. p. 168. Adrian Vermeule. *Three Strategies of Interpretation*. San Diego: L. Rev, 2005. pp. 607-608. Disponível em: <http://heinonline.org>.

vislumbra o uso de formulário com a mesma facilidade oferecida pela Amazon, com "um clique" os campos são preenchidos automaticamente pela *interface* com a base de dados do órgão onde já constariam todas as informações a serem preenchidas no novo formulário¹⁷⁹. A facilidade oferecida aos usuários é um dos diferenciais para o sucesso dos produtos Apple: *interface* amigável, redução da necessidade de tarefas repetitivas, intuitivo, familiar e linguagem simples¹⁸⁰.

Mas o uso de estratégias simplificadoras de nossas escolhas não é criada somente por instituições públicas ou privadas. Nós, ainda que não tenhamos noção exata disso, temos nossos próprios métodos. Tversky, através de um exemplo, apresenta o que ele denomina por estratégia "*elimination by aspects*". Quando estamos diante de um número muito elevado de opções, nossa escolha dentro dos limites de tempo e esforço somente se mostra viável se, sucessivamente, eliminarmos numa ordem de escala as opções menos relevantes de acordo com nossas prioridades¹⁸¹. Imagine que hospedado por amigos, você tenha a necessidade de alugar um apartamento numa metrópole como São Paulo, e tendo que trabalhar todos os dias. Certamente não terá condições, dentro dos limites, de visitar todos os imóveis disponíveis. Então você criará uma estratégia de simplificação: possivelmente, elegerá como corte aqueles com preços dentro do seu orçamento, eliminando as demais opções; depois, o corte seria o tempo médio de deslocamento até o trabalho; em seguida, aqueles com 2 quartos e, assim, sucessivamente. Ao final desse processo *satisficing* de escolha, você estará confiante que tomou a decisão correta, os apartamentos eliminados serão considerados como se não existissem. Portanto, a estratégia "*elimination by aspects*" também atende a aspectos emocionais do *decisionmaker*.

De fato, as arquiteturas de escolha existem como solução dos problemas criados pelas heurísticas, aversões e outros fatores relacionados a *bounded rationality*, mas alguns também podem, caso implementado o *nudge* correto, trazer resultados positivos. Uma das aplicações propostas por Thaler e Sunstein tenta solucionar o problema da burocracia para restituição do imposto de renda retido, famoso por sua complexidade. As pessoas físicas e o Internal Revenue Service - IRS se beneficiariam com uma forma mais automática, livre do preenchimento de longos formulários. A ideia foi sugerida pelo economista Austan

¹⁷⁹ O cliente tem a opção de realizar compras na Amazon clicando no botão "*buy now with 1-click*", eliminando todas as etapas seguintes para a compra. Cass R. Sunstein. *Simpler: The Future of Government*. eBook. New York, London, Toronto, Sydney, New Delhi: Simon & Schuster, 2013. pp. 49, 92.

¹⁸⁰ Ibid. pp. 51, 82.

¹⁸¹ TVERSKY, Amos. *Elimination by Aspects: A Theory of Choice*. Psychological Review nº 76, 1972. pp. 31–48.

Goolsbee¹⁸² e facilitaria especialmente os contribuintes que não tenham deduções ou outras rendas extras a serem declaradas (como gorjetas). O contribuinte receberia a declaração pré-preenchida e, não havendo nada mais a declarar, apenas o assinaria antes do envio. Goolsbee estima que esta proposta reduziria em 225 milhões de horas a preparação de imposto e representaria uma economia de US\$ 2 bilhões por ano com custos burocráticos¹⁸³. Ressalta-se que no Brasil adotamos métodos semelhantes ou até mais eficientes. A possibilidade de aproveitar as informações declaradas no ano anterior poupa bastante do tempo despendido com as declarações. Em relação às contribuições sociais, eSocial possui ferramentas de simplificação que agregam o que tem de mais avançada de informática.

O governo britânico também fez uso *nudge*. Em 2011, explorando o efeito cascata (*cascade effects*). Consciente que os britânicos têm como característica a conformidade social, o governo se utilizou de um *nudge* para fazer com que os contribuintes pagassem seus impostos em dia. Em uma carta informativa, noticiou a 140.000 contribuintes que, orgulhosamente, a grande maioria dos contribuintes pagam rigorosamente em dia os impostos. Como resultado do *nudge*, pesquisa posterior constatou que em cada 10 contribuintes, 9 pagaram seus impostos em dia, inclusive aumentando em 15% o número daqueles que anteciparam o pagamento para seis semanas anteriores ao vencimento. De acordo com o fisco britânico, a medida proporcionou uma arrecadação extra de £ 30 milhões¹⁸⁴.

O efeito cascata nem sempre é um aliado para *nudges*, está também relacionado ao aumento de alguns problemas sociais¹⁸⁵. Algumas pesquisas observaram que meninas adolescentes em convívio com colegas que engravidaram precocemente têm maior propensão a também engravidarem; e a obesidade também pode entrar na cascata. Sentimos muito menos culpado quando convivemos com obesos¹⁸⁶. Em pesquisas empíricas nos

¹⁸² GOOLSBEE, Austan. *The Simple Return: Reducing America's Tax Burden Through Return-Free Filing*. Brookings Institution Web, 2006. http://www.brookings.edu/papers/2006/07useconomics_goolsbee.aspx.

¹⁸³ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. pp. 230-231.

¹⁸⁴ Cass R. Sunstein. *Simpler: The Future of Government*. eBook. New York, London, Toronto, Sydney, New Delhi: Simon & Schuster, 2013. p. 56.

¹⁸⁵ Cass R. Sunstein. *Simpler: The Future of Government*. eBook. New York, London, Toronto, Sydney, New Delhi: Simon & Schuster, 2013. pp. 55,65.

¹⁸⁶ CHRISTAKIS, Nicholas A.; FOWLER, James H. *The Spread of Obesity in a Large Social Network over 32 Years*. *New England Journal of Medicine* 357, n° 4, 2007. pp. 370–379. GERBER, Alan S.; ROGERS, Todd. *Descriptive Social Norms and Motivation to Vote: Everybody's Voting and so Should You*. *The Journal of Politics* 71, n°. 01, 2009. pp. 178–191 apud Stephen Wendel. *Designing for Behavior Change Applying Psychology and Behavioral Economics*. eBook. Beijing, Cambridge, Farnham, Köln, Sebastopol, Tokyo: O'Reilly Media, 2014. p. 17.

tribunais, observa-se que nas composições com três juízes há uma tendência para a unanimidade pela influência que uns exercem sobre os outros¹⁸⁷.

Um experimento simples ilustra muito bem as causas do efeito cascata (*cascade effects*)¹⁸⁸. Imagine que você seja um dos seis participantes em um teste simples de percepção visual, muito fácil. Cada um em voz alta e sequencialmente informa qual das linhas desenhadas em um cartão corresponde em tamanho a que está projetada em uma tela. Em cada cartão está desenhada uma linha e são projetadas na tela três linhas diferentes, uma das quais a correta. São quatro cartões. Nos três primeiros, todos os seis participantes responderam corretamente. O problema surge na quarta vez. Foi combinado com os outros cinco participantes, sem que você saiba, que agora todos, propositalmente, falam em bom tom a mesma resposta errada. Você é o sexto a responder o teste. E agora? Contrariando os demais responderá corretamente ou vai repetir a mesma resposta errada? A maioria das pessoas seguiria os demais, mesmo tendo quase certeza pelos seus sentidos que a resposta correta seria outra. Agora por que? Sunstein e Vermeule têm a mesma explicação¹⁸⁹: reputação e informação. A experiência e reputação dos primeiros *decisionmakers* serão levadas em consideração pelos *decisionmakers* seguintes. É o que se identifica como efeito "cascata por reputação", *reputational cascade*. Os *decisionmakers* posteriores "abrem mão" de suas convicções para evitar constrangimentos ou por respeito aos antecessores. Essa tendência de reprodução das escolhas anteriores muitas vezes está relacionada também aos custos na obtenção de outras informações além daquelas já disponibilizadas pelos *decisionmakers* anteriores, provocando também um efeito "cascata pela informação", *information cascade*. É mais fácil e cômodo não ter que obter outras informações além das já disponíveis, o que representa um ônus expressivo ao *decisionmakers*, muitas vezes com outras prioridades.

¹⁸⁷ Cass R. Sunstein. *Simpler: The Future of Government*. eBook. New York, London, Toronto, Sydney, New Delhi: Simon & Schuster, 2013. pp. 55,65. Adrian Vermeule discorre sobre a tendência de efeitos cascata (*cascade effects*) nos tribunais discriminando-os de acordo com duas razões: reputação e informação. Juízes terão deferência aos seus colegas do colegiado pela reputação que gozam e/ou pelo fato de entender suficiente as informações já trazidas nos votos que os antecedem na ordem de votação. VERMEULE, Adrian. *The Parliament of the Experts*. Presented at Administrative Law Symposium for Duke Law Journal. Harvard Law School, 2009. p. 2272. Sunstein também atribui o efeito cascata a essas duas razões: reputação e satisfação com as informações transmitidas por outras pessoas. Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. pp. 56-57.

¹⁸⁸ Cass R. Sunstein. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. pp. 56-57.

¹⁸⁹ Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. pp. 56-57. VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. pp. 171-174. VERMEULE, Adrian. *The Parliament of the Experts*. Presented at Administrative Law Symposium for Duke Law Journal. Harvard Law School, 2009. pp. 2272, 2255.

Parecido com os efeitos cascata (*cascade effects*), também existe o efeito contágio ou imitação (*imitation*)¹⁹⁰. É uma consequência mais propriamente afeta ao Sistema 1, sendo muitas vezes involuntários, como no caso de bocejar quando alguém por perto está bocejando, ou quando casais acabam adquirindo as mesmas manias e gestos pelo convívio prolongado.

As arquiteturas de escolhas (*choice architecture*), de fato, precisam oferecer soluções para todos esses problemas de *decisionmaking* que enviesam o comportamento das pessoas em suas escolhas e julgamentos. Mas nem sempre o problema pode ser solucionado com um *nudge* impulsionando alguém para o comportamento desejado. Em alguns casos o comprometimento da racionalidade é tanto que melhor seria confiar em um algoritmo. Nem especialistas decidiriam melhor do que fórmulas ou um roteiro invariável, sem margens para valorações.

Um exemplo ilustrativo de algoritmo simples que corre na literatura é o caso de diagnóstico de bebês recém-nascidos sob risco de morte súbita. Os obstetras sabem que uma respiração fraca alguns minutos após o parto significa alto risco de dano cerebral ou morte. Os médicos e as parteiras fazem a avaliação clínica sem um protocolo padrão, cada um se concentrando em sinais diferentes. Consequentemente, pela subjetividade envolvida na avaliação, nem sempre observam os sintomas corretos e, assim, a decisão tomada levava ao óbito muitos recém-nascidos¹⁹¹. Em 1953, Virginia Apgar¹⁹² criou um algoritmo simples composto de cinco variáveis, correspondente aos sinais corporais relevantes para o diagnóstico (batimento cardíaco, respiração, reflexo, tônus muscular e cor), atribuindo-as graus de 0 a 2 de acordo com a intensidade de cada sinal. Observado no primeiro minuto de vida, cada recém-nascido recebia uma nota. Acima de 8 pontos, o recém-nascido provavelmente apresentaria as seguintes características: rosado, agitado, chorando, fazendo caretas, batimento cardíaco de 100 ou mais, em boa forma. Um recém-nascido com uma pontuação de 4 ou menos era provavelmente arroxeadado, flácido, passivo, com batimento lento ou fraco — necessitando de intervenção imediata. O algoritmo de Apgar tornou-se

¹⁹⁰ Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein consideram que muitos gestos são imitados inconscientemente, apenas pela simples observação, como se fosse algo contagioso. Alguns experimentos em psicologia comportamental apontam que se você assiste a uma cena de filme em que as pessoas estão sorrindo é provável que você sorria também (seja ou não o filme engraçado) e que os bocejos também são contagiosos. Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. p. 54.

¹⁹¹ Daniel Kahneman. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. pp. 192-193.

¹⁹² APGAR, Virginia. *A Proposal for a New Method of Evaluation of the Newborn Infant*. *Current Researches in Anesthesia and Analgesia* 32, 1953. pp. 260-267.

notório como uma importante contribuição na redução da mortalidade infantil, sendo um protocolo insubstituível até os dias atuais¹⁹³.

O que levaria então a essa hegemonia dos algoritmos? O que existe de errado com os especialistas? Um dos motivos apontados por Paul Meehl¹⁹⁴ é que especialistas tentam o tempo todo ser inteligentes, pensam fora do problema, trazendo para a decisão suas previsões complexas, mesmo para problemas simples. Poucos casos demandam a complexidade que palpita dos especialistas; na maioria, avaliações simples resultam melhores resultados. Em um famoso experimento mental, Meehl descrevera um algoritmo que predizia se determinada pessoa iria ao cinema à noite, o que funcionaria para 99,99% dos casos, porque admitiu que seu algoritmo não previa acidentes inesperados que levassem a pessoa a quebrar as pernas. Essa é a origem da expressão “quer quebrar minhas pernas”. A ideia central é que pernas quebradas são muito raras, embora determinantes para o insucesso¹⁹⁵. Outro motivo para a inferioridade das decisões de especialistas é que seres humanos são inconsistentes em fazer julgamentos sumários de informação complexa. Quando alguém lhes pede para avaliar a mesma informação duas vezes, eles frequentemente dão respostas diferentes. Essa inconsistência se deve à dependência de contexto do Sistema 1. Como vimos no subitem 1.2.2.3, sobre ancoragem e ajuste, todos os estímulos no ambiente são potencialmente influentes em nossos pensamentos e ações. A brisa do mar pode nos deixar ligeiramente positivo e otimista sobre nossas avaliações e escolhas. Os algoritmos não sofrem essas influências subjetivas e enviesantes¹⁹⁶.

Kahneman menciona como exemplo as entrevistas como última fase de processo seletivo para admissão em pós-graduação da Universidade¹⁹⁷. Um experimento chegou a seguinte conclusão: para maior precisão de um processo seletivo, as decisões finais e derradeiras devem ser confiadas aos algoritmos. Caso os entrevistadores também sejam os responsáveis pela decisão final, então o excesso de confiança em suas intuições resultará muito mais peso para as impressões pessoais e subjetivas do que para as fontes seguras de informações objetivas, reduzindo-se a validade. Esse efeito foi denominado por Phil Rosenzweig como "Efeito Halo", *Halo Effect*¹⁹⁸. Para evitá-lo, sugere-se que se avalie cada

¹⁹³ FINSTER, Mieczyslaw; WOOD, Margaret. *The Apgar Score Has Survived the Test of Time*. Anesthesiology 102, 2005. pp. 855-857.

¹⁹⁴ MEEHL, Paul. *Causes and Effects of My Disturbing Little Book*. Journal of Personality Assessment 50, 1986. pp. 370-375.

¹⁹⁵ KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. pp. 190-191.

¹⁹⁶ Ibid. p. 191.

¹⁹⁷ Ibid. pp. 191, 197.

¹⁹⁸ ROSENZWEIG, Phil. *The Halo Effect and the Eight Other Business Delusions That Deceive Managers*.

Nova York: Simon & Schuster, 2007. OLK, Paul; ROSENZWEIG, Phil. *The Halo Effect and the Challenge of*

questo por vez, pontuando cada um antes de passar ao seguinte. Não pule nenhum deles, por mais que se sinta tentado. Na avaliação final não “feche os olhos”. Escolha aquele candidato com pontuação final mais alta, mesmo que tenha simpatia ou preferência por outro concorrente. Resista à tentação de inventar "pernas quebradas" para mudar a classificação, ou seja, considere que "o que você vê é tudo que há"¹⁹⁹.

Em síntese, muitos são os fatores limitadores da desejada racionalidade dos processos decisórios (*rational decisionmakings*). Poderíamos aqui nos ocupar de outras limitações (*bounded*). Embora interessantes e atraentes escapariam na proporcionalidade e equilíbrio com nossos propósitos do trabalho como um todo. Dessa forma, preferimos fazer um corte metodológico nesse tema tão abrangente sobre as escolhas racionais limitadas (*bounded rational choices*) e as arquiteturas de escolhas para os processos decisórios (*decisionmakings*).

Nos itens tópicos desse primeiro capítulo, sempre ao final dos itens e subitens, apresentamos algumas propostas de incorporação do que fora estudado ao processo decisório no âmbito das instâncias que compõem o macroprocesso do crédito tributário lançado de ofício. Aqui também faremos o mesmo.

Os julgamentos no CARF e nas DRJ, como nos experimentos apresentados ao longo do capítulo, ocorrem em um ambiente real, não coincidente com o cenário hipotético idealizado pelas regras normativas e regimentais de funcionamento, o que atrai para o processo decisório as influências limitadoras da racionalidade dos conselheiros e julgadores (*bounded rationality*): o cumprimento das metas voltadas para a maior produtividade quantitativa restringe a pesquisa por fundamentos que melhor sustentem o voto, necessidade de julgamento de todos os itens pautados no tempo disponível de realização das sessões, experiência limitada, informações limitadas, custos financeiros, custos de oportunidade, dedicação a outras atividades de interesses pessoais etc. Não há vazios que garantam uma neutralidade nas escolhas. Os julgadores não decidem no vácuo. Eles interagem com seus pares que, por sua vez, também têm seus interesses. Todos têm suas preferências que sequer são constantes; na verdade, existe uma fluidez necessária para adaptações de acordo com

Management Inquiry: A Dialog Between Phil Rosenzweig and Paul Olk. *Journal of Management Inquiry* 19, 2010. pp. 48-54.

¹⁹⁹ Daniel Kahneman. "*Thinking, Fast and Slow*". New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. pp. 71, 73-74, 172.

circunstâncias e cenários²⁰⁰. De fato, a realidade é muito distante do “*estado ideal de coisas*” vislumbrado pelas normas de funcionamento dessas instituições.

Uma aplicação simples e com vistas a obtenção de um grau pouco mais elevado de imparcialidade seria alterar a ordem sequencial de votação. Como vimos, a experiência e reputação dos primeiros a votarem exercem influência sobre os demais julgadores e conselheiros, havendo uma tendência de mera ratificação, com pouca agregação de informações, fundamentos e pontos de vista. É consequência do efeito estudado pela teoria da decisão como *reputational cascade*²⁰¹, quando julgadores de um colegiado “abrem mão” de suas convicções para evitarem reprovações ou constrangimentos, e como *information cascade*²⁰², relacionado aos custos na obtenção de outras informações além daquelas já disponibilizadas pelas decisões anteriores. Assim, nesse ponto, nossa proposta para o CARF é que, inversamente ao que atualmente se pratica, a votação se inicie com o representante dos contribuintes menos experiente, em ordem crescente de antiguidade. Como os votos são alternados entre representantes da fazenda e dos contribuintes e, ainda assim, prevalecendo o voto de desempate do presidente da turma, último a votar e normalmente o mais experiente do colegiado, justifica-se para um ganho em imparcialidade essa nova *choice architecture*.

Os efeitos cascatas teriam mais uma justificativa. O voto divergente exige maior ônus para o julgador. Quando consideramos metas de temporariedade, inclusive com a possibilidade de perda do mandato por não apresentar a produtividade determinada pela instituição reforça-se ainda mais a tendência natural em se decidir com as informações já disponíveis²⁰³, pois pode não haver tempo para consecução de pesquisas mais amplas e consistentes, necessárias para convencimento de que a divergência seja mais acertada do que simplesmente acompanhar os votos proferidos pelos seus pares. De fato, com as dezenas de processos que lhes são atribuídos para relatoria é conveniente que se confie nos votos que lhe antecedem.

Além dos efeitos cascata, outra característica importante das deliberações colegiadas é a quantidade de membros necessários para que se produza uma decisão mais completa,

²⁰⁰ JONES, Bryan D. *Bounded Rationality*. Annu. Rev. Polit. Sci. 2nd Sem.:297-321. Washington: Northwestern University, 1999. p. 308.

²⁰¹ VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 171.

²⁰² Ibid. p. 156.

²⁰³ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: “Art. 45. Perderá o mandato o conselheiro que: [...] XVII - deixar de cumprir, reiteradamente, as metas de produtividade determinadas pelo Presidente do CARF”

com informações e fundamentos agregados, do que simplesmente a soma das partes²⁰⁴. Em relevante experimento realizado no campo da psicologia comprova-se que entre 3 a 6 opiniões são suficientes para se atingir o mesmo resultado que um vasto número de opiniões²⁰⁵.

De fato, uma das alterações do atual regimento interno do CARF foi o aumento em cada turma julgadora do número de 6 para 8 de conselheiros²⁰⁶. Esse número excessivo, além dos custos materiais que o envolvem também representa um custo de oportunidade. Em cada recurso julgado na sessão demanda maior tempo que acaba por prejudicar o processamento de tantos outros que aguardam sua inclusão em pauta de julgamento.

Assim, *reputational e information cascades* e outros fatores de limitação as escolhas racionais (*bounded rational choices*) reduzem radicalmente a esperada independência epistêmica dos votos de cada membro, comprometendo em certo grau a imparcialidade, no que pode resultar uma decisão que embora teoricamente colegiada, na realidade se apresenta como monocrática²⁰⁷.

Em relação ao grau razoável de imparcialidade que se espera das instâncias julgadoras da administração fazendária, nos próximos capítulos trataremos numa abordagem institucional sua interconexão com a interpretação e aplicação das leis, voltando-se para as instâncias julgadoras da administração fazendária nos dois últimos capítulos, pertencentes à segunda parte do trabalho. A grosso modo é a aplicação das teorias da racionalidade limitada (*bounded rationality*) e do Estado Administrativo (*Administrative State*) às escolhas de interpretação (*interpretives choices*).

Apenas ainda como rascunho do desenho institucional a ser proposto nos últimos capítulos, as teorias de racionalidade limitada (*bounded rationality*) também trazem um conceito inspirado no "véu da ignorância" de John Rawls²⁰⁸, que é o "véu da incerteza", *veil of uncertainty*, proposto por Adrian Vermeule. A ideia subjacente é que nem sempre "quanto mais informação melhor a decisão". A subtração de algumas informações do *choice architecture* pode ser uma solução para alguma inclinação tendenciosa dos conselheiros e

²⁰⁴ SUNSTEIN, Cass; HASTIE, Reid. "Four Failures of Deliberating Groups". Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper, 401, 2008. p. 3-4.

²⁰⁵ VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 158.

²⁰⁶ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: "Art. 23. As Turmas de Julgamento são integradas por 8 (oito) conselheiros, sendo 4 (quatro) representantes da Fazenda Nacional e 4 (quatro) representantes dos Contribuintes"

²⁰⁷ VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. pp. 148-149.

²⁰⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. tradução Jussara Simões. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. pp. 165-173.

juizadores ou outras formas de viés, proporcionando maior grau de imparcialidade²⁰⁹. Em nossa proposta de redesenho institucional das instâncias julgadoras da administração fazendária, o conceito de "véu da incerteza" ganha vida para um exame crítico minucioso de quais informações atenuariam a parcialidade dos conselheiros do CARF como representantes que são, da fazenda ou dos contribuintes, e possibilitaria um aumento da distância entre julgadores das DRJ e a fiscalização responsável pelos lançamentos tributários a serem julgados. Dependendo do desenho institucional, parece-me que a não revelação do montante em cobrança representaria ganhos expressivos em imparcialidade.

1.5. Síntese conclusiva

As escolhas, decisões e julgamentos enviesados por heurísticas, aversões e quaisquer limitações da racionalidade trazem para discussão, entre outros, o tema da imparcialidade. Sua dosimetria para as instâncias administrativas é uma questão relevante e antecedente ao desenho institucional a ser proposto. Na verdade, existe uma reciprocidade entre características institucionais, especialmente autonomia e imparcialidade, para uma escolha interpretativa. As prerrogativas conferidas a uma instituição e o grau de autonomia de seus membros têm reflexo sobre a liberdade na escolha da interpretação. No capítulo seguinte trataremos essa outra vertente da teoria da decisão, buscando o grau "ótimo-possível" de imparcialidade a partir de um redesenho institucional das instâncias julgadoras que contemple valores constitucionais como: segurança jurídica, prevenção de conflitos, transparência, legitimidade democrática e eficiência. Este último, em um sentido mais amplo e pouco usual, que é reposicionamento das instâncias administrativas a um nível mais elevado de protagonismo, reconhecendo-se sua capacidade institucional para julgamentos com maior correção e justiça que outras instâncias do Estado. A teoria principal é o "Estado administrativo", *Administrative State*.

Nesse capítulo que ora se encerra ainda não ingressamos nas teorias voltadas para as escolhas de interpretação, *interpretive choice*, e suas possibilidades conforme a capacidade institucional das instâncias julgadoras. A relativização da imparcialidade aqui demonstrada decorre das teorias da racionalidade limitada nos processos de julgamento, *bounded rationality* em *decisionmakings*. Os estudos que as sustentam são frutos de pesquisas e experimentos, inclusive no campo da neurociência, indicando a existência de dois modos

²⁰⁹ VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy Institutional Design Writ Small*. New York: Oxford University Press, 2007. pp. 31-32, 55-56: "To the extent that veil rules suppress both self-interested decisionmaking and other forms of biased decisionmaking, so much the better".

distintos de pensamento: Sistema 1 (precipitado, intuitivo, inconsciente, não reflexivo, descontrolado e associativo) e Sistema 2 (opera com lentidão, demanda esforço mental, racional, consciente, reflexivo, controlado e dedutivo). Heurísticas, vieses, aversões e limitações da racionalidade em geral são relacionadas ao Sistema 1. Muitas de nossas escolhas, decisões e julgamentos são enviesados pela predominância, em certas circunstâncias, do Sistema 1 sobre o Sistema 2. Os experimentos no campo da psicologia comportamental demonstraram que em dadas circunstâncias somente devemos nos conformar com uma racionalidade limitada, muito diferente do que é e sempre foi idealizado pelas teorias clássicas, especialmente aquelas afetas e aplicáveis às escolhas econômicas, na figura do *homo economicus*.

Os estudos críticos de *bounded rationality* às teorias clássicas foram transportados ao Direito. A visão sobre a interpretação jurídica passa a ser outra, muito mais dinâmica, sincera e viva do que a atualmente ainda prevalente em nossa dogmática que é a polarização entre as opções binárias: de um lado, o formalismo e de outro, a interpretação construtiva ou criativa. A visão sistêmica institucional se aproxima mais da realidade e proporciona possibilidades prospectivas. A compreensão plena dos aspectos não normativos do comportamento das instituições e seus agentes é a matéria-prima do desenhista institucional na construção de arquiteturas de escolhas que efetivamente proporcione às instituições os melhores resultados.

Esse capítulo se preocupa, em última instância, com a consciência sincera de que escolhas, decisões e julgamentos sofrem influências que o *decisionmaker* sequer compreende, o que também implica a impossibilidade de autocrítica sobre seus erros por decisões enviesadas. Com o propósito de decidirmos com mais precisão e correção devemos: primeiramente, termos consciência de nossas limitações como julgadores; segundo, buscar soluções para as decisões enviesadas e, por fim, colaborar com a construção de um desenho institucional voltado a segurança jurídica, prevenção de conflitos, transparência, legitimidade democrática e eficiência.

CAPÍTULO 2

A dimensão institucional dos *decisionmakings*: racionalidade limitada, neutralidade moderada e o grau de imparcialidade nos tribunais

2.1. Considerações iniciais

As instituições, públicas ou privadas, não cumprem seus objetivos e propósitos normativos²¹⁰ com grau absoluto de fidelidade. Nem mesmo as mais eficientes e admiradas instituições alcançarão o máximo de seu potencial na produção de resultados efetivos e verdadeiramente eficazes na concretude de um ideal ostensivamente anunciado à sociedade. Sempre haverá um hiato entre a proposta normativa e o "produto" que, através de seus agentes, efetivamente se entrega. E a conclusão mais desafiadora é que essa maior ou menor fidelidade entre o abstrato e o concreto é incontrolável²¹¹ mesmo no mais alto grau de comprometimento dos agentes para com a instituição²¹². No campo da Economia²¹³, estamos muitos longe dos "plenos" e "ótimos" perseguidos a mais de século²¹⁴.

Nesse trabalho, a compreensão do hiato entre o plano normativo e a realidade é buscada sob duas dimensões: a partir da primeira buscamos compreender o *decisionmaker* individualmente, de acordo com as imperfeições e limitações próprias de sua natureza humana, e após estudarmos o indivíduo isoladamente, passamos a observar uma segunda dimensão, o *decisionmaker* como membro de uma instituição, sujeito a constrições

²¹⁰ Referimo-nos aos objetivos informados publicamente à sociedade pelas instituições em seus estatutos, regimentos e contratos sociais.

²¹¹ Consideramos que aqui se aplicaria a ideia subjacente à difundida expressão "sociedade de risco": juntamente com seus produtos e serviços, as instituições também produzem riscos inesperados que serão distribuídos pela sociedade e influenciarão as decisões a serem produzidas pelas instituições. A incerteza torna a insegurança uma variável importante nos *decisionmakings* de todas as instituições. Na inaptidão para prevê-los e suas consequências, as decisões passam a incorporar o máximo de proteção possível e, principalmente, um critério de distribuição dos danos e prejuízos advindos da consecução do risco. BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 23.

²¹² Não se questiona a validade dos instrumentos de gestão de pessoas para que delas se extraia o máximo em produtividade, mas os resultados sempre ficarão aquém do que se vislumbra.

²¹³ Embora nosso trabalho seja sobre a aplicação das teorias da decisão aos julgamentos judiciais e as decisões reservadas a certas autoridades da administração pública, a referência aos *decisionmakings* por agentes econômicos se deve ao campo de surgimento e desenvolvimento das teorias. Foi através da confrontação do modelo econômico clássico que se desenvolveram as teorias que vieram a ser reunidas no que se denomina de "Economia Comportamental". Foi questionada a figura do *homo economicus* como um agente econômico ilimitadamente racional fazendo escolhas e tomando decisões unicamente para a maximização dos seus interesses (*self-interest*), livre de influências emocionais intrínsecas à natureza humana e das limitações impostas pelas condições e constrangimentos, próprias das relações intersubjetivas. Herbert A. Simon. *Theories of Bounded Rationality. Decision e Organization*. North-Holland Publishing Company, 1972. pp. 161-162: "those theories that locate all the conditions and constraints in the environment, outside de skin of the rational actor".

²¹⁴ Referimo-nos à busca do "pleno" emprego e dos pontos "ótimos" de oferta *versus* demanda, renda *versus* consumo etc. KEYNES, John Maynard. *Teoria Geral do Emprego, do juro e da moeda*. 2ª edição. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

limitadoras do pleno exercício de sua racionalidade, neutralidade e imparcialidade nos julgamentos e decisões.

Na dimensão individual consideramos a contribuição de pesquisas no campo da psicologia comportamental e da neurociência para uma compreensão mais realística do comportamento de *decisionmakers*²¹⁵ como indivíduos racionalmente limitados (*bounded rationality in decisionmakings*), sujeitos a heurísticas, vieses e aversões.

Nossa constatação é que há uma discrepância entre o que se espera do *decisionmaker* de acordo com um ideal de racionalidade e neutralidade e o que efetivamente influencia os julgamentos. O processo cognitivo condutor das escolhas sofre influências comprovadas pela neurociência e psicologia, muitas das quais sem que se tenha uma consciência exata de sua presença. Esse foi o escopo o *Capítulo 1* nessa *Parte I*.

Na *dimensão institucional*, objeto de apresentação nesse *Capítulo 2* do trabalho, ocupamo-nos com as relações intersubjetivas dos *decisionmakers* como membro de uma instituição e tudo que a partir daí se reflete: autoproteção de posições individuais e coletivas, interesses pessoais, ideologia, inclinações políticas e conteúdo emocional.

Nas instituições de deliberação colegiada, a reputação entre si dos *decisionmakers* exercerá forte influência nas decisões, bem como o custo na obtenção de novas informações, o que atrai consideravelmente os chamados "efeitos cascatas" (*cascade effects*), quando os votos seguintes tendem a acompanhar os votos antecedentes²¹⁶: cascata de reputação (*reputational cascade*) e cascata de informação (*information cascade*). No primeiro, os julgadores tendem a seguir o entendimento do antecessor em respeito à reputação positiva que desfruta junto a seus pares, evitando-se reprovações ou constrangimentos²¹⁷; no segundo fenômeno, essa tendência decorre da crença em que as informações obtidas pelo antecessor foram suficientes para conferir um grau de certeza razoável no acerto da decisão manifestada e não valeria o custo-benefício em se buscar novas informações²¹⁸. Os efeitos cascatas são apenas algumas das influências a relativizar a utópica racionalidade dos processos decisórios colegiados.

²¹⁵ Reunimos em uma única expressão - *decisionmakers* - os julgadores e os tomadores de decisões em geral. Os *decisionmakers* julgadores são aqueles que decidem no curso de um processo de "jurisdição", no âmbito das instituições do poder judiciário ou da administração pública (a rigor, a jurisdição ou "dizer o direito aplicável" seria função estatal reservada exclusivamente aos juízes, aos quais competiria produzir decisões definitivas com eficácia soberana). Todos os demais agentes das instituições públicas ou privadas com poder decisório podem ser considerados tomadores de decisões.

²¹⁶ Nos tribunais é comum os votos dos demais membros do colegiado acompanhando os votos anteriores, conhecidos como votos "condutores" ("acompanho o relator" ou "acompanho a divergência"), sem que nesse processo nenhum fundamento ou informação seja agregada à decisão final.

²¹⁷ VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 171.

²¹⁸ *Ibid.* p. 156.

Assim, restaria uma dissonância entre o "como realmente se decide" para o que formalmente se indica normativamente pela instituição. Nunca faltará nos textos dos estatutos e regimentos de funcionamento das instituições a expressão "imparcialidade", mas será que seu desenho institucional está preparado para esse desafio? Ou antes disso: será que para cumprimento de seu papel institucional, de fato, a imparcialidade é característica determinante de sua legitimidade? São questões relevantes para a correspondência sincera entre a norma de funcionamento anunciada e o que realmente se espera da instituição²¹⁹. Esse ponto do trabalho será exposto ao final do capítulo.

Reunidos todos os aspectos de influência sobre os *decisionmakings*, de ambas dimensões comprovaremos que a presença da imparcialidade somente se admite em graus. Em nossa proposta de redesenho institucional das instâncias julgadoras da administração fazendária, reservada à Parte II, buscaremos o grau "ótimo possível" da imparcialidade, mas sopesado com outros valores relevantes: segurança jurídica, prevenção de conflitos, transparência, legitimidade democrática e eficiência. Nossa proposta principal é redesenhar a distribuição normativa das competências entre a atividade regulatória fiscal e as instâncias julgadoras, a fim de que o sistema alcance o maior grau possível de correção, segurança, eficiência e justiça.

Para que se proponha um redesenho institucional de qualquer processo decisório todas as variáveis devem ser consideradas, compreendendo-se, sistemicamente, os reflexos das decisões. E como apresentamos no *Capítulo 1*, adequadas arquiteturas de escolhas (*choice architectures*) podem atenuar conclusões enviesadas nos julgamentos e decisões, oferecendo ao *decisionmaker* as melhores condições possíveis à máxima aproximação ao ideal normativo da racionalidade (embora consciente de sua relativização e limitação), neutralidade e imparcialidade. Em síntese, os dois capítulos que compõem essa *Parte I* do trabalho apresentam sob duas dimensões, do *indivíduo isoladamente e como membro de uma instituição*.

²¹⁹ Como exemplo, o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, instituição competente para julgamentos de autuações fiscais, anuncia a imparcialidade como dever de seus julgadores, mas será que uma instituição integrante da estrutura da administração fazendária cuja finalidade é a arrecadação de tributos observará em seus julgamentos (muitos dos processos envolvem centenas de milhões de reais e alguns chegam a bilhões), de fato, o grau de imparcialidade indicado normativamente? BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: "Art. 41. São deveres dos conselheiros, dentre outros previstos neste Regimento Interno: I - exercer sua função pautando-se por padrões éticos, no que diz respeito à imparcialidade [...]".

2.2 *Judicial Decisionmakings*: conteúdo emocional e aspectos políticos da decisão judicial

Desde Platão, nos diálogos reunidos na "Apology de Socrates", já havia a preocupação com que os juízes não se afastassem da lei, da *ratio juris*: "each judge has sworn that he will judge according to the laws and not according to his own good pleasure"²²⁰.

No final do Século XVIII, Alexander Hamilton, Secretário do Tesouro Norte-Americano do Presidente George Washington, afirmara que "em uma democracia constitucional, juízes não possuem nem força nem vontade, apenas julgam"²²¹.

Transcorridos três séculos, o Presidente Barack Obama, quando respondera sobre a escolha de um substituto para o *Justice* David Souter, manifestou sua preferência por alguém que fosse mais emotivo em seus julgamentos, mais sensível às aspirações populares. Essa ênfase do Presidente Obama à empatia com os anseios da sociedade e a maior sensibilidade na atuação de um *Justice* representa, de certa forma, um certo afastamento da concepção de que os *judicial decisionmakings* devam ser restritos à legalidade, *rule of law*, no ideário defendido por Alexander Hamilton²²².

Apesar de alguns sinais isolados reconhecendo a influência de fatores não propriamente racionais para os julgamentos, dificilmente a realidade é admitida pelos juízes e para muitos chega a ser uma grave ofensa²²³. Uma exceção foi a famosa frase do *Justice*

²²⁰ EPSTEIN, Lee, LANDES, William M., and POSNER, Richard A.. *The behavior of federal judges - a theoretical and empirical study of rational choice*. Cambridge, Massachusetts e London, England: Harvard University Press, 2013. p. 26. Tradução: cada juiz faz o juramento de que julgará de acordo com as leis e não de acordo com seu próprio bel-prazer”.

²²¹ Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich. *Inside the Judicial Mind*. Vol. 86, no. 4. New York: Cornell Law Faculty Publications, 2001. 91 pp. p. 2. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=257634: "judges in a constitutional democracy possess neither force nor will but merely judgment".

²²² GUTHRIE, Chris, RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew. *Heart versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?* Vol. 93. Vanderbilt Public Law Research Paper No. 15-34. Texas: Texas Law Review, 2015. p. 857. "When United States Supreme Court Justice David Souter announced his retirement, for example, President Barack Obama stated that he was searching for a replacement who would embrace emotions in at least some settings [...] Some suggested that the President's emphasis on empathy was tantamount to abandoning the rule of law".

²²³ MARONEY, Terry A. The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion. Vol. 99 No. 2. California: California Law Review, 2011. p. 631: "to call a judge emotional is a stinging insult, signifying a failure of discipline, impartiality, and reason". Tradução: chamar um juiz de emotivo é um grande insulto, significando uma falta de disciplina, imparcialidade e racionalidade. Disponível em: <http://www.californialawreview.org/print/a-the-persistent-cultural-script-of-judicial-dispassion/>. POSNER, Richard A. Reflections on judging. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2013. p. 106: "Judges tend not to be candid about how they decide cases. They like to say they just apply the law—given to them, not created by them—to the facts [...] They want to be thought of not as politicians in robes but as technicians, as experts, though some would acknowledge being sometimes compelled by circumstance to legislate from the bench". Tradução: juízes tendem a não ser sinceros sobre como decidem os casos. Eles gostam de dizer que apenas aplicam a lei - apresentada a eles, não criada por eles - aos fatos [...] Eles querem ser lembrados não como políticos de toga, mas como técnicos, como especialistas, embora alguns reconheçam ser às vezes compelidos pelas circunstâncias a legislar da tribuna.

William Brennan no caso *Goldberg v. Kelly*²²⁴ ao reconhecer que julgamentos intuitivos e emocionais não são apenas inevitáveis, mas desejáveis: “[s]ensitivity to one’s intuitive and passionate responses . . . is . . . not only an inevitable but a desirable part of the judicial process . . .”²²⁵.

E a realidade a ser admitida é muito mais ampla e complexa do que a discussão sobre a influência dos sentimentos, da paixão, dos preconceitos, das empatias e preferências sobre as escolhas nos *judicial decisionmakings*. Como detalhamos no primeiro capítulo, muitas pesquisas desenvolvidas no campo da neurociência e psicologia comportamental demonstraram que a realidade está muito distante da racionalidade e neutralidade atribuídas aos juízes. Como seres de “carne e osso”²²⁶, são igualmente influenciados em seus julgamentos por heurísticas, vieses, aversões e emoções²²⁷. As escolhas de qualquer *decisionmakers* não se operam dentro de um vácuo imune às limitações humanas²²⁸.

Em uma das pesquisas apresentadas no *item 1.2.1 do capítulo 1*, trouxemos um experimento para a demonstração de que juízes também são influenciados em seus julgamentos pelo esgotamento mental. Os juízes de condicional em Israel se dedicaram em suas jornadas diárias à revisão de pedidos de liberdade condicional. Foi feito um gráfico da proporção de pedidos aprovados em relação às pausas para refeição. Constatou-se que após cada refeição houve um pico nas concessões em cerca de 65% dos pedidos. E aproximadamente durante as duas horas que antecedem as refeições, período de maior esgotamento, a taxa de concessão cai regularmente, até chegar perto de zero pouco antes das pausas para refeição²²⁹. O experimento demonstrou que as privações temporárias de intervalos para descanso influenciam o resultado do julgamento. Aliás, mais do que o

²²⁴ Precedente: 397 U.S. 254 (1970).

²²⁵ BRENNAN, William J., Jr., *Reason, Passion, and The Progress of the Law*. 10 Cardozo L. Rev. 3 (1988). Tradução: sensibilidade às suas respostas intuitivas e apaixonadas. . . é . . . não apenas uma parte inevitável, mas desejável, do processo judicial. Também nesse sentido, um dos mais famosos advogados norte-americanos Clarence Darrow, notório pela sua atuação exitosa nos tribunais do júri: “*Jurymen seldom convict a person they like, or acquit one that they dislike. The main work of a trial lawyer is to make a jury like his client, or, at least, to feel sympathy for him; facts regarding the crime are relatively unimportant*” Apud SUTHERLAND, Edwin H. e CRESSEY, Donald R. *Principles Of Criminology*. 8th ed. Chicago: Lippincott, 1970. p. 431. Tradução: jurados raramente condenam uma pessoa de que gostem ou absolvem alguém de quem não gostam. O principal trabalho de um advogado é formar um júri à semelhança de seu cliente ou, pelo menos, que sinta simpatia por ele; fatos relacionados ao crime são relativamente sem importância.

²²⁶ Expressão fiel ao pensamento de Jerome Frank lembrando que juízes são humanos e, assim, sujeitos às limitações que afligem a qualquer um de nós: “when all is said and done, we must face the fact that judges are human”. FRANK, Jerome. *Courts On Trial: Myth And Reality In American Justice*. Indiana, USA: Indiana Law Journal, 1949. p. 410. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol25/iss1/13>.

²²⁷ MARONEY, Terry. *Emotional Regulation and Judicial Behavior*. Vol. 99. California, EUA: California Law Review, 2011. p. 1483: “judges are humans and experience emotion when hearing cases [...]”

²²⁸ Daniel Kahneman, Paul Slovic, Amos Tversky. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases* Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 1982. p. 3-20.

²²⁹ Daniel Kahneman. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 39.

cansaço, todo tipo de pressão a que se submetem os juízos induzem-nos a confiar em certos atalhos cognitivos causando a ilusão de um julgamento seguro²³⁰.

Essa e outras experiências demonstram que a esperada análise crítica, racional e reflexiva nos julgamentos pode ser abandonada. Tanto os fatores relacionados à psicologia comportamental em sua dimensão individual, estudados no *Capítulo 1*, quanto aqueles decorrentes dos aspectos institucionais (incentivos, constrangimentos, interesses pessoais etc), que serão examinados neste capítulo, influenciam o comportamento dos juízes em seus julgamentos. Os fatores relacionados à dimensão individual produzem decisões enviesadas pela operação intuitiva e automática do método cognitivo conhecido por *Sistema 1*²³¹. Na segunda dimensão, considerações sobre os aspectos institucionais, as influências sobre as decisões dos juízes são muito mais amplas. A diversidade de fatores com naturezas distintas atuando em conjunto e produzindo comportamentos conscientes e estratégicos para resultados premeditados, potencialmente, produzirá julgamentos muito distantes de um resultado normativa e formalmente preestabelecido.

Em uma pesquisa empírica para determinar se heurísticas e vieses influenciariam (ancoragem, *framing*, viés da retrospecção, representatividade e egocentrismo) *judicial decisionmakings*, Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich²³² selecionaram 167 juízes federais como participantes. Em síntese: a ancoragem (*anchoring*) é fazer estimativas baseadas em pontos de partida postos e que não têm relevância para o caso; *framing* é tratar ganhos e perdas economicamente equivalentes de forma diferente); viés retrospectivo (*hindsight bias*) é a percepção dos eventos passados como mais previsíveis do que, na verdade, são; representatividade (*representativeness*) é a tendência de se ignorar informações

²³⁰ Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich. *Inside the Judicial Mind*. Vol. 86, no. 4. New York: Cornell Law Faculty Publications, 2001. 91 pp. p. 14. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=257634: "*judges make decisions under the kinds of time pressure that induces reliance on the cognitive shortcuts that cause illusions of judgment*".

²³¹ Uma análise detalhada dos métodos cognitivos foi apresentada no capítulo 1, item 1.2.1 "*Os dois sistemas da mente e seus métodos de decisão*". Sobre a aplicação da economia comportamental aos *judicial decisionmakings* sugerimos FELDMAN, Yuval. *The law of good people: challenging states' ability to regulate human behavior*. Cambridge [UK]: New York, NY: Cambridge University Press, 2018. p. 5: "*behavioral law and economics (BLE) assumes that people cannot be fully trusted on their own to make decisions that enhance their self-interest, because of the bounded rationality argument—that available information, cognitive ability, and time constraints limit individuals' ability to make rational decisions*". Tradução: direito e economia comportamental (BLE), apoiada no argumento da racionalidade limitada, pressupõe que devido ao fato de que as pessoas não dispõem de todas as informações, de que todos nós temos uma capacidade cognitiva limitada e também restrições de tempo, as pessoas não podem confiar plenamente nelas mesmas quando tomam decisões em seu próprio interesse.

²³² GUTHRIE, Chris, RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew. *Inside the Judicial Mind*. Vol. 86, no. 4. New York: Cornell Law Faculty Publications, 2001. p. 71. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=257634.

estatísticas relevantes para a análise em favor de alguma informação singela preferida); e egocentrismo (*egocentric biases*) é superestimar as próprias habilidades²³³.

A conclusão a que se chegou na pesquisa é que as heurísticas e os vieses cognitivos influenciam *judicial decisionmakings*. Embora os juízes tenham demonstrado menos influência a duas heurísticas (*framing* e *representativeness*), quando comparados a outros especialistas e pessoas leigas, os resultados mostram que, sob certas circunstâncias, os juízes confiam em heurísticas e vieses que podem levar a julgamentos sistematicamente enviesados²³⁴. Embora somente tenham participado da pesquisa juízes federais, os pesquisadores acreditam que os resultados se aplicam a outros juízes, mas nada se pode afirmar quanto decidem em colegiados²³⁵. Em síntese, a pesquisa suporta a afirmação de Jerome Frank de que no “mundo real” devemos aceitar o fato de que juízes são humanos²³⁶.

A dogmática, representando várias escolas do pensamento jurídico, tem defendido que juízes não apenas consideram apenas os fatos e o direito, em racional e precisa formulação de seu *judicial decisionmaking*. A realidade é outra. Os juízes fazem escolhas que refletem sua ideologia política e demais preferências pessoais²³⁷. O humor, a emoção, antipatia, empatia e outras reações dos juízes aos litigantes influenciam ou até mesmo determinam seus julgamentos²³⁸. Dentro de todo o mistério que envolve *judicial decisionmakings*, o mais confiável é que as decisões são alcançadas depois de uma experiência em que os princípios e a lógica desempenham um papel secundário²³⁹.

E essas decisões por ideologias, preconceitos, antipatias e outras preferências, que no caso de tribunais do júri inclusive são aceitos como parte do procedimento institucional²⁴⁰,

²³³ Ibid. p. 22. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=257634: “*We designed the questionnaires to assess the influence of five common cognitive illusions on judicial decisionmaking: anchoring, framing effects, hindsight bias, representativeness, and egocentric biases*”.

²³⁴ Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich. *Inside the Judicial Mind*. Vol. 86, no. 4. New York: Cornell Law Faculty Publications, 2001. pp. 69-74. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=257634.

²³⁵ Ibid. pp. 17, 75. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=257634.

²³⁶ FRANK, Jerome. *Courts On Trial: Myth And Reality In American Justice*. Indiana, USA: Indiana Law Journal, 1949. p. 410: “when all is said and done, we must face the fact that judges are human”.

²³⁷ Ibid. Article 13. COHEN, Felix. *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 Colum. L. Rev. 809, 846 (1935). Os autores sugerem que os aspectos políticos, econômicos e interesses profissionais são forças que moldam as decisões de juízes.

²³⁸ FRANK, Jerome. Are Judges Human? Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings. Vol. 80. Pennsylvania: University of Pennsylvania Law Review, 1931. p. 25. MARONEY, Terry A.. The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion. Vol. 99 No. 2. California: California Law Review, 2011. pp. 652–653.

²³⁹ YNTEMA, Hessel E.. The Hornbook Method and the Conflict of Laws. Vol. 37 Art. 4. Connecticut: Yale Law Journal, 1928. p. 480: “of the many things which have been said as to the mystery of the judicial process, the most salient is that decision is reached after an emotive experience in which principles and logic play a secondary part”. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/>.

²⁴⁰ Estamos nos referindo ao procedimento que vai desde a escolha dos jurados até o voto de cada um, pela absolvição ou condenação do réu. Seja no Brasil, Estados Unidos e outros sistemas jurídicos, o tribunal do júri

também fazem parte dos *judicial decisionmakings* de juízes "togados"; portanto, esse não é um critério relevante de comparação entre os dois procedimentos de *judicial decisionmakings*. Numa comparação com os tribunais do júri norte-americanos, pesquisas revelam que apenas 20% dos resultados discrepam dos julgamentos realizados pelos juízes "togados". Juízes e jurados são quase igualmente influenciados por suas preferências²⁴¹.

Além das preferências despropositais, também não se pode deixar de considerar que juízes, como ser de "carne e osso", possuem seus interesses²⁴². E como esses interesses são de diversas naturezas (profissional, reputação, financeiro, dentre outros), o risco de julgamentos enviesados se torna elevado.

Em uma interessante pesquisa sobre a influência do interesse profissional nos *judicial decisionmakings*, Lee Epstein, William M. Landes e Richard A. Posner partem de uma abordagem pouco convencional ao considerar que juízes atuam dentro de um mercado de trabalho e, como qualquer trabalhador, devem ser compreendidos como um profissional influenciado por incentivos e constrangimentos (condições adversas do ambiente de trabalho, tensão emocional, sanções etc), considerações de custo e benefício em cada processo que examina, interesses econômicos e não econômicos (tempo livre, estima, influência, reputação, oportunidades de nomeação para uma instância superior etc)²⁴³.

Em uma síntese sistematizada, os aspectos informais de influência nos julgamentos, *judicial decisionmakings*, podem reunidos em duas categorias: (a) fatores relacionados à psicologia comportamental em sua dimensão individual (heurísticas, vieses e aversões), estudados no *Capítulo 1*; e (b) aspectos institucionais não normativos (ideologias, política,

é formalmente aceito como um *judicial decisionmaking* influenciado pelas preferências pessoais. No Brasil, a regra no artigo 468 do Código de Processo Penal, Decreto-lei no. 3.689, de 03/10/1941, denota o reconhecimento institucionalizado de que os julgamentos por jurados são influenciados por ideologia, preferências e outras inclinações pessoais: "À medida que as cédulas forem sendo retiradas da urna, o juiz presidente as lerá, e a defesa e, depois dela, o Ministério Público poderão recusar os jurados sorteados, até 3 (três) cada parte, sem motivar a recusa". Para melhor conhecimento do tema, sugerimos: Edwin H. Sutherland e Donald R. Cressey. *Principles Of Criminology*. 8th ed. Chicago: Lippincott, 1970. HANS, Valerie P.; VIDMAR, Neil. *The Verdict on Juries*. *Judicature*, vol. 91, no. 5. *Cornell Law Faculty Publications*, 2008. 297 pp. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/297>.

²⁴¹ HANS, Valerie P.; VIDMAR, Neil. *Judging the jury*. New York: Plenum Press, 1986. p. 148: "[I]t is clear that Mr. Prejudice and Miss Sympathy cannot account for most of the disagreement between judge and jury". Tradução: Fica claro que preconceito e simpatia não são responsáveis pelas muitas diferenças entre os julgamentos pelos juízes e pelos tribunais do júri. Disponível em: <https://trove.nla.gov.au/version/50613477>.

²⁴² Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich. *Inside the Judicial Mind*. Vol. 86, no. 4. New York: Cornell Law Faculty Publications, 2001. 91 p. 12. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=257634: "*Most of the empirical work on judicial decisionmaking has been motivated by concerns that judges make decisions that are self-serving or politically driven*". Tradução: muitas das pesquisas empíricas em *judicial decisionmaking* têm sido motivadas pela preocupação de que juízes julgam orientados por interesse próprio ou fatores políticos.

²⁴³ Lee Epstein, William M. Landes, and Richard A. Posner. *The behavior of federal judges - a theoretical and empirical study of rational choice*. Cambridge, Massachusetts e London, England: Harvard University Press, 2013. p. 5, 31.

preconceitos, antipatias, preferências, incentivos, reputação, interesses, constrangimentos, dentre outros), que serão examinados neste capítulo.

2.2.1. A influência do conteúdo emocional sobre a racionalidade dos *judicial decisionmakings*

Muitos estudos já foram realizados com sucesso, sugerindo que a orientação política dos juízes afeta seu julgamento²⁴⁴. Outras pesquisas também sugerem que até mesmo a afinidade dos juízes por seus filhos afeta suas decisões²⁴⁵. Quanto às reações emocionais dos juízes às partes do processo, os litigantes; no entanto, as pesquisas são mais recentes. No item anterior mencionamos um pronunciamento do advogado Clarence Darrow sobre os jurados de um tribunal do júri. Mas, essa constatação de que um jurado raramente condenaria uma pessoa de quem goste ou absolveria outra de quem não goste também se aplicaria aos juízes "togados"? A primeira pesquisa empírica sobre essa questão foi realizada com mais de 1.800 juízes estaduais e federais norte-americanos e se concluiu que, de fato, os sentimentos dos juízes sobre os litigantes influenciam seus julgamentos²⁴⁶. Outras pesquisas sobre a influência e os reflexos cognitivos da emoção, embora não específicas para *judicial decisionmakings*, contribuíram com constatações mais genéricas e que também se associam às decisões e escolhas de modo geral, inclusive aos julgamentos realizados por juízes. A conclusão a que se chegou é que todos nós em nossas atitudes, crenças e inferências temos a tendência de enaltecer as qualidades das pessoas das quais gostamos e mesmo enxergarmos tantas outras que provavelmente não existem; e, inversamente, sermos cegos às qualidades que possuem nossos desafetos²⁴⁷.

A presença e os efeitos sobre o julgamento de aspectos emocionais, especialmente o preconceito, foi bem ilustrada por um experimento proposto pelos psicólogos Amos Tversky e Daniel Kahneman, conhecido como "Linda the Bank Teller"²⁴⁸. Linda é descrita da seguinte forma: possui 31 anos de idade, solteira, sincera e brilhante. Ela se formou em

²⁴⁴ Ibid. pp. 65-85.

²⁴⁵ GLYNN, Adam N.; SEN, Maya. *Identifying Judicial Empathy: Does Having Daughters Cause Judges to Rule for Women's Issues?* Vol. 59. Charlottesville: American Journal of Political Science, 2015. pp. 37, 38. A pesquisa demonstrou que juízes com pelo menos uma filha julgam em questões de gênero com inclinação mais liberal do que juízes que somente possuem filhos.

²⁴⁶ Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich. *Heart versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?* Vol. 93. Vanderbilt Public Law Research Paper No. 15-34. Texas: Texas Law Review, 2015. p. 862.

²⁴⁷ KUNDA, Ziva. *The Case For Motivated Reasoning*. Vol. 108 Psychological Bulletin. Washington: American Psychological Association, 1990. pp. 480-493. Disponível em: <https://www.apa.org/pubs/journals/bul/>.

²⁴⁸ O experimento descreve Linda como uma funcionária Caixa de um banco. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. *Extensional Versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment*. Vol. No. 90. Washington: American Psychological Association, 1983. pp. 293-297.

filosofia. Como estudante, tinha preocupação com questões de discriminação e justiça social, também participou de manifestações antinucleares. Os participantes da pesquisa tinham que classificar em verdadeira ou falsa as várias afirmações sobre a fictícia Linda. Como resultado, mais participantes concluíram ser mais provável que Linda deveria ser "Caixa de banco e ativista do movimento feminista" do que simplesmente que Linda seria "Caixa de banco". Algo racionalmente ilógico. Por ser subconjunto da primeira, a segunda afirmação é mais provável de ser verdadeira. Acontece que a descrição para Linda se encaixava no estereotipo cultural para as mulheres que eram ativistas do movimento feminista. As pessoas confiaram nesse padrão estereotipado intuitivo para avaliar as declarações sobre as características de Linda, em vez de confiar apenas na lógica dedutivo-racional²⁴⁹.

Outra pesquisa interesse foi proposta por Dan M. Kahan, professor de direito na Yale Law School e dedicado às teorias de cognição. Kahan e seus co-autores apresentaram uma demonstração da influência de nossas preferências, ideologia, afinidade e opção política sobre a percepção da realidade. Um mesmo fato pode ser compreendido de formas diferentes e, assim, produzir decisões diferentes. O experimento busca demonstrar como os estudos da psicologia comportamental se propagam pelo Direito, tornando possível julgamentos enviesados, não racionais e impregnado de preconceitos²⁵⁰. No caso, a lealdade emocional de um grupo influencia a percepção de um grupo rival. Consistiu na apresentação a grupos de pessoas conhecidamente com preferências políticas opostas (democratas liberais, de um lado e conservadores, de outro) de um vídeo onde a polícia dispersava os participantes em um protesto. Quando informado que se tratavam de manifestantes pró-vida, contra o aborto, democratas liberais consideraram o protesto violento e apoiaram a ação da polícia; no entanto, para outro grupo de democratas liberais que receberam a informação de que se tratava de um comício pelos direitos dos gays, o grupo concluiu que viram nesse mesmo vídeo um protesto pacífico. Já um terceiro grupo, formado de pessoas com inclinação ultra conservadora, para o protesto pró-vida viram um protesto pacífico, mas o quarto grupo, também formado por ultra conservadores, consideraram que houve violência pelos manifestantes informados como defensores dos direitos de gays. As percepções das pessoas sobre o mesmo vídeo variaram de acordo com as ideologias, e a afinidade de cada um com a posição adotada pelo grupo ao qual pertencia exacerbou a inclinação pessoal por uma ou outra preferência, conferindo mais segurança na decisão por compartilharem em coletiva a

²⁴⁹ Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich. *Heart versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?* Vol. 93. Vanderbilt Public Law Research Paper No. 15-34. Texas: Texas Law Review, 2015. p. 864.

²⁵⁰ KAHAN, Dan M., HOFFMAN, David A., BRAMAN, Donald, EVANS, Danieli & RACHLINSKI, Jeffrey J.. *They Saw a Protest: Cognitive Illiberalism and the Speech-Conduct Distinction*. Vol. 64. California: Stanford Law Review, 2012. pp. 851-853.

mesma visão de mundo. Essa última constatação é importante e fez surgir um estudo próprio do comportamento das pessoas quando em grupo com alta afinidade²⁵¹. Como parte dos *decisionmakings*, também abordaremos o tema nesse capítulo.

Em uma pesquisa mais específica sobre questão jurídica, Dan Simon e Keith também demonstraram que se fazem julgamentos, *legal decisionmaking*, com inclinação para recompensar ou punir os litigantes de acordo com associações positivas ou negativas, respectivamente. Em um experimento, Simon e Holyoak descreveram um caso sob julgamento em que a questão em exame envolvia a atribuição de responsabilidade por calúnia: caso a postagem realizada em um site fosse equiparada a uma publicação em jornal haveria punição para o responsável, mas caso se considerasse não como uma publicação, mas sim com a mesma natureza de uma ligação telefônica, então nenhuma penalidade poderia ser aplicada. Deve-se compreender as duas alternativas como igualmente razoáveis, ou seja, juridicamente estão empatadas como decisões corretas²⁵². A questão seria unicamente de preferência. No experimento, foram feitas descrições diferentes e opostas da autora da ação judicial para os grupos de participantes. Para um grupo foi informado que se tratava de uma pessoa simpática, agradável e de elevado caráter; para outro, exatamente com adjetivos opostos: uma pessoa odiosa. Seguramente, essas características hipotéticas da autora não possuem relevância para o julgamento; no entanto, os participantes de cada grupo do experimento manipularam o enfrentamento da questão a fim de produzir fundamentos "jurídicos" que produzissem um resultado satisfatório para a autora com maiores qualidades e para a hipótese de uma autora de caráter odioso, a decisão foi a equiparação da postagem à uma publicação de jornal, ou seja, responsabilizando-a por calúnia. A pesquisa de Simon e Holyoak mostra que as pessoas constroem os fundamentos consistentes com a decisão pretendida, nem que para tanto seja necessário o manejo das regras legais²⁵³.

Os casos que envolvem decisão restrita a uma questão processual também se prestam como evidência de que juízes consideram as características do caso sob julgamento, ainda

²⁵¹ Batizado de *groupthink* por Irling Janis, o comportamento em questão pode ser descrito como o modo de pensar de pessoas integrantes de um grupo tão coeso em afinidade que suas posições se tornam dominantes a ponto de obstaculizar qualquer outra alternativa de ação pelo indivíduo. JANIS, Irving. *Groupthink*. In R. P. Vecchio (Ed.), *Leadership: Understanding the dynamics of power and influence in organizations*. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 1997. pp. 163-176. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/record/1997-36918-010>.

²⁵² Situação bastante comum em sistemas jurídicos repletos em elementos conceituais, termos indeterminados e obscuridades nos textos legais.

²⁵³ SIMON, Dan. *A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decisionmaking*. Vol. 71. Chicago: The University of Chicago Law Review, 2004. pp. 511, 537-538. Os *legal decisionmakers* são mais inclinados a uma decisão em favor de litigantes se receberem previamente informações positivas sobre eles. HOLYOAK, Keith J. & SIMON, Dan. *Bidirectional Reasoning in Decisionmaking by Constraint Satisfaction*. Vol. 128. Washington: American Psychological Association, *Journal of Experimental Psychology - General*, 1999. pp. 3-5, 11-14.

que não sejam relevantes para a conclusão. Nos sistemas processuais, antes da análise de mérito sobre o direito em questão, juízes se deparam com questões preliminares sobre a admissibilidade das demandas judiciais e a legitimidade das provas que instruem essas demandas. Assim, embora essas questões preliminares, normativamente, sejam independentes do caso em si, uma pesquisa demonstrou que, na prática, a gravidade da acusação influencia a decisão sobre a admissibilidade de provas obtidas em procedimento de legitimidade duvidosa²⁵⁴.

A pesquisa consistia em avaliar a observância da Quarta Emenda à Constituição Americana que desconsidera a gravidade da ofensa para fins de avaliação da legitimidade em uma investigação. As evidências obtidas como resultado de uma busca e apreensão ilegal invalidam o julgamento²⁵⁵.

O experimento, inspirado em artigo científico de Avani Mehta Sood e John M. Darley²⁵⁶, envolveu uma tarefa comum para os juízes: decidirem sobre uma alegação do réu para suprimir suposta prova obtida ilegalmente. Foram 366 juízes participantes: 103 juízes estaduais de Nevada, 145 juízes estaduais de Connecticut, 65 recém-eleitos juízes de Nova York e 53 juízes de direito administrativo em jurisdição na cidade de Nova York. Os juízes de Nevada, Connecticut e Nova York eram juízes de julgamento.

No caso, em uma inspeção aleatório no terminal de *ferryboat* administrado pelo Departamento de Transporte²⁵⁷, um funcionário foi reprovado no teste para uso de drogas ilícitas (bafômetro) e, em seguida, foram encontradas drogas ilícitas em seu armário. Ele foi então acusado como réu pela posse de drogas. Ele invocou a Quarta Emenda para suprimir as provas, argumentando que, embora seja um funcionário público, ele não possui a atribuição formal de realizar a operação considerada de risco. Ele não trabalhava na manutenção das balsas, mas como zelador nos edifícios do terminal. Além disso, embora estivesse a disposição para realizar reparos nas balsas em caso excepcional de emergência, nunca havia sido solicitado a fazê-lo nos últimos cinco anos de trabalho. O Departamento respondeu confirmando a informação.

²⁵⁴ Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich. *Heart versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?* Vol. 93. Vanderbilt Public Law Research Paper No. 15-34. Texas: Texas Law Review, 2015. pp. 890-893.

²⁵⁵ BELLIN, Jeffrey. *Crime-Severity Distinctions in the Fourth Amendment: Reassessing Reasonableness in a Changing World*. Vol. 97. Iowa, EUA: Iowa Law Review, 2011. pp. 1, 4-5.

²⁵⁶ SOOD, Avani Mehta; DARLEY, John M. *The Plasticity of Harm in the Service of Criminalization Goals*. Vol. 100. California, EUA: California Law Review, 2012. p. 1328: "Judicial samples are difficult to come by, but further experimental research is needed to explore the extent to which judges may be subconsciously susceptible to the type of motivated cognition demonstrated in the present studies".

²⁵⁷ Aleatoriamente, são realizados testes rotineiros para uso ou posse de drogas em trabalhadores que operam alguma tarefa ou função de risco à população.

Os juízes foram divididos em dois grupos: para uma metade fora informado se tratar de maconha e para a outra, a droga apreendida seria heroína. Sem que conhecessem essa variação da espécie de droga apontada nos dois grupos, os juízes foram questionados se eles suprimiriam a evidência. Entre os juízes que analisaram a versão de maconha, 44% (64 de 144) admitiram as provas contra 55% (83 de 151185) na versão de heroína.

A conclusão revelou que os juízes se comportaram como se houvesse uma Quarta Emenda para maconha diferente da Quarta Emenda para heroína, uma droga ilícita muito mais reprimida do que a maconha e associada a cartéis do tráfico altamente perigosos.

Mas nem sempre confiar nas heurísticas e intuição é um erro. As respostas emocionais rápidas, sem dúvida, desempenharam um papel vital em nossa sobrevivência evolucionária e em nosso contínuo sucesso como espécie. Nossos antepassados precisaram não tinham tempo para uma pausa reflexiva quando fugiam de predadores prontos para os devorarem. E no mundo moderno civilizado, respostas afetivas podem nos ajudar a tomar decisões rápidas que em muitas circunstâncias podem ser precisas, especialmente quando a escolha é complexa e o *decisionmaker* é limitado pelo tempo, cansaço ou limitação de informação²⁵⁸. De fato, há situações em que não temos noção das coisas que estão diante de nós, uma espécie de vácuo cognitivo, incapacitados de tomarmos uma decisão que não seja pela emoção²⁵⁹.

Contudo, apesar da necessidade que possuímos em certas circunstância, até por sobrevivência, de fazermos uso de atalhos (heurísticas, vieses, emoção, intuição), não temos comando preciso sobre qual dos dois métodos cognitivos (sistemas 1 e 2) serão adotados por nossa mente para a solução de cada um dos problemas que nos são submetidos. A consequência mais preocupante é a produção de decisões que, embora aparentemente racionais e corretas quando do *decisionmaking*, na verdade mostram-se completamente enviesadas, equivocadas.

Em relação ao conteúdo emocional presente no *decisionmaker*, pesquisas já realizadas demonstram que a emoção tem um efeito devastador sobre nossos *rational decisionmakings*. Um expressivo conteúdo emocional sobre o *decisionmaker* torna-se poderoso para facilmente e de forma imperceptível por ele influenciar o que aparentemente

²⁵⁸ ZAJONC, R.B.. *Feeling and Thinking: Preferences Need No Inferences*. Vol. 35. Michigan: American Psychologist, 1980. p. 170.

²⁵⁹ Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich. *Heart versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?* Vol. 93. Vanderbilt Public Law Research Paper No. 15-34. Texas: Texas Law Review, 2015. p. 867.

seria um julgamento racional²⁶⁰. Alegria, raiva, nojo e medo se inflamam rapidamente na mente e facilmente consomem a razão²⁶¹. As emoções influenciam a informação que as pessoas processam, o que elas lembram, como lembram e como reagem²⁶². Uma carga emocional mais elevada pode convencer como realidade uma escolha enviesada, própria dos atalhos assumidos pelo Sistema 1 (automático, descontrolado, intuitivo, inconsciente e associativo)²⁶³.

A consequência das pesquisas em sua aplicação aos *judicial decisionmakings* é que o conteúdo emocional presente em cada juiz, mesmo que ele não se dê conta desse fenômeno, influenciará seu sistema cognitivo em um julgamento intuitivo, precipitado e pouco racional²⁶⁴. E também deliberadamente, juízes muitas vezes confiam em suas reações emocionais intuitivas sem submetê-las à “luz do estudo intenso” que supostamente produziria escolhas racionais²⁶⁵.

Todas as pesquisas aqui descritas e análises realizadas levam, ao final, a uma conclusão importante sobre um dos pilares defendidos pelos juízes e que sustentam a crença na elevada independência do Judiciário – neutralidade e imparcialidade absolutas. A maioria das pessoas se importam em manterem a aparência de que suas escolhas e decisões são justas e objetivas, mas para um juiz, no entanto, a imparcialidade é questão de honra, um elemento crucial em seu papel institucional e uma identidade funcional²⁶⁶.

É justamente a imparcialidade, como elemento estruturante dos *judicial decisionmakings*, o objeto principal desse capítulo. A demonstração que sua presença apenas opera em graus, mais ou menos elevados de acordo com os aspectos institucionais, é a

²⁶⁰ GREENE, Joshua D.. *The Secret Joke of Kant's Soul*. In W. Sinnott-Armstrong (ed.), *Moral Psychology*, Vol. 3. Cambridge, Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 2007. pp. 35-36.

²⁶¹ ZAJONC, R.B. Op. cit. pp. 151-153.

²⁶² DOLAN, R.J., *Emotion, Cognition, and Behavior*. Vol. 298, Issue 5596. Washington: *Science*, 2002. pp. 1191-1194.

²⁶³ Uma análise detalhada dos métodos cognitivos foi apresentada no capítulo 1, item 1.2.1 “*Os dois sistemas da mente e seus métodos de decisão*”. Daniel Kahneman & Shane Frederick. *Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgment in Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (Thomas Gilovich, Dale Griffin, Daniel Kahneman. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002). p. 49; Daniel Kahneman. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 24: “System 1 continuously generates . . . impressions, intuitions, intentions, and feelings”.

²⁶⁴ Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich. *Heart versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?* Vol. 93. Vanderbilt Public Law Research Paper No. 15-34. Texas: Texas Law Review, 2015. p. 863.

²⁶⁵ COFFIN, Frank M.. *On Appeal: Courts, Lawyering and Judging*. Vol. 255. Massachusetts: W W Norton & Co Inc, 1994 Apud Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich. *Heart versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?* Vol. 93. Vanderbilt Public Law Research Paper No. 15-34. Texas: Texas Law Review, 2015. p. 863.

²⁶⁶ POSNER, Richard A.. *How Judges Think*. Massachusetts: Harvard University Press, 2008. p. 106: “Provavelmente um juiz defina as suas reações emocionais apenas como afinidade pessoal por um litigante ou seu advogado, pois admiti-las de outra forma seria contra seu papel institucional”.

premissa principal para que, nos capítulos finais desse trabalho, possamos desenvolver uma proposta de redesenho institucional com maior valorização dos *decisionmakings* pelas instituições detentoras das maiores capacidades técnicas para enfrentar questões envolvendo *expertise*. No caso específico desse trabalho, elegemos a atividade de tributação, mas os estudos aqui desenvolvidos poderiam com segurança serem aplicados em outras áreas especializadas.

2.2.2. Judicialização da política ou Ativismo judicial?

A escolha por uma ou outra expressão também será a escolha de um "ângulo" através do qual se vê a decisão: o exercício normativo de competência jurisdicional ou como um comportamento de juízes. Segundo Barroso, a judicialização é um fato decorrente do sistema jurídico constitucional adotado pelo Estado e não um comportamento deliberado, uma escolha propriamente dita. No exame de uma questão de conteúdo político-moral, o juiz não se furtará de decidi-la porque o ordenamento jurídico a contém e, conseqüentemente, será trazida para os fundamentos adotados na decisão. Já o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha proativa de interpretação cujo efeito é a expansão do sentido e alcance da regra jurídica. A amplitude da decisão instaura uma discussão sobre a possível intromissão no papel exercido nas esferas políticas, parlamento e sociedade²⁶⁷. E é justamente sob o "ângulo" do ativismo judicial que ocorrem as pesquisas, aqui e alhures, sobre o comportamento de juízes quanto a incorporação aos seus *judicial decisionmakings* dos vieses político-ideológicos.

Contudo, apesar da relevância do tema, o estudo aqui desenvolvido não tem o propósito de ingressar com profundidade na incursão sobre a discussão em torno da legitimidade do ativismo judicial. Nossa proposta, mais singela, é apenas demonstrar que *judicial decisionmakings* têm sua racionalidade limitada, *bounded rationality*, também pelas preferências político-ideológicas dos juízes. Um reconhecimento sincero dessa influência ampla pode ser extraído das conclusões finais na obra de Barroso²⁶⁸: *o juiz estará sempre*

²⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, 2010. p. 6: "A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva".

²⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. pp. 300-301: "A pretensão de neutralidade do intérprete, embora seja passível de atendimento no que toca à sua imparcialidade e impessoalidade, é inatingível na plenitude. Interpretar envolve, frequentemente, a

promovendo as suas crenças, a sua visão do mundo, o seu senso de justiça. De fato, a neutralidade é inatingível em sua plenitude. A *rational decisionmakings* não pode ser reconhecida sem que a ela seja associada um determinado grau. De acordo com o desenho institucional através do qual o juiz exerce suas atribuições e seu comportamento como resposta aos variados estímulos, o grau de neutralidade na formação das decisões será maior ou menor²⁶⁹.

E disso que se ocupa essa parte do trabalho. Com as teorias desenvolvidas e as pesquisas desenvolvidas em torno do ativismo judicial, procuramos uma comprovação de que os juízes também são influenciados pelas suas inclinações políticas. Em seus graus próprios de influência nas decisões dos juízes, a ideologia é parte dos *judicial decisionmakings*. A comparação com outros processos decisórios é questão de grau. Os tribunais não são estanques à política e, como veremos nas pesquisas até então realizadas, em muitas questões julgadas o viés político prevalece sobre a "*rule of law*".

Por certo, o viés político terá um grau maior de intensidade nas instâncias superiores e, notadamente nos tribunais constitucionais; sobretudo pelos valores subjacentes às normas constitucionais, muitas de caráter político²⁷⁰, o ativismo judicial estará mais presente. Em razão da grande produção de decisões judiciais com fundamentos motivados em escolhas políticas, em especial nas questões morais, a atuação das cortes constitucionais tem sido objeto de amplo estudo. As conclusões das pesquisas têm polarizado juristas e acadêmicos. Enquanto os primeiros veem esse fenômeno como algo natural e até necessário, louvável

escolha de valores e alternativas possíveis [...] o juiz estará sempre promovendo as suas crenças, a sua visão do mundo, o seu senso de justiça [...] Ainda quando fosse utopicamente possível libertar o juiz de suas injunções ideológicas, não seria possível libertá-lo do seu próprio inconsciente, de sua memória e de seus desejos".

²⁶⁹ Uma análise detalhada de racionalidade limitada foi apresentada no capítulo 1, item 1.3 "Escolhas racionais limitadas: teorias de *bounded rationality*". Fazemos aqui uma associação entre neutralidade e racionalidade. Numa decisão propriamente neutra prevalecerá a razão, sem interferências de elementos próprios ao sistema cognitivo emocional, Sistema 1: heurísticas, vieses e aversões. Como consequência da ausência de plena neutralidade, divergindo de Barroso, não vislumbramos a possibilidade da existência de imparcialidade e impessoalidade absolutas. A premissa maior da impossibilidade de neutralidade em sua plenitude, naturalmente, arrasta no mesmo sentido as suas projeções: atuação equitativa, neutra (imparcialidade) e equidistante das partes litigantes (impessoalidade). Consequentemente, imparcialidade e impessoalidade somente existem numa escala de gradação. Essa desvinculação observada por Barroso talvez seja decorrência do incômodo em se admitir que as decisões judiciais não têm grau absoluto de imparcialidade e impessoalidade. MARONEY, Terry A.. *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion*. Vol. 99 No. 2. California: California Law Review, 2011. p. 631: "*to call a judge emotional is a stinging insult, signifying a failure of discipline, impartiality, and reason*". Por serem estruturais nos *judicial decisionmakings*, relativizá-las, em certa medida, descredencia o Judiciário como remanescente de uma "reserva institucional" dotada da capacidade de promover uma "justiça cega".

²⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 297: "[...] as normas constitucionais apresentam peculiaridades que exigem tratamento diverso, dentre os quais se incluem: a) superioridade hierárquica; b) a natureza da linguagem; c) o conteúdo específico; d) o **caráter político**" (grifo nosso).

como alternativa para um déficit de legitimidade dos parlamentos, o meio acadêmico o vê com desconfiança, uma certa usurpação de poder²⁷¹.

À medida que os tribunais imergem no campo da política, o que constituía uma excepcionalidade, reservada aos *hardcases*²⁷², com o passar do tempo vai se incorporando ao comportamento do tribunal²⁷³, modificando suas características, seu papel institucional e, conseqüentemente, promovendo uma "guinada de 180º" da jurisprudência em questões constitucionais. O caso *United States v. Darby Lumber Co.* tem sido apontado como emblemático na história da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre a relação entre o tribunal e o parlamento. Por quatro décadas os esforços de reforma da legislação no que se referia ao trabalho infantil ficaram estagnados na Corte. O caso sugere o poder da Corte de sufocar uma atuação do parlamento sobre a qual já havia se formado amplo consenso. O caso indica a influência política da Corte nos seus julgamentos. Inicialmente, algumas alterações trazidas pela reforma estavam sendo declaradas inconstitucionais, mas com a mobilização social a Corte alterou seu rumo se inclinando à opinião pública e, ao final, reconheceu a constitucionalidade da reforma²⁷⁴.

No Brasil, esse fenômeno institucional na atuação dos tribunais atingiu um grau elevado no Supremo Tribunal Federal - STF. Não tardaria para que viesse a ser batizado: "Supremocracia"²⁷⁵. Para Ran Hirschl se trata de um fenômeno mundial, o qual denomina de

²⁷¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Rio de Janeiro: Revista DIREITO GV, v. 4, n. 2, 2008. p. 441-464: "Supremocracia": um cenário no qual o poder de resolver em conflitos políticos e morais sai das esferas majoritárias e passa a se concentrar nas mãos do Supremo. WERNECK, Diego Arguelhes; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Revista Direito GV, v. 12 n. 2, 2016. p. 3: Nos primeiros anos após a promulgação da Constituição, aliás, falar em "Supremocracia" provavelmente teria gerado perplexidade. De um lado, cientistas políticos em larga medida se sentiam confiantes para explicar o sistema político do país praticamente sem qualquer referência à atuação desse ilustre desconhecido, o Supremo. De outro lado, juristas que defendiam modelos mais agressivos de atuação judicial se viam frustrados pela reticência dos ministros em utilizar poderes que a Constituição tinha expressamente colocado à sua disposição.

²⁷² DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 81. Expressão empregada por Dworkin para uma análise segregada das possibilidades de uma interpretação mais criativa pelo juiz nos casos excepcionais de maior dificuldade para efetivação dos direitos reconhecidos pelo sistema jurídico.

²⁷³ HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Politics In Law and Politics* Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen and Gregory A. Caldeira (eds.). Oxford, London: Oxford University Press, 2008. p. 130: "Therefore, in countries where bills of rights and active judicial review procedures have been adopted, one can expect a significant growth in the frequency and scope of the exercise of judicial review, and a corresponding intrusion by the judiciary into the prerogatives of both legislatures and executives".

²⁷⁴ GRIFFIN, Stephen M. *American Constitutionalism: From Theory to Politics*. New Jersey, USA: Princeton University Press, 1996. p. 89.

²⁷⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Rio de Janeiro: Revista DIREITO GV, v. 4, n. 2, 2008. p. 441-464: "Supremocracia": um cenário no qual o poder de resolver em conflitos políticos e morais sai das esferas majoritárias e passa a se concentrar nas mãos do Supremo.

"juristocracia": as supremas cortes mundo afora têm se transformado em protagonistas importantes da estrutura institucional de formulação das políticas nacionais²⁷⁶.

Independentemente da discussão sobre a legitimidade do ativismo judicial²⁷⁷, não se pode negar que os tribunais têm fornecido uma importante contribuição nos domínios de política pública, muito além do papel tradicional da provisão de direitos ou aplicação de normas básicas de justiça²⁷⁸.

A opção pela constitucionalização de questões abrangentes, sobretudo em uma constituição analítica como a nossa, torna natural que se travem debates políticos ou morais nos tribunais. A judicialização da política estaria no campo do exercício institucional ordinário da jurisdição²⁷⁹. Nesse mesmo sentido, Ran Hirschl reconhece que a existência de um catálogo constitucional de mecanismos de *rights and judicial review* não apenas fornece a estrutura institucional necessária para que os tribunais se tornem mais vigilantes para a

²⁷⁶ HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Politics* In *Law and Politics* edited by Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen and Gregory A. Caldeira. Oxford, London: Oxford University Press, 2008. p. 123: "The result has been the transformation of supreme courts worldwide into a crucial part of their respective countries' national policy-making apparatus. Elsewhere I have described this process as a transition to iuristocracy".

²⁷⁷ No Brasil, desde a promulgação de nossa constituição federal, a academia e os juristas têm mantido entendimentos divergentes quanto a atuação mais abrangente do Supremo. Nos primeiros anos, a academia se sentia confiante para explicar o sistema político do país praticamente sem qualquer referência à atuação do Supremo e, por outro lado, juristas se viam frustrados pela reticência dos ministros em serem mais ativistas. Na leitura que faziam da Constituição, haveria previsão para exercício de uma jurisdição mais abrangente sem que se pudesse falar em intromissão nas instâncias políticas tradicionais. PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9 ed. São Paulo: Renovar, 2009. Uma boa síntese das críticas sobre o ativismo judicial no Brasil pode ser encontrada em: WERNECK, Diego Arguelhes. *O Supremo que não Erra*. Texto para debate em "A Razão sem Voto - diálogos constitucionais com o Ministro Luís Roberto Barroso". São Paulo: FGV-SP, 2015. pp. 2-3: *As garantias de independência judicial permitem que os juízes do STF decidam como queiram, sem medo de retaliação [...] Quando e como saber, afinal, se os Ministros corretamente ignoraram o clamor popular e atuaram contramajoritariamente - e quando devem ser celebrados por atender aos anseios da população? Uma instituição não pode ser, ao mesmo tempo, desenhada de modo a se legitimar por ignorar o clamor popular e por atender a esse mesmo clamor. O desenho de uma instituição é um indicador das expectativas que temos com relação ao papel que ela deve cumprir; esse papel pode ser múltiplo, mas não tão ampliado a ponto de englobar qualquer tarefa possível.*

²⁷⁸ HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Politics* In *Law and Politics* edited by Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen and Gregory A. Caldeira. Oxford, London: Oxford University Press, 2008. p. 123, 138: "*Adjudicating such matters is an inherently and substantively political exercise that extends beyond the application of rights provisions or basic procedural justice norms to various public policy realms*". De acordo com Hirschl, três fatores são cruciais para explicar o ativismo judicial (o autor não distingue judicialização da política e ativismo judicial): Desses fatores, três se destacam como cruciais: a constitucionalização de questões abrangentes de natureza moral, humana e ética abrem caminho para a judicialização da política; um Judiciário relativamente autônomo se torna seduzido a "imersão" nas "águas profundas" da política; e, principalmente, um ambiente político propício para a judicialização da política (aqui pode se inserir o déficit de legitimidade do parlamento ou mesmo seu interesse em repartição responsabilidade com os tribunais em questões políticas mais impopulares).

²⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, 2010. pp. 3-4: "[...] a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador".

proteção dos direitos e liberdades fundamentais como também lhes permite que expandam sua jurisdição para abordar dilemas morais centrais e controvérsias políticas de importância crucial para a política nacional²⁸⁰.

De fato, um sistema que permita uma revisão *em tese e a priori* das leis iniciadas pelo parlamento, *legislature law*, tem um maior potencial para altos níveis de formulação de políticas através do processo de revisão constitucional²⁸¹. A diferenciação proposta por Barroso²⁸² não é tão simples assim. Os contornos da *judicialização* da política não são tão bem definidos, especialmente nos *hardcases*²⁸³ que ingressam em questões como a proteção à vida intrauterina, a criminalização de condutas contra as minorias, às relacionadas à liberdade sexual, exercício das crenças religiosas e muitas outras. A intromissão dos tribunais nas competências reservadas ao parlamento não é tão fácil de ser detectada. O limite até que se ingresse no campo do ativismo judicial não é uma fronteira, perfeitamente traçada. Talvez a questão seja de gradação e daí não haveria qualquer invasão objetiva.

Considerada a impossibilidade de retrocesso nos avanços de nossa constituição federal na efetividade da proteção social e reconhecimento das liberdades materiais, caso se prefira limitar o papel político do Supremo, somente uma modificação do desenho constitucional para tornar nosso *judicial review* restritivo a uma atuação delimitada ao caso concreto, *a posteriori*²⁸⁴.

Mantido o sistema atual de *judicial review*, a natureza invasiva na atuação do Supremo somente pode ser considerada subjetivamente e numa análise pormenorizada das questões jurídicas concretas decididas pelo tribunal. Essa avaliação subjetiva pela sociedade e o parlamento conduzirá a conclusões também políticas, de acordo com as preferências de

²⁸⁰ HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Politics In Law and Politics* Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen and Gregory A. Caldeira (eds.). Oxford, London: Oxford University Press, 2008. p. 130: "*On the other hand, the existence of a constitutional catalogue of rights and judicial review mechanisms not only provides the necessary institutional framework for courts to become more vigilant in their efforts to protect the fundamental rights and liberties of a given polity's residents; it also enables them to expand their jurisdiction to address vital moral dilemmas and political controversies of crucial significance to that polity*".

²⁸¹ WERNECK, Diego Arguelhes. *O Supremo que não Erra*. Texto para debate em "A Razão sem Voto - diálogos constitucionais com o Ministro Luís Roberto Barroso". São Paulo: FGV-SP, 2015.: "In short, a system that permits a priori and abstract review initiated by politicians would appear to have a greater potential for generating high levels of judicialized policy-making using the process of constitutional review".

²⁸² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, 2010. p. 6.

²⁸³ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 81. Expressão empregada por Dworkin para uma análise segregada das possibilidades de uma interpretação mais criativa pelo juiz nos casos excepcionais de maior dificuldade para efetivação dos direitos reconhecidos pelo sistema jurídico.

²⁸⁴ TATE, C. N. *Comparative judicial review and public policy: concepts and overview*. In *Comparative Judicial Review and Public Policy*, D. Jackson and C. N. Tate (eds.) Westport, Conn: Greenwood Press, 1992. p. 6: "That said, scholars have correctly pointed out that "the apparently more restrictive combination of a posteriori and concrete review has hardly relegated the U.S. Supreme Court to a minor policy role".

uma maioria. A tensão gerada entre poderes constituídos influenciará o comportamento de seus ministros²⁸⁵, que levarão em conta o apoio popular de sua atuação²⁸⁶.

Qualquer que seja o entendimento a prevalecer sobre a legitimidade do elevado grau político em decisões judiciais, a realidade sobre o comportamento dos juizes é que não lhes pode ser furtada a influência, naturalmente humana, por fatores políticos, religiosos, sentimentais ou outros fatores subjetivos pessoais. No exercício da discricão, ele não pode "cruzar os braços" e se recusar a decidir um caso quando o texto legal não lhe fornece uma solução seguramente justa para o caso a ser julgado. A subsunção do fato a norma, nesses *hardcases*²⁸⁷, pode ser uma decisão, mas estará longe de ser um julgamento. Sem se recorrer a um "*background*" de conteúdo moral e ideológico, a promoção da justiça, possivelmente, estará ausente na escolha outra que viesse a ser realizada pelo tribunal²⁸⁸. Esse é um argumento recorrente em defesa da legitimidade, o que estaria em conformidade com o que Barroso define como "vanguarda iluminista" do Supremo Tribunal Federal, um novo papel institucional protagonista de importantes transformações sociais e políticas moralmente valiosas²⁸⁹.

Seja ou não considerado legítimo o papel político dos tribunais, por qualquer argumento de justificação apresentado, fato é que os tribunais são instituições políticas como quaisquer outras instituições, elas não operam em um vácuo institucional ou ideológico²⁹⁰. Todas as instituições devem defender em sua atuação fins respaldados no papel que lhes cabem. A competência mais abrangente dos tribunais, suscetíveis que são em analisar toda e qualquer questão contida na ordem constitucional, inevitavelmente lhes credenciará para solucioná-la. Os tribunais são instituições políticas não apenas porque foram assim

²⁸⁵ Em uma pesquisa sobre o comportamento responsivo de ministros da Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina às críticas de ativismo judicial, constatou-se uma mudança na atuação e mudança de rumo na jurisprudência. HELMKE, G. *Courts under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina*. New York: Cambridge University Press, 2005.

²⁸⁶ MCGUIRE, Kevin.; STIMSON, T. James A. *The Least Dangerous Branch Revisited: New Evidence on Supreme Court Responsiveness to Public Preferences*. Journal of Politics, Vol. 66. Chicago, USA: The University of Chicago Press Journals, 2004. pp. 1018-1035.

²⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 81. Expressão empregada por Dworkin para uma análise segregada das possibilidades de uma interpretação mais criativa pelo juiz nos casos excepcionais de maior dificuldade para efetivação dos direitos reconhecidos pelo sistema jurídico.

²⁸⁸ Lee Epstein, William M. Landes, and Richard A. Posner. *The behavior of federal judges - a theoretical and empirical study of rational choice*. Cambridge, Massachusetts e London, England: Harvard University Press, 2013. p. 28.

²⁸⁹ WERNECK, Diego Arguelhes. *O Supremo que não Erra*. Texto para debate em "A Razão sem Voto - diálogos constitucionais com o Ministro Luís Roberto Barroso". São Paulo: FGV-SP, 2015. p. 1.

²⁹⁰ HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Politics In Law and Politics*, Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen and Gregory A. Caldeira (eds.). Oxford, London: Oxford University Press, 2008. p. 134.

desenhadas, mas simplesmente porque a ordem constitucional lhes determina uma resposta²⁹¹.

E o que se diz de instituições públicas do Executivo: órgãos públicos importantes para a consecução de políticas públicas, autarquias especiais como as agências reguladoras, a administração fazendária e outros? as agências brasileiras não deixarão de considerar as orientações políticas do ministério que se vinculam quando promovem a regulação de determina política. Uma resolução da Agência Nacional do Petróleo (ANP), por exemplo, estabelecerá conceitos, regras e critérios que melhor atendam uma política de governo formulada na área de petróleo, gás natural e biocombustíveis; sua atuação não será exclusivamente técnica, racional, dissociada da política, indiferente aos interesses de seus agentes, asséptica a qualquer outra influência em seu comportamento institucional²⁹². Não me parece crível que tal feito seja possível. O vácuo institucional é daquelas coisas que por incômoda verdade, insistimos que existe mesmo quando os fatos negam sua existência.

Os tribunais são instituições políticas e como quaisquer outras instituições políticas não operam em um vácuo institucional ou ideológico. Sua atuação não pode ser entendida separadamente dos debates sociais, políticos e econômicos que moldam um determinado sistema político. De fato, a constitucionalização e a deferência política ao judiciário inserem os tribunais como parte integrante da arena política²⁹³.

De fato, não é somente no âmbito do Judiciário que se decide considerando aspectos político e se adotam estratégias para resultados previamente escolhidos. Como as demais instituições, os tribunais e juízes são atores estratégicos na medida em que buscam manter ou avançar sua posição institucional frente a outras instituições com poder decisório importantes na política. Conseqüentemente, as decisões judiciais constitucionais não podem apenas ser analisadas como simples decisões apolíticas (doutrina legalista) nem como

²⁹¹ ²⁹¹ HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Politics In Law and Politics*, Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen and Gregory A. Caldeira (eds.). Oxford, London: Oxford University Press, 2008. p. 133.

²⁹² Sobre aspectos políticos comparativos na atuação de tribunais e agências: FEELEY, M.; RUBIN, B. *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons*. Cambridge: Cambridge University Press. 1998 *apud* HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Politics In Law and Politics*, Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen and Gregory A. Caldeira (eds.). Oxford, London: Oxford University Press, 2008. p. 135.

²⁹³ HIRSCHL, Ran. *Op. cit.* p. 134, 138: " Courts are first and foremost political institutions. Like any other political institutions, they do not operate in an institutional or ideological vacuum. Their establishment does not develop and cannot be understood separately from the concrete social, political, and economic struggles that shape a given political system [...] In sum, over the last few decades the world has witnessed a profound transfer of power from representative institutions to judiciaries, whether domestic or supranational. One of the main outcomes of this trend has been the transformation of courts and tribunals worldwide into major political decision-making loci."

reflexões de ideologia judicial (doutrina do comportamento ativista judicial, mas também um reflexo das próprias escolhas estratégicas dos juízes²⁹⁴.

O que se pode afirmar quanto a atuação dos tribunais, notadamente das cortes constitucionais, é que a repercussão de suas decisões será muito mais ampla do que a decorrente de decisões tomadas por outras instituições, como as agências aqui mencionadas. Com a ampla constitucionalização de questões abrangentes (direitos humanos, éticas, morais, ideológicos etc), naturalmente, aquele a quem se confiou solucioná-las tem uma carga muito elevada de crítica social e pelas demais instituições²⁹⁵. Portanto, o que concluímos é que existe um grau elevado de conteúdo político nas decisões de tribunais, não exclusivamente pelo comportamento deliberado de ministros, desembargadores ou juízes²⁹⁶, embora esse aspecto também esteja presente, mas pela natureza das questões que lhe são submetidas para análise e solução. Em outras instituições as decisões também serão permeáveis à influência dos aspectos políticos. Se o grau não é o mesmo, a diferença não pode ser atribuída, ao menos com a certeza que segmentos da academia defende, ao comportamento dos agentes e suas preferências, mas ao nível de responsabilidades da instituição onde atuam.

Trazendo nossas conclusões sobre a influência dos aspectos políticos e o conteúdo emocional para o propósito do capítulo, examinados nesses dois itens anteriores, vemos o quanto *judicial decisionmakings* discrepam da anunciada racionalidade e imparcialidade que legitimam a ostentada neutralidade de juízes. Na verdade, há uma dissonância entre o que normativamente prescrevem os procedimentos dos tribunais com o "como realmente decidem" os juízes²⁹⁷. A produção judicial evidencia a falta de correspondência sincera entre a norma de funcionamento anunciada e o que realmente acontece nos tribunais. Os estatutos e regimentos, com suas regras de competência, ritos e marchas, nunca foram tão "abstratos" e "em tese". Juízes são de "carne e osso", a prática é outra.

E assim sendo, como reflexo dessa constatação do dia-a-dia dos tribunais, será que também não se deveria repensar o monopólio da jurisdição? Será que o grau verdadeiro de

²⁹⁴ EPSTELN, L.; KNIGHT, J. *Towards a strategic revolution in judicial politics: a look back, a look ahead*. Vol. 53. Utah, USA: Political Research Quarterly, 2000. pp. 625-661.

²⁹⁵ A judicialização da política é derivada em primeiro lugar dos fatores políticos, e não judiciais. HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Politics In Law and Politics*, Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen and Gregory A. Caldeira (eds.). Oxford, London: Oxford University Press, 2008. p. 138: "*In short, the judicialization of politics is derivative first and foremost of political, not judicial, factors*".

²⁹⁶ Ibid. p. 138: "Akin to any other transformation of that scope and magnitude, the judicialization of politics is not derivative of a single cause. Instead, a confluence of institutional, societal, and political factors hospitable to the judicialization of politics is necessary to create and sustain it".

²⁹⁷ A melhor forma de explicar as decisões dos juízes é recorrendo a identificar as preferências políticas que projetam sobre seus casos. POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*. Tradução: Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011. pp. 33-32.

autonomia dos juízes justifica a exclusividade, afastada qualquer outra instância, de ser a "palavra final" em tudo? Será que por apreço à verdade concreta não seria o caso de se refletir sobre uma nova distribuição normativa de competências entre as instâncias (judiciais e administrativas) de acordo suas capacidades institucionais, a fim de que julgamentos alcancem o maior grau possível de correção e justiça? Uma análise sobre os processos decisórios das agências norte-americanas pode ajudar na resposta, especialmente em questões complexas que demandam maior conhecimento técnico.

2.3 Judicial decisionmakings em Julgamentos Colegiados: *Cascade Effects, Groupthink e Many-minds*

Como vimos até aqui, seja pela influência emocional, aspectos políticos, ideologia, interesses pessoais e outros fatores, os juízes não se comportam com *unbounded rationality* em seus *decisionmakings*. A realidade é outra. As decisões não são tomadas no vácuo institucional, completamente racionais.

Quanto ao comportamento de juízes, existe ainda uma peculiaridade quando reunidos para uma deliberação a fim de se produzir uma decisão única, que corresponda ao conjunto de informações agregadas por cada um dos membros. Trata-se do comportamento em composições colegiadas. Assim, cada membro de um tribunal contribuiria para a formação de uma decisão que, em tese, representa a soma dos valores agregados por cada um. Demonstraremos que esse ideal de inspiração aristotélica²⁹⁸, efetivamente, não ocorre no grau absoluto anunciado normativamente. Esse estudo é relevante para duas finalidades: a) a adoção pela instituição do modelo de decisão colegiada, de fato, se justificaria? b) sendo uma característica relevante do desenho institucional, como incentivar o valor agregado por cada membro na formação da decisão colegiada? É parte do que abordaremos neste *Capítulo 2*.

O que basicamente se poderia esperar de uma composição colegiada (tribunais, conselhos, agências e outras instituições com capacidade decisória) é que a decisão incorpore, positivamente, as informações trazidas por cada um dos seus membros. A probabilidade de uma decisão estar correta aumenta à medida que o número de membros no grupo aumenta. Essa relação proporcional em probabilidade de acerto com o número de membros do grupo é amplamente apresentada como *Condorcet Jury Theorem*. Em sua forma

²⁹⁸ ARISTOTLE. *Politics*. London: Oxford University Press, 1972. p. 123: "all come together[...] they may surpass - collectively and as a body, although not individually - the quality of the few best [...] When there are many who contribute to the process of deliberation, each can bring his share of goodness and moral prudence; [...] some appreciate one part, some another, and all together appreciate all".

mais simples, o Teorema declara que onde há duas alternativas, uma das quais é correta (a correta não significa “correta independente das preferências das pessoas”) e sendo mais provável escolhê-la pelos membros do grupo do que confiar no método aleatório, então, à medida que o número de membros no grupo aumenta, a probabilidade de o voto da maioria do grupo estar correto tende à certeza absoluta²⁹⁹.

O Teorema do Júri de Condorcet, *Condorcet Jury Theorem*, curiosamente, foi formulado no século XVIII à época da Revolução Francesa e surge para demonstrar numericamente as vantagens da mudança de uma monarquia ditatorial para uma democracia³⁰⁰. Como um governo através da “voz do povo” se justificaria racionalmente? (portanto a preocupação não era com a legitimidade pela representatividade da vontade da maioria, mas pelo quanto de informação seria agregada numa decisão em grupo).

Apesar de ter buscado uma demonstração através da matemática de como a democracia seria útil, o Marquês de Condorcet não era um matemático, era um dos maiores teóricos em ciências sociais no seu tempo. Condorcet estava especialmente interessado em saber como as decisões em grupos poderiam superar em qualidade e precisão os julgamentos dos indivíduos.

Em uma breve explicação como funciona, suponha que todos os membros do grupo estejam respondendo a uma mesma pergunta com duas respostas possíveis, uma falsa e outra verdadeira. Suponha também que a probabilidade de cada membro responder corretamente seja maior que 50% (cada membro, individualmente, tem uma probabilidade ligeiramente maior de estar correto do que incorreto, mesmo longe de 100%). O Teorema afirma que a probabilidade de uma resposta correta, por uma maioria do grupo, aproxima-se de 100% à medida que tamanho do grupo aumenta. Assim, no infinito o número de membros chegariam à resposta verdadeira com grau absoluto de certeza. A conclusão importante do *Condorcet Jury Theorem* é que os grupos se sairão melhor do que os indivíduos e os grandes grupos serão melhores que os pequenos, desde que sejam satisfeitas duas condições: entre os membros prevaleça a decisão da maioria e cada membro do grupo tem maior probabilidade de estar correto do que o uso do método aleatório³⁰¹. Do contrário, melhor é “jogar a moeda para o alto”³⁰².

²⁹⁹ VERMEULE, Adrian. *Many-Minds Arguments in Legal Theory*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008. p. 2. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1087017

³⁰⁰ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. posições. 1746-1764.

³⁰¹ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. posições. 1746-1764. VERMEULE, Adrian.

O próprio Condorcet sinalizou explicitamente essa possibilidade e sua fonte: “Com efeito, quando a probabilidade de a verdade da opinião de um eleitor cair abaixo de $\frac{1}{2}$, deve haver uma razão pela qual ele decida menos bem do que uma aleatoriamente.

A relevância da deliberação democrática será objeto de estudo no *Capítulo 4*, já na fase da proposta de redesenho da atividade fazendária regulatória e judicante. Nessa parte do trabalho, o Teorema do Júri de Condorcet contribui com a demonstração de que os grupos se sairão melhor do que os indivíduos, desde que na deliberação uns não exerçam influência sobre os outros, ou seja, as escolhas individuais sejam independentes e puramente racionais³⁰³. Foi exatamente essa a conclusão a que chegou Francis Galton cerca de um século depois de Condorcet. Curiosamente, Galton foi motivado pela questão filosófica de "o povo é sábio" ("a voz do povo é a voz de Deus"). O artigo foi intitulado *Vox Populi* ("a sabedoria das multidões")³⁰⁴.

O *Condorcet Jury Theorem*, embora em sua perspectiva mais voltada para projeções numéricas e proporções entre variáveis (número de membro em um grupo e probabilidade de correção da resposta), tem alguma aproximação com a concepção, mais citada nos dias de hoje, de que a democracia promove ganhos em qualidade pela diversidade³⁰⁵, embora tenha explicitamente se mostrado cético à legitimidade pela participação democrática em si mesma³⁰⁶. As diferentes perspectivas, evidências e visões de mundo contribuem para melhores respostas ou soluções³⁰⁷.

Many-Minds Arguments in Legal Theory. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008. p. 2. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1087017

³⁰² SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. Op. cit. posições. 1862-1863

³⁰³ Ibid. posições. 1764-1766. Vermeule aponta que sempre existe um risco maior para se formar uma cascata informacional quando o grupo é composto por especialistas da mesma área e com a mesma formação. Eles usariam as opiniões, uns dos outros, como base para formar seus próprios pontos de vista, reduzindo assim o número de opiniões independentes expressas pelo grupo em geral. Vermeule chama essa tendência de "*epistemic free-riding*". VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. pp: 155, 156, 171: "*One problem is that common expertise implies common blind spots. Consulting two doctors or twelve will not guarantee epistemic diversity if standardized medical training and "best practices" incorporate a uniform but erroneous belief*".

³⁰⁴ GALTON, Francis. *Vox Populi (The Wisdom of Crowds)*. Vol. 75. New York, USA: Nature, 1907. pp. 450–451. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/075450a0>.

³⁰⁵ Em sua análise sobre o comportamento de especialistas, Vermeule aponta os riscos de que deliberações colegiadas sejam compostos por membros não multidisciplinares. VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 180, 182: "*Where an expert panel is drawn solely from a narrow professional subcategory or subdiscipline, or staffed largely by representatives from a particular industry or segment of industry, an agency appeal to bias should be taken more seriously*".

³⁰⁶ Condorcet chegara a afirmar que devido ao risco de preconceito e ignorância pode ser perigoso confiar a um povo não esclarecido o direito de decidir diretamente. Ele acreditava que a participação democrática deveria se restringir ao papel de eleger representantes. SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. posições: 1895-1901.

³⁰⁷ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. posições: 1776-1778.

Em "Política", Aristóteles adotou uma perspectiva mais ampla das vantagens obtidas com a contribuição que cada um pode emprestar para as decisões de interesse coletivo³⁰⁸. A concepção de democracia para Aristóteles confere maior legitimidade para as decisões *many-minds*, ignorada pelo *Condorcet Jury Theorem*. Quando muitos contribuem para o processo de deliberação, cada um pode agregar sua parcela de bondade e prudência moral³⁰⁹.

Como Aristóteles sugeriu, a deliberação poderia ajudar as pessoas a compartilharem as informações que possuem de uma forma que o grupo como um todo saiba mais do que qualquer um de seus membros individualmente³¹⁰. John Rawls, no Século XX, também se expressou nesse sentido quando exaltara a importância de se viabilizar meios de participação de todos nas discussões sobre temas morais³¹¹.

Suponha, assim, que o grupo não contenha especialistas para todas as questões a serem decididas, mas que as informações necessárias para uma decisão estejam dispersas entre os membros. Esse grupo como um todo se torna um especialista de "corpo único" mesmo que seus membros, considerados individualmente, não o sejam³¹². Composições colegiadas que funcionam bem reúnem três virtudes. Essa seria uma delas. A outra é que o grupo equivaleria aos seus melhores membros. A deliberação colegiada, potencialmente, corrige os erros individuais em vez de propagá-los. Os membros menos preparados para decidirem sobre alguma questão submetida à deliberação colegiada seriam corrigidos pelos demais; assim, o grupo convergiria no voto de seu membro mais sábio e preciso³¹³. E a terceira virtude pode ser sintetizada na frase: "*O todo é maior que a soma das partes*". A

³⁰⁸ ARISTOTLE. *Politics*. London: Oxford University Press, 1972 *apud* VERMEULE, Adrian. *Many-Minds Arguments in Legal Theory*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008. p. 12: "*For each individual among the many has a share of excellence and practical wisdom, and when they meet together, just as they become in a manner one man, who has many feet, and hands, and senses, so too with regard to their character and thought*".

³⁰⁹ Ibid. p. 123: "all come together[...] they may surpass - collectively and as a body, although not individually - the quality of the few best [...] When there are many who contribute to the process of deliberation, each can bring his share of goodness and moral prudence; [...] some appreciate one part, some another, and all together appreciate all".

³¹⁰ Vê-se que o procedimento de agregação das informações de cada indivíduo tem uma finalidade epistêmica. VERMEULE, Adrian. *Collective Wisdom and Institutional Design*. n.ºs. 08-22. Massachusetts: Harvard Public Law Working Paper, 2008. pp. 02-03.

³¹¹ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1971. pp. 358-359: "The benefits from discussion lie in the fact that even representative legislators are limited in knowledge and the ability to reason. No one of them knows everything the others know, or can make all the same inferences that they can draw in concert. Discussion is a way of combining information and enlarging the range of arguments".

³¹² SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. posição. 310.

³¹³ Ibid. posições: 298-301.

dialética seria o artesão para o grupo descobrir uma solução sábia e inovadora para o problema³¹⁴.

Uma outra teoria muito importante e mencionada na literatura sobre mecanismo de agregação de informações dispersas foi apresentada por Friedrich Hayek em "*The Use of Knowledge in Society*"³¹⁵. Liberal, Hayek enfatizou a importância do livre mercado como uma forma de coletar as informações dispersas na sociedade. Nesse ensaio publicado em 1945, Hayek afirma que o sistema de livre preço tem a virtude de agregar conhecimento e as preferências das pessoas, incorporando muito mais informações do que conseguiriam qualquer grupo ou instituição. A conclusão de Hayek se apoia na premissa de que as informações existem de forma incompleta, dispersa, não sistematizada, natureza é o não compartilhamento voluntário e muitas vezes são contraditórias. Para Hayek, o problema principal é como incorporar todas essas informações dispersas na sociedade para que se produza conhecimento útil às decisões econômicas. A resposta mais substancial em sua teoria é que a melhor solução quase sempre vem do sistema livre de preços. Em um sistema no qual o conhecimento de fatos relevantes é disperso entre muitas pessoas, os preços atuam como um dispositivo de coordenação e sinalização surpreendentemente conciso e preciso. Eles incorporam conhecimento disperso e, de certo modo, o transmitem, porque o próprio preço funciona como um sinal para todos³¹⁶.

Apresentadas as razões e virtudes das decisões colegiadas, passemos à sua abordagem sob aspecto institucional-pragmático. Nosso propósito nessa parte do trabalho é realizar uma análise de validade dessa modalidade na forma como funciona nos tribunais para, depois, apresentarmos algumas propostas a fim de que se possa dela extrair o máximo das virtudes, tal como vislumbrado por Aristóteles e Condorcet. Veremos que no mundo real as pessoas não têm como ter certeza se as declarações de cada membro do grupo são produto do conhecimento independente ou de um efeito cascata, fenômeno a ser abordado em seguida³¹⁷.

Uma das premissas para que cada membro agregue valor à decisão colegiada, especialmente com suas experiências adquiridas e informações disponíveis, é a autonomia.

³¹⁴ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. posição. 310.

³¹⁵ HAYEK, Friedrich A. *The Use of Knowledge in Society*. Vol. 35, No. 4. New York, USA: American Economic Review, 1945. pp. 519-530. Disponível em: https://www.kysq.org/docs/Hayek_45.pdf.

³¹⁶ NISHIYAMA, Chiaki; LEUBE, Kurt R. *The Essence of Hayek*. Stanford, California: Hoover Institution Press, 1984. p. 212.

³¹⁷ SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2008. Kindle Edition. p. 92: "In the actual world of group decisions, people are of course uncertain whether publicly expressed statements are a product of independent knowledge, participation in an informational cascade, or reputational pressure".

Uns não podem ter sobre os outros qualquer precedência capazes de influenciar sua manifestação de entendimento sobre as questões submetidas ao grupo. As escolhas individuais devem independentes e puramente racionais³¹⁸. É possível e desejado que na dinâmica do debate sejam formadas ou mesmo modificadas as oponições de alguns membros. Essa é uma virtude da dialética e não há qualquer problema quanto a isso. Os debates prospeccionam novas idéias como uma lente nos é capaz de melhorar nossa visão. O que preocupa e devemos cuidar é justamente para que a deliberação esteja livre de interferências.

Como interferência dos *decisionmakings* pela deliberação colegiada temos vários fatores e fenômenos identificados pela análise comportamental e as pesquisas empíricas realizadas nos tribunais (essas interferências obstativas da racionalidade são encontradas em todas as instâncias decisórias e de qualquer natureza).

Pela maior generalidade e visibilidade, os chamados efeitos cascatas³¹⁹ merecem uma abordagem em primeiro plano. Muitas instituições usam regras de votação destinadas a garantir que a instituição “fale em unísono”. Além disso, como veremos, efeitos cascatas e outros processos de formação de opinião dentro de grupos de indivíduos podem reduzir radicalmente a independência epistêmica dos membros votantes, desejada por Condorcet, especialmente quando existe conteúdo emocional significativo³²⁰.

2.3.1 *Cascade Effects Theory*

Pesquisas revelaram que quando as pessoas são informadas das estimativas apresentadas por outros, há uma redução significativa na diversidade de opiniões - um resultado que tende a tornar a decisão deliberativa menos precisa. Essa redução na confiança no grupo se dá pela renúncia total ou parcial em suas próprias convicções individuais, mas mesmo com a autonomia reduzida, uma estimativa por um grupo de tamanho expressivo será mais precisa do que uma aposta individual³²¹.

³¹⁸ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. posições. 1764-1766.

³¹⁹ Id. *Four Failures Of Deliberating Groups*. John M. Olin Law & Economics Working Paper, 401. Chicago: Public Law and Legal Theory Working Paper Series, 2008. p. 12: "A cascade is a process by which people influence one another, so much so that participants ignore their private knowledge and rely instead on the publicly stated judgments of others". Tradução: Uma cascata é um processo pelo qual as pessoas influenciam umas às outras, tanto assim que os membros do grupo ignoram seu próprio conhecimento e confiam nos julgamentos declarados pelos demais.

³²⁰ VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 148.

³²¹ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. posição. 779.

Como nas deliberações colegiadas os votos são manifestados em ordem sequencial, os seguintes podem ser influenciados pelos antecedentes. As pesquisas nesse campo do comportamento institucional identificaram duas razões: a reputação entre si dos julgadores³²² e a aceitação de que as informações obtidas pelos antecedentes foram suficientes para conferir um grau de certeza razoável no acerto da decisão manifestada e não valeria o custo-benefício em se buscar novas informações³²³. Os efeitos cascatas (*cascade effects*) seriam assim de duas ordens: cascata de reputação (*reputational cascade*) e cascata de informação (*information cascade*)³²⁴.

Vê-se que a existência dos efeitos cascatas contrariam uma das premissas do *Condorcet Jury Theorem*, cada membro deve ser livre, autônomo e motivado em seguir suas próprias convicções, de forma que contribua individualmente para a formação da decisão colegiada. As escolhas individuais devem ser independentes para que sejam racionais³²⁵.

A atração pela cascata de informação aumenta à medida que se reforça um padrão nas decisões antecessoras. A constatação desse padrão induzirá o membro afetado a acreditar que seja uma consequência natural da inexistência de outras informações ou considerações relevantes para alterar o sentido traçado pelos votos antecedentes. Ele seguirá a "manada" ao invés de suas próprias evidências³²⁶.

Quando isso acontece, revela-se aquele que será o problema central do qual outros se refletirão: os membros em cascata não revelam as informações que detêm. Como ilustração

³²² Os membros tendem a seguir o entendimento do antecessor em respeito à reputação positiva que desfruta junto a seus pares, evitando-se reprovações ou constrangimentos. Uma outra possibilidade, especialmente entre especialistas, é a formação da cascata reputacional pelo risco de ser marcado como incompetente por parte dos cientistas experientes e poderosos no seu campo de atuação. A divergência nesse caso fragiliza o sentimento de pertencimento ao grupo. VERMEULE, Adrian. Op. cit. p. 171. SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. Op.cit. p. 2: "[...] involves social pressures, which lead people to silence themselves in order to avoid reputational sanctions, such as the disapproval of relevant others".

³²³ A literatura é vasta sobre *information cascade*. Para um resumo mais didático: HIRSCHLEIFER, David. *The Blind Leading the Blind: Social Influence, Fads, and Informational Cascades* In *The New Economics of Human Behavior*. Marianno Tommasi e Kathryn Ierulli (eds.). Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1995. p. 188. VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 156.

³²⁴ Uma cascata ocorre quando as pessoas influenciam umas às outras em tal grau que os participantes ignoram seus conhecimentos particulares e confiam nos julgamentos declarados pelos outros. Existem dois tipos de cascatas: informacional e reputacional. Nas cascatas informacionais, as pessoas se silenciam por confiança ou satisfação nas informações transmitidas pelos outros. Elas seriam suficientes e, assim, não valeria o custo-benefício em se obter outras informações. Em cascatas de reputação, as pessoas se silenciam por reverência ou para evitar uma reprovação dos outros. (SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. posições. 785-789.

³²⁵ VERMEULE, Adrian. *Many-Minds Arguments in Legal Theory*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008. p. 3: "Conceptually, there are at least two respects in which the Theorem is still poorly understood. First, a crucial engine behind the Theorem is the independence of the group members' views or guesses".

³²⁶ COADY, David. *When Experts Disagree*. Episteme: A Journal of Social Epistemology, Vol. 3 Issue 1-2. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2006. p. 73.

de *information cascade*, considere uma composição deliberativa decidindo se a empresa deve comercializar um produto proposto³²⁷. Suponha que os membros do grupo estejam anunciando suas visualizações em sequência. A partir de seu próprio conhecimento e experiência, cada membro tem alguma informação sobre o que deve ser feito, mas cada membro se preocupa com os julgamentos dos demais membros. Andrews é o primeiro a se manifestar e sugere que o produto deveria, de fato, ser comercializado. Barnes agora conhece o entendimento de Andrews. Ela também votaria pela comercialização do produto se concordasse de forma independente com Andrews, mas se ela não tem uma opinião formada e não confia nem mais nem menos em Andrews do que em si mesma, ela pode simplesmente jogar uma moeda, recorrer ao método aleatório. Por convicção ou não, suponha que Barnes votou como Andrews. Na sequência, é a vez de Carlton. Ele, embora não tenha plena convicção, detém informação de que, provavelmente, Andrews e Barnes estão errados. Nesse caso, Carlton pode ignorá-la e acompanhar Andrews e Barnes. Pode até ser que Andrews e Barnes tivessem razões para sua conclusão, mas ao menos que Carlton considere que suas próprias informações são melhores que as deles, ele acabará declinando de suas convicções. Se isso acontecer, Carlton estará sob o efeito da *information cascade*.

No exemplo, a decisão da empresa não refletirá o conhecimento geral, ou o conhecimento agregado de seus membros. As informações detidas individualmente, não reveladas e agregadas, mesmo que pudessem produzir um resultado melhor e bem diferente foram ignoradas³²⁸.

Os efeitos cascatas ocorrem normalmente no mundo real e também são fáceis de serem constatados em experimentos. Em um deles, os participantes foram convidados a adivinharem a urna que estaria sendo utilizada: urna A, contendo duas bolas vermelhas e uma branca; ou urna B, com duas bolas brancas e uma vermelha³²⁹. Cada participante ganharia \$ 2,00 se acertasse (um incentivo individual para que o experimento fosse levado a

³²⁷ HIRSCHLEIFER, David. *The Blind Leading the Blind: Social Influence, Fads, and Informational Cascades*. In *The New Economics of Human Behavior*. Marianno Tommasi e Kathryn Ierulli (eds.). Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1995. pp. 193–195. VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 156. SUNSTEIN, Cass R. *Why Societies Need Dissent*. Cambridge, Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2003. pp. 55–73. SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2008. Kindle Edition. pp. 88–89.

³²⁸ SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2008. Kindle Edition. p. 89.

³²⁹ ANDERSON, Lisa; HOLT, Charles. *Information Cascades in the Laboratory*. Vol. 87. New York, USA: American Economic Review, 1997. p. 847. Disponível em: <https://www.jstor.org/journal/amereconrevi>. WILLINGER, Marc; ZIEGELMEYER, Anthony. *Are More Informed Agents Able to Shatter Information Cascades in the Lab?* In *The Economics of Networks: Interaction and Behaviours*, Patrick Cohendet et al. (ed.). New York: Springer, 1998. pp: 291, 304.

sério)³³⁰. Cada vez que uma bola era retirada da urna, imediatamente era recolocada e sua cor não era revelada para os demais participantes. O experimento começa com o primeiro dos participantes escolhido aleatoriamente. Ele retira uma bola, observa sua cor, registra apenas para si em um papel e faz sua aposta pela urna (A ou B). Em seguida revela para todos sua aposta, mas ocultando a cor da bola retirada. Este procedimento se repete para todos os 6 participantes. No final do experimento, é anunciada a urna correta. A constatação foi que se cada participante apostasse de acordo com a informação disponível (urna A contém duas bolas vermelhas e uma branca; urna B, duas bolas brancas e uma vermelha) e a razão, teria acertado na proporção de 66,7% das apostas (dos 6 participantes, 4 sofreram *information cascade*). O objetivo do experimento era ver se as pessoas ignorariam o seu próprio palpite para adotar as apostas de seus antecessores. De fato, isso aconteceu: mais de 77% das apostas decorreram do efeito *information cascade* (os participantes não se conheciam, portanto, não havia possibilidade de algum efeito *reputational cascade*)³³¹. No caso, as apostas dos participantes 3, 4, 5 e 6, caso racionalmente tomadas com as informações de que dispunham, deveriam ser pela urna B, que contém a mais quantidade de bolas brancas³³². A tabela abaixo descreve o sorteio de bolas e as apostas sequenciais ("a" = bola vermelha, "b" = bola branca e "A" = urna A):

Table 4-1. An Informational Cascade

	1	2	3	4	5	6
Private Draw	a	a	b	b	b	b
Decision	A	A	A	A	A	A

Source: Willinger and Ziegelmeyer, "Are More Informed Agents," 291.

Coincidentemente, a segunda aposta reforçou a primeira porque ambos os participantes sortearam a bola vermelha e a escolha, racionalmente, seria a urna A. Com duas apostas pela urna A, os demais participantes entraram em efeito cascata, ignorando a informação disponível de que ao sortearem a bola branca, a probabilidade maior seria apostar na urna B e não na urna A, que contém apenas uma bola branca. Quando se chega ao

³³⁰ Embora o experimento tenha proposto um incentivo individual, tanto a teoria quanto as pesquisas realizadas revelaram que a melhor maneira de impedir a formação de cascatas de informação é recompensar os indivíduos com base na correção do voto da maioria dentro do grupo, e não na correção individual do voto. Sob essa estrutura de recompensa, o incentivo do indivíduo é revelar sua informação privada ao grupo, maximizando a chance de que a maioria do grupo como um todo escolha a decisão correta. VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 173.

³³¹ Uma cascata de reputação tem uma dinâmica diferente. Os membros do grupo acham que sabem o que é certo ou o que provavelmente está certo, mas, mesmo assim, acompanham o grupo para manter uma boa relação com seus pares. O problema não é que os membros do grupo são influenciados pelas informações contidas nas declarações de seus antecessores, mas que não querem enfrentar a desaprovação dos outros membros. SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. posições. 886-889.

³³² WILLINGER, Marc; ZIEGELMEYER, Anthony. *Are More Informed Agents Able to Shatter Information Cascades in the Lab?* In *The Economics of Networks: Interaction and Behaviours*, Patrick Cohendet et al. (ed.). New York: Springer, 1998. p. 291.

sexto participante, a intensidade do *information cascade* é tão grande que, provavelmente, fez a aposta errada com mais convicção do que seus antecessores.

Em uma comparação com questões mais complexas submetidas a votação por uma composição colegiada, podemos aceitar que nesses casos o efeito *information cascade* seria mais intenso³³³. No experimento os participantes lidaram com uma informação muito singela e ainda assim sofreram o efeito cascata. O que esperaríamos de uma decisão em torno de questões mais técnicas e especializadas, a exemplo das jurídicas?

Nesse experimento singelo o resultado foi uma decisão equivocadamente unânime. Nos tribunais é muito frequente que as decisões também sejam por unanimidade. Uma outra explicação para a tendência de uma decisão unânime, além dos efeitos cascatas e outros fenômenos que reduzem a finalidade epistêmica da deliberação colegiada, é o necessário esforço assumido pelo juiz divergente. Ele terá que buscar os fundamentos e colocá-los a termo e não o fará sem pensar no custo-benefício³³⁴. Em pesquisas empíricas nos tribunais, também se constatou um comportamento estratégico frequente entre os relatores dos votos vencedores por maioria. O relator procura minimizar os ressentimentos do juiz com voto divergente e ao mesmo tempo não mostrar insegurança em relação ao seu voto, o que poderia diminuir sua credibilidade e confiança nos casos futuros. Então, ele procurará ceder em alguns pontos de seu voto para adequá-lo ao entendimento do voto divergente. O esforço envolvido nessas revisões traz um risco na preservação do grau de colegialidade, podendo reduzir seu grau de persuasão nos casos futuros³³⁵.

Uma observação importante é sobre o peso da primeira aposta sobre as demais. Caso o segundo participante na experiência, divergindo do primeiro, apostasse na urna B. A tendência seria que o terceiro participante estivesse mais atraído pela aposta do primeiro do que do segundo³³⁶. Não é por outra razão que alguns colegiados adotam uma sequencia

³³³ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. Op. cit. posições. 1866, 1901-1907: "On hard questions requiring specialized knowledge, there is no reason to think that the average answer of group members will be right. So too on complex issues involving business or politics. And even if people are competent, they might well be led astray, especially if they are dealing with highly technical questions [...] For groups, it would be a big mistake to suggest that the best approach to hard questions is always to ask a large number of people and to take the average answer".

³³⁴ Lee Epstein, William M. Landes, and Richard A. Posner. *The behavior of federal judges - a theoretical and empirical study of rational choice*. Cambridge, Massachusetts e London, England: Harvard University Press, 2013. p. 256: "Since writing a dissenting opinion requires effort, a judge will not dissent unless he anticipates a benefit that offsets that cost".

³³⁵ Ibid. p. 261.

³³⁶ WILLINGER, Marc; ZIEGELMEYER, Anthony. *Are More Informed Agents Able to Shatter Information Cascades in the Lab?* In *The Economics of Networks: Interaction and Behaviours*, Patrick Cohendet et al. (ed.). New York: Springer, 1998. p. 304. SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. posição. 734: "If the initial speakers in a group favor a particular course of action, the group may well end up favoring that position, even if it would not have done so if the initial speakers had been different".

estrategicamente desenhada para os resultados que se pretende. No caso do Supremo Tribunal Federal adota-se a ordem inversa de antiguidade³³⁷ para reduzir os efeitos cascatas, tanto *reputational cascade* quanto *information cascade*. Os menos experientes votarão sem conhecer os votos dos mais antigos e ficarão, assim, obrigados a buscarem informações para as deliberações. A adoção dessa ordem sequencial influencia no comportamento dos ministros do Supremo e na evolução da jurisprudência: a) possibilita independência para os ministros mais modernos; b) facilita a atuação dos mais antigos com a obtenção das informações pelos mais modernos; e c) cria condições favoráveis para a evolução da jurisprudência, acompanhando as mudanças sociais. Os novos nomeados têm a tendência de trazer para a discussão entendimentos mais alinhados com as aspirações sociais e modernidades, são menos prováveis de terem cristalizado a mesma visão sobre a ordem constitucional.

Um experimento bastante ilustrativo de uma forma comum de *information cascade* foi proposto por Matthew Salganik e seus co-autores³³⁸. No caso, trata-se do contágio e rebanho ("*herding*"). Os pesquisadores criaram um grupo monitorado em que os participantes podiam fazer *downloads* e ouvir uma ou mais das quarenta e oito músicas, todas de bandas novas, desconhecidas pelo público. Eles escolhiam as músicas apenas pelo seu gosto pessoal, sem conhecer as preferências dos demais participantes. Ninguém sabia o que cada um baixava e ouvia. Em seguida, para testar o efeito das influências sociais (contágio e rebanho), Salganik e seus colegas também criaram outros oito subgrupos. Sendo que dessa vez, em cada um desses subgrupos, cada membro podia observar as preferências dos demais, ver quantas pessoas já haviam escolhido as músicas disponíveis em seu subgrupo, mas sem conhecer as escolhas dos grupos (aqueles que escolhiam apenas pelo gosto pessoal). Em suma, Salganik e seus colegas estavam testando a relação entre influências sociais e as escolhas do cliente. O que você acha que aconteceu? O conhecimento das preferências dos outros faria diferença nas escolhas por uma ou outra música? Existiria alguma influência no comportamento, um contágio? A resposta é que isso fez toda a diferença. Quando uma música se beneficiava de uma explosão de downloads iniciais, os downloads cresciam exponencialmente e, vice-versa, o fracasso inicial de uma música se mantinha até o final do experimento. Como Salganik e Duncan Watts demonstraram mais tarde em aplicações comerciais, você pode manipular resultados facilmente, porque a

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. Regimento Interno. Brasília: STF, 2014: "Art. 135. Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade".

³³⁸ SALGANIK, Matthew J.; DODDS, Peter Sheridan; WATTS, Duncan J. *Experimental Study of Inequality and Unpredictability in an Artificial Cultural Market*. Science no. 311. Washington: Science, 2006. pp: 854–856.

popularidade é uma "profecia autosustentável". Quando um site mostra falsamente que uma música está sendo muito baixada, essa música pode ter um tremendo sucesso.

Para ilustrar a cascata reputacional, *reputational cascade*, Cass Sunstein e Reid Hastie propõem um exemplo: em uma reunião da diretoria, suponha que Albert defenda que um novo projeto da empresa terá sucesso, Bárbara se manifesta em apoio a Albert, não porque ela concorde com Albert (na verdade, ela acha que ele está errado), mas porque não deseja sua reprovação ou parecer cética ao projeto. Se Albert e Bárbara parecem concordar que o projeto será bem sucedido, é improvável que Cynthia os contradiga publicamente. A concordância de Cynthia não é porque ela acredita que o julgamento deles está correto (também para ela, ele não está), mas porque ela não quer correr o risco de despertar uma hostilidade de Albert e Barbara, ou perder sua boa convivência na empresa³³⁹.

Vê-se pelo conceito e experimentos sobre a cascata reputacional que ela é uma consequência das pressões sociais nas relações intersubjetivas. As pessoas se silenciarem para manterem sua reputação ou evitarem reprovações de outras pessoas de seu convívio, seja profissional, pessoal ou familiar. Como resultado dessas influências sociais, os grupos são prejudicados por quatro problemas, independentes entre si: a) eles ampliam os erros individuais de seus membros, ao invés de os corrigir; b) eles são vítimas de efeitos em cascata à medida que as pessoas acompanham os entendimentos declarados pelos seus predecessores; c) com o decorrer do tempo eles tendem ao extremismo em relação a outros grupos, formando-se uma "polarização de grupo"; e d) eles enfatizam muito mais a informação compartilhada, formada pela maioria, em detrimento de informações individuais não compartilhadas³⁴⁰.

Após a exposição da teoria sobre *cascade effects*, possivelmente, a conclusão imediata é que a adoção da ordem sequencial de manifestação dos membros de uma composição colegiada (suscetível aos efeitos cascatas) deva ser substituída pela ordem simultânea. Assim, antes de seguirmos para as demais teorias acerca dos *decisionmakings* por deliberação colegiada, o que abrange notadamente o comportamento de juízes nos tribunais, oportuno que se apresentem os prós e contra de cada sistemática para uma

³³⁹ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. posições: 894-898.

³⁴⁰ Ibid. p. 2: "The second involves social pressures, which lead people to silence themselves in order to avoid reputational sanctions, such as the disapproval of relevant others. As a result of these influences, groups run into four independent problems: They amplify rather than correct individual errors. They fall victim to cascade effects, as people follow the statements and actions of their predecessors. They tend to end up in more extreme positions in line with the predeliberation tendencies of their members ("group polarization"). They emphasize shared information at the expense of unshared information". SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2008. Kindle Edition. p. 223: "risks that always accompany deliberation: amplification of errors, cascade effects, hidden profiles, and group polarization".

ponderação racional, de acordo com os propósitos e características de cada instituição, qual deva ser adotado.

Na ordem sequencial, existe uma vantagem de natureza epistêmica, cada membro subsequente se beneficia com o conhecimento adquirido de seus antecessores, que se incorporam ao processo cognitivo na formação de sua opinião sobre a questão em votação; contudo, também existe um risco característico, os membros subsequentes serem afetados pelos efeitos cascatas, deixando de agregar valor ao processo decisório: *reputational cascade* quanto *information cascade*³⁴¹. Vermeule observa em questões técnicas como as avaliações médicas ou jurídicas, pacientes e clientes, respectivamente, geralmente só obtêm uma segunda opinião depois de obter uma primeira, mas nada os impede de obtê-las simultaneamente de vários médicos ou advogados. Ou, quando duas casas legislativas (câmara dos deputados e senado federal, por exemplo) votam a aprovação de um projeto de lei, nada impede que ambas as câmaras votem simultaneamente o mesmo texto³⁴². Para Vermeule, de fato, quanto maior o nível de conhecimento exigido dos membros de um colegiado para que se apresente uma solução à questão sob exame, aumenta a tendência para a escolha da ordem simultânea de votação. Para uma deliberação por *experts* melhor seria a adoção da ordem simultânea, mas ela é mais difícil de ser implementada nas instituições³⁴³. Consensualmente, por maior que seja o grau de especialização dos *experts*, todos buscam alguma segurança nas opiniões de seus antecessores.

2.3.2 *Groupthink Theory*

A partir das constatações sobre *cascade effects*, já seria suficiente para se considerar que a adoção no desenho institucional da sistemática de deliberação colegiada nem sempre é uma boa opção. A questão não é somente de análise do custo-benefício, embora seja das mais relevantes. Mais grave ainda quando a deliberação colegiada possa estar produzindo decisões piores do que se tomadas individualmente. Em muitos experimentos ficara

³⁴¹ VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 149.

³⁴² Ibid. p. 149: "In medical and legal contexts, patients and clients usually obtain a second opinion only after obtaining a first, but they might instead obtain multiple opinions simultaneously from several doctors or lawyers. Where two chambers must both approve a bill in order for it to become law, nothing prevents both chambers from voting simultaneously on the same text".

³⁴³ Ibid. p. 172-173: "Ideally, experts should vote simultaneously rather than sequentially, in order to prevent informational and reputational cascades. In real-world conditions, however, simultaneity is difficult to achieve; deliberation prior to voting will give experts a sense of where other experts stand".

comprovado que a deliberação colegiada, ao invés de corrigi-los, pode ampliar os erros e vieses de seus membros³⁴⁴.

Uma das contribuições mais relevantes e pioneiras na análise crítica dos grupos deliberativos foi apresentada por Irving Janis, sob o título de "*groupthink*"³⁴⁵. Janis o definiu como "um modo de pensar que as pessoas adotam quando estão profundamente envolvidas em um grupo coeso (a coesão do grupo se intensifica quando presente uma forte liderança³⁴⁶) e, assim, os esforços dos membros pela unanimidade se sobrepõem à sua motivação para avaliar realisticamente cursos alternativos de ação"³⁴⁷.

De acordo com sua definição, "*groupthink*" ocorre apenas quando a coesão é muito alta³⁴⁸. Exige que os membros compartilhem um forte "sentimento de solidariedade" e pertencimento, com desejo de manter relacionamentos dentro do grupo a todo custo, operando automaticamente o que ele chama de "*preserve group harmony*" a todas as decisões que enfrentam³⁴⁹. *Groupthink* sugere que, possivelmente, reunidas as condições necessárias, os grupos tendem à uniformidade, deixando assim seus membros de compartilharem informações e argumentos³⁵⁰.

³⁴⁴ SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2008. Kindle Edition. p. 220: "[...] Unfortunately, deliberative bodies are subject to exceedingly serious problems. Much of the time, informational influences and social pressures lead people not to say what they know. As a result, groups tend to propagate, and even to amplify, cognitive errors". SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. posição, 100.

³⁴⁵ JANIS, Irving. *Groupthink*. In *Readings in Managerial Psychology*, 3th ed., Harold J. Leavitt, Louis R. Pondy and David M. Boje (eds.). Chicago: The University of Chicago Press, 1980. p. 433. Reimpresso de Psychology Today, 1971.

³⁴⁶ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. Op. cit. posições: 110-111.

³⁴⁷ JANIS, Irving. *Victims of Groupthink*. Boston: Houghton Mifflin, 1972. p. 9. Embora o conceito de "*groupthink*", proposto por Janis, seja mais amplo e não necessariamente se possa afirmar a existência no grupo de efeitos cascatas, Vermeule o emprega como forma abreviada para grupos onde seus membros têm dificuldade de se manifestarem individualmente de acordo com suas convicções próprias. VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 172: "*I will use 'groupthink,' itself an ill-defined notion, as shorthand for the various forms of epistemic free-riding, informational and reputational cascades, and falsification of judgments I have mentioned*".

³⁴⁸ Sunstein observa que a formação de *groupthink* é menos provável em grupos com maior diversidade. Quando seus membros comungam de características especiais homogêneas os riscos seriam elevados. SUNSTEIN, Cass R. *Why Societies Need Dissent*. Cambridge, Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2003. pp. 141-144. A diversidade na formação profissional dificulta a formação de *groupthink* que encontraria suas condições ideais quando entre os membros do grupo coincidem treinamento, habilidades comuns, incluindo a especialização jurídica. VERMEULE, Adrian. *Many-Minds Arguments in Legal Theory*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008. p. 29. Disponível em:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1087017. BROWN, Roger. *Social Psychology. The Second Edition*. New York, N.Y.: Free Press, 1986. pp. 206-207.

³⁴⁹ JANIS, Irving. *Crucial Decisions: Leadership in Policymaking and Crisis Management*. New York: Free Press, 1989. p. 60.

³⁵⁰ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Four Failures Of Deliberating Groups*. John M. Olin Law & Economics Working Paper, 401. Chicago: Public Law and Legal Theory Working Paper Series, 2008. pp. 1-2: "*The idea of 'groupthink,' coined and elaborated by Irving Janis, suggests that groups may tend toward uniformity and censorship, thus failing to combine information and enlarge the range of arguments*".

Janis observa que a ideia central de *groupthink* também pode ser extraída de uma das leis de Parkinson³⁵¹: “*Quanto mais amabilidade e espírito de corpo existe entre os membros de um grupo de formulação de políticas, maior o perigo de que o pensamento crítico independente seja substituído pelo pensamento de grupo, o que provavelmente resultará em ações irracionais e desumanas dirigidas contra grupos externos*”.

A definição e a própria expressão adotada por Irving Janis parecem trazer a noção de que o grupo seria tão uniforme, coeso, sinérgico, fechado, solidário que funcionaria como uma entidade em si mesma, incorporando seus membros em um só "corpo e alma". Os valores e pensamentos individuais que minimamente destoem dessa identidade própria da "entidade" grupo seriam desprezíveis. A formação de *groupthink* em certos grupos, alimentados fortemente pela ideologia ou em situações de intensa carga emotiva, pode ser muito perigosa. Valores que nos são caros podem ser ofuscados pelo "comportamento grupal" que, ao assumir o controle, provocam atitudes antes inimagináveis.

Para que se identifique a presença de um *groupthink*, Janis apresenta o que ele chama de sintomas: a) uma ilusão de invulnerabilidade, os membros do grupo e enquanto estão no grupo compartilham a ilusão de que estariam blindados contra riscos aceitáveis em condições normais de racionalidade; b) o grupo acredita ser insuscetível ao erro; c) o código moral do grupo estaria inquestionavelmente acima de qualquer suspeita; d) severa reprovação daqueles que ousarem discordar do pensamento "grupal", como mecanismo de garantia da coesão e do "espírito de corpo", os demais membros irão censurar opiniões e comentários divergentes, ainda que tímidos, para não colocar em risco o equilíbrio ou a liderança; e) como consequência dessas características, o grupo cai na ilusão da unanimidade, pois todos os membros acreditarão que chegaram a uma mesma conclusão porque "natural e absolutamente" ela seria a correta³⁵².

Sobre o que representa a unanimidade para os fins epistêmicos, Adrian Vermeule aponta que independentemente dos vieses de cada membro do colegiado ela pode ser resultado do efeito cascata e *groupthink*. Nos casos mais complexos, confiados a especialistas em determinada área, é provável que a unanimidade seja algo suspeito; portanto, o consenso mais poderoso entre especialistas não é a unanimidade, mas a

³⁵¹ JANIS, Irving. *Groupthink*. Ziff-Davis Publishing Company Copyright. New York: Psychology Today, 1971. p. 85: “*The more amiability and esprit de corps there is among the members of a policy-making ingroup, the greater the danger that independent critical thinking will be replaced by groupthink, which is likely to result in irrational and dehumanizing actions directed against outgroups*”. Disponível em: <http://agcommtheory.pbworks.com/f/GroupThink.pdf>.

³⁵² Ibid. pp. 85-88.

supermaioria ou maioria qualificada. Assim, nos *hardcases*³⁵³, uma divergência faz aumentar a confiança epistêmica no colegiado de especialistas, o que deverá ser levado em consideração em eventual revisão pelo tribunal³⁵⁴.

Em um *groupthink*, os membros do grupo se abstêm de expressar críticas e julgamentos para não discordar do consenso. No interesse de tomar uma decisão que promova sua causa "grupala", os membros podem ignorar quaisquer consequências éticas ou morais³⁵⁵. Como exemplos de fracassos nos *decisionmakings* de *groupthinks* podem ser mencionadas manobras militares desastrosas, como a Invasão da Baía dos Porcos em Cuba, a Guerra do Vietnã, a invasão do Iraque³⁵⁶.

O episódio da Invasão da Baía dos Porcos é um exemplo famoso e revelador de como uma decisão tomada por um *groupthink* pode levar a um desastre. A tentativa frustrada de invadir Cuba pela sua parte Sul, em abril de 1961, destinava-se a derrubar o revolucionário governo cubano liderado por Fidel Castro. Contribuiu para o fracasso, reconhecido pelo presidente americano John F. Kennedy ("how could we have been so stupid?")³⁵⁷, o silêncio de seus assessores, mesmo tendo a opinião de que a missão não teria êxito. Com o entusiasmo de Kennedy de por um fim aos impasses com o governo cubano, todos se calaram para não sofrerem eventual reprovação ou serem tidos como incompetentes. Na operação, dois navios de suprimentos americanos foram afundados por aviões cubanos, dois navios fugiram e quatro sequer conseguiram chegar a tempo. O exército cubano, composto por vinte mil soldados bem treinados, matou vários soldados invasores e capturou a maior parte dos mil e duzentos sobreviventes. Posteriormente, os Estados Unidos conseguiram libertar os prisioneiros, mas em troca de um resgate no valor de US\$ 53 milhões e o fortalecimento das relações entre Cuba e a União Soviética³⁵⁸. As pessoas podem ficar em silêncio não porque pensam que devem estar erradas (como no caso da Invasão da Baía dos Porcos), mas, para evitar o risco de reprovação social de todo tipo³⁵⁹.

³⁵³ Expressão empregada por Dworkin para uma análise segregada das possibilidades de uma interpretação mais criativa pelo juiz nos casos excepcionais de maior dificuldade para efetivação dos direitos reconhecidos pelo sistema jurídico. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 81.

³⁵⁴ VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. pp. 183-184.

³⁵⁵ JANIS, Irving. *Groupthink*. Ziff-Davis Publishing Company Copyright. New York: Psychology Today, 1971. p. 86. Ver também: "What Is Groupthink?" New York: Psychology Today, 2019. Disponível em: <https://www.psychologytoday.com/us/basics/groupthink>

³⁵⁶ Ibid. p. 432.

³⁵⁷ JANIS, Op. cit., nota 355. p. 84.

³⁵⁸ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. posições: 425-430.

³⁵⁹ Ibid. posições: 452-455.

O comportamento humano em um *groupthink* pode mesmo levar o indivíduo à ignorância das consequências éticas ou morais de sua conduta quando o interesse de afinidade com o grupo faz desprezar seu conjunto de valores. Em um famoso experimento de psicologia comportamental (reproduzido em filme cinematográfico³⁶⁰) denominado de "*The Stanford Prison Experiment: A Simulation Study on the Psychology of Imprisonment*", procurava-se investigar o comportamento humano em uma sociedade na qual os indivíduos são definidos apenas pelo grupo. Os voluntários foram divididos em dois grupos, um assumiu o papel de agente penitenciário e no outro, estavam os prisioneiros. A simulação ocorreu em 1971 por uma equipe de pesquisadores da Universidade Stanford, Califórnia, liderada pelo Professor Philip Zimbardo. Os resultados foram tão dramaticamente surpreendentes que o experimento teve que ser interrompido antes de sua conclusão³⁶¹.

O experimento procurava investigar até onde chegariam as consequências da "teoria da desindividualização", que afirma que os indivíduos de um grupo coeso tendem a perder a sua identidade pessoal, consciência, senso de responsabilidade, perdendo seu autocontrole e cedendo aos impulsos alimentados pelo sentimento do grupo. E, de fato, foi o que aconteceu. Em poucos dias, os "carcereiros" se tornaram sádicos e abusaram de tal forma dos presos que o experimento precisou ser interrompido³⁶².

Para nosso estudo, "*The Stanford Prison Experiment: A Simulation Study on the Psychology of Imprisonment*" pode ser considerada a versão extremada de um *groupthink*: perda da identidade pessoal, consciência coletiva exacerbada, objetivação do grupo, assunção de papel coincidente por todos os membros do grupo, aversão ao risco de reprovação, polarização entre os grupos (agentes penitenciários e prisioneiros) com intensificação do conteúdo emocional. De todas as formas, o participante do grupo dos agentes penitenciários abdicou da razão e dos valores da personalidade para assumir o que seria uma consciência coletiva do grupo. O agir humano se tornou o agir do grupo.

Embora se possa descartar a possibilidade de que alguns dos participantes do experimento tivessem uma inclinação à violência até então não revelada, com efeito, uma das tendências constatadas em *groupthinks* em geral é o extremismo. Quando em grupo,

³⁶⁰ *The Experiment*, lançado na versão americana em 2010 e dirigido por Paul T. Scheuring. Versão original alemã de 2001 sob o título "*Das Experiment*" e dirigido por Oliver Hirschbiegel.

³⁶¹ As conclusões completas do experimento estão disponíveis em: https://web.stanford.edu/dept/spec_coll/uarch/exhibits/Narration.pdf e também em sua própria página: <https://www.prisonexp.org/>.

³⁶² A polarização do grupo pode levar ao extremismo e até ao fanatismo e terrorismo. É o que se observa do "*The Stanford Prison Experiment: A Simulation Study on the Psychology of Imprisonment*". A violência se aflorou a partir do "espírito de corpo". SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2008. Kindle Edition. p. 93: "*Group polarization provides a clue to the roots of extremism and even fanaticism and terrorism. All these can be fueled, not reduced, by deliberation*".

alguma propensão anterior do indivíduo pode encontrar as condições ideais para ser manifestada. Aquilo que seria uma vantagem da deliberação colegiada em corrigir erros individuais de seus membros teria um efeito inverso nos *groupthinks*. Na verdade os erros, vieses e preconceitos seriam amplificados e o grupo, assim, torna-se mais radical nas suas tendências que a soma da intensidade da característica em cada indivíduo³⁶³. As atitudes e respostas do indivíduo em *groupthinks* tendem a alimentar uma polarização de grupo à medida que ao passar do tempo os membros se movem em direção aos extremos em uma escala de intensidade³⁶⁴.

Em sua pesquisa sobre a polarização em grupos de baixa diversidade, Roger Brown constatou que o problema é mais intenso nos grupos formados de pessoas com as mesmas características, origem, formação e outras afinidades, que acabam as levando para julgamentos e atitudes mais extremas do que antes da deliberação³⁶⁵. De fato, *groupthinks* altamente coesos, cujos membros estão intimamente identificados com ele, tendem a polarização³⁶⁶, ou seja, seus membros assumem a posições mais extremas do que assumiam antes da deliberação (“polarização de grupo”)³⁶⁷.

A tendência à posição mais extrema do que a existente anteriormente ao *decisionmaking* por deliberação foi objeto de um experimento com habitantes de duas cidades. Eles foram reunidos em pequenos grupos, geralmente seis pessoas, todos da mesma cidade. Os grupos foram convidados a deliberar sobre três das questões mais controversas da época: mudanças climáticas, ações afirmativas e uniões civis do mesmo sexo. As duas cidades envolvidas na pesquisa foram: Boulder, conhecida por seus padrões predominantemente liberais (apelidada de “A República Popular de Boulder”); e Colorado Springs, seu oposto, de padrões conservadores (apelidada de “A Cidadela”). Antes das deliberações, os organizadores do experimento se certificaram de que os grupos correspondiam ao padrão dos habitantes de cada cidade, liberais e conservadores. Iniciada a

³⁶³ SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2008. Kindle Edition. p. 220: “[...] Unfortunately, deliberative bodies are subject to exceedingly serious problems. Much of the time, informational influences and social pressures lead people not to say what they know. As a result, groups tend to propagate, and even to amplify, cognitive errors”. SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. posição, 1220.

³⁶⁴ A polarização do grupo pode levar ao extremismo e até ao fanatismo e terrorismo. É o que se observa do “*The Stanford Prison Experiment: A Simulation Study on the Psychology of Imprisonment*”. A violência se afluou a partir do “espírito de corpo”. SUNSTEIN, Cass R. Op. cit. p. 93: “*Group polarization provides a clue to the roots of extremism and even fanaticism and terrorism. All these can be fueled, not reduced, by deliberation*”.

³⁶⁵ BROWN, Roger. *Social Psychology. The Second Edition*. New York, N.Y.: Free Press, 1986. pp. 206-207.

³⁶⁶ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Four Failures Of Deliberating Groups*. John M. Olin Law & Economics Working Paper, 401. Chicago: Public Law and Legal Theory Working Paper Series, 2008. p. 20: “*The clear lesson is that when a group is highly cohesive, and when its members are closely identified with it, polarization is especially likely -- and likely to be especially large*”.

³⁶⁷ *Ibid.* p. 2.

apreciação de cada uma das questões propostas, os participantes, primeiramente, registraram suas opiniões individualmente e de forma anônima. Após, os membros de cada grupo passaram à fase de deliberação para, encerradas as discussões, chegarem a um consenso dentro do grupo para uma única decisão. Na fase final, pós-deliberativa, cada um voltou a registrar individualmente suas opiniões. A conclusão é que os participantes de grupos da cidade de Boulder se mostraram, nas respostas às três questões, muito mais liberais do que eram antes da deliberação e os participantes de Colorado Springs, muito mais conservadores³⁶⁸.

O deslocamento de posições para os extremos também decorre simplesmente porque suas opiniões foram confirmadas e, assim, as pessoas se tornam mais confiantes depois de saber que outras pessoas compartilham seus pontos de vista. É o conforme de saber que não está sozinha³⁶⁹. Pode parecer estranho, mas é verdadeiro e importante: quando alguém nos diz algo que já sabemos e corresponda a nossa opinião, provavelmente aumentará nossa estima por ela e também nossa autoconfiança: “Se ele compartilha da minha mesma opinião, devo ser inteligente e legal também!”³⁷⁰.

2.3.3 *Many-minds Theory* como alternativa ou complemento para as deliberações colegiadas

A expressão *many-minds* de uma das obras pioneiras sobre o comportamento de membros das composições para decisões colegiadas³⁷¹. No livro "Infotopia", Cass Sunstein, a partir das falhas apontadas nas deliberações de composições colegiadas, aponta o que seria o lado negro do *Condorcet Jury Theorem*³⁷² para, em seguida, apresentar propostas para se aproveitar o máximo quando se trabalha com a colaboração de muitas mentes³⁷³. Explica que diariamente as empresas estão aproveitando as informações de muitas pessoas para ver o que

³⁶⁸ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. Posição. 1003.

³⁶⁹ Ibid. posições: 1047-1048.

³⁷⁰ Ibid. posições: 1210-1212: "Strange but true (and important): if someone tells you something you already know, you will probably like not only that person, but also yourself, a bit better as a result. ("If they tell me that, I must be smart, and nice too!")".

³⁷¹ SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2008. VERMEULE, Adrian. *Many-Minds Arguments in Legal Theory*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008. p. 2. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1087017.

³⁷² SUNSTEIN, Op. cit. nota 371, pp. 28-29. Detalhado no item 2.3, o teorema adota como premissa principal que os grupos se sairão melhor do que os indivíduos e que os grandes grupos serão melhores que os pequenos, desde que sejam satisfeitas duas condições: entre os membros prevaleça a decisão da maioria e cada membro do grupo tem maior probabilidade de estar correto do que o uso do método aleatório. SUNSTEIN; HASTIE, Op. cit., nota 368, posições. 1746-1764.

³⁷³ SUNSTEIN, Op. cit., nota 371, pp. 147-196.

suas mentes em particular consideram atraente. É o caso do método de "filtragem colaborativa" (*collaborative filtering*), um processo de pesquisa em um universo de opções aquelas que correspondem às suas preferências. *Many minds* colaboram nesse processo agregando informações relevantes a serem utilizadas por outras pessoas. Exemplos mais populares estão nas *interfaces* das empresas: Amazon e Netflix.

O emprego do método "filtragem colaborativa" pela Netflix consiste em simplificar a busca por filmes ou séries de acordo com as preferências do cliente, aprendida pelas suas escolhas anteriores, ou simplesmente informá-lo das recomendações de outros clientes com gostos semelhantes. Uma solução inteligente que explora muito bem uma de nossas limitações cognitivas, o problema da força de vontade limitada (*bounded willpower*) e também a nossa necessidade de nos contentarmos com uma escolha *satisficing*³⁷⁴.

A Amazon, igualmente, conhece as preferências de seus clientes e potenciais clientes através das experiências anteriores. Os livros recomendados pela empresa foram aprendidos pelas compras anteriores. Mesmo antes de uma compra, quando o cliente faz uma busca no *site*, a empresa vai agregando informações das preferências individuais. Quanto mais buscas, mais precisão vai adquirindo a "filtragem colaborativa".

Esse processo epistemológico pela tecnologia da informação tem experimentado avanços surpreendentes. Com uso de algoritmos, a aprendizagem sobre cada preferência individual não dependeria nem mais de uma escolha anterior. Pelos "perfis" informados em redes sociais e o "comportamento digital" já é possível que se conheçam as necessidades dos indivíduos antes mesmo que eles tenham consciência disso.

Retornada para a questão inicial: as decisões colegiadas produzem melhores resultados? Infelizmente, não há evidências sistemáticas de que grupos de deliberação apresentem melhores resultados sob os três parâmetros principais: a) não há evidências de que geralmente os grupos chegam à verdade. Ela provavelmente só alcançará razoável segurança quando a suposta decisão correta tiver muito consenso dentro do grupo antes do início da deliberação; b) na maior parte do tempo, os grupos de deliberação falham muito no processo de agregar as informações que seus membros possuem. Quando as várias mentes se

³⁷⁴ Para uma pesquisa mais detalhada, indicamos a leitura do item 1.4 do capítulo I "As arquiteturas de escolhas para os *decisionmakings*". Um estudo mais completo pode ser encontrado nas obras: THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. p. 96. Stephen Wendel. *Designing for Behavior Change Applying Psychology and Behavioral Economics*. eBook. Beijing, Cambridge, Farnham, Köln, Sebastopol, Tokyo: O'Reilly Media, 2014. pp. 18-19. *Satisficing* é um método de busca das alternativas até que se encontre alguma suficientemente satisfatória para a escolha. Herbert A. Simon. *Theories of Bounded Rationality*. Decision e Organization. North-Holland Publishing Company, 1972. p. 168. Adrian Vermeule. *Three Strategies of Interpretation*. San Diego: L. Rev, 2005. pp. 607-608. Disponível em: <http://heionline.org>.

reúnem, muitas vezes não conseguem aprender a partir da deliberação tanto quanto poderiam. Pelas razões apontadas nos itens anteriores 2.3.1 e 2.3.2, a formação de *groupthinks* e a influência dos efeitos cascatas restringem o epistêmico apenas às informações disponibilizadas por um ou outro membro do grupo. O conhecimento mais relevante é frequentemente ignorado ou subestimado. As informações conhecidas antecipadamente por todos ou pela maioria dos membros do grupo têm um papel muito mais relevante do que a informação que é conhecida apenas por um ou alguns membros do grupo; c) não se pode ignorar que os grupos de deliberação, às vezes, superam à estatística, mas às vezes ocorre o oposto. Nem sempre os grupos se saíram melhor do que algum método estatístico. A troca de perspectivas, experiências, raciocínio e informações pode assegurar que a verdade surja da deliberação, mas também há riscos: as pessoas podem não revelar o que sabem e, portanto, as informações dos indivíduos podem se manter submergidas³⁷⁵.

Outro risco existe quando os indivíduos demonstram um forte viés ou uma clara tendência ao erro. Nesse caso, os grupos geralmente amplificam esse viés; portanto, é mais provável que a decisão colegiada esteja errada. Os membros assumem posições mais extremas do que assumiam antes da deliberação (“polarização de grupo”)³⁷⁶. E como os membros de grupos deliberativos enfatizam o conhecimento compartilhado em detrimento do conhecimento não compartilhado, eles às vezes não aproveitam as informações obtidas por outros métodos anteriormente à deliberação³⁷⁷.

Suponha que uma ou algumas pessoas do grupo conheçam a resposta correta. Nesse caso, há uma boa chance de que o grupo aceite essa resposta³⁷⁸. Nesse caso, o resultado não é propriamente atribuído ao *decisionmaking* deliberativo, mas porque a pessoa que está convicta na resposta correta se sente encorajada, considerando aqui incentivos e riscos, a manifestá-la perante o grupo com segurança, autoridade e fundamentação, assim, torna-se persuasiva e convincente. Uma pesquisa experimental com grupos de deliberação revelou

³⁷⁵ SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2008. p. 200: It is tempting to think that deliberating groups will do better than statistical groups. In such groups, the exchange of perspectives and reasons might ensure that the truth will emerge. But deliberation contains a serious risk: People may not say what they know, and so the information contained in the group as a whole may be neglected or submerged in discussion”.

³⁷⁶ Um dos experimentos citados no item anterior 2.3.2 exemplificam a tendência a posições mais extremas após a deliberação. A conclusão no experimento foi que os participantes de grupos da cidade de Boulder se mostraram muito mais liberais do que eram antes da deliberação e os participantes de Colorado Springs, muito mais conservadores. SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. posição, 1003. SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Four Failures Of Deliberating Groups*. John M. Olin Law & Economics Working Paper, 401. Chicago: Public Law and Legal Theory Working Paper Series, 2008. p. 2.

³⁷⁷ SUNSTEIN, Op. cit., nota 375, pp. 57-58.

³⁷⁸ KERR, Norbert L. and PARK, Ernest S. *Group Performance in Collaborative and Social Dilemma Tasks: Progress and Prospects* in Michael A. Hogg and R. Scott Tindale Editors, *Group Processes*. UK, Oxford: Blackwell Publishers, 2001. pp: 107, 110. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com>

que aqueles com respostas corretas costumam ser mais confiantes, e essa confiança está associada ao grau de certeza do indivíduo e do grupo³⁷⁹.

De fato, muitas são as razões para não se confiar com segurança que grupos de deliberação produzam decisões melhores do que um indivíduo ou de que resultem de um método estatístico. O risco mais comum está relacionado à ocultação de informações pelos membros. Em tese, é tentador pensar que a deliberação irá assegurar que os grupos tenham um desempenho pelo menos tão bom quanto seus melhores membros, ou até mesmo que eles irão produzir um tipo de sinergia e aprendizado que deve produzir excelentes julgamentos, mas, infelizmente, os grupos deliberativos estão sujeitos a problemas extremamente sérios: influências informacionais e a reputação interna levam as pessoas a não dizer o que sabem. Com as posições inalteradas, o demasiado e insincero consenso pode levar o grupo, no decurso do tempo, a posições mais extremas do que a soma das posições anteriores à deliberação. Como resultado, os grupos tenderão a propagar e até mesmo a amplificar os erros cognitivos³⁸⁰.

As vantagens obtidas pelas empresas com a "filtragem colaborativa" (*collaborative filtering*) podem ser inspiradoras tanto para as instituições privadas quanto as públicas. As "*Many minds*" podem ser trabalhadas com incentivos para que revelem informações. Os grupos devem investir para aumentar a probabilidade de as pessoas divulgarem o que sabem³⁸¹.

Uma empresa pode querer garantir que seus funcionários identifiquem problemas nos processos de trabalho e proponham soluções. Um governo pode querer que seus servidores públicos apontem os riscos associados na implementação de uma ação. Muitas soluções podem ser imaginadas. Deve-se buscar o encorajamento da divulgação de informações, mesmo que essa informação se oponha à inclinação do grupo. Muito provavelmente será necessária uma mudança cultural voltada para o respeito à participação democrática e aos incentivos³⁸².

Vimos que as pessoas muitas vezes não divulgam o que sabem porque recebem apenas uma fração dos benefícios da divulgação ou até mesmo vislumbram algum risco em revelar informações que possam ser contrárias à inclinação do grupo. Essa postura poderia mudar se os indivíduos participassem de um programa de recompensas relacionado não para

³⁷⁹ HASTIE, Reid. *Review Essay: Experimental Evidence of Group Accuracy in Information Pooling and Group Decisionmaking*, ed. Bernard Grofman and Guillermo Owen. Greenwich, CT: JAI Press, 1983. p. 148.

³⁸⁰ SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2008. P. 220.

³⁸¹ *Ibid.* pp. 201-203.

³⁸² *Ibid.* p. 204.

a correção de sua resposta individual, mas para uma premiação quando a maioria do grupo estivesse correta.

Provavelmente, nessas circunstâncias, os perfis ocultos, as cascatas e a polarização de grupos seriam drasticamente atenuadas. A razão é que quando as pessoas são recompensadas quando seu grupo está certo, elas são muito mais propensas a revelar ao grupo o que elas realmente sabem³⁸³. Experimentos mostram que é possível implementar programas de incentivos exatamente com essa finalidade, reduzindo a probabilidade de cascatas. As cascatas são muito menos prováveis quando cada indivíduo sabe que ela não tem nada a ganhar com uma decisão individual correta e tudo a ganhar com uma decisão de grupo correta³⁸⁴.

Alguns métodos para se obter melhores resultados com *many minds* podem ser aqui descritos como forma exitosas de superação dos grupos de deliberação formais. Um deles é a técnica conhecida como Delphi. Consiste em um processo para agregar as visões dos membros do grupo, especialmente não presencialmente. A técnica Delphi possui várias características importantes para os fins epistemológicos. Primeiramente, garante o anonimato de todos os membros. O objetivo do anonimato é justamente diminuir os efeitos das pressões sociais, de indivíduos com maior reputação ou pelas inclinações da maioria do grupo. A segunda característica importante é que as pessoas têm a oportunidade de oferecer *feedback* sobre as visões umas das outras, o que seria mais próximo ao processo de deliberação nos grupos tradicionais. Os membros do grupo podem se comunicar, total ou parcialmente, apenas suas conclusões finais. As conclusões, reveladas anonimamente, são frequentemente fornecidas a outros por uma equipe de monitores ou facilitadores da interação entre os indivíduos. Assim, o *feedback* compreende as opiniões e julgamentos, igualmente, de todos os membros do grupo e não apenas o mais atuante no grupo. Finalmente, os julgamentos dos membros do grupo passam por um processo elíptico e, portanto, sujeitos a uma agregação estatística. A técnica Delphi apresenta um contraste nítido com os grupos tradicionais de deliberação aberta presencial. Em vários contextos, a técnica Delphi produziu resultados mais precisos do que esses grupos tradicionais³⁸⁵.

³⁸³ SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2008. p. 204.

³⁸⁴ HUNG, Angela; PLOTT, Charles. Information Cascades: Replication and an Extension to Majority Rule and Conformity-Rewarding Institutions. New York, USA: American Economic Review, 2001. p. 1515.

³⁸⁵ ROWE, Gene; WRIGHT, George. Expert Opinions in Forecasting: The Role of the Delphi Technique in Principle of Forecasting ed. J. Scott Armstrong. Boston: Kluwer Academic Publishers, 2001. p. 126, 130. HASTIE, Reid. Review Essay: Experimental Evidence of Group Accuracy in Information Pooling and Group Decisionmaking, ed. Bernard Grofman and Guillermo Owen. Greenwich, CT: JAI Press, 1983. pp. 139-145.

Uma variante da técnica Delphi produziu um terceiro método de agregar opiniões. Sob esse método, inicialmente, as pessoas foram convidadas a fazer estimativas particulares anônimas, depois seguiu-se um período de discussão e, em seguida, as pessoas foram convidadas a fazer as estimativas finais. Os resultados foram melhores sucedidos que os produzidos na técnica Delphi. As rodadas sucessivas de estimativas reduziram radicalmente os erros. O anonimato, tanto na fase inicial de estimativas como nas conclusões, blindaria os membros do grupo das pressões internas e, assim, reduziria o problema da ocultação de informações pelos membros³⁸⁶.

Uma outra técnica, conhecida por nós como "advogado do diabo", consiste em se pedir para que membros do grupo defendam uma posição contrária, encorajando-se um debate entre posições divergentes³⁸⁷. Aqueles que assumem o papel de "advogados do diabo" não devem enfrentar a pressão social decorrente da rejeição da posição majoritária do grupo. Sunstein cita como exemplo de bem-sucedido no uso da técnica o caso episódio "a crise dos mísseis cubanos". Após o fracasso na invasão da Baía dos Porcos³⁸⁸, o Presidente Kennedy teria atribuído a seu irmão, então Procurador-Geral, a missão de assumir o papel de "advogado do diabo" perante um consenso entre generais que poderia ter levado à guerra³⁸⁹.

Entre escritórios de advocacia, o emprego da técnica tem sido comum antes dos julgamentos ou nas avaliações de risco da sucumbência. Em casos importantes, na prática, chega-se ao ponto de se contratar um segundo escritório de advocacia para assumir o papel de "advogado do diabo". Colocados todos os argumentos contrários, na maioria dos casos, o resultado da deliberação provoca uma necessária revisão para maior do grau de risco inicial³⁹⁰.

O resultado dependerá muito da sinceridade como o papel de "advogado do diabo" está sendo desempenhado. Pesquisas revelaram que a defesa persistente de pontos de vista divergentes pode melhorar muito o desempenho do grupo, mas nunca se irá se igualar à

³⁸⁶ SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2008. p. 209.

³⁸⁷ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. posições. 1433-1435: "Another method, related to the appointment of a devil's advocate but more effective according to existing research, is called red teaming. This method has been extensively applied to military teamwork, but it can be applied in a lot of domains, including business and government".

³⁸⁸ Foi uma tentativa frustrada, em abril de 1961, de invadir Cuba e se destinava a derrubar o revolucionário governo cubano liderado por Fidel Castro. JANIS, Irving. *Groupthink*. Ziff-Davis Publishing Company Copyright. New York: Psychology Today, 1971. p. 84.

³⁸⁹ SUNSTEIN, O. cit., nota 386, p. 210.

³⁹⁰ SUNSTEIN; HASTIE. Op. cit., nota 387, posições. 1445-1447: "Within law firms, there has been a long tradition of pretrials, or the testing of arguments with the equivalent of red teams. In important cases, such efforts can reach the level of hiring attorneys from a second firm to develop and present a case against advocates from the primary firm".

dissidência autêntica. Como os “advogados do diabo” não têm nenhum incentivo real para convencer os membros do grupo, eles apenas cumprem sua tarefa sem qualquer pretensão persuasiva. Ao contrário de um dissidente genuíno, o “advogado do diabo” tem pouco a ganhar desafiando a posição dominante e, conseqüentemente, a tendência seria não persistir no desafio à maioria do grupo. A conclusão que se extrai das pesquisas é que acreditar em seu ponto de vista faz toda a diferença³⁹¹.

Qualquer que seja a técnica, um elemento importante para que se extraia as vantagens de *many-minds* é o interesse da liderança do grupo para incentivar a todos os membros que revelem as informações que possuem. Pode ser bastante significativo um esclarecimento, antes de começar a deliberação, de que todos os membros têm informações diferentes e relevantes para contribuir com a decisão³⁹².

Em nossa sociedade digital, como nunca antes se poderia imaginar, nossa humanidade dispõe de métodos eficientes e acessíveis para se agregar produtivamente informações e criatividade amplamente dispersas. E cada evolução que experimentamos, mais e mais acumularemos informações dispersas, mas nosso grande passo dependerá agora no processamento e transformação das informações agregadas para a produção de conhecimento³⁹³.

2.4 Judicial decisionmakings: racionalidade, neutralidade e imparcialidade

A constatação de que os *decisionmakings* em geral operam apenas em racionalidade limitada (*bounded rationality*), naturalmente, projeta-se também sobre os processos decisórios no âmbito do Judiciário. Discrepa o que se prescreve normativamente de acordo com um ideal de racionalidade e neutralidade e o que efetivamente influencia os tribunais.

Ao longo de todo o *Capítulo 1 desta Parte I* buscamos a comprovação de que heurísticas, vieses, aversões e outras influências cognitivas estarão presentes nas escolhas com as quais nos deparamos, desde as mais rotineiras até as decisões complexas no âmbito das instituições. Os sentimentos, paixão, ideologias, preconceitos, empatias e preferências em geral também atuam sobre nossas escolhas, inclusive, nos *judicial decisionmakings*. As pesquisas desenvolvidas no campo da neurociência e psicologia comportamental demonstraram que a realidade está muito distante da racionalidade e neutralidade atribuídas

³⁹¹ GEORGE, Alexander L.; STERN, Eric K. *Harnessing Conflict in Foreign Policy Making: From Devil's to Multiple Advocacy*. Washington: Presidential Studies Quarterly, 2002. p. 486.

³⁹² SUNSTEIN, Cass R. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2008. p. 212.

³⁹³ *Ibid.* p. 226.

aos juízes. Como seres de "carne e osso"³⁹⁴, os julgamentos não se operam dentro de um vácuo imune às limitações humanas³⁹⁵.

Juntamente com essa *dimensão individual nos judicial decisionmakings*, tratada no *Capítulo 1*, abordamos neste *Capítulo 2* a *dimensão institucional*, a influências das relações intersubjetivas dos membros de um grupo deliberativo: propensão a não revelar o que sabe para evitar reprovações ou constrangimentos quando sua posição diverge da maioria (*reputational cascade*)³⁹⁶, considerações de custo/benefício na obtenção de novas informações (*information cascade*)³⁹⁷, tendências a posições extremadas nos grupos homogêneos (*groupthink*)³⁹⁸, ausência de comprovação quanto aos ganhos epistêmicos decorrentes das deliberações. São algumas das constatações que relativizam a utópica racionalidade dos processos decisórios colegiados. Nas decisões singulares outros fatores também influenciam *judicial decisionmakings*. A reputação dos juízes é considerada para as promoções e ascensão às instâncias superiores. As decisões polêmicas podem arruinar uma carreira. Condições e incentivos são elementos importantes do processo decisório, bem como os interesses na disputa pelo sistema de distribuição de benefícios e vantagens. Os juízes pensam como qualquer um de nós. Não existe nada que justifique a presença de alguma característica extraordinária para que sejam compreendidos como seres iluminados, especiais e absolutamente racionais.

Portanto, neste trabalho, a compreensão da discrepância entre o plano normativo e a realidade é buscada sob duas dimensões: a partir da primeira buscamos compreender o *decisionmaker* individualmente, de acordo com as imperfeições e limitações próprias de sua natureza humana, e após estudarmos o indivíduo isoladamente, passamos a observar uma segunda dimensão, o *decisionmaker* como membro de uma instituição, sujeito a condições limitadoras do pleno exercício de sua racionalidade, neutralidade e imparcialidade nos julgamentos e decisões.

³⁹⁴ Expressão fiel ao pensamento de Jerome Frank lembrando que juízes são humanos e, assim, sujeitos às limitações que afligem a qualquer um de nós: "when all is said and done, we must face the fact that judges are human". FRANK, Jerome. *Courts On Trial: Myth And Reality In American Justice*. Indiana, USA: Indiana Law Journal, 1949. p. 410. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol25/iss1/13>.

³⁹⁵ Daniel Kahneman, Paul Slovic, Amos Tversky. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 1982. p. 3-20.

³⁹⁶ VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 171.

³⁹⁷ Ibid. p. 156.

³⁹⁸ Pode-se dizer que "*groupthink*" traduz um modo de pensar que as pessoas adotam quando estão profundamente envolvidas em um grupo coeso e, assim, os esforços dos membros pela unanimidade se sobrepõem à sua motivação para avaliar realisticamente cursos alternativos de ação. JANIS, Irving. *Groupthink*. In *Readings in Managerial Psychology*, 3th ed., Harold J. Leavitt, Louis R. Pondy and David M. Boje (eds.). Chicago: The University of Chicago Press, 1980. p. 433. Reimpresso de *Psychology Today*, 1971. JANIS, Irving. *Victims of Groupthink*. Boston: Houghton Mifflin, 1972, p. 9.

E a imparcialidade é uma das premissas básicas de justificação e legitimidade dos *judicial decisionmakings*. Inserida nos sistemas normativos processuais, inadmite-se, sob pena de desestabilização institucional, qualquer relativização de sua absoluta presença no comportamento de juízes. Essa autointitulação como imparcial, numa espécie de "narcisismo institucional", apesar de alguns sinais isolados reconhecendo a influência de fatores não propriamente racionais para os julgamentos³⁹⁹, é algo sacrossanto para juízes e para muitos chega a ser uma grave ofensa⁴⁰⁰. Uma exceção foi a famosa frase do *Justice* William Brennan no caso *Goldberg v. Kelly*⁴⁰¹ ao reconhecer que julgamentos intuitivos e emocionais não são apenas inevitáveis, mas desejáveis: “[s]ensitivity to one’s intuitive and passionate responses . . . is . . . not only an inevitable but a desirable part of the judicial process . . .”⁴⁰².

Com efeito, a dissonância entre o que, normativamente, as instituições prescrevem e como realmente decidem mitiga a racionalidade idealizada e arrasta a imparcialidade de juízes para a relativização. Somente limitadamente as escolhas são racionais. As decisões são tomadas por pessoas humanas. Juízes não são indiferentes ao resultado. A dita equidistância das partes em um processo decisório não se sustenta quando um *judicial decisionmaking* percorre o caminho inverso: primeiro se decide para em seguida justificá-

³⁹⁹ O Professor Luís Roberto Barroso teve o louvável e sincero reconhecimento da relativização da neutralidade dos intérpretes, notadamente por juízes. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. pp. 300-301: "A pretensão de neutralidade do intérprete, embora seja passível de atendimento no que toca à sua imparcialidade e impessoalidade, é inatingível na plenitude. Interpretar envolve, frequentemente, a escolha de valores e alternativas possíveis [...] o juiz estará sempre promovendo as suas crenças, a sua visão do mundo, o seu senso de justiça [...] Ainda quando fosse utopicamente possível libertar o juiz de suas injunções ideológicas, não seria possível libertá-lo do seu próprio inconsciente, de sua memória e de seus desejos".

⁴⁰⁰ MARONEY, Terry A. *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion*. Vol. 99 No. 2. California: California Law Review, 2011. p. 631: "to call a judge emotional is a stinging insult, signifying a failure of discipline, impartiality, and reason". Tradução: chamar um juiz de emotivo é um grande insulto, significando uma falta de disciplina, imparcialidade e racionalidade. Disponível em: <http://www.californialawreview.org/print/a-the-persistent-cultural-script-of-judicial-dispassion/>. Posner, Richard A. *Reflections on judging*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2013. p. 106: "Judges tend not to be candid about how they decide cases. They like to say they just apply the law—given to them, not created by them—to the facts [...] They want to be thought of not as politicians in robes but as technicians, as experts, though some would acknowledge being sometimes compelled by circumstance to legislate from the bench". Tradução: juízes tendem a não ser sinceros sobre como decidem os casos. Eles gostam de dizer que apenas aplicam a lei - apresentada a eles, não criada por eles - aos fatos [...] Eles querem ser lembrados não como políticos de toga, mas como técnicos, como especialistas, embora alguns reconheçam ser às vezes compelidos pelas circunstâncias a legislar da tribuna.

⁴⁰¹ Precedente: 397 U.S. 254 (1970).

⁴⁰² BRENNAN, William Jr., *Reason, Passion, and The Progress of the Law*. 10 Cardozo L. Rev. 3 (1988). Tradução: sensibilidade às suas respostas intuitivas e apaixonadas. . . é . . . não apenas uma parte inevitável, mas desejável, do processo judicial. Também nesse sentido, um dos mais famosos advogados norte-americanos Clarence Darrow, notório pela sua atuação exitosa nos tribunais do júri: "*Jurymen seldom convict a person they like, or acquit one that they dislike. The main work of a trial lawyer is to make a jury like his client, or, at least, to feel sympathy for him; facts regarding the crime are relatively unimportant*" Apud Edwin H. Sutherland e Donald R. Cressey. *Principles Of Criminology*. 8th ed. Chicago: Lippincott, 1970. p. 431. Tradução: jurados raramente condenam uma pessoa de que gostem ou absolvem alguém de quem não gostam. O principal trabalho de um advogado é formar um júri à semelhança de seu cliente ou, pelo menos, que sinta simpatia por ele; fatos relacionados ao crime são relativamente sem importância.

la⁴⁰³. A conclusão que mais se aproxima da realidade é que a imparcialidade é uma grandeza medida em graus. Juízes são humanos e não decidem no “vácuo institucional”, como vestissem um véu da ignorância que lhes privasse dos sentidos para conhecer a relação entre custos e benefícios que resultarão de sua decisão⁴⁰⁴.

Não faltará nos textos de regimentos e outros estatutos de funcionamento das instituições de jurisdição a expressão "imparcialidade", mas será que seu desenho institucional está preparado para esse desafio? Ou antes disso: será que para cumprimento de seu papel institucional, de fato, a imparcialidade é característica determinante de sua legitimidade⁴⁰⁵? São questões relevantes para a correspondência sincera entre a norma de funcionamento anunciada e o que realmente se espera da instituição.

De fato, a neutralidade é inatingível em sua plenitude. A *rational decisionmakings* não pode ser reconhecida sem que a ela seja associada um determinado grau. De acordo com o desenho institucional através do qual o juiz exerce suas atribuições e seu comportamento como resposta aos variados estímulos, o grau de neutralidade na formação das decisões será maior ou menor⁴⁰⁶.

⁴⁰³ A pesquisa apresentada no item 2.2.1 ilustra bem o percurso inverso de juízes em detrimento do caminho seqüencial natural desde a valoração dos fatos ao fundamento jurídico. A conclusão precede a fundamentação e o Direito seria instrumento de justificação. No caso, a pesquisa empírica realizada com 366 juízes demonstrou que na decisão preliminar pela admissão ou não de provas supostamente ilegais, a gravidade da conduta criminosa influencia a conclusão, apesar de normativamente não existir uma relação entre o exame de legitimidade no procedimento de busca e apreensão das provas e o fato criminoso em investigação. Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich. *Heart versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?* Vol. 93. Vanderbilt Public Law Research Paper No. 15-34. Texas: Texas Law Review, 2015. pp. 890-893. BELLIN, Jeffrey. *Crime-Severity Distinctions in the Fourth Amendment: Reassessing Reasonableness in a Changing World*. Vol. 97. Iowa, EUA: Iowa Law Review, 2011. pp. 1, 4-5.

⁴⁰⁴ VERMEULE, Adrian. “Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law”. *Yale Law Journal*, nº 111:399, 2001. p. 399: “A veil of ignorance rule (more briefly a “veil rule”) is a rule that suppresses self-interested behavior on the part of decisionmakers; it does so by subjecting the decisionmakers to uncertainty about the distribution of benefits and burdens that will result from a decision”.

⁴⁰⁵ O devido processo legal exige que juízes sejam neutros diante dos interesses contrapostos submetidos à sua decisão. Dentre várias ameaças à necessária neutralidade, corrupção, vieses ou ideologia podem influenciá-los. A partir dessa realidade, Vermeule questiona quais ameaças devem ser preocupação do devido processo legal. VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 43: “*The constitutional law of due process requires a neutral adjudicator where protected interests are at stake. Among the various threats to neutrality – corruption, bias, or ideology, protean words all – which should be policed by due process?*” Como exemplo da insinceridade entre a prescrição normativa e a realidade, o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, instituição competente para julgamentos de autuações fiscais, anuncia a imparcialidade como dever de seus julgadores. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: “*Art. 41. São deveres dos conselheiros, dentre outros previstos neste Regimento Interno: I - exercer sua função pautando-se por padrões éticos, no que diz respeito à imparcialidade [...]*”.

⁴⁰⁶ Uma análise detalhada de racionalidade limitada foi apresentada no capítulo 1, item 1.3 “Escolhas racionais limitadas: teorias de *bounded rationality*”. Fazemos aqui uma associação entre neutralidade e racionalidade. Numa decisão propriamente neutra prevalecerá a razão, sem interferências de elementos próprios ao sistema cognitivo emocional, Sistema 1: heurísticas, vieses e aversões. Como consequência da ausência de plena neutralidade, divergindo de Barroso, não vislumbramos a possibilidade da existência de imparcialidade e impessoalidade absolutas. A premissa maior da impossibilidade de neutralidade em sua plenitude,

A conclusão mais importante das pesquisas sobre o comportamento de juízes é provocar uma reflexão e análise detida sobre o custo-benefício de se manter o monopólio da jurisdição no Judiciário. Será que o grau verdadeiro de autonomia dos juízes justifica a exclusividade, afastada qualquer outra instância, de ser a "palavra final" em tudo? Seria o caso de se repensar uma nova distribuição normativa de competências entre as instâncias (judiciais e administrativas), de acordo com suas capacidades institucionais, a fim de que os julgamentos alcancem o maior grau possível de correção e justiça, notadamente em questões que demandam maior conhecimento técnico.

Essa reflexão sobre distribuição de competências de acordo com a capacidade institucional de cada uma tem estreita relação com a análise feita até aqui quanto a racionalidade limitada dos *judicial decisionmakings* e, conseqüentemente, da constatação de que neutralidade e imparcialidade somente podem ser admitidas quanto inseridas em uma escala de gradação.

O posicionamento apartado seria a própria gênese da independência funcional do sistema judicial em relação às demais instituições. Com autonomia de atuação, juízes tomariam decisões neutras e imparciais. As decisões decorreriam exclusivamente do *ratio juris*, tudo mais que não fizesse parte do Direito não seria considerado na decisão. Fosse uma proposição absolutamente verdadeira, de fato, o grau de legitimidade e correção das decisões tornariam os tribunais dignos merecedores da prerrogativa monopólica da "última palavra" sobre tudo. Contudo, como demonstramos ao longo desses dois capítulos, não é bem assim que funciona. Na verdade, a diferença entre os graus de neutralidade nos *judicial decisionmakings* e nos demais processos decisórios não justifica esse monopólio dos tribunais, notadamente nas questões que exijam conhecimento mais especializado. Essa demonstração comparativa reservamos para o próximo capítulo, com o estudo da teoria do *Administrative State*⁴⁰⁷.

naturalmente, arrasta no mesmo sentido as suas projeções: atuação equitativa, neutra (imparcialidade) e equidistante das partes litigantes (impessoalidade). Conseqüentemente, imparcialidade e impessoalidade somente existem numa escala de gradação. Essa desvinculação observada por Barroso talvez seja decorrência do incômodo em se admitir que as decisões judiciais não têm grau absoluto de imparcialidade e impessoalidade Terry A. Maroney. *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion*. Vol. 99 No. 2. California: California Law Review, 2011. p. 631: "to call a judge emotional is a stinging insult, signifying a failure of discipline, impartiality, and reason". Por serem estruturais nos *judicial decisionmakings*, relativizá-las, em certa medida, descredencia o Judiciário como remanescente de uma "reserva institucional" dotada da capacidade de promover uma "justiça cega".

⁴⁰⁷ No Estado Administrativo, as agências, em seu nível de decisão, exerceriam a plena autoridade para regular, ainda que as questões sejam de alta complexidade e elevada incerteza quanto aos seus efeitos. No segundo nível, os tribunais promovem a revisão dessas decisões de acordo com as normas gerais de direito público, em especial do direito administrativo. Assim, no controle judicial não se examinaria o mérito administrativo quanto a correção da decisão tomada pela agência, mas se limitaria ao controle de legitimidade: ausência de racionalidade, arbitrariedade e excessos. VERMEULE, Adrian. *Rationally Arbitrary Decisions* (in

Essa análise sobre a repartição mais racional de competências entre tribunais e agências passa por uma questão fundamental: a existência de *tradeoff* entre neutralidade/imparcialidade e *expertise*⁴⁰⁸. As agências estão dentro da estrutura da administração pública e, portanto, têm uma tendência de defenderem interesse próprio de Executivo, mas, por outro lado, detem maior capacidade institucional técnica, *expertise*, para decidirem questões complexas especializadas em cenários de incerteza. Com os tribunais acontece o oposto, juízes são mais generalistas quando enfrentam questões de elevada complexidade, mas devemos admitir que o grau de imparcialidade tenderá, em média, a ser maior do que nos *decisionmakings* no âmbito das agências.

A combinação das funções de regulação, atos administrativos impositivos de obrigações e julgamento⁴⁰⁹ tornam as agências onipresentes no Estado Administrativo⁴¹⁰. Essa concentração de funções reduz consideravelmente o grau de imparcialidade nos seus *decisionmakings*. Em tese, viola a máxima de que “ninguém pode julgar em causa própria” (*nemo iudex in sua causa*)⁴¹¹; contudo, essa não é uma característica exclusiva nas agências. Os agentes públicos, de forma geral, paralelamente aos interesses públicos, atuam em defesa de seus próprios interesses, e juízes não são exceção⁴¹².

Alguns *procedures* das instituições contemplam mecanismos que, de certa forma, são violações parciais do princípio *nemo iudex in sua causa*. Vermeule traz alguns exemplos que se aplicam aos vários sistemas constitucionais⁴¹³:

Administrative Law). Paper No. 13-24. Massachusetts, EUA: Harvard Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper Series, 2013. pp. 2-3.

⁴⁰⁸ VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 120: "Given basic tradeoffs between impartiality and informed expertise in the administrative state, consistent implementation of *nemo iudex* would promote impartiality at too great a price".

⁴⁰⁹ Uma variante do princípio *nemo iudex in sua causa* é o princípio *nemo potest esse simul ator et iudex* (“nenhum homem pode ser tanto litigante quanto juiz ao mesmo tempo”). Ibid. p. 111.

⁴¹⁰ Ibid. p. 109: "A ubiquitous feature of the administrative state is that agencies combine the functions of rulemaking, prosecution, and adjudication".

⁴¹¹ BLUME, Fred H. *Annotated Justinian Code* (Timothy Kearley ed., 2d ed. 2008) apud VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 107: "*The principle is classically articulated in the Justinian Codex, which includes a provision titled ne quis in sua causa iudicet vel jus sibi dicat or "no one shall be his own judge or decide his own case"*".

⁴¹² Vermeule argumenta que o princípio *nemo iudex* é uma meia verdade enganosa. De fato, algumas instituições deveriam possuir um arranjo que projetasse o princípio *nemo iudex*, mas em outros casos, no entanto, sequer seria recomendado que se prestigiasse o princípio. Na verdade, muitos procedimentos adotados pelas instituições em geral violam, de certa forma, o princípio *nemo iudex*. Agentes públicos, inclusive juízes, defendem suas próprias prerrogativas e privilégios. As instituições com poder decisório podem escolher seus próprios membros, estabelecer seu plano de benefícios, resolver sobre os limites de sua própria jurisdição ou julgar e punir transgressões das regras que elas próprias criaram. VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 108: "*I will argue that the *nemo iudex* principle is a misleading half-truth. Sometimes rulemakers in public law do and should design institutions with a view to the *nemo iudex* principle*".

⁴¹³ Ibid. pp. 108-109.

a) sistemas normativos de organização e funcionamento de tribunais preveem ampla competência para que os próprios juízes determinem as qualificações necessárias para eles mesmos e também as próprias sanções para exoneração dos seus pares;

b) tribunais definem seus próprios salários e benefícios;

c) o presidente da república tem o poder de anistiar pelos crimes cometidos seus colegas de partidos, amigos e familiares;

d) em muitos sistemas de jurisdição, os juízes têm a palavra final sobre seus limites de poder, as prerrogativas e território de jurisdição⁴¹⁴.

O propósito de Vermeule é demonstrar que o princípio *nemo iudex in sua causa* identifica a imparcialidade como um valor institucional, mas não de forma absoluta. É um elemento importante para os desenhos institucionais, mas também existem outros que sob certas condições podem ser mais relevantes⁴¹⁵; portanto, seria uma questão de gerenciamento dos riscos políticos envolvidos nas escolhas entre os valores a ser agregados ao arranjo institucional. A atuação dos agentes em defesa de interesse próprio ou por preconceito a outrem é um risco, mas não o único. O princípio *nemo iudex in sua causa* aparece também nas relações interinstitucionais. A maximização da prevenção contra uma decisão em interesse próprio pode significar que do outro lado da relação se aumentem os riscos quanto ao mesmo desvio na segunda instituição. Em tais casos, o princípio está em conflito consigo mesmo. Uma análise mais ampla do problema considerará os riscos de parcialidade que possam surgir em todos os lados das questões institucionais relevantes e também considerará outros riscos políticos que a maximização na promoção da imparcialidade pode criar ou mesmo amplificar⁴¹⁶.

Como justificação absoluta para a necessidade de um controle judicial sobre os *decisionmakings* de agências é invocado o princípio *nemo iudex*; contudo, a própria gênese do princípio não é consistente com o sentido que lhe é atribuído. *Dr. Bonham's Case* seria o precedente histórico do princípio⁴¹⁷, mas os fatos que o envolveram, na verdade, tinham relação com um conflito de interesses interinstitucionais. Um *College of Physicians* não teria

⁴¹⁴ CARRINGTON, Paul D. *Judicial Independence and Democratic Accountability in Highest State Courts*. Vol. 61. Carolina do Norte, EUA: Duke University School of Law, Law & Contemp. Probs., 1998. pp. 79, 97: “highest state courts in several states have a constitutional power to enact procedural rules for use in inferior courts” apud VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 109.

⁴¹⁵ Ibid. p. 112.

⁴¹⁶ VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 110.

⁴¹⁷ HELMHOLZ, Richard. H. *Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature*. J. Legal Analysis. New York, EUA: Oxford University Press, 2009. p. 325. apud VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 115.

autoridade legal para punir médicos sem licença sob a alegação de que nesse caso seus membros concentrariam os poderes de juízes, acusadores e partes interessadas. Sendo que, atualmente, no Estado Administrativo contemporâneo, conflitos de interesses dessa ordem se tornaram rotina nas relações interinstitucionais entre agências públicas e paraestatais. Caso, de fato, seja emprestado esse sentido amplo ao princípio *nemo iudex*, então parte considerável dos sistemas constitucionais devem ser reformulados⁴¹⁸.

O princípio *nemo iudex*, dependendo da extensão de seu sentido, poderia abranger tanto os casos em que os juízes também são partes litigantes, em um extremo, quanto os casos em que o interesse seria indiretamente pecuniário⁴¹⁹. Diante de algum risco de “conflitos de interesse”, em que um *judicial decisionmaking* seja tendencioso a determinado resultado também poderia ser uma violação do princípio *nemo iudex*.

O custo-benefício de incorporação da imparcialidade também deve ser sopesado⁴²⁰. Muitos outros investimentos importantes seriam sacrificados quando introduzidos mecanismos que previnam com absoluta certeza a possibilidade de uma decisão com parcialidade. Portanto, sob esse aspecto, a questão não é se a imparcialidade em si seria relevante, mas se, considerados outros mecanismos de precaução contra os desvios dos *decisionmakings* para satisfação dos interesses pessoais, seria desejável acrescentar mais precauções. Essa análise, certamente, passa pela avaliação dos benefícios marginais decrescentes diante de custos crescentes em relação a outros valores em *tradeoff* com o grau de imparcialidade buscado pela introdução do novo instrumento. Novos instrumentos de precaução devem ser adicionados apenas até o ponto em que o benefício iguala o custo. A partir desse ponto, a instituição estará assumindo um déficit consigo mesma⁴²¹.

A conclusão que se pode chegar sobre a imparcialidade nos *decisionmakings*, notadamente nas decisões judiciais, remete à análise das estratégias de *satisficing*, *optimizing* e *maximizing*. *Satisficing* é um método de escolha das alternativas até que se

⁴¹⁸ VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 113.

⁴¹⁹ Podemos aqui lembrar que juízes são remunerados pelo orçamento público. Em época de crise fiscal nas contas públicas, alguma decisão judicial contrária à fazenda pública e de elevada repercussão econômica, ainda que a tese esteja firmemente consolidada na jurisprudência, teria uma tendência estratégica de ser evitada ou retardada para um futuro de mais equilíbrio nas contas públicas. Ibid. p. 111: "*There are, however, a variety of ways of extending nemo iudex outward from this situation. For one thing, the principle is often said to apply when judges sit to decide cases in which they have a more or less direct financial interest, even if the judge himself is not also one of the nominal litigants*".

⁴²⁰ Como ilustração, Vermeule explica que em torneios locais de tênis, os árbitros, como um terceiro imparcial, somente atuam nos últimos *sets*. Até então, os próprios atletas é que dizem quando a bola foi dentro ou fora da quadra. A razão principal desse arranjo é que seria muito inviável organizar o torneio tendo que suportar o custo com a contratação de árbitro durante toda a partida de tênis. Ibid. p. 115.

⁴²¹ VERMEULE, Op. cit., nota 418, p. 136: "*If each additional precaution produces diminishing marginal benefits and increasing costs to the other values discussed earlier, precautions should be added just up to the point at which the benefit equals the cost, so that the net benefit is zero*".

encontre alguma suficientemente satisfatória para os fins a que se destina; Em uma escolha *optimizing*, busca-se o ponto em que o benefício marginal esperado se iguala ao custo marginal esperado, momento em que se interrompe o processo decisório e a escolha é realizada; e sob uma abordagem *maximizing*, o *decisionmaker* manterá a busca pela melhor escolha sem compromisso com os custos envolvidos⁴²².

Vermeule entende que deve ser analisado o custo-benefício em se introduzir no arranjo institucional os mecanismos de prevenção da parcialidade dos *decisionmakers*. A conclusão é que a imparcialidade é um valor para ser otimizado, e não maximizado. Em verdade, o que se tem observado na prática das instituições é que, de fato, imparcialidade não vem sendo considerada como um valor absoluto, uma projeção fidedigna do princípio *nemo iudex in sua causa*. Frequentemente, normas de organização das instituições têm prestigiado outros valores⁴²³. O exemplo ilustrativo do torneio de tênis, embora de fato seja muito simples, presta-se ao menos para a compreensão de que é possível se afastar um suposto grau elevado de imparcialidade por uma análise de custo-benefício.

E não apenas no Judiciário⁴²⁴, os sistemas processuais vêm robustecendo as instâncias julgadoras sem que se analise o custo-benefício com a criação de novos mecanismos de prevenção de parcialidade e, após sua implementação, a sua efetividade. Os julgamentos produzidos pelas instâncias evidenciam muito mais uma substituição pura entre si de entendimentos do que algum efeito epistêmico agregado ao processo.

2.5 Síntese conclusiva

Todos nós somos sofremos influências de aspectos externos ao campo da racionalidade. Nos *judicial decisionmakings*, junto com a razão, co-participam fatores relacionados à psicologia comportamental (heurísticas, vieses e aversões) e aspectos

⁴²² Herbert A. Simon. *Theories of Bounded Rationality*. Decision e Organization. North-Holland Publishing Company, 1972. p. 168. Adrian Vermeule. *Three Strategies of Interpretation*. San Diego: L. Rev, 2005. pp. 607, 608 e 621. Disponível em: <http://heinonline.org>.

⁴²³ VERMEULE, Adrian. Op. cit. p. 107: "Yet I will suggest that as a normative matter, impartiality is a good to be optimized, not maximized; and as a positive matter, U.S. constitutional law surprisingly often abandons the ideal of impartiality in favor of other goods".

⁴²⁴ No processo administrativo de determinação e de exigência de créditos tributários da União, existem três instâncias para reexames dos créditos tributários e mais uma para aprovação de súmula. BRASIL. Decreto nº 7.574, de 29/09/2011. Regulamenta o processo de determinação e de exigência de créditos tributários da União. artigos 61 a 77. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: "Art. 67. *Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF*".

institucionais não normativos (ideologias, política, preconceitos, antipatias, preferências, incentivos, reputação, interesses, constrangimentos, dentre outros).

Como consequência, as decisões não podem ser consideradas completamente racionais, notadamente as decisões judiciais. Em maior ou menor grau, esses aspectos das duas dimensões, individual e institucional, estarão presentes. A questão é de avaliação do grau de conteúdo não racionais incorporado em cada decisão pelo *decisionmaker*.

Em muitas áreas de conhecimento são realizadas escolhas e decisões inesperadas, pouco convincentes e aparentemente incoerentes com as regras conhecidas de regência. O que não compreendemos na verdade é que decisões dessa natureza não são formadas em um *decisionmaking* exclusivamente ocupado por reflexões racionais, pelo Sistema 2 (reflexivo, racional, controlado, consciente, demanda esforço mental, opera com lentidão e dedutivo). O Sistema 1 (automático, descontrolado, intuitivo, inconsciente e associativo) também é natural a esse processo cognitivo⁴²⁵. E na dimensão institucional, todos nós temos preferências, preconceitos, inclinações e interesses que não podem ser, absolutamente, segregados do *decisionmakings*. O cenário ou ambiente de decisão não ocorrem em um vácuo institucional. Uma decisão incorpora vários desses aspectos a um só tempo, as vezes em grau elevado, outras, não.

Quando decisões são tomadas por um grupo deliberativo, outros fatores também poderão influenciar o comportamento dos membros *decisionmakers*. Efeitos cascatas⁴²⁶ (muito comuns em tribunais) e formação de *groupthinks*⁴²⁷ são os mais comuns. As consequências podem ser drásticas, a ponto de a decisão produzida em grupo possuir menor grau de racionalidade do que se houvesse sido tomada por um único membro do grupo, individualmente. Experimentos demonstraram uma tendência ao extremismo. A posição

⁴²⁵ Uma análise detalhada dos métodos cognitivos foi apresentada no capítulo 1, item 1.2.1 “*Os dois sistemas da mente e seus métodos de decisão*”. KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. *Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgment in Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (Thomas Gilovich, Dale Griffin, Daniel Kahneman. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002). p. 49; Daniel Kahneman. “*Thinking, Fast and Slow*”. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 24: “System 1 continuously generates . . . impressions, intuitions, intentions, and feelings”.

⁴²⁶ O julgadores tendem a seguir o entendimento do antecessor em respeito à reputação positiva que desfruta junto a seus pares, evitando-se reprovações ou constrangimentos ou pela crença em que as informações obtidas pelo antecessor foram suficientes para conferir um grau de certeza razoável no acerto da decisão manifestada e não valeria o custo-benefício em se buscar novas informações. VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 171, 156.

⁴²⁷ JANIS, Irving. *Victims of Groupthink*. Boston: Houghton Mifflin, 1972, p. 9: “um modo de pensar que as pessoas adotam quando estão profundamente envolvidas em um grupo coeso (a coesão do grupo se intensifica quando presente uma forte liderança⁴²⁷) e, assim, os esforços dos membros pela unanimidade se sobrepõem à sua motivação para avaliar realisticamente cursos alternativos de ação”.

assumida pelo grupo após algum tempo de deliberação se tornou mais próximo aos extremos do que a posição anterior de cada membro (“polarização de grupo”)⁴²⁸.

A constatação de que os *decisionmakings* em geral operam apenas em racionalidade limitada (*bounded rationality*), naturalmente, aplica-se aos processos decisórios judiciais. A discrepância entre o normativo de funcionamento dos tribunais e como realmente julgam denuncia uma racionalidade de juízes meramente relativa. E, conseqüentemente, neutralidade e imparcialidade, como valores decorrentes de um pressuposto pautado na razão, também somente gradativamente estarão presentes nas decisões judiciais. De fato, neutralidade e imparcialidade não são valores absolutos nos *judicial decisionmakings*. A neutralidade não pode ser exigida em sua plenitude, mas apenas no grau determinado para os fins a que se destina determinado *decisionmakings*. De acordo com o desenho institucional através do qual o juiz exerce suas atribuições e seu comportamento como resposta aos variados estímulos, o grau de neutralidade na formação das decisões será maior ou menor⁴²⁹.

Nossa conclusão mais importante extraída das pesquisas sobre o comportamento de juízes é a relativização da neutralidade e da imparcialidade e, a partir dela, propor uma redistribuição de competências que seja “descolada” do dogma do absolutismo da jurisdição pelos tribunais. O grau verdadeiro de autonomia dos juízes, muito menor do que o “narcisismo dos tribunais” anuncia, não justifica que sejam a “palavra final” para todas as questões. Deve-se abrir um debate para uma nova distribuição normativa de competências entre as instâncias judicial e administrativa, a fim de que os julgamentos alcancem o maior grau possível de correção e justiça. Muitas questões deduzidas em juízo demandam elevado

⁴²⁸ Um dos experimentos citados no item anterior 2.3.2 exemplificam a tendência a posições mais extremas após a deliberação. A conclusão no experimento foi que os participantes de grupos da cidade de Boulder se mostraram muito mais liberais do que eram antes da deliberação e os participantes de Colorado Springs, muito mais conservadores. SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. posição, 1003. SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Four Failures Of Deliberating Groups*. John M. Olin Law & Economics Working Paper, 401. Chicago: Public Law and Legal Theory Working Paper Series, 2008. p. 2.

⁴²⁹ Uma análise detalhada de racionalidade limitada foi apresentada no capítulo 1, item 1.3 “Escolhas racionais limitadas: teorias de *bounded rationality*”. Fazemos aqui uma associação entre neutralidade e racionalidade. Numa decisão propriamente neutra prevalecerá a razão, sem interferências de elementos próprios ao sistema cognitivo emocional, Sistema 1: heurísticas, vieses e aversões. Como consequência da ausência de plena neutralidade, divergindo de Barroso, não vislumbramos a possibilidade da existência de imparcialidade e impessoalidade absolutas. A premissa maior da impossibilidade de neutralidade em sua plenitude, naturalmente, arrasta no mesmo sentido as suas projeções: atuação equitativa, neutra (imparcialidade) e equidistante das partes litigantes (impessoalidade). Conseqüentemente, imparcialidade e impessoalidade somente existem numa escala de gradação. Essa desvinculação observada por Barroso talvez seja decorrência do incômodo em se admitir que as decisões judiciais não têm grau absoluto de imparcialidade e impessoalidade Terry A. Maroney. *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion*. Vol. 99 No. 2. California: California Law Review, 2011. p. 631: “to call a judge emotional is a stinging insult, signifying a failure of discipline, impartiality, and reason”. Por serem estruturais nos *judicial decisionmakings*, relativizá-las, em certa medida, descredencia o Judiciário como remanescente de uma “reserva institucional” dotada da capacidade de promover uma “justiça cega”.

conhecimento técnico, mas os tribunais têm uma tendência para enfrentá-las com abordagem generalista. Assim, nada mais natural que sejam confiadas àquelas com capacidade institucional para melhor promover segurança jurídica, prevenção de conflitos, transparência, legitimidade democrática e eficiência - órgãos-agências das instâncias administrativas.

CAPÍTULO 3

A dimensão institucional dos *decisionmakings*: teoria das escolhas de interpretação (interpretive choice) no Estado Administrativo (Administrative State) e a deferência aos órgãos-agências⁴³⁰

3.1. Considerações iniciais

Nos capítulos anteriores procuramos demonstrar que nos *decisionmakings* em geral, a racionalidade somente pode ser constatada de forma relativa. Como decorrência de uma racionalidade limitada, *bounded rationality*, os *decisionmakers* são afetados por aspectos emocionais, concepções políticas, ideologia, religião, incentivos, restrições, interesses e outros fatores não normativos, que precisam ser admitidos pelas instituições como parte natural do exercício de suas competências normatizadas. Do contrário, continuaremos sem encontrar uma resposta sincera para a dissonância comumente constatada entre o comportamento idealizado para os juízes e a realidade nos tribunais.

Nos estudos empíricos realizados nos tribunais, compostos que são por juízes de "carne e osso", o comportamento somente se explica quando se trazem para a análise os fatores prático-institucionais. À luz da descrição normativa de funcionamento e das decisões que produzem, eles poderiam ser considerados "tribunais lotéricos"⁴³¹, muito distantes da racionalidade que lhes teria sido idealmente atribuída em sua função epistemológica de produzir resultados neutros e virtuosos, livres de influências outras que não seja a razão⁴³².

Quando consideramos a racionalidade limitada de juízes, consequência de fatores da dimensão individual (heurísticas, vieses e aversões) e da dimensão institucional (conteúdo emocional, inclinação política, efeitos cascatas, *groupthink* e *many-minds*), capítulos 1 e 2,

⁴³⁰ A ideia subjacente à teoria do Estado Administrativo é a discussão sobre os limites da revisão judicial das decisões proferidas pelas agências norte-americanas. No Brasil, em sua estrutura estatal organizacional, o que mais delas se aproximam são as agências reguladoras. Também alguns órgãos técnicos exercem *expertises* com autonomia e complexidade mesmo não sendo formalmente agências; daí termos adotado a expressão órgão-agência. Quanto à possibilidade de deferência independentemente da natureza jurídica de agência, no caso *United State v. Mead Corp.*, embora a Suprema Corte Norte-Americana não a tenha reconhecido para as decisões do serviço de aduana norte-americano, por ausência de delegação do Congresso, os fundamentos adotados possibilitariam a deferência caso se tratassem de decisões do *Internal Revenue Service – IRS*, precedidas que são de consulta pública (*notice-and-comment*). 533 U.S. 218 (2001). SILVA JUNIOR, Eurico Moreira da. *United States v. Mead Corp.: A deferência judicial aos atos administrativos sem força de lei*. In: SCOTUS A Suprema Corte Norte Americana e o Estado Administrativo: Precedentes Seleccionados. Antônio Guimarães Sepúlveda, Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha e Igor de Lazari Barbosa Carneiro (organizadores). Rio de Janeiro: Letaci, 2019. p. 105.

⁴³¹ Refiro-me a imprevisibilidade das decisões produzidas pelos tribunais à luz da neutralidade e da imparcialidade como cânones do comportamento de juízes.

⁴³² O sentido aqui adotado de racionalidade é o epistemológico, com adoção de critérios universais para caracterização de uma decisão como racional, ou seja, aculturais e invariáveis. JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996. p. 228.

respectivamente, acabamos também por relativizar as duas características decorrentes do comportamento racional no âmbito dos tribunais: a neutralidade e a imparcialidade.

Este *capítulo 3* discorre sobre a principal função do juiz: a interpretação aplicativa. Contudo, nossa abordagem escapa das teorias abrangentes. Nosso estudo é voltado para a persuasão quanto a relevância dos aspectos institucionais, portanto não normativos, nas escolhas do intérprete. Quando diante de opções possíveis para um determinado sistema jurídico, o intérprete deverá considerar os efeitos sistêmicos e dinâmicos de sua decisão⁴³³.

Nos tribunais, para a integridade e coerência do sistema de justiça, a jurisprudência deve manter certa estabilidade. Em todas as instâncias, ainda que ordinariamente as decisões judiciais sejam aplicadas às partes do processo, o juiz tem o dever de aplicá-las a todos os casos idênticos que lhe sejam submetidos. Com o aumento de demandas repetitivas, dada a escassez de recursos e a possibilidade de efeitos imprevisíveis, as decisões judiciais quando não uniformes podem inviabilizar outros valores e interesses caros para a sociedade.

Essa preocupação com os efeitos sistêmicos e dinâmicos das decisões judiciais foi considerada na formulação do princípio jurídico da *reserva do possível*. Foi uma solução encontrada pelo sistema jurídico alemão com a ponderação entre um justo direito pleiteado pelos estudantes ao ingresso no curso de medicina de universidade pública e a capacidade financeira do Estado em disponibilizar vagas para os estudantes. O Tribunal Constitucional Federal fundamentou no julgamento que o direito de escolha e exercício da profissão médica, a exigir a formação universitária, seria efetivado dentro da *reserva do possível*, ou seja, as vagas disponibilizadas seriam limitadas ao que razoavelmente seria justo de se exigir do Estado, surgindo a partir daí a decisão conhecida como “*numerus clausus*”⁴³⁴.

Alguns outros movimentos surgiram nos sistemas jurídicos como instrumento de prevenção ao risco. A doutrina anglo-saxônica da “argumentação consequencialista”

⁴³³ São aspectos institucionais com repercussões previsíveis e imprevisíveis de toda ordem (social, econômica e política) e que atuam entre si ou para si mesmas, remodelando a relação democrática com os cidadãos. Numa visão sistêmica, os elementos interagem entre si. O sistema não corresponde, portanto, a soma das partes. Os efeitos precisam ser vislumbrados numa análise integrada de todos os elementos, não sendo suficiente examiná-los sem considerar as interações. O desafio é enorme e inexiste um método completamente confiável quanto ao melhor resultado. Por essa razão, a satisfação com uma segunda melhor opção (*second best choice*), numa visão completa, pode ser mais adequada do que uma estratégia maximizadora pelos recursos necessários a uma abstrata primeira melhor opção (*first best choice*). Este fenômeno é o desafio da teoria institucional e constitui objeto de estudo nos *decision makings*. Sunstein e Vermeule trazem essa noção de efeitos sistêmicos ao longo de *Interpretation and Institutions*. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 156. Chicago: University of Chicago Law School, 2002. Também nesse sentido, de forma mais dirigida: VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. pp. 154-155. Nesse capítulo também abordaremos as estratégias de escolhas pelo *decisionmaker* quanto a escolha de interpretação das prescrições legais.

⁴³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 289.

incorpora a preocupação com os efeitos pragmáticos das decisões judiciais, o dirigismo dos *decisionmakings* para as consequências práticas externas ao sistema jurídico⁴³⁵.

No Brasil, com a mesma preocupação com os efeitos mais amplos e as repercussões concretas que possam advir das decisões judiciais em controle abstrato de constitucionalidade, fez com que fosse introduzido no ordenamento jurídico o instituto da modulação de efeitos⁴³⁶. Sob alegação de supostas razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, o Supremo Tribunal Federal poderá restringir os efeitos da decisão ou decidir que ela só tenha eficácia *ex nunc* (efeitos prospectivos) ou modulação temporal.

Essa tendência de normatização dos efeitos sistêmicos e dinâmicos das decisões judiciais não me parece nenhuma "disritmia" dos sistemas jurídicos, muito pelo contrário. Desde muito tempo *judicial decisionmakings* consideram aspectos não formais, estranhos ao direito, na formação da jurisprudência. Essa incorporação ao ordenamento jurídico traz mais "sinceridade" aos tribunais. Quando juízes passam a admitir a racionalidade limitada de suas decisões e um comportamento normal de uma pessoa comum, as decisões se tornam menos imprevisíveis. A atuação estratégica das partes interessadas também poderá se amoldar à realidade: juízes não julgam apenas com o direito.

Independentemente das influências não normativas para a decisão, ela foi tomada e pode ser conhecida por todos. De seus fundamentos se compreende linha de pensamento, entendimentos e preferências do juiz, o que naturalmente confere a esperada previsibilidade das decisões futuras. Seria muito mais injustificável uma nova decisão com outra interpretação da regra jurídica diferente da adotada do que, no caso, deixar de aplicar o princípio que tenha fundamentado um precedente. Decisões fundamentadas apenas em princípios serão sempre suspeitas de ilegitimidade.

Nossa proposta nesse capítulo é demonstrar que os efeitos sistêmicos e dinâmicos não devem ser considerados estranhos aos *decisionmakings*, mas como um elemento que o integra juntamente com as heurísticas, os vieses, as aversões, o emocional, a ideologia e a inclinação política do juiz⁴³⁷. Com consequência, temos como "ponto de chegada" a

⁴³⁵ TORRES, Heleno Taveira. *Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial*. Consultor Jurídico. São Paulo, SP em 18/07/2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 15/07/2019.

⁴³⁶ BRASIL. Lei nº 9.868, de 10/11/99. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União de 11/11/1999: "Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

⁴³⁷ Esses aspectos dos *decision makings* foram abordados nos capítulos 1 e 2.

verificação, de acordo com a capacidade dos *decisionmakers*, de quais instituições estariam mais preparadas para decidir nesse cenário de incerteza, notadamente em questões complexas⁴³⁸.

Nossa pesquisa é voltada para a interpretação aplicativa no dia-a-dia dos tribunais, de forma prática; portanto, o estudo das teorias de interpretação será abordado apenas como meio de demonstração do comportamento judicial. Uma maior aproximação do juiz ao formalismo ou uma tendência ao papel construtivista ou prospectivo da interpretação judicial tem relevância para uma explicação sobre a relação direta entre capacidade institucional dos tribunais e o comportamento de seus membros diante dos casos mais complexos que lhes são submetidos para julgamento. Tanto a escolha pelo formalismo pode frustrar direitos quanto uma interpretação mais prospectiva pode impor violações a esses mesmos direitos. Para a análise institucional que faremos, a questão não é a interpretação ser boa ou ruim, mas ser a possível e mais adequada de acordo com todos os reflexos sistêmicos e dinâmicos possíveis de serem previstos.

Nos dois capítulos anteriores cuidamos de demonstrar a racionalidade limitada das decisões judiciais, *bounded rationality* em *judicial decisionmakings*, através das dimensões individual e institucional. A primeira teve por base os estudos na área de psicologia comportamental e nas pesquisas desenvolvidas pelo neurocientista português Antonio Rosa Damasio⁴³⁹; e a segunda, as pesquisas sobre os fenômenos de influência nos *judicial decisionmakings*, especialmente os efeitos cascata e *groupthink*, a inclinação política, interesses, incentivos e constringências.

Neste capítulo, atendida a demonstração de que os *judicial decisionmakings* não se operam com a racionalidade anunciada normativamente pelo sistema judicial, aqui e alhures, nossa proposta é demonstrar que pelo grau moderado de racionalidade na atuação de nossos tribunais, o que, por consequência, também tornam mitigadas a neutralidade e imparcialidade dos juízes, melhor seria reconhecer uma maior deferência às instituições com mais capacidade para solucionar casos de elevada especialização e alto risco de efeitos sistêmicos e dinâmicos. Como veremos, a capacidade institucional mais adequada para esses

⁴³⁸ Quando ingressamos na fase aplicativa das teorias da decisão, os dois últimos capítulos cuidarão de demonstrar a adequação da deferência às instâncias administrativas de encontrar solução para as questões tributárias. O cenário de incerteza é decorrente da complexidade do sistema tributário e da dinâmica evolutiva das relações jurídico-econômicas.

⁴³⁹ DAMASIO, Antonio Rosa. *Descartes's error: Emotion, reason and the human brain*. New York: Grosset/Putnam, 1994. pp: 23-29. DAMASIO, Antonio Rosa; TRANEL, Daniel & DAMASIO, Hanna. C. *Individuals with sociopathic behavior caused by frontal damage fail to respond autonomically to social stimuli*. Maryland: Behavioural Brain Research, 1990. pp. 41, 81-94. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/2288668>.

casos de incerteza será encontrada em certos órgãos administrativos de elevado *expertise* e não em tribunais generalistas⁴⁴⁰.

Os estudos críticos, analíticos e empíricos sobre o comportamento do indivíduo examinado isoladamente bem como em sua dimensão institucional, como membro da corporação, apontam que as escolhas sobre a interpretação jurídica se operam de forma muito mais dinâmica, sincera e viva do que na visão, atualmente ainda prevalente em nossa dogmática, de que as opções seriam binárias: de um lado, interpretações inspiradas no formalismo e de outro, na interpretação construtiva ou criativa. Na visão sistêmica institucional, compreende-se plenamente a presença de fatores não normativos de influência no comportamento das instituições e seus agentes para os *decisionmakings* de suas competências⁴⁴¹, fixadas fielmente de acordo suas capacidades. O desenhista institucional se ocupará de arquiteturas de escolhas que efetiva e realisticamente proporcione às instituições os melhores resultados.

Assim, na sequência, o capítulo também ingressa na concepção norte-americana de um "Estado Administrativo" de valorização da competência regulatória das agências para demonstrar a necessidade de reposicionamento da administração pública diante da hegemonia do poder decisório de nossos tribunais. A validade de nossa conclusão cinge-se às questões que demandam grau elevado de *expertise*. Também é justificativa para que os *administrative decisionmakings* a necessidade de interpretação das prescrições normativas, repletas de obscuridades e omissões na legislação, o que demanda por *decisionmakers* com elevado grau de especialização para compreender os efeitos sistêmicos e dinâmicos de decisões.

Em seu exaustivo estudo nesse sentido, entre outras obras de sua autoria, Vermeule traz em "Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation"⁴⁴² a necessidade de que os *decisionmakings* levem em consideração a capacidade institucional do *decisionmaker*, os efeitos sistêmicos, custo-benefício, irreversibilidade dos efeitos negativos e disponibilidade de tempo para obtenção das informações relevantes à decisão.

⁴⁴⁰ Os dois últimos capítulos têm função aplicativa das teorias desenvolvidas na Parte I para demonstrar a adequação da deferência às instâncias administrativas de encontrar solução para as questões tributárias, o que se justifica pela complexidade do sistema tributário e da dinâmica evolutiva das relações jurídico-econômicas.

⁴⁴¹ As influências informais sobre os *decisionmakers* são apenas "coadjuvantes" das regras formais. Fazem toda a diferença quando observamos que da observância das mesmas regras são gerados resultados diferentes, muitas das vezes em sentido diametralmente opostos. NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (Political Economy of Institutions and Decisions). Cambridge: Cambridge University Press, 1990. Kindle Edition. p. 36: "That the informal constraints are important in themselves (and not simply as appendages to formal rules) can be observed from the evidence that the same formal rules and/or constitutions imposed on different societies produce different outcomes".

⁴⁴² VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. pp. 154-155.

Uma das limitações para uma decisão racional é a incapacidade natural para se obter todas as informações necessárias em um *decisionmaking*. Nos casos mais complexos, envolvendo conhecimentos que vão muito além das soluções normativas, é necessário que a instituição instada a produzir uma decisão detenha *expertise* e experiência para compreender os reflexos sistêmicos prováveis, as limitações e o custo-benefício. Quando consideramos a racionalidade limitada e todos os aspectos institucionais das decisões, passamos a compreender que o nível de segurança e correção normalmente atribuídos aos *judicial decisionmakings* estão longe do que se anuncia, a realidade é outra. Não teremos uma decisão completa como se esperaria das decisões em primeiro plano, *first order decision*⁴⁴³. O reconhecimento que as teorias de interpretação não sejam suficientes para uma solução adequada e segura nos casos mais complexos, parte-se para uma decisão de segunda ordem, *second order decision*, exercida de acordo com a capacidade institucional do *decisionmaker* e sensível aos efeitos sistêmicos e dinâmicos da decisão⁴⁴⁴.

Diante das incertezas, as decisões se deslocam para o *second order*. A análise e escolha da interpretação a ser adotada não se resolve apenas com teoria. Os *decisionmakings* passam a exigir uma capacidade institucional que não se esgota no conhecimento jurídico. As bancas de *experts* em áreas técnicas se tornam necessárias para uma avaliação mais completa dos riscos e seus efeitos.

Assim, essa parte do trabalho também procura explicar os estudos que foram reunidos sob a denominação de *Administrative State*. A ideia subjacente às teorias desenvolvidas enfatiza a relevância das agências norte-americanas⁴⁴⁵ e a discussão sobre os limites da revisão judicial de suas decisões⁴⁴⁶. Para nós aqui interessa identificar em nossa administração pública brasileira pontos convergentes às características dessas agências, a fim

⁴⁴³ Como *first order decision* se compreende a aplicação pura da teoria da interpretação sem que a análise em questão considere a capacidade institucional e os efeitos sistêmicos, o que constitui um grande equívoco conceitual. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 156. Chicago: University of Chicago Law School, 2002. p. 18.

⁴⁴⁴ SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-Order Decisions*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 57. Chicago: University of Chicago Law School, 1998. p. 3: "*Thus people (and institutions) might be said to make a second-order decision when they choose one from among several possible second-order strategies for minimizing the burdens of, and risk of error in, first-order decisions*".

⁴⁴⁵ Referimo-nos aqui as agências norte-americanas, onde se desenvolveram os principais estudos nessa área. No Brasil, em sua estrutura estatal organizacional, o que mais delas se aproximam são as agências reguladoras. Além delas, alguns órgãos técnicos exercem *expertises* com autonomia e complexidade independentemente de sua natureza jurídica.

⁴⁴⁶ A relevância da teoria reside no aspecto material e procedimental. Sendo o último uma consequência do primeiro. A maior capacidade institucional das agências para solucionarem questões técnicas complexas faz com que as revisões judiciais dessas decisões se atenham ao exame da legalidade e razoabilidade a fim de se afastarem decisões arbitrárias. VERMEULE, Adrian. *Law's abnegation: from law's empire to the administrative state*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016. p. 89: "*courts [...] should defer to reasonable agency decisions about the design of procedural arrangements, reviewing the agency's choices for arbitrariness, but not correctness*".

analisar sua aplicação à nossa realidade. Uma vez apresentadas as teorias de *interpretive choice*⁴⁴⁷ e *administrative state*, veremos que para as questões técnicas complexas é plenamente viável que se reconheça uma maior deferência decisória aos órgãos-agência especializados.

3.2 A interpretação judicial sob influência dos aspectos não normativos

3.2.1 A relação direta entre a liberdade criativa para construção da norma jurídica a partir de imprecisões das prescrições legais e a influência dos aspectos não normativos nos *judicial decisionmakings*

Durante muito tempo se alimentou a crença na suficiência textual para a compreensão das prescrições normativas. E mesmo nos dias atuais não se pode assegurar com certeza a superação do fanatismo pela fidelidade entre linguagem e norma. Sejam pelos olhos do otimista ou do realista, não se pode afirmar que os textos legais sejam de sentido preciso para todos, inclusive para aqueles que os interpretam em seu dia-a-dia, como os juízes. A questão que se coloca não tem relação com a melhor doutrina de interpretação, mas como e porque se escolhe uma interpretação dentre outras possibilidades. Nos *judicial decisionmakings* as escolhas não se operam apenas no campo do direito, muitos aspectos não normativos influenciarão por uma ou outra interpretação⁴⁴⁸. Diante da insuficiência textual para a precisa compreensão das prescrições normativas, o juiz será mais ou menos criativo por uma série de razões, motivações, interesses e limitações. A autolimitação por uma interpretação mais formalista pode ser tão estratégica quanto a prerrogativa por uma escolha criativa para atender interesse próprio.

⁴⁴⁷ *Interpretive Choice* é o exercício de uma escolha, dentro dos meios possíveis, para alcançar finalidades estipuladas. VERMEULE, Adrian. *Interpretive Choice*. Vol. 75:74. New York, USA: N.Y.U. Law Review, 2000. p. 76. *Interpretive Choice* é um exercício de escolha a qual se refere a jurisprudência como "razão prática", os fins justificariam os meios. Em outra passagem do mesmo texto, Vermeule define *interpretive choice* como um processo através do qual o intérprete escolhe em sua conclusão sobre o caso em exame uma dentre as doutrinas de interpretação. Ibid. p. 82: "*Interpretive choice is the process by which interpreters holding various high-level theories of interpretive authority arrive at conclusions about these kinds of doctrinal questions*". WELLMAN, Vincent A. *Practical Reasoning and Judicial Justification: Toward an Adequate Theory*, Vol. 57. Colorado, USA: University of Colorado Law Review, 1985. pp. 45, 87: "*interpretive choice is an exercise in what jurists refer to as "practical reasoning" - reasoning "from ends to means"*". Disponível em: <https://digitalcommons.wayne.edu/lawfrp/163>. POSNER, Richard A. *The Jurisprudence of Skepticism*. Vol. 86. Michigan Law Review. Chicago: University of Chicago Law School, 1998. p. 827, 852-859. Disponível em:

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2889&context=journal_articles.

⁴⁴⁸ Em diversos casos, os juízes não têm tempo, informação ou conhecimento técnico para decidir. Essa realidade é intensificada quando consideramos os elementos não normativos. GOLDBERG, Daniel. *O controle de políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito*. In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da. (Orgs.). *Regulação e Concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência*. Rio de Janeiro: Ipea, 2007. p. 55.

Embora este trabalho não seja um estudo das doutrinas de interpretação, merece aqui situá-las ao longo do desenvolvimento dos sistemas jurídicos para que se compreenda que a discussão atravessa séculos e com ela a preocupação com o comportamento de juízes na escolha do sentido para as prescrições normativas de seu tempo.

É recorrente na dogmática jurídica a compreensão das concepções interpretativas de acordo com momentos históricos. Do positivismo-formalista no Século XVIII à interpretação como um ato de vontade com poder criativo da norma⁴⁴⁹ transcorreram dois séculos. Esse posicionamento no tempo das teorias-mãe⁴⁵⁰ de interpretação não deixa de ser verdadeiro, mas não completamente. De fato, à época em que promulgado o Código Prussiano, 1794, nossa sociedade não possuía o grau de complexidade de hoje, seja qual fato da vida observemos: a evolução tecnológica e os riscos a ela atribuídos, pela sua notoriedade, dispensaria maiores comentários, mas acredito que a evolução sociocultural tenha sido o mais importante desafio para a pretensa previsibilidade normativo-prescritiva dos formalistas.

Em nosso Século XXI ninguém ousaria, como tentou o Imperador Frederico "O Grande" (Friedrich Wilhelm II), encapsular todos os atos e fatos atuais e futuros nos textos legais⁴⁵¹. Embora tenta aqui enfatizado a complexidade na dinâmica de nossa sociedade contemporânea, penso que desde sempre e para sempre os textos de qualquer natureza e finalidade estavam e estarão, em graus diferentes com suas características, sujeitos a interpretações díspares. A indeterminação é inerente à linguagem. As expressões absolutamente determinadas são muito raras no Direito (na verdade, não apenas nos textos

⁴⁴⁹ Ronald Dworkin e Robert Alexy são dois importantes jusfilósofos representantes do pensamento no poder criativo do intérprete. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁴⁵⁰ A expressão se deve à adoção ao longo de tempo de variações dessas duas grandes concepções, com características que se aproximam em grau próprio de uma ou outra, posicionadas nos extremos. É o caso dos principais positivistas do Século XX, como Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart, que admitiam a função criativa do juiz dentro dos contornos de uma "moldura legal"; portanto, embora ainda contidamente, o texto da lei seria suscetível de interpretação para, no caso concreto, construir-se a norma aplicável. Seria como um pintor limitado a reproduzir na tela apenas o objeto diante de si, impedido que está de se deixar levar pela imaginação. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 139.

⁴⁵¹ Quando promulgado em 1794, o Código Prussiano continha quase 20.000 artigos. Com inspiração juraracionalista no "Espírito das Leis" de Montesquieu ("o juiz é a boca da lei"), a intenção do Imperador Frederico "O Grande" (Friedrich Wilhelm II) era regular todas as situações fáticas, por mais específicas que fossem, atingindo-se o máximo nível de detalhamento, de forma que fosse à prova de interpretação. O juiz que ousasse interpretar o Código incidiria na "grande ira" de Frederico e seria severamente castigado. RADBRUCH, Gustav. *O Espírito do Direito Inglês e a Jurisprudência Angloamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 47: "*Montesquieu exige que as sentenças não sejam mais do que um texto preciso da lei, de forma que o juiz não iria necessitar, na sua atividade, mais do que seus olhos. Ele exige do juiz que seja nada além do que "a boca" que repete o teor da lei, chamando-o, por isso, de um ser destituído de alma...*". MERRYMAN, John Henry e PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*. Stanford: Stanford University Press, 2007. p. 39: "*O juiz que cásse na tentação de interpretar o Código incidiria na "grande ira" de Frederico e sofreria severo castigo*".

prescritivos prevalece a indeterminação), restringem-se, a rigor, aos valores numéricos (medidas de tempo, distância, área, massa etc)⁴⁵². E essa insegurança do ponto de vista da previsibilidade na aplicação do texto legal sempre existiu. Assim não fosse, Imperador Frederico ou Napoleão não se ocupariam em escrever seus extensos códigos como forma de detalhadamente regular todos os acontecimentos da vida em sociedade, acreditando que assim impediria qualquer aplicação criativa do juiz.

Atravessamos séculos, mas ainda reverenciamos a dogmática histórica da supervalorização da atividade legislativa, com sua suposta capacidade de fechamento conceitual para a garantia de uma segurança jurídica virtualmente absoluta. Correntes teóricas mais recentes, contudo, puseram tal noção em xeque, reconhecendo que (i) a inevitável indeterminação conceitual e (ii) a natureza eminentemente criativa da interpretação inviabiliza a pretensão de segurança centrada apenas na lei, de modo que a segurança jurídica deve ser alcançada não só no texto legal, mas igualmente – ou talvez até principalmente – no momento de interpretação/aplicação das prescrições legais.

A subjetividade é inerente à interpretação. Ainda que determinada expressão de um texto não possa ser caracterizada como indeterminada ou genérica, haverá possibilidades para mais de uma interpretação. Como adverte Alejandro M. Ghigliani, as palavras são essencialmente vagas e muitas, ambíguas⁴⁵³. E é nesse cenário de incerteza que o juiz exercerá a jurisdição. Em algum grau será inevitável a interpretação criativa. A questão que se apresenta não é em absoluto desvirtuada. As interpretações-decisões não se operam no vácuo institucional. Juízes são de "carne e osso", possuem ideologia, preconceitos, vieses, interesses e também se submetem a constrições e limites cognitivos.

Em seu estudo de teoria e metateoria do Direito, Riccardo Guastini⁴⁵⁴ discorre sobre os tipos de interpretações. De acordo com as características do intérprete haveria as "interpretações-conhecimento" e as "interpretações-decisão". Na primeira, imagináramos um jurista teórico completamente desinteressado limitado a descrever de que modo se entenderia uma expressão empregada pelo legislador, ou deduzir de que modo o legislador teria entendido essa expressão, ou descrever de que modo tem sido ou será interpretada a expressão pelos juízes e juristas. Nas interpretações-decisão, ao contrário e muito mais

⁴⁵² ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. pp. 208-210.

⁴⁵³ GUIBOURG, Ricardo A., GHIGLIANI, Alejandro M. e GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2004. p. 51.

⁴⁵⁴ GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo – estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999. p. 203.

realística, atribui-se determinado significado a uma expressão com preferência sobre os outros. É este último o método da interpretação judicial.

Diferentemente das "interpretações-conhecimento" pelo jurista teórico completamente desinteressado, as interpretações adotadas em *judicial decisionmakings* são verdadeiros atos de vontade, uma escolha. Kelsen reconhece que a escolha da interpretação sofre várias influências externas ao direito, como os demais atos decisórios de vontade. Qualquer atividade cognitiva do órgão aplicador do direito não compreenderá somente um conhecimento do direito, mas também de normas de moral, justiça e outros aspectos estranhos ao direito. Sempre haveria um ato de vontade na interpretação, combinado com um elemento jurídico-cognitivo na determinação dos limites possíveis dessa interpretação autêntica⁴⁵⁵.

Por certo, quanto maior a fluidez dos enunciados jurídicos também maior serão as possibilidades da vontade do juiz. É principalmente no escopo dessa maior abertura para interpretações que surgem as doutrinas da liberdade criativa dos juízes, opostas à concepção normativista de que a função dos juízes se limitaria a “dizer o direito”⁴⁵⁶. Contudo, mesmo nas escolhas mais restritas ao texto da prescrição normativa, o intérprete é guiado por valorações que o conduzem a um ato de vontade, de decisão.

As normas jurídicas são aplicadas aos fatos da vida, à vida real, em sua complexidade natural, com sua dinâmica do imprevisível. Daí, principalmente em casos mais complexos, é razoável que a decisão não se limite ao ato cognitivo de descoberta dos valores que inspiraram a atividade legislativa, em uma postura completamente descritiva, estática e histórica. Assim, para uma concepção mais criativa, a interpretação seria uma atividade de construção da norma individual, em concreto, de acordo com todas as características do fato jurídico.

⁴⁵⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 393-395: "Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicados do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica. A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria o Direito".

⁴⁵⁶ HASSEMER, Winfried. *Sistema jurídico e codificação. A vinculação do juiz à lei*. In: KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 283: "No entanto a idéia de que o veredicto judicial decorreria, inequivocadamente, da norma codificada foi, entretanto, superada. Ela deu lugar ao reconhecimento de que o juiz cria direito". ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10ª Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. p. 207-208: [...] os juízes e os funcionários da administração não descobrem e fundamentam suas decisões tão somente através da subsunção a conceitos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e agir de um modo semelhante ao do legislador. E assim continuará a ser no futuro. Será sempre questão apenas duma maior ou menor vinculação à lei".

E sendo a definição do fato tão ampla, é de se esperar que a problemática de construção da norma individual se agrave. O Professor Luis Roberto Barroso, ao fazer uma oportuna diferenciação com as ciências naturais, lembra que o Direito se insere no campo das Ciências Sociais e procura moldar a vida de acordo com suas normas que, assim, não são declaradas, mas criadas por decisões e escolhas políticas⁴⁵⁷.

Portanto, sempre haverá uma pauta de valoração carente de preenchimento pelo intérprete e aplicador do direito, a quem caberá o ônus da fundamentação de sua decisão. Nessa atividade, alguns se limitariam à justificação de menor distância, nas cláusulas gerais ou princípios, outros, na investigação da existência de enunciados mais objetivos ou regras e haverá, ainda, os mais cautelosos que construiriam a fundamentação na argumentação racional com base em todas as normas aplicáveis ao caso, nos precedentes e nos critérios objetivos e controláveis, deixando as classificações para a dogmática, promovendo verdadeira interpretação sistemática do ordenamento.

De qualquer modo, o problema da interpretação não está resolvido com as valorações feitas pelo legislador na construção da norma geral; no entanto, as opções políticas constituirão a margem da livre apreciação, dentro da qual o intérprete construirá a norma individual aplicada ao fato concreto. Nessa atividade de interpretação e aplicação do Direito também se juntam conceitos, sentimentos, frustrações, crenças e tudo mais das experiências de vida do intérprete. Portanto, a imparcialidade do juiz será sempre relativa. Ao se referir à livre convicção do juiz, Larenz também reconhece a influência das experiências pessoais nas decisões judiciais⁴⁵⁸.

Como reconhece Karl Engisch, nas decisões, ora estará o juiz orientado por critérios objetivos, ora entregue à bússola de sua concepção pessoal. E, sendo um homem entre os homens, estará sensível aos argumentos persuasivos das partes, da argumentação racional, o

⁴⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Revista de Direito do Estado. Ano 4 n° 16: 3-42. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 22: "[...] Mas é intuitiva a distinção a ser feita em relação as ciências da natureza. Essas últimas são domínios que lidam com fenômenos que se ordenam independentemente da vontade humana, seja o legislador, o público em geral ou o intérprete [...] E as normas não são reveladas, mas, sim, criadas por decisões e escolhas políticas, tendo em vista determinadas circunstâncias e visando determinados fins. E, por terem caráter prospectivo, precisarão ser interpretadas no futuro, tendo em conta fatos e casos concretos".

⁴⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 415: "Que ao juiz resta, de quando em vez, uma margem de livre apreciação, adentro da qual só a sua convicção pessoal do que é correto vem a decidir, parece, contudo, um "resíduo incômodo" só a quem seja capaz de acreditar na racionalização sem resquícios de todos os fenômenos da vida e, com isto, no afastamento definitivo da personalidade criadora".

que, a meu ver, tende à produção de uma decisão mais real, humana e mais convincente do que aquela orientada exclusivamente por princípios e regras abstratas⁴⁵⁹.

Defende-se, por tudo, que valorações pessoais são inerentes às decisões judiciais, delas não se dissociam. Entretanto, e por essa mesma razão, aumenta-se o ônus argumentativo que as fundamenta, sobretudo aquelas consideradas “casos difíceis”, quando se faz uso de cláusulas abertas de maior elasticidade. As decisões, assim, para que sejam consideradas racionais e seguras devem vir acompanhadas de fundamentos que as justifiquem a tal medida que sejam convincentes especialmente para as partes do processo, mas também para a sociedade. Só assim a promoção da justiça pelo Direito encontraria a segurança necessária para continuar percorrendo seu caminho, aplicando-se com previsibilidade aos demais casos semelhantes que surgirem. Com isso, da aplicação reiterada dos mesmos fundamentos, consolida-se a segurança através da jurisprudência, importante instrumento de estabilidade do sistema jurídico.

Nos *judicial decisionmakings*, a almejada racionalidade se apresenta limitadamente. A pretensão de uma decisão neutra, imparcial, desinteressada e circunscrita ao campo normativo é utópica. Tribunais são compostos por juízes de "carne e osso", influenciados pelos aspectos não normativos de ambas as dimensões, individual e institucional: heurísticas, vieses, aversões, influência emocional, preconceitos, ideologia, inclinação política, efeitos cascatas, *groupthink* e *many-minds*.

Com todos esses aspectos incorporados às decisões judiciais, a fundamentação jurídica se torna um desafio quase inatingível. Como justificar normativamente uma decisão formada sob influência de tantos aspectos não normativos? A prevalecente e quase absoluta imprecisão textual nas prescrições normativas seduz para interpretações judiciais pródigas de elementos não normativos. Sistemas jurídico-normativos de alta complexidade, ambiguidades, indeterminações terminológicas e vagezas são campos férteis para a insegurança⁴⁶⁰. Conhecer as possíveis interpretações por dentro do sistema não é suficiente. É necessário vê-lo de fora com olhos, igualmente, para a prescrição normativa, para o fato e para o juiz⁴⁶¹. Somente assim haverá algum grau de previsibilidade nas decisões judiciais⁴⁶².

⁴⁵⁹ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10ª Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. p. 248 e 253.

⁴⁶⁰ Cass Sunstein atribui como virtude à interpretação formalista a minimização do recurso às fontes extratextuais, mitigando poder ao *decisionmaker* para se conduzir em suas direções preferenciais. SUNSTEIN, Cass R. *Deve o formalismo ser defendido empiricamente*. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 204.

⁴⁶¹ A melhor forma de explicar as decisões dos juízes é recorrendo a identificar as preferências políticas que projetam sobre seus casos. POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*. Tradução: Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011. pp. 33-32.

3.2.2 Formalismo e realismo jurídicos sob uma visão institucional

Na sequência, antes de nossa abordagem evidenciando a necessidade de deferência do papel interpretativo aos órgãos-agências, cuja teoria se apoia na concepção norte-americana de um *administrative state*, notadamente no exercício da competência regulatória, posicionaremos o formalismo jurídico e o realismo jurídico quanto aos aspectos da capacidade institucional de quem interpreta e dos efeitos sistêmicos e dinâmicos de decisões produzidas pelos intérpretes.

Essa parte do trabalho procura demonstrar que a escolha por juízes⁴⁶³ de determinada interpretação decorre de aspectos institucionais: capacidade limitada de produzir soluções para casos de maior complexidade, sujeição a constrangimentos ao pleno exercício de sua neutralidade e imparcialidade e por interesses de qualquer natureza.

Sob essa abordagem, assim, a discussão sobre a corrente de pensamento teórico sobre a interpretação se desloca do plano abstrato-normativo para uma análise justificadora do comportamento dos juízes como membro de uma instituição. Muitas podem ser as razões para a escolha de uma interpretação mais ou menos presa aos contornos de um texto legal. Devemos considerar que uma opção restritamente textual não necessariamente seja o exercício racional da livre convicção de um juiz, bem como o desprendimento do texto não significa um firme autocompromisso com a realização da justiça. Entre o mais alto grau de formalismo à interpretação sistemática de alta criatividade, a escolha do juiz sofre influência de muitos aspectos, tanto na dimensão individual quanto na institucional.

Dentre os principais critérios de diferenciação entre o emprego de uma ou outra teoria da interpretação aplicativa trataremos aqui de dois: a correspondência da escolha por uma teoria com o conhecimento técnico do *decisionmaker* e o custo de oportunidade diante de um elevado número de demandas pendentes de solução⁴⁶⁴.

⁴⁶² A teoria estratégica do comportamento de juízes parte do pressuposto que a decisão judicial é influenciada pela preocupação dos juízes com seus pares, sua carreira, demais atores e a opinião pública. Ibid. p. 41.

⁴⁶³ Utilizamos ao longo do texto a expressão "juiz" em sentido *lato* para nos referirmos a todos os julgadores, *decisionmakers*, no exercício da função judicante, não necessariamente jurisdicional. Assim, abrange todas as instâncias do Poder Judiciário e também julgadores das instâncias administrativas, a exemplo de conselheiros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF e julgadores das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento - DRJ.

⁴⁶⁴ Sob o aspecto temporal, podemos considerar que a busca por uma solução ao caso de acordo com as teorias de interpretação remete a três estratégias de *satisficing*, *optimizing* e *maximizing*. *Satisficing* é um método de escolha das alternativas até que se encontre alguma suficientemente satisfatória para os fins a que se destina; portanto, requer menor tempo no processo decisório, *decision making*. Em uma escolha *optimizing*, busca-se o ponto em que o benefício marginal esperado se iguala ao custo marginal esperado, momento em que se interrompe o processo decisório e a escolha é realizada. Sob uma abordagem *maximizing*, o *decisionmaker*

Quanto à capacidade de juízes, embora submetidos a um rígido processo seletivo quando do ingresso na carreira, como todo *decisionmaker* não são nivelados no mesmo grau de conhecimento e habilidades. A escolha pode ser guiada pela preparação técnica para oferecer solução às questões que lhe são submetidas⁴⁶⁵. O custo de oportunidade também é outro fator que deve ser considerado quando o juiz inicia sua busca por fundamentos que sustentarão suas decisões.

De fato, com os tribunais "abarrotaados" de processos, a necessidade de cumprimento das metas do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, as limitações estruturais e o desejo por mais tempo livre à sua vida pessoal, a limitação temporal é outro aspecto institucional fundamental na relativização do ideário fundado na racionalidade e livre convicção de juízes. Sendo inviável que juízes se dediquem tanto tempo a cada um dos julgamentos, a escolha pelo formalismo se torna questão de "sobrevivência".

Essas duas realidades, conhecimento técnico-jurídico limitado e a indisponibilidade de tempo, são constrangimentos a que se submetem os juízes quando decidem por uma ou outra interpretação do texto legal. As escolhas de interpretação nos processos decisórios não se operam em um "vácuo institucional", como se fosse uma poesia.

A preferência por um determinado sentido aos demais para a construção da norma jurídica no caso concreto, submetido ao *judicial decisionmaking*, tem relação com o estudo de "*interpretive choice*". O conceito traz, principalmente, os limites para a escolha e a compreensão de que essa decisão levará em consideração os efeitos dela decorrentes⁴⁶⁶;

manterá a busca pela melhor escolha sem compromisso com os custos envolvidos, inclusive será indiferente ao tempo consumido em sua análise. Herbert A. Simon. *Theories of Bounded Rationality*. Decision e Organization. North-Holland Publishing Company, 1972. p. 168. VERMEULE, Adrian. *Three Strategies of Interpretation*. San Diego: L. Rev, 2005. pp. 607, 608 e 621. Disponível em: <http://heinonline.org>. Em uma aplicação dessas estratégias, a interpretação constitucional e sistemática requer grau elevado de capacidade técnico-jurídica e disponibilidade de tempo, aproxima-se de uma estratégia *maximizing*; enquanto o formalismo, pela maior facilidade no apego à literalidade do texto, pode ser exercido com rapidez e relativa segurança por todos os juízes. Assim, a escolha pela aplicação da teoria formalista de interpretação pode ser uma estratégia *satisficing* coerente às limitações de ordem temporal e técnica do juiz.

⁴⁶⁵ Os fundamentos adotados nas decisões, seja por uma ou outra teoria de interpretação, também serão de acordo com o nível de conhecimento teórico do intérprete. VERMEULE, Adrian. *Interpretive Choice*. Vol. 75:74. New York, USA: N.Y.U. Law Review, 2000. p. 82: "*Interpretive choice is the process by which interpreters holding various high-level theories of interpretive authority arrive at conclusions about these kinds of doctrinal questions*".

⁴⁶⁶ VERMEULE, Adrian. *Interpretive Choice*. Vol. 75:74. New York, USA: N.Y.U. Law Review, 2000. p. 76: "*Interpretive choice is a choice among possible means to attain stipulated ends*". Tradução: *Interpretive Choice* é o exercício de uma escolha, dentro dos meios possíveis, para alcançar finalidades estipuladas. WELLMAN, Vincent A. *Practical Reasoning and Judicial Justification: Toward an Adequate Theory*, Vol. 57. Colorado, USA: University of Colorado Law Review, 1985. pp. 45, 87: "*interpretive choice is an exercise in what jurisprudes refer to as 'practical reasoning' - reasoning 'from ends to means'*". Tradução: *Interpretive Choice* é um exercício de escolha a qual se refere a jurisprudência como "razão prática", os fins justificariam os meios. Disponível em: <https://digitalcommons.wayne.edu/lawfrp/163>. POSNER, Richard A. *The Jurisprudence of Scepticism*. Vol. 86. Michigan Law Review. Chicago: University of Chicago Law School, 1998. p. 827, 852-

portanto, não pode ser traduzida sem que se perca o seu sentido preciso, pois não se trata apenas da escolha de uma interpretação dentre as teorias existentes: formalismo, legalismo, originalismo, teleológica, sistemática, construtivista, prospectiva etc. Nessa concepção mais completa de interpretação, os intérpretes consideram os efeitos dinâmicos e sistêmicos e trazem fundamentos empíricos e preditivos (explícita ou implicitamente) sobre as consequências da decisão⁴⁶⁷.

A concepção dos aspectos institucionais e a consciência dos efeitos sistêmicos e dinâmicos na atividade interpretativa provocam, em certa medida, um deslocamento de foco. Não é mais suficiente para uma decisão interpretativa que os olhares estejam focados unicamente para a prescrição legal e o fato jurídico⁴⁶⁸. A visão agora é bifocal, nossos olhos devem ser voltar também para a instituição e seus agentes responsáveis pelos *decisionmakings*.

O problema é que as doutrinas da interpretação do direito e o paradigma de hegemonia absoluta do Judiciário, proposto pelas teorias clássicas, como as de Ronald Dworkin e Richard Posner, ignoram a dimensão institucional e os efeitos dinâmicos e sistêmicos de uma decisão judicial.

O reconhecimento da racionalidade limitada que aflige todos os *decisionmakers* em ambas dimensões, individual e institucional, bem como a capacidade decisória e os constrangimentos em geral incorporados como parte do *decisionmakings* relativiza a relevância das teorias abrangentes de interpretação jurídica por lhes faltar a análise de outros elementos que não o binômio fato-norma: próprios da instituição judicante e os efeitos sistêmicos e dinâmicos das decisões produzidas por essas instituições. Definitivamente, as deficiências nos mais diversos sistemas e centros judicantes não serão resolvidas apenas com aportes abstratos das grandes teorias tradicionais de interpretação.

Ainda somos crentes da capacidade prescritiva das instituições legislativas para regular todos os fatos relevantes, a fim de proporcionar a plena compreensão do alcance de

859. Disponível em:

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2889&context=journal_articles.

⁴⁶⁷ VERMEULE, Adrian. *Interpretive Choice*. Vol. 75:74. New York, USA: N.Y.U. Law Review, 2000. p. 76: "Interpreters who hold some high-level conception of the aims of interpretation will often be unable to choose interpretive doctrines without making empirical and predictive claims (whether explicit or implicit) about the consequences of the choice".

⁴⁶⁸ "Num outro giro, deve-se reconhecer que as estratégias interpretativas atuais precisam considerar a capacidade da instituição responsável pela tomada de decisão. O Poder Judiciário é o foco principal dessa preocupação. Afinal, é o Judiciário que decidirá, de forma tendencialmente definitiva, sobre a Constitucionalidade de uma dada regulação". CYRINO, André. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. vol. 9, n. 15, Jul-Dez. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2016. p. 175.

suas normas jurídicas, ainda que convivemos em uma sociedade cada vez mais complexa, em todas os sentidos: social, político, econômico, tecnológico, dentre outros. Bom se assim fosse, mas não é. Como já discorremos no item anterior 3.2.1, estamos muito longe do consenso quanto ao sentido das prescrições legais e muito menos da correção quanto a interpretação que seja adotada por nossas instituições judicantes.

3.2.2.1 O formalismo jurídico como estratégia de *decisionmakers*

O formalismo jurídico, na concepção dogmática tradicional⁴⁶⁹, significa a interpretação fiel ao sentido ordinário do texto à época quando editada a prescrição normativa, o sentido *prima facie*⁴⁷⁰. Os oponentes de sua adoção defendem que o texto seria apenas um componente do sentido jurídico a ser extraído da interpretação. A norma jurídica nasceria quando de sua aplicação ao caso concreto. Nesse processo de cognitivo construtivo, busca-se a intenção do legislador ou a otimização de valores subjacentes à prescrição legal⁴⁷¹. Hans-Georg Gadamer trata esse momento de construção da norma como uma interação dinâmica entre o texto e o intérprete⁴⁷².

Já a crítica de Eskridge ao formalismo enfatiza da impropriedade do significado original do texto estatutário, seria uma obsolescência estatutária. A interpretação dinâmica seria a resposta adequada para o problema da obsolescência. Ao invés de se prender ao significado comum no momento da criação da prescrição legal ou mesmo às intenções legislativas estritamente originalistas, os tribunais devem "atualizar" os estatutos através da

⁴⁶⁹ A expressão tradicional foi empregada em um sentido teórico comum, sem consideração dos aspectos institucionais envolvidos no *decision making*. Nessa concepção, a interpretação formalista seria não posicional, ou seja, não importariam as características do *decisionmaker* e as relações que mantém com a instituição a qual exerce suas atribuições decisórias.

⁴⁷⁰ SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation*. New Jersey: Princeton University Press, 1998. pp. 23-25. MANNING, John F. *Textualism and the Equity of the Statute*, 101 New York: Columbia Law Review, 2001. pp. 36-52.

⁴⁷¹ Ronald Dworkin e Robert Alexy são dois importantes jusfilósofos representantes do poder criativo do intérprete. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. A constituição federal seria a fonte de valores emanadas para todo o ordenamento jurídico, promovendo a reaproximação da moral e o direito. A partir desses valores juridicizado na carta política, todo o ordenamento jurídico relido para a efetivação de valores. Vale dizer, toda interpretação, agora, seria uma interpretação à luz desses valores constitucionais. Inicia-se, assim, a "marcha iluminista" do sistema jurídico, denominada por Barroso como "vanguarda iluminista", o protagonismo dos tribunais para importantes transformações sociais e políticas moralmente valiosas. WERNECK, Diego Arguelhes. *O Supremo que não Erra*. Texto para debate em "A Razão sem Voto - diálogos constitucionais com o Ministro Luís Roberto Barroso". São Paulo: FGV-SP, 2015. p. 1.

⁴⁷² GADAMER, Hans-Georg. *Truth and Method*. Tradução para a língua inglesa: J. Weinsheimer e D. Marshall. 2d rev. ed. Londres: Continuum Publishing Group, 1989 *apud* William N. Eskridge, Jr. *Gadamer/Statutory Interpretation*, 90. New York: Columbia Law Review 609, 1990. pp. 615-620: "The implication of this point for Gadamer is that interpretation is neither the discovery of the text's intended meaning, nor the imposition of the interpreter's views upon the text; rather, interpretation is the common ground of interaction between text and interpreter, by which each establishes its being".

adaptação inteligente dos propósitos originais às novas circunstâncias sociais, e levando em consideração as mudanças gerais⁴⁷³.

Entre os escritores contemporâneos, o principal opositor formalista à Eskridge é John F. Manning. Sua obra detalha uma importante descrição textualista da interpretação a partir do direito constitucional, em contraste com o dinamismo não-textualista de Eskridge. Sugere que a Constituição proíbe os tribunais de se investirem de uma autodelegação estatutária por meio da interpretação⁴⁷⁴.

Numa abordagem institucional, o formalismo jurídico seria uma estratégia de interpretação, uma opção para questões em grau de complexidade mais elevado do que a capacidade institucional daquela a que se atribuiu a competência formal para solucionar a controvérsia. Portanto, nessa dinâmica, elementos estranhos ao descritivo-normativo passam a integrar o processo decisório.

É certo que o formalismo possui suas virtudes, mas também seus vícios. O lado virtuoso é a segurança, mas o comportamento formalista também se apresenta como uma limitação na capacidade institucional para uma solução com mais realização da justiça⁴⁷⁵.

O escopo principal da obra *Interpretation and Institutions* de Sunstein e Vermeule é apontar que, independentemente da teoria de interpretação, seja ela mais próxima a Eskridge ou a Manning, sua premissa básica é equivocada. As questões de que mais se ocuparam não levarão a um resultado completo e definitivo por ausência de preocupação com elementos relevantes não normativos internos ao processo decisório, notadamente a capacidade institucional e a avaliação dos efeitos dinâmicos e sistêmicos das decisões decorrentes das interpretações que escolherem⁴⁷⁶.

Sob o aspecto institucional, em muitos casos o formalismo é preferível, mas não porque nosso sistema constitucional o exige, e também não porque o formalismo seja mais

⁴⁷³ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 156. Chicago: University of Chicago Law School, 2002. p. 16.

⁴⁷⁴ MANNING, John F. *Textualism as a Nondelegation Doctrine*, 97. New York: Columbia Law Review 673, 1997. p. 695.

⁴⁷⁵ BICKEL, Alexander M.; WELLINGTON, Harry H. *The Least Dangerous Branch: Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven, Connecticut, USA: Yale University Press, 1986. pp. 200-207. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 156. Chicago: University of Chicago Law School, 2002. p. 6: "But under certain assumptions, formalism might be seen not as embodying an embarrassingly crude understanding of communication, but as a sensible and highly pragmatic response to institutional limits of generalist judges and institutional capacities of Congress".

⁴⁷⁶ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 156. Chicago: University of Chicago Law School, 2002. p. 18: "Strikingly, despite spirited debates between them, Eskridge and Manning largely share the crucial and mistaken premise that the important questions about interpretive theory are first-best questions, rather than second-best questions about institutional performance and systemic effects".

adequando para uma compreensão dos conceitos legais, mas porque é necessário para juízes generalistas. Do contrário, os riscos pelo desprendimento do texto prescritivo podem levar a consequências muito piores. Essa afirmação faz toda a diferença quando se discute a deferência legislativa e judicial aos órgãos-agência. Com a *expertise* que possuem poderão realizar outras escolhas a um risco muito inferior pela precisão de suas soluções e a compreensão dos efeitos dinâmicos e sistêmicos de suas decisões⁴⁷⁷.

Essa seria uma das condicionantes nas escolhas de interpretações. Existe todo um conjunto de aspectos a exigir do intérprete que também "tenha olhos" para fora da tríade fato, valor e norma. No campo de visão externo não está apenas o fato examinado pelo intérprete, mas todas suas condicionantes da natureza humana e possíveis *trade-offs* em torno de questões igualmente importantes. É fácil compreender esses aspectos institucionais interventivos. Imaginemos um juiz generalista com centenas de casos para decidir, dentre os quais uma questão jurídica tributária que envolva a compreensão das técnicas de contabilidade para os lançamentos de receitas e despesas na apuração do lucro tributável. Hipoteticamente poderíamos idealizá-lo como um juiz héracles⁴⁷⁸ capaz de assimilar rapidamente os conceitos e técnicas necessários para uma decisão razoável, precisa, segura e rápida. Seria perfeito, mas não é o caso⁴⁷⁹. Ele vai estimar o tempo de dedicação ao caso e o custo de oportunidade em relação aos demais processos pendentes de julgamento, a fim de cumprir as metas que lhe são impostas. A partir de então buscará uma estratégia de abordagem considerando seu conhecimento jurídico até então adquirido. Alguma pesquisa será necessária para enfrentar a especificidade do caso. Também considerará a relevância e repercussão do caso, mas ele não tem "todo o tempo do mundo" para esse caso em particular. Ele não pode maximizar seus esforços. Em determinado momento nosso magistrado se dará por satisfeito e decidirá o caso, certo que a solução foi a melhor possível de acordo com

⁴⁷⁷ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 156. Chicago: University of Chicago Law School, 2002. p. 47: "*For the same reasons, we have indicated some enthusiasm for the emerging view that administrative agencies ought to be allowed a degree of flexibility in their own interpretations, flexibility that goes well beyond of courts. Agencies are in a better position to know whether a particular result, apparently compelled by text, really is senseless. They are also in a better position to know whether a departure from text will unsettle the regulatory scheme in a damaging way*".

⁴⁷⁸ O juiz hipoteticamente invulnerável aos aspectos não normativos pode ser relacionado ao "juiz héracles" de Dworkin: "Para expor a complexidade da interpretação jurídica, idealizarei um juiz de capacidade e paciência supra-humanas, imerso unicamente no direito, um héracles". DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 165.

⁴⁷⁹ As doutrinas da interpretação do direito e o modelo de Poder Judiciário proposto pelas teorias clássicas ignoram a dimensão institucional e os efeitos dinâmicos e sistêmicos de uma decisão judicial. Talvez isso ocorra porque muitas das teorias dominantes de hermenêutica e de controle judicial da atuação do Estado cometam um pecado de origem: os juízes são indefectíveis, capazes de considerar todos os elementos importantes para o deslinde de uma dada controvérsia SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 156. Chicago: University of Chicago Law School, 2002. p. 949.

todos os aspectos envolvidos. Não teremos uma decisão completa como se esperaria das decisões em primeiro plano, *first order decision*⁴⁸⁰; porém, para as circunstâncias que se apresentaram ok, podemos nos satisfazer com a decisão de segunda ordem⁴⁸¹.

A interpretação mais comumente empregada para uma estratégia *satisficing* é o formalismo⁴⁸². Caso se adotasse a abordagem *maximizing*, nosso juiz manteria a busca pela melhor escolha sem compromisso com os custos de oportunidade em relação aos demais casos pendentes de decisão, sendo indiferente ao tempo consumido em sua análise e as metas que lhe são impostas pelo Conselho Nacional de Justiça⁴⁸³. O que seria uma estratégia mediana é a escolha *optimizing*, interrompe-se a análise e se decide no ponto em que o benefício marginal esperado se iguala ao custo marginal esperado⁴⁸⁴.

Retornando à capacidade institucional e o custo de oportunidade, um tribunal formado por juízes generalistas, sujeito a interpretações sob riscos elevados de produzir graves e incompreensíveis efeitos dinâmicos e sistêmicos, melhor seria ignorar outras fontes interpretativas e adotar o significado aparente ou comum dos textos, evitando as inovações criativas.

Com mais autonomia e segurança, um tribunal especializado costuma se sair melhor com técnicas interpretativas não formalistas, que contemplem as intenções legislativas, acordos de grupos de interesse, políticas estatutárias e consequências sociais e econômicas⁴⁸⁵. Para especialistas, a compreensão das consequências de suas decisões é mais completa.

⁴⁸⁰ A abordagem *first order* seria a aplicação pura da teoria da interpretação sem que a análise em questão considere a capacidade institucional, efeitos sistêmicos e outros aspectos gerais não normativos, o que constitui um grande equívoco conceitual. Ibid. p. 18.

⁴⁸¹ Embora não coincida exatamente com a teoria de *second order*, *second best decision* pode ser compreendida como uma teoria da decisão dela decorrente, quando todos os aspectos envolvidos são considerados para a decisão e não apenas os normativos e previsíveis. LIPSEY, R. G.; LANCASTER, Kelvin. *The General Theory of Second Best*. The Review of Economic Studies Vol. 24, n° 1. Oxford, UK: Oxford University Press, 1956-1957. pp. 11-13. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2296233>.

⁴⁸² *Satisficing* é um método de escolha das alternativas até que se encontre alguma suficientemente satisfatória para os fins a que se destina; portanto, requer menor tempo no processo decisório, *decision making*. SIMON, Herbert A. *Theories of Bounded Rationality*. Decision and Organization. North-Holland Publishing Company, 1972. p. 168. VERMEULE, Adrian. *Three Strategies of Interpretation*. San Diego: L. Rev, 2005. pp. 607, 608 e 621. Disponível em: <http://heinonline.org>. A escolha pela aplicação da teoria formalista de interpretação, pela maior facilidade no apego à literalidade do texto, pode ser exercida com rapidez e conveniência pelos juízes generalistas. Seria uma estratégia *satisficing* coerente às limitações de ordem temporal e técnica do juiz.

⁴⁸³ Órgão criado pela emenda constitucional n° 45, de 30/12/2004 tendo como entre outras atribuições receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário e zelar para que todos os órgãos atendam o princípio constitucional da duração razoável do processo.

⁴⁸⁴ SIMON, Herbert A. Op. cit. p. 168. VERMEULE, Adrian. Op. cit. pp. 607, 608 e 621. Disponível em: <http://heinonline.org>.

⁴⁸⁵ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 156. Chicago: University of Chicago Law School, 2002. p. 29: "A court interpreting under tight constraints of time and information may do better to ignore or subordinate interpretive

A consequência natural dessa constatação é a deferência da “última palavra” para as agências, onde se concentram os especialistas nos principais assuntos de interesse da sociedade. Os tribunais aquiesceriam com as decisões das agências, quando fundamentadas em interpretação razoável, mesmo que em seu próprio entendimento outra interpretação pudesse ser adotada. A jurisprudência nesse sentido se forma emblematicamente com o caso *Chevron, U.S.A, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc*⁴⁸⁶.

Dessa forma, o controle exercido pelos tribunais estaria mais preocupado com a razoabilidade da interpretação adotada pelas agências, ausência de excessos e arbitrariedades no procedimento adotado⁴⁸⁷. A formação da jurisprudência nesse sentido inspirou a teoria do Estado Administrativo (*administrative state*)⁴⁸⁸.

O limite e preocupação para a deferência às agências é a possibilidade de excessos e arbitrariedades. Os procedimentos devem se revestir de mecanismos que confirmam legitimidade aos *decisionmakings* para que os tribunais decidam com mais segurança sobre a razoabilidade das interpretações adotadas pelas agências. Suscitaria desconfiança um procedimento “fechado” a alguma participação da sociedade.

De fato, as agências pertencem ao Executivo e, naturalmente, em princípio haveria uma inclinação a defender os interesses do governo⁴⁸⁹. Por outro lado, os tribunais não detêm

sources, like legislative history, whose large volume and unfamiliar components could often provoke judicial error. For similar reasons a court staffed by generalist judges might do better, all else equal, by sticking to the apparent or common meaning of texts, by and by eschewing empirically ambitious innovations in statutory policy. A specialized court, by contrast, would often do better with antiformalist interpretive techniques that give free play to the court's superior appreciation of legislative intentions, interest group deals, statutory policies, and social and economic consequences".

⁴⁸⁶ 467 U.S. 837, 843 (1984).

⁴⁸⁷ Nos *decision makings* das agências, as decisões são precedidas de consultas públicas (*notice-and-comment*), o que confere a legitimidade necessária para uma maior deferência pelos tribunais. No caso *United State v. Mead Corp.*, um dos fundamentos adotados pela Suprema Corte Norte-Americana para não reconhecer deferência às decisões do serviço de aduana norte-americano foi a ausência de *notice-and-comment* em seus *decision makings*. 533 U.S. 218 (2001).

⁴⁸⁸ VERMEULE, Adrian. *Law's abnegation: from law's empire to the administrative state*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016. p. 89: "courts [...] should defer to reasonable agency decisions about the design of procedural arrangements, reviewing the agency's choices for arbitrariness, but not correctness".

⁴⁸⁹ Conforme expusemos no *item 2.4 do Capítulo 2*, em tese, violaria a máxima de que “ninguém pode julgar em causa própria” (*nemo iudex in sua causa*); contudo, essa não é uma característica exclusiva nas agências. Os agentes públicos, de modo geral, paralelamente aos interesses públicos, atuam em defesa de seus próprios interesses, e juízes não são exceção. BLUME, Fred H. *Annotated Justinian Code* (Timothy Kearley ed., 2d ed. 2008) apud VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 107: "*The principle is classically articulated in the Justinian Codex, which includes a provision titled ne quis in sua causa judicet vel jus sibi dicat or "no one shall be his own judge or decide his own case"*. Vermeule argumenta que o princípio *nemo iudex* é uma meia verdade enganosa. De fato, algumas instituições deveriam possuir um arranjo que projetasse o princípio *nemo iudex*, mas em outros casos, no entanto, sequer seria recomendado que se prestigiasse o princípio. Na verdade, muitos procedimentos adotados pelas instituições em geral violam, de certa forma, o princípio *nemo iudex*. Agentes públicos, inclusive juízes, defendem suas próprias prerrogativas e privilégios. As instituições com poder decisório podem escolher seus próprios membros, estabelecer seu plano de benefícios, resolver sobre os limites de sua própria jurisdição ou

a *expertise* das agências para solucionar casos de complexidade técnica. Haveria, assim, uma ponderação oportuna entre a independência do Judiciário nas decisões de interesse do Executivo, de um lado, e a maior precisão e segurança nas decisões das agências, de outro.

O problema sobre a suposta independência dos juízes pode ser respondido com os estudos de teoria da decisão apresentados nos dois primeiros capítulos que comprovam a falibilidade dos *judicial decisionmakings*, apenas limitadamente racionais e neutros. É expressiva a diferença entre o “como abstrata e idealmente os juízes decidiriam” e “como, consideradas suas limitações humanas em uma sociedade complexa onde funcionam as instituições, juízes decidem”.

Assim, a questão da independência não pode ser considerada apenas como um atributo necessário para o cumprimento das atribuições institucionais cometidas aos juízes idealizados⁴⁹⁰. No exercício da independência, os juízes decidem também de acordo com vários aspectos não normativos: ideologia, política, preconceitos, antipatias, preferências, incentivos, reputação, interesses, constrangimentos, dentre outros.

Portanto, a justificativa pela independência deve ser acompanhada, de forma sincera, com a conscientização de que ela também libertará os juízes para além dos limites normativos e não apenas para a construção de uma decisão com coerência e fidelidade ao sistema jurídico. A realidade é que um juiz mais independente também tem a tendência de incorporar à decisão maior conteúdo ideológico, será mais preconceituoso, maximizará em maior grau seus interesses; enfim, exacerbará sua natureza humana: um juiz "de carne e osso".

O *expertise* das agências reduz os riscos pela sua compreensão mais aproximada dos efeitos dinâmicos e sistêmicos; sobretudo nas decisões técnicas e complexas⁴⁹¹. Não seria razoável e nem esperado que juízes, com suas generalidades, assumissem o custo de obter em cada caso a ele submetido o conhecimento técnico necessário para uma solução segura.

julgar e punir transgressões das regras que elas próprias criaram. VERMEULE, Adrian. Op. cit. p. 108: "*I will argue that the nemo iudex principle is a misleading half-truth. Sometimes rulemakers in public law do and should design institutions with a view to the nemo iudex principle*".

⁴⁹⁰ O juiz hipoteticamente invulnerável aos aspectos não normativos pode ser relacionado ao “juiz héracles” de Dworkin: “Para expor a complexidade da interpretação jurídica, idealizarei um juiz de capacidade e paciência supra-humanas, imerso unicamente no direito, um héracles”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 165.

⁴⁹¹ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 156. Chicago: University of Chicago Law School, 2002. p. 47: "*For the same reasons, we have indicated some enthusiasm for the emerging view that administrative agencies ought to be allowed a degree of flexibility in their own interpretations, flexibility that goes well beyond of courts. Agencies are in a better position to know whether a particular result, apparently compelled by text, really is senseless. They are also in a better position to know whether a departure from text will unsettle the regulatory scheme in a damaging way*".

Esse *expertise* já está disponível nas agências. A questão então seria procedimental, de repartição das competências de acordo com a capacidade institucional⁴⁹². De fato, em tese, os tribunais são mais propensos a incorporarem a seus *decisionmakings* os valores de justiça, mas por outro lado pecariam pela compreensão dos efeitos dinâmicos e sistêmicos decorrentes de suas decisões. Contraditoriamente, a concretização desses efeitos pode provocar prejuízos ao interesse social e, em certos casos, injustiças entre pessoas em situação semelhante não amparadas pelo provimento judicial. A preocupação com os efeitos amplos supra processuais fez incorporar em nosso ordenamento a modulação de efeitos por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social⁴⁹³.

3.2.2.2 A importância do realismo jurídico para as teorias institucionais da decisão

Procuramos demonstrar na *Parte I* e neste *Capítulo 3* como os aspectos não normativos (sociais, políticos, econômicos, institucionais, dentre outros) constroem o ideal dogmático de um juiz absolutamente racional e disciplinado a decidir entre as balizas do ordenamento jurídico. Os juízes são de "carne e osso", possuem racionalidade limitada e, portanto, estão muito distantes do que lhes teria sido idealmente atribuído em sua função epistemológica de produzir resultados neutros e virtuosos, livres de influências outras que não seja a razão e a justiça⁴⁹⁴. As decisões de nossos tribunais incorporam aspectos não normativos de dimensões individual e institucional: heurísticas, vieses, aversões, influência emocional, preconceitos, ideologia, inclinação política, posição social, efeitos cascatas e formação de *groupthink*⁴⁹⁵.

Portanto, todos esses aspectos não normativos relativizam a relevância das teorias abrangentes de interpretação jurídica por lhes faltar a análise de outros elementos que não a tríade fato, valor e norma. A crença na capacidade prescritiva absoluta para regular todos os

⁴⁹² KRELL, Andreas J. Discricionarietà administrativa e Protezione ambientale: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. pp. 45-47.

⁴⁹³ BRASIL. Lei nº 9.868, de 10/11/99. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União de 11/11/1999: "Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

⁴⁹⁴ O sentido aqui adotado de racionalidade é o epistemológico, com adoção de critérios universais para caracterização de uma decisão como racional, ou seja, aculturais e invariáveis. JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996. p. 228.

⁴⁹⁵ JANIS, Irving. *Groupthink*. In *Readings in Managerial Psychology*, 3th ed., Harold J. Leavitt, Louis R. Pondy and David M. Boje (eds.). Chicago: The University of Chicago Press, 1980. p. 433. Reimpresso de *Psychology Today*, 1971.

fatos da vida em uma sociedade complexa é uma utopia, bem como também a fé na presença de valores subjacentes a todos os textos legais. A realidade social e política que circunstancia o ordenamento jurídico nos remete a apresentação de outra teoria de interpretação, o *realismo jurídico*. Surgido nos Estados Unidos na década de 1920, opôs-se às teorias de coincidência entre direito e ideal de justiça e também ao positivismo, por confundir o direito com as regras normativas⁴⁹⁶.

Para o realismo jurídico, os juízes decidem muito mais influenciados pelas reações provocadas pelos fatos do que, propriamente, pelas regras jurídicas. As decisões são resultado de vários aspectos não normativos de dimensões individual e institucional, não como resultado exclusivo da aplicação da norma⁴⁹⁷. É perceptível a correspondência entre realismo jurídica e as teorias do movimento *law and economics* que o invoca como seu mais nobre ascendente⁴⁹⁸. A teoria agasalha a interpretação pragmática. O direito seria uma constante criação do juiz⁴⁹⁹. Primeiro os juízes decidem e depois encontram as razões de sustentação de sua decisão⁵⁰⁰.

Como teoria consequencialista, para o realismo jurídico é indiferente a existência de indeterminações semânticas nos textos prescritivos legais. O importante seria a necessidade de compreensão dos resultados efetivos que as normas jurídicas proporcionam para a realidade social. A interpretação somente teria sentido como meio eficaz para a realização de um fim social.

Pressupõe-se que da interpretação jurídica existem várias possibilidades de resultado e que os juízes, como seres de "carne e osso" sofrem influências de determinantes sociais. As

⁴⁹⁶ Os positivistas veriam apenas o contraste existente entre direito válido e direito justo. Os seguidores dessas correntes [realistas] vêem também um contraste entre o direito imposto e aquele efetivamente aplicado, e consideram apenas este último, o direito na sua concretude, único objeto possível de pesquisa por parte do jurista que não queira se entreter com fantasmas vazios. BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 43.

⁴⁹⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: edição do autor, 2013. p. 15.

⁴⁹⁸ Id. *O realismo jurídico norte-americano, a tese de Charles Beard e a experiência constitucional internacional contemporânea*. Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário. Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2007. p. 2. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/index>.

⁴⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001. p. 66: "A tese principal da escola realista é esta: não existe direito objetivo, no sentido de objetivamente dedutível de fatos reais, oferecidos pelo costume, pela lei ou pelos antecedentes judiciais; o direito é uma permanente criação do juiz no momento em que decide uma controvérsia. Assim se derruba o princípio tradicional da certeza do direito; pois qual pode ser a possibilidade de prever as consequências de um comportamento? - e nisto consiste a certeza - se o direito é uma permanente criação do juiz?"

⁵⁰⁰ HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. *The essential holmes*. Chicago: Chicago University Press, 1992. p. 13: "[...] a certeza lógica é uma ilusão e certamente não é marca do destino humano. Por detrás da lógica reside um juízo de relativo valor e importância, referente a leis e teses que estão competindo, marcando com frequência um julgamento desarticulado e inconsciente [...] Pode se dar para qualquer conclusão uma forma lógica. Pode-se sempre se encontrar uma condição implícita em um determinado contrato. Mas, por que essa específica condição foi escolhida?"

decisões incorporam os valores sociais dominantes e outros aspectos não normativo⁵⁰¹. Para os realistas, o direito real e efetivo é aquele que o tribunal declara ao tratar do caso concreto⁵⁰².

3.3 A contribuição do sistema *Common Law* para o desenho dos *decisionmakings*

Um processo decisório mais sensível aos efeitos sistêmicos e dinâmicos da decisão tem proximidade com as considerações da teoria realista. O realismo jurídico se preocupa com uma solução para determinado caso que promova melhor o bem público em termos não normativos, numa análise mais política⁵⁰³. O juiz de "carne e osso" é o verdadeiro arquiteto da norma⁵⁰⁴.

A *common law*, em um sentido amplo pode significar que todas as normas legitimamente construídas por juízes no caso concreto, seria um conjunto de aspectos não normativos em torno do *decisionmaking*: vieses, interesses, preconceito, virtudes, responsabilidade, boa-fé, emoção, negligência, dentre outros. Esses aspectos fornecem as premissas maiores para a decisão de casos. As premissas menores são os fatos em questão⁵⁰⁵.

É perceptível a relação entre realismo jurídico e *common law*. Como consequência também é a preocupação com *decisionmakings* que promovam uma análise completa e técnica dos fatos e também extraíam dos precedentes as experiências e se preocupem com a segurança jurídica. Há muito o que se extrair dos precedentes. Não se pode deixar perder as experiências de outros juízes quando apreciaram casos semelhantes. As razões de decidir e

⁵⁰¹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. Introdução ao realismo jurídico norte-americano. Brasília: edição do autor, 2013. p. 22: "Dessa forma, sugerem os realistas que não há um único resultado para as decisões, visto que os juízes decidem primeiro e depois aplicam as normas, sendo que ao decidirem, o fazem com base nas suas idiossincrasias, ou seja, o juiz decide conforme a sua personalidade e os valores sociais e culturais pré-existentes na sociedade". BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001. p. 66: "Não existe um direito objetivamente dedutível de certos dados, sejam eles fornecidos pelo costume, pela lei ou por precedentes judiciais: o direito é criação contínua o juiz, o direito é obra exclusivamente do juiz no ato em que decide uma controvérsia. Desse modo, cai o princípio tradicional da certeza do direito: e, com efeito, qual pode ser a possibilidade de prever as consequências de um comportamento – nisso consiste a certeza –, se o direito é uma criação nova e contínua do juiz".

⁵⁰² DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 69.

⁵⁰³ POSNER, Richard A. *Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution*. Case Western Reserve Law Review Vol 37 Issue 2. Cleveland, Ohio: Case Western Reserve Law Review, 1986. p. 181: "By "realism" I mean deciding a case so that its outcome best promotes public welfare in nonlegalistic terms; it is policy analysis".

⁵⁰⁴ Ibid. p. 186: "The essence of common law is that the law itself is made by the judges. They are the legislators. They create and modify the doctrines of the common law, from which further doctrines are deduced".

⁵⁰⁵ Ibid. p. 182: "The common law (which I use broadly to mean all legitimately judge-made law) is a collection of concepts, such as negligence, consideration, possession, good faith, conspiracy, impossibility, and laches. These concepts furnish major premises for the decision of cases. The minor premises are the facts of the case".

as valorações sobre fatos devem ser o ponto de partida para a racionalização de um sistema processual e promoção da segurança jurídica⁵⁰⁶.

Notadamente em questões predominantemente técnicas e complexas, os fatos estarão no núcleo da análise, o escopo principal de um *decisionmaking*. O *common law* nos traz essa abordagem: o fato como premissa menor e ponto de partida para a construção da norma no caso concreto com sua verificação e correspondência com a premissa maior; não por silogismo⁵⁰⁷ como ocorre na subsunção, própria da interpretação formalista⁵⁰⁸ empregada no sistema romano-germânico. No *common law*, a interpretação e aplicação do direito não é estática. De forma sincera, as características e os aspectos individuais do juiz também são admitidos pelo sistema para a construção da norma. No *common law* a interpretação só ganha legitimidade real quando colocada junta aos problemas jurídicos concretos, atrelada à filosofia de Yhering de que o direito é a sua realização prática⁵⁰⁹. A regra contida na lei não é suficiente para gerar a *legal rule*⁵¹⁰, mas só a partir das reiteradas decisões pode-se extrair *ratio decidendi* e a compreensão conceitual dos fatos.

Como se vê, o sistema *common law* oferece contribuições para nosso desenho institucional de um *decisionmaking* do macroprocesso do crédito tributário. Pródigo de questões tributárias de ordem técnica, reclama um pormenorizado exame dos fatos, em muitos casos, insuscetível de uma solução apenas com as amarras de um normativo complexo e confuso⁵¹¹. Deve ser admitido um maior protagonismo dos *decisionmakers* em

⁵⁰⁶ RADBRUCH, Gustav. O espírito do direito inglês e a jurisprudência anglo-americana. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 59: “Toda ordem jurídica tem por fim, simultaneamente, três objetivos: garantir a justiça, fomentar o bem-estar e criar segurança jurídica. As ordens jurídicas se distinguem entre si por meio da medida na busca desses fins. Na ordem jurídica inglesa está, em primeiro plano, o objetivo de segurança jurídica”.

⁵⁰⁷ JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário Básico de Filosofia. 3ª edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996. p. 247-248): “Silogismo é o método de dedução de uma conclusão a partir de duas premissas, por implicação lógica (...) Ex: todos os homens são mortais, todos os gregos são homens, logo, todos os gregos são mortais”. Vê-se que a representação na forma do silogismo com a identificação do antecedente e do conseqüente da norma jurídica somente seria apropriado para a subsunção.

⁵⁰⁸ Simplificadamente, formalismo jurídico pode ser considerado a interpretação fiel ao sentido ordinário do texto, o sentido *prima facie*, e na sua vertente do originalismo, também se considera o que se refira à época quando editada a prescrição normativa. SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation*. New Jersey: Princeton University Press, 1998. pp. 23-25. MANNING, John F. *Textualism and the Equity of the Statute*, 101 New York: Columbia Law Review, 2001. pp. 36-52.

⁵⁰⁹ GONZALES, Douglas Camarinha. Apontamentos sobre as semelhanças e diferenças do direito sob a perspectiva da *common law* e do sistema romanístico. Revista CEJ n.46. Brasília: Revista CEJ, 2009. p. 72.

⁵¹⁰ *Ibid.* p. 74.

⁵¹¹ Complexidade, obscuridades e contradições são características presentes na legislação tributária brasileira há muitas décadas. Logo após a promulgação de nossa constituição federal, a exposição de motivos à lei que introduziu importantes modificações na tributação das pessoas físicas enalteceu a necessidade de simplificação da legislação. BRASIL. Exposição de Motivos à Lei nº 7.713, 22/12/88. Diário Oficial da União – DOU 23/12/88. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências: "2. A legislação tributária brasileira, em particular a que diz respeito ao Imposto de Renda das pessoas físicas, atingiu um tal grau de sofisticação e complexidade que passou a exigir excessivo esforço e tempo do contribuinte para o correto cumprimento da obrigação tributária. Essa complexidade, da forma como está hoje estruturando o Imposto de Renda, atinge tanto aqueles contribuintes de elevados rendimentos, quanto os pequenos assalariados [...] Essa

seus julgados atuais e precedentes. A *legal rule* é buscada casuisticamente, com técnicas de distinções, ora para reconhecer a aplicação do precedente, ora para estabelecer regras novas, cada vez mais precisas, de sorte que a razão é diretriz e válvula interpretativa do sistema de *common law*⁵¹².

Portanto, também nesse aspecto o sistema *common law* se diferencia da generalidade adotada pelo sistema romano-germânico, notadamente nas interpretações formalistas, como admite Frederick Schauer. Para Schauer, a generalização provoca um "entrincheiramento" para garantir a incidência da regra, ainda que possa ser mais apropriado solucionar o caso de outro modo, pois as características fáticas particulares não estarão de todo na prescrição legal⁵¹³. Ao elemento fático abstrato se atribui um conseqüente que se configurará na maioria dos casos, sabendo-se premeditadamente que a efetiva ocorrência nem sempre será verdadeira. A regra prescreve, genericamente, uma conseqüência para a hipótese que, com efeito, será incrementada para a maioria dos casos reais, mas não para todos⁵¹⁴. Essa insensibilidade às particularidades de cada caso não é uma característica ontológica do sistema *common law*⁵¹⁵.

Interpretação de um lado e distinções de outro são as duas técnicas que manifestam uma certa oposição entre sistemas romano-germânico e *common law*. O primeiro se apresenta como um "sistema fechado", em que tudo, em tese, foi previsto pelo legislador; enquanto o segundo representa um "sistema aberto"; seus juristas reconhecem com sinceridade que ele está sempre em processo de elaboração, que é inacabado. No entanto, as distinções pelas quais pretende-se aperfeiçoá-lo muitas vezes têm como efeito modificá-lo: o princípio donde se iniciou pode, depois de algum tempo, encontrar-se submerso sob a torrente de distinções que levam, no fim das contas, a consagrar o princípio inverso⁵¹⁶.

situação induz à crescente insatisfação do contribuinte assalariado contra as normas reguladoras do imposto e tornam desconfortáveis as relações entre físico e contribuinte [...] 5. Á vista dos fortes inconvenientes até aqui apontados, os objetivos básicos do anexo anteprojeto de lei são: (1) a simplificação das normas que regem a incidência do imposto; (2) a redução da carga tributária das pessoas que auferem rendimentos do trabalho; e (3) tratamento fiscal de igualdade entre rendimentos do trabalho e do capital".

⁵¹² DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 12: "A técnica inglesa não visa "interpretar" fórmulas mais ou menos gerais, estabelecidas pelo legislador. Ela é essencialmente uma técnica de "distinções". O jurista inglês, utilizando uma série de "precedentes" fornecidos pelas decisões judiciais, procura encontrar a solução para o novo caso a ele submetido". GONZALES, Douglas Camarinha. *Apontamentos sobre as semelhanças e diferenças do direito sob a perspectiva da common law e do sistema romanístico*. Revista CEJ n.46. Brasília: Revista CEJ, 2009. p. 75.

⁵¹³ SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas em el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 110.

⁵¹⁴ Ibid. pp. 75-76.

⁵¹⁵ DAVID, Op. cit., nota 512, p. 3: "A regra de direito inglesa (legal rule), condicionada historicamente, de modo estrito, pelo processo, não possui o caráter de generalidade que tem na França uma regra de direito formulada pela doutrina ou pelo legislador".

⁵¹⁶ Ibid. pp. 14-15.

A *common law* não é obra do legislador, baseada na razão, nem é criação do soberano, como aconteceu na França no Século XIX, é criação de personagens importantes encarregadas de velar pela administração da justiça em seu dia-a-dia, os juízes⁵¹⁷. Os países ocidentais que recepcionaram o direito romano deferiram ao legislador a autoria do direito, puramente inspirado na razão; enquanto os países do *case law* anglo-saxão (o direito construído no caso concreto) reservaram aos juízes a construção contínua e evolutiva no tempo dos princípios jurídicos que os orientam em cada caso. Nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, a criação jurídica ascende da formulação racional das regras para o caso concreto; nos países da *common law*, o direito se constrói do caso concreto para os princípios jurídicos, pela constatação da vida e natureza das coisas⁵¹⁸.

No pensamento construtivo do direito no sistema *common law*, pode-se dizer que se parte do empirismo, em contraste com a pretensão de se suplantar os fatos pela razão do criador. É a busca da razão nas coisas, e não o inverso, a imposição da razão sobre os fatos. Espera-se que os fatos venham naturalmente para em sua presença se decidir oportunamente. Ele não confia em fantasias ou cálculos de situações futuras⁵¹⁹. Não receia o imprevisto e até mesmo o deseja. É um sistema vivo e dinâmico.

O jurista do sistema *common law* rechaça a *proleptic law* (regra antecipadora dos fatos), a presunção do legislador de prever futuros acontecimentos e de interferir neles precipitadamente. A criação jurídica deve ser motivada pelo caso concreto e que instaura novamente um novo direito somente para esse caso ou similar. As codificações contidas também são embasadas em casos jurídicos, em casos mais ou menos típicos que ocorreram diante de seu criador durante seu trabalho, mas esses são casos aleatórios, pensados e construídos sem concretização da vida real e sem a responsabilidade da decisão momentânea⁵²⁰.

É desse pensamento de se atribuir relevância ao caso concreto na criação do direito, *case law*, que podemos extrair a melhor contribuição do sistema *common law* para o desenho de *decisionmakings*. A constatação dos fatos reais e a constante comparação com o hipotético preestabelecido na regra deve provocar uma espécie de “retroalimentação” do

⁵¹⁷ DAVID, René. O direito inglês. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 18. SEROUSSI, Roland. Introdução ao direito inglês e norte-americano. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 31: “uma justiça inglesa goza de uma verdadeira independência - uma autêntica condição legal protegida - e de grande prestígio junto à opinião pública, pois os juízes aplicam o direito, mas sobretudo o criam”.

⁵¹⁸ RADBRUCH, Gustav. *O espírito do direito inglês e a jurisprudência anglo-americana*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. pp. 33-34.

⁵¹⁹ Radbruch enaltece essas características do sistema *common law* em citação a Francis Bacon. RADBRUCH, Gustav. *O espírito do direito inglês e a jurisprudência anglo-americana*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 34.

⁵²⁰ Ibid. p. 35.

sistema. As decisões reiteradas, assim construídas, forçarão a revisão da regra dissonante da realidade. A vida real tem muito a ensinar ao direito positivo. É sábia modéstia em face da possibilidade de criação jurídica consciente, diferente do nosso positivismo, e sensível ao valor jurídico que o sistema do *case law*, surgido paulatinamente em casos concretos, possibilita um constante desenvolvimento do pensamento da justiça⁵²¹.

Nada impede em absoluto que os sistemas jurídicos de tradição romano-germânica adotei em seus *decisionmakings* mecanismos do *common law*. Ainda que os casos submetidos a uma solução sejam inéditos e complexos, a consulta ao *ratio decidendi* nos precedentes registrados em *law reports* contribui para a decisão. O sistema ganha completude a cada caso.

Com efeito, cresce em nosso sistema a tendência de fundamentação das decisões judiciais e administrativas na jurisprudência, mesmo que formalmente os precedentes não tenham efeito vinculante. Esse fenômeno processual é natural e pragmático. Primeiro porque nada justifica que na busca de uma solução para um determinado caso concreto, antes não se pesquise como anteriormente um caso similar tenha sido enfrentado por juízes igualmente competentes e capacitados. Segundo, de ordem pragmática, busca-se uma solução para o elevado acervo de processos pendentes de julgamento nos tribunais, sendo inviável que juízes despendam tempo em uma solução já existente e que corresponda à sua convicção.

A verdade é que nosso sistema de *judicial decisionmakings* já é pródigo no emprego de mecanismos tomados emprestados do *common law*, alguns formalmente inseridos nos códigos processuais, como é o caso das súmulas vinculantes, dos recursos repetitivos, dos julgamentos em repercussão geral e, outros, são observados na prática do dia-a-dia de nossos tribunais. É de natureza humana observar as experiências em seu entorno e se deixar conduzir pelos caminhos já traçados ao destino que tenham escolhido.

Dessas considerações, junto com a necessidade de abertura dos processos decisórios para a participação de *decisionmakers* com conhecimento, experiência e visões diferentes dos fatos também devem ser incorporados aos *decisionmakings* mecanismos de observância dos precedentes.

⁵²¹ RADBRUCH, Gustav. *O espírito do direito inglês e a jurisprudência anglo-americana*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 67.

3.4 A posição dos órgãos-agência em questões técnicas e a "última palavra" dos tribunais

A ideia central aqui é a demonstração de que os órgãos-agência⁵²², em comparação com os tribunais, gozam de uma posição mais favorável para interpretar prescrições legais ambíguas ou omissas em questões de complexidade técnica⁵²³. Nesses casos, entendemos que tenha havido uma deferência tácita interpretativa do parlamento aos órgãos-agências, iniciada desde a criação dessas instituições, quando então lei de criação lhes conferiu autonomia e *expertise* para a produção, com melhor potencial de acerto, de *decisionmakings* interpretativos em questões técnicas complexas⁵²⁴.

A concepção de um Estado Administrativo não implica a substituição de competências constitucionais conferidas aos tribunais. O controle judicial de atos praticados pelo Executivo é intangível. A questão que se impõe a reflexão é sobre o conteúdo material do ato revisado e a extensão desse controle no atual estágio de desenvolvimento institucional do direito administrativo. O que justificaria se atribuir maior confiança a uma decisão judicial substitutiva daquela adotada por um órgão-agência investido de *expertise* e legitimidade para uma análise técnica mais detida sobre a questão examinada? O controle judicial deveria se ater à verificação da razoabilidade da interpretação adotada pelos órgãos-agências, ausência de excessos e arbitrariedades no procedimento adotado, mas não uma revisão de mérito para substituir a decisão por uma outra escolha de sua preferência⁵²⁵.

⁵²² Estado Administrativo é um conceito surgido a partir das teorias em defesa da deferência interpretativa às agências norte-americanas, o que implica a relativização da revisão judicial de suas decisões. Na estrutura estatal organizacional do Executivo brasileiro, as agências reguladoras são as instituições que mais se aproximam das agências norte-americanas. Elas também exercem com autonomia as atribuições categorizadas pelo *Administrative Procedure Act* (APA) de 1946: regulação (*rule-making*) e julgamento (*adjudication*). SCOTUS A Suprema Corte Norte Americana e o Estado Administrativo: Precedentes Selecionados. Antônio Guimarães Sepúlveda, Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha e Igor de Lazari Barbosa Carneiro (organizadores). Rio de Janeiro: Letaci, 2019. pp. 7-8. Outros órgãos especializados brasileiros, mesmo sem que formalmente a lei não os tenha criado como uma agência reguladora, na prática, gozam de características que ainda mais se aproximam das agências norte-americanas (um exemplo é a Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme explicaremos nos dois próximos capítulos); daí termos adotado de forma mais genérica a expressão órgão-agência.

⁵²³ SUNSTEIN, Cass R. *Beyond Marbury: The Executive's Power To Say What the Law Is*. The Yale Journal Law Vol. 115 n. 9. New Haven, Connecticut: The Yale Journal Law, 2006. p. 2603: "Even when an agency's decision is not preceded by formal procedures, there is no reason to think that courts are in a better position than agencies to resolve statutory ambiguities". Disponível em: https://www.yalelawjournal.org/pdf/113_ndrkijbm.pdf. Acesso em: 29/11/2019.

⁵²⁴ Ibid. p. 2586.

⁵²⁵ VERMEULE, Adrian. *Law's abnegation: from law's empire to the administrative state*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016. p. 89: "courts [...] should defer to reasonable agency decisions about the design of procedural arrangements, reviewing the agency's choices for arbitrariness, but not correctness". Nos *decision makings* das agências, as decisões são precedidas de consultas públicas (*notice-and-comment*), o que confere a legitimidade necessária para uma maior deferência pelos tribunais. No caso *United State v. Mead Corp.*, um dos fundamentos adotados pela Suprema Corte Norte-Americana para não reconhecer deferência às decisões do serviço de aduana norte-americano foi a ausência de *notice-and-comment* em seus *decision makings*. 533 U.S. 218 (2001). No Brasil, também nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto.

Os tribunais aquiesceriam com as decisões das agências, quando fundamentadas em interpretação razoável, mesmo que em seu próprio entendimento outra interpretação pudesse ser adotada. A jurisprudência nesse sentido se forma emblematicamente com o caso *Chevron, U.S.A, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc*⁵²⁶. A deferência às agências conferida no caso *Chevron* estabeleceu uma nova alocação de poder entre tribunais e agências⁵²⁷. A questão principal era a definição de fonte estacionária de poluição, conceito empregado nas emendas do Congresso norte-americano ao *Clean Air Act* de 1970. As modificações legislativas impuseram aos Estados americanos descumpridores das regras rigorosas exigências para a construção de uma fonte estacionária poluidora do ar. A agência de proteção ambiental, *Environmental Protection Agency (EPA)*, ao regulamentar o conceito, definiu como fonte estacionária qualquer parte de um equipamento que emitisse poluentes. No ano seguinte, a EPA estabeleceu uma nova regra. Com a alteração, não mais seria necessária a submissão às regras mais rigorosas quando a nova parte instalada na fonte estacionária não implicasse aumento do nível de poluição da fonte como um todo, ou seja, ficaria permitida a compensação entre a nova parte poluidora instalada com as diferentes partes da fonte estacionária já existentes.

No julgamento, a Suprema Corte Norte Americana reverteu a decisão da Corte de Apelação, D. C. Circuit. A questão jurídica principal em *Chevron, U.S.A, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc* foi a possibilidade ou não de a agência adotar uma definição mais ampla do que a adotada no *Clean Air Act*. A Suprema Corte entendeu que a Corte de Apelação deveria ter sido deferente à nova regra da agência, pois a interpretação do conceito de fonte estacionária de poluição não extrapolava os limites da razoabilidade. Cumpriria à agência reguladora a competência para conferir precisão à definição referida pela prescrição legal. O legislador não havia estabelecido precisamente o conceito de fonte estacionária⁵²⁸.

O precedente *Chevron, U.S.A, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc* redefiniu na jurisprudência norte-americana o papel de as agências interpretarem as prescrições legais. Em havendo ambiguidade ou omissão, o poder regulatório das agências autorizaria uma interpretação que complemente ou amplie à adotada no texto regulamentado, desde que razoáveis e em conformidade com o procedimento legal. Os tribunais não mais

Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: Marcelo Figueiredo (Coord.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 105.

⁵²⁶ *Chevron, U.S.A, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc*, 467 U.S 837 (1984).

⁵²⁷ SEPÚLVEDA, Antônio Guimarães; BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves e CARNEIRO, Igor de Lazari Barbosa. *Doutrina Chevron e um novo equilíbrio interpoderes* In: SCOTUS A Suprema Corte Norte Americana e o Estado Administrativo: Precedentes Seleccionados. Antônio Guimarães Sepúlveda, Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha e Igor de Lazari Barbosa Carneiro (organizadores). Rio de Janeiro: Letaci, 2019. p. 74.

⁵²⁸ *Chevron, U.S.A, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc*, 467 U.S 837 (1984).

estariam livremente autorizados a modificarem as decisões de mérito das agências para que sejam substituídas por suas escolhas e preferências.

Pelo menos no sentido clássico, o precedente *Chevron* relativiza o princípio da separação de poderes⁵²⁹. A hegemonia das instâncias judiciais para "dizerem o direito" não seria mais a mesma. A posição estruturalmente independente do poder judiciário em relação aos órgãos-agência do Executivo não é suficiente como justificativa para que tribunais, em caráter absoluto, reservem para si a "última palavra" para tudo.

Podemos extrair do caso *Chevron* que a Suprema Corte Norte Americana reconheceu a necessidade de valorização da competência regulatória das agências, o que implica um reposicionamento dos órgãos-agência diante da hegemonia de nossos tribunais em "dizer a última palavra", notadamente em questões que demandam grau elevado de *expertise*⁵³⁰. Nos casos de obscuridades e omissões nas prescrições legais, espera-se que os *decisionmakers* possuam elevado grau de especialização para compreender mais plenamente a matéria e os efeitos sistêmicos e dinâmicos das alternativas de decisões que se lhes apresentam no caso⁵³¹.

Em alguns sistemas jurídicos, admite-se o ingresso no processo como *amicus curiae* ("amigo da corte" ou "colaborador da corte"). Em razão do alcance das decisões nos processos de controle de constitucionalidade com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, deve-se possibilitar que o debate das decisões proferidas pelo tribunal seja pluralizado. Com a edição da Lei nº 9.868/99, que cuida da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, o instituto do *amicus curiae* ganhou relevância no direito brasileiro⁵³².

⁵²⁹ SEPÚLVEDA, Antônio Guimarães; BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves e CARNEIRO, Igor de Lazari Barbosa. *Doutrina Chevron e um novo equilíbrio interpoderes* In: SCOTUS A Suprema Corte Norte Americana e o Estado Administrativo: Precedentes Seleccionados. Antônio Guimarães Sepúlveda, Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha e Igor de Lazari Barbosa Carneiro (organizadores). Rio de Janeiro: Letaci, 2019. p. 78.

⁵³⁰ Diante da elevada complexidade técnica e dos riscos de reflexos dinâmicos e sistêmicos, o Judiciário carece de parâmetros objetivos para uma atuação segura. Assim, a extensão e intensidade do controle devem ser mais tênues. Nesses casos, a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração podem ser decisivas na definição do papel decisório de cada uma das instâncias, Judiciário e Administração. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 227.

⁵³¹ *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S 134 (1944). No precedente *Skidmore*, a Suprema Corte Norte Americana esclareceu que as agências atuam e decidem em estrito cumprimento do dever legal, com base em experiências e informações mais amplas do que os juízes dispõem em seus julgamentos: "*But the Administrator's policies are made in pursuance of official duty, based upon more specialized experience and broader investigations and information than is likely to come to a judge in a particular case. They do determine the policy which will guide applications for enforcement by injunction on behalf of the Government*".

Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/134/>. Acesso em: 29/11/2019

⁵³² BRASIL. Lei nº 9.868, de 10/11/99. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União de 11/11/1999: "Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta

Posteriormente, com o reconhecimento da importância da experiência do instituto em nosso sistema processual, o próprio Código de Processo Civil o adotou para todas as ações judiciais⁵³³. No código se reconhece uma necessidade mais ampla para a colaboração do *amicus curiae*. Nas hipóteses objetivas para a colaboração estão a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda e a repercussão social da controvérsia. Subjetivamente, são legitimados para o ingresso no processo as pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades, que possuam especialização quanto à especificidade do objeto da demanda. Os colaboradores devem possuir grau de especialidade de forma a agregarem conhecimento, informação e experiência ao *decisionmaking*.

Como se vê, naturalmente, da experiência dos tribunais se reconheceu a necessidade de que especialistas participem dos *decisionmakings* em temas de complexidade técnica. Não se enfrentam essas questões complexas apenas com o conhecimento jurídico. É necessário um grau de especialização técnica para compreender mais plenamente a matéria e os efeitos sistêmicos e dinâmicos das decisões.

Para esses casos admitidos pelo sistema jurídico, os órgãos ou entidades especializadas da administração pública, ainda que possuam as características de um órgão-agência⁵³⁴, participam como colaboradores. O tribunal ainda reserva para si, com exclusividade, o poder decisório. Faz sentido quando na solução da "especificidade do tema objeto da demanda" ainda prevaleça o conhecimento jurídico. Um esclarecimento sobre alguma questão mais técnica seria suficiente e se devolveria a solução para o tribunal "dizer o direito".

de inconstitucionalidade [...] § 2o O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades".

⁵³³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16/03/2015. Código de Processo Civil: "Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação".

⁵³⁴ Na estrutura estatal organizacional do Executivo brasileiro, as agências reguladoras são as instituições que mais se aproximam das agências norte-americanas. Elas também exercem com autonomia as atribuições categorizadas pelo *Administrative Procedure Act* (APA) de 1946: regulação (*rule-making*) e julgamento (*adjudication*). SCOTUS A Suprema Corte Norte Americana e o Estado Administrativo: Precedentes Seleccionados. Antônio Guimarães Sepúlveda, Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha e Igor de Lazari Barbosa Carneiro (organizadores). Rio de Janeiro: Letaci, 2019. pp. 7-8. Outros órgãos especializados brasileiros, mesmo sem que formalmente a lei não os tenha criado como uma agência reguladora, na prática, gozam de características que ainda mais se aproximam das agências norte-americanas (um exemplo é a Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme explicaremos nos dois próximos capítulos); daí termos adotado de forma mais genérica a expressão órgão-agência.

Contudo, nem sempre é assim. No caso *Chevron*⁵³⁵, por exemplo, a definição conceitual trazida pela agência de proteção ambiental, *Environmental Protection Agency (EPA)*, já completava a decisão. Uma posterior intervenção judicial sobre o conceito de fonte estacionária de poluição, considerada a hegemonia dos tribunais em "ser a última palavra", substituiria a definição com base técnica pela preferência do tribunal. A preferência do tribunal, em substituição à definição com base no *expertise* da agência, poderia adotar como fundamento que, no caso concreto, o valor jurídico "proteção ambiental" prevaleceria sobre o "desenvolvimento econômico", de forma que deveriam ser cumpridas as regras mais rigorosas para a instalação de componentes de uma fonte estacionária de geração de energia, ainda que fossem reduzidas as emissões de poluentes nas demais partes que compõem a estação geradora. A reflexão que se faz presente é quanto aos casos em que essa hegemonia dos tribunais deva ceder para os órgãos-agência, para que o precedente da Suprema Corte Norte Americana seja aplicado no Brasil⁵³⁶.

As questões tributárias são pródigas de complexidade técnica em que muitas vezes a solução se esgota no conceito que seja adotado para hipótese legal para imposição da obrigação tributária. Diante do elevado grau de ambiguidades e omissões em nosso sistema tributário e da dinâmica complexa e mutável das relações econômicas muitos serão os casos relevantes e específicos da matéria objeto da demanda. A definição de um único conceito empregado pelo intérprete pode fazer toda a diferença.

Da mesma forma que *Chevron*, em uma determinada demanda em matéria tributária a questão a ser solucionada dependia da definição de plataforma de petróleo. A interpretação pela Secretaria da Receita Federal do Brasil foi que plataforma de petróleo não se equipararia a embarcação por não dispor de propulsão própria, e o contribuinte recorreu ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF para defender que para os fins da legislação tributária essa característica não seria relevante. Essa divergência resultou uma autuação de R\$ 3 bilhões⁵³⁷. Ressurge a questão de competência de acordo com a capacidade

⁵³⁵ *Chevron, U.S.A, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc*, 467 U.S 837 (1984). A agência de proteção ambiental, *Environmental Protection Agency (EPA)*, ao regulamentar o conceito, definiu como fonte estacionária qualquer parte de um equipamento que emitisse poluentes. No ano seguinte, a EPA estabeleceu uma nova regra. Com a alteração, não mais seria necessária a submissão às regras mais rigorosas quando a nova parte instalada na fonte estacionária não implicasse aumento do nível de poluição da fonte como um todo, ou seja, ficaria permitida a compensação entre a nova parte poluidora instalada com as diferentes partes da fonte estacionária já existentes.

⁵³⁶ Embora outros o reafirmaram (*Norton v. Southern Utah Wilderness Alliance*, 542 U.S. 55 (2004)), é certo que outros precedentes posteriores a *Chevron* também reduziram seu alcance (*United States v. Mead Co.*, 533 U.S 218 (2001)), mas mesmo assim manteve-se a elevada deferência às agências norte-americanas para decidirem questões de complexidade técnica. Quando fundamentadas em interpretação razoável, os tribunais não as modificam mesmo que em seu próprio entendimento outra interpretação pudesse ser adotada.

⁵³⁷ VALOR ECONÔMICO. Petrobras define defesa contra autuação do IR. *Jornal Valor Econômico*. São Paulo, 04/07/2003. Disponível em: <http://www.valor.com.br>. Acesso em: 07/05/2014: "A Petrobras já definiu a defesa

institucional: a quem competiria a "última palavra" sobre a equiparação de plataforma de petróleo a embarcação para fins de se conferir ao contribuinte um tratamento tributário favorecido? tribunais ou o órgão-agência?

O *expertise* das agências é uma característica relevante a ser considerada na resposta. Além da posição mais vantajosa das agências em relação a tribunais generalistas para se produzir uma decisão com maior precisão, a compreensão mais aproximada dos efeitos dinâmicos e sistêmicos, notadamente nas questões técnicas e complexas, reduz os riscos decorrentes da decisão⁵³⁸.

Por outro lado, essa vantagem quanto ao *expertise*, também suscita uma outra questão. Os órgãos-agência integram a estrutura do Executivo e, em tese, haveria uma inclinação a defender os interesses do governo; enquanto tribunais seriam mais propensos, com maior grau de imparcialidade, a incorporar a seus *decisionmakings* os valores de justiça, mas, por outro lado, não detêm o *expertise* das agências para solucionar casos de complexidade técnica.

O problema da autonomia dos órgãos-agência pode ser atenuado com a implementação de mecanismos que possibilitem uma participação e controle transparente da sociedade no processo decisório e que também proporcionem maior autonomia para que os *decisionmakers* elevem o grau de imparcialidade em suas decisões⁵³⁹. Com a maior

que deve apresentar contra a autuação fiscal de R\$ 3 bilhões relativa ao Imposto de Renda supostamente devido na remessa ao exterior de valores pagos pelo arrendamento e aluguel das plataformas de petróleo [...] A Petrobras deve alegar que a exigência da Receita é indevida porque a legislação garante tributação de IR à alíquota zero no caso de pagamentos relativos a fretes, aluguéis ou arrendamentos de embarcações marítimas. "Os valores pagos pelo aluguel das plataformas de petróleo em mar aberto, portanto, ficam, na prática, livres do recolhimento do imposto", diz o tributarista Alberto Xavier [...] A Receita exige o recolhimento do imposto por entender que a plataforma de petróleo não é embarcação. Portanto, os pagamentos de frete ou aluguel relativos a ela não estariam beneficiados com o IR de 0%. O Fisco defende que não se trata de embarcação porque a plataforma não é usada para transportar cargas ou pessoas". IGNÁCIO, Laura. Carf mantém multa contra Petrobras. *Jornal Valor Econômico*. São Paulo, 06/05/2014. Disponível em: <http://www.valor.com.br>. Acesso em: 07/05/2014: "A derrota da Petrobras é apenas mais uma relativa a afretamento. Em 2011, a Câmara Superior do Carf condenou a petroleira a pagar R\$ 4,6 bilhões por não recolhimento de 15% de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) sobre remessas ao exterior para pagamento de afretamento de "embarcações", realizado entre 1999 e 2002. No caso, discute-se o conceito de embarcação".

⁵³⁸ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 156. Chicago: University of Chicago Law School, 2002. p. 47: "For the same reasons, we have indicated some enthusiasm for the emerging view that administrative agencies ought to be allowed a degree of flexibility in their own interpretations, flexibility that goes well beyond of courts. Agencies are in a better position to know whether a particular result, apparently compelled by text, really is senseless. They are also in a better position to know whether a departure from text will unsettle the regulatory scheme in a damaging way".

⁵³⁹ VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy Institutional Design Writ Small*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 4: "I will propose mechanisms that advance four core values of democratic constitutionalism: impartiality, accountability, transparency and deliberation. These values, I suggest, form something like the common ground among democrats of differing stripes". Alguns mecanismos para legitimação democrática de *decisionmakings* foram adotados pelas agências reguladoras: conselhos consultivos com funções opinativas e consultivas, audiências e consultas públicas e ouvidoria. A iniciativa se alinha com a

legitimidade nos *decisionmakings*, o controle judicial seria também exercido com mais segurança sobre a razoabilidade das interpretações adotadas pelos órgãos-agência.

E a suposta vantagem dos *judicial decisionmakings* quanto a uma suposta independência dos juízes é relativizada pelos estudos de teoria da decisão. Conforme exposto nos dois primeiros capítulos, decisões judiciais não são tão racionais e neutras como idealizam as normas processuais. É expressiva a diferença entre o “como abstrata e idealmente os juízes decidiriam” e “como, consideradas suas limitações humanas em uma sociedade complexa onde funcionam as instituições, juízes decidem”. No exercício da suposta autonomia, os juízes decidem também de acordo com vários aspectos não normativos: ideologia, política, preconceitos, antipatias, preferências, incentivos, reputação, interesses, constrangimentos, dentre outros⁵⁴⁰.

Como aqui mencionado, as questões enfrentadas pelos órgãos-agência que atuam na administração pública tributária envolvem matéria complexa predominantemente técnica. Os *decisionmakers* atuam sobre um largo espectro legal e normativo, que inclui dezenas de tributos federais com prescrições normativas ambíguas e carentes da completude necessária para conferir razoável segurança jurídica, além de conflitos de competência com outros entes da federação⁵⁴¹.

Antes que se finalizasse essa parte do trabalho, importante alteração legislativa no funcionamento das agências reguladoras evidenciou a tendência de introdução no ordenamento jurídico da preocupação com os efeitos sistêmicos e dinâmicos das decisões em

tendência contemporânea de reivindicação por maior espaço para participação democrática nas decisões do Estado. O recente decreto nº 8.243, de 02/05/2014 adota como seu objetivo a democratização da administração pública com a participação da sociedade civil no processo de decisão nos órgãos de governo. BRASIL. Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 26/05/2014: “Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências

⁵⁴⁰ A melhor forma de explicar as decisões dos juízes é recorrendo a identificar as preferências políticas que projetam sobre seus casos. A teoria estratégia do comportamento de juízes parte do pressuposto que a decisão judicial é influenciada pela preocupação dos juízes com seus pares, sua carreira, demais atores e a opinião pública. POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*. Tradução: Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011. pp. 33-32, 41. O juiz hipoteticamente invulnerável aos aspectos não normativos pode ser relacionado ao “juiz hércules” de Dworkin: “Para expor a complexidade da interpretação jurídica, idealizarei um juiz de capacidade e paciência supra-humanas, imerso unicamente no direito, um hércules”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 165.

⁵⁴¹ São tantas as questões complexas em nosso direito tributário que foram necessários dois dias de discussões em um seminário de “Questões Controvertidas do CARF - Análise da Jurisprudência”, promovido pela OAB/RJ. Algumas questões complexas e de natureza eminentemente técnica envolvem compartilhamento internacional de custos e despesas, tributação de lucros de controladas no exterior, tratados internacionais e o conceito de estabelecimento permanente, empresa veículo e a capitalização de companhias *holdings* por investidor estrangeiro, créditos de PIS/COFINS no regime monofásico e submetido à alíquota zero, dentre outras.

instâncias administrativas⁵⁴². Como já mencionamos no item 3.1 deste capítulo, o instituto da modulação de efeitos foi uma das primeiras iniciativas de normatização com esse mesmo propósito⁵⁴³. Essa nova objetivação, ao mesmo tempo que se preocupa por meio de uma "Análise de Impacto Regulatório (AIR)" com os efeitos dinâmicos e sistêmicos das regulações sobre agentes econômicos, consumidores e usuários dos serviços prestados, também reconhece a posição vantajosa das agências e órgãos-agência, detentores que são de *expertise*, em relação a tribunais generalistas para se produzir uma decisão com uma compreensão mais aproximada dos efeitos dinâmicos e sistêmicos, notadamente nas questões técnicas e complexas, para a redução dos riscos decorrentes da decisão⁵⁴⁴.

3.5 Síntese conclusiva

As valorações e opções políticas reservadas *prima facie* ao legislador não serão suficientes para encapsular textos normativos, idealmente "protegidos" contra o intérprete. Sempre restará margem para que a interpretação construa a norma individual aplicada ao fato concreto. E essa atividade de interpretação e aplicação do Direito também não será puramente racional. É um processo decisório, *decisionmaking*, no qual se juntam conceitos, sentimentos, frustrações, crenças e tudo mais das experiências de vida do intérprete. A anunciada neutralidade e imparcialidade do juiz será sempre relativa. Ora estará o juiz orientado predominantemente por critérios objetivos; ora, entregue à bússola de sua concepção pessoal.

De fato, nos *judicial decisionmakings*, as decisões não são produzidas inteiramente neutras, desinteressadas e com "olhos" exclusivamente na produção normativa. Os juízes são de "carne e osso" e, como todos nós, sujeitam-se a heurísticas, vieses, aversões, influência

⁵⁴² BRASIL. Lei nº 13.848, de 25/06/2019. Diário Oficial da União – DOU de 26/06/2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras: "*DO PROCESSO DECISÓRIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS [...] Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo*".

⁵⁴³ BRASIL. Lei nº 9.868, de 10/11/99. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União de 11/11/1999: "*Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*".

⁵⁴⁴ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 156. Chicago: University of Chicago Law School, 2002. p. 47: "*For the same reasons, we have indicated some enthusiasm for the emerging view that administrative agencies ought to be allowed a degree of flexibility in their own interpretations, flexibility that goes well beyond of courts. Agencies are in a better position to know whether a particular result, apparently compelled by text, really is senseless. They are also in a better position to know whether a departure from text will unsettle the regulatory scheme in a damaging way*".

emocional, preconceitos, ideologia, inclinação política, antipatias, preferências, incentivos, reputação, interesses, constrangimentos e outros aspectos não normativos.

A influência de todos esses aspectos nas decisões judiciais torna a fundamentação jurídica um grande desafio, notadamente nos casos de interpretação de textos normativos ambíguos e incompletos. São nesses casos que o juiz fica vulnerável à sedução em concretizar suas preferências pessoais. Sistemas normativos de alta complexidade, ambiguidades e vagezas provocam elevada insegurança jurídica para a sociedade. A compreensão da jurisprudência exige muito mais do que conhecer as possíveis interpretações. Os olhos devem igualmente se voltar para o fato, a prescrição normativa e a pessoa do juiz.

Quando incorporamos à análise o terceiro elemento de estudo, tudo fica mais completo. A preferência do juiz por um determinado sentido aos demais decorre dos vários aspectos não normativos a que nos referimos ao longo do capítulo. O conceito de "*interpretive choice*" traz, principalmente, as orientações, os limites e a compreensão de que a decisão provocará efeitos. Apesar de todo um espectro normativo aparentemente aplicável ao caso, pode ser que o juiz deseje evitar os efeitos que serão produzidos com a decisão esperada. Assim, ele se permitirá seguir outro caminho.

Portanto, os estudos sobre interpretação não se esgotam com as teorias existentes: formalismo, legalismo, originalismo, teleológica, sistemática, construtivista, prospectiva etc. A interpretação pode ser uma escolha, quando o intérprete passa a considerar também suas preferências e os efeitos dinâmicos e sistêmicos. As grandes teorias carecem dessa consideração de que as decisões também são escolhas e nelas a racionalidade somente limitadamente estará presente.

O reconhecimento da racionalidade limitada e dos constrangimentos a que se sujeitam os intérpretes, de fato, relativiza a relevância das teorias abrangentes de interpretação jurídica por lhes faltar a análise do terceiro elemento que se junta à análise do fato-norma. Os problemas de segurança, previsibilidade e equilíbrio enfrentados, em maior ou menor grau, pelos sistemas normativos não serão resolvidos apenas com aportes das grandes teorias tradicionais de interpretação. A consideração dos aspectos não normativos, naturais das dimensões individual e institucional do intérprete, também é necessária para uma compreensão mais plena do resultado de uma interpretação normativa.

A capacidade prescritiva das instituições legislativas não será suficiente para proporcionar a plena compreensão do alcance de suas produções normativas. Nossa

sociedade será cada vez mais complexa e a distância tende a aumentar em todas as áreas: social, política, econômica, tecnológica, dentre outras. Devemos nos acostumar com o dissenso quanto ao sentido das prescrições legais.

Diante de todas as dificuldades para a compreensão do sentido nos textos normativos, o intérprete também procura alguma estratégia. Assim, numa abordagem institucional, a escolha pelo formalismo jurídico pode ser uma estratégia de interpretação, uma opção para questões em grau de complexidade elevado para a capacidade institucional do intérprete.

Especialmente para juízes generalistas, em muitos casos de alta complexidade, ainda mais quando envolve questões mais técnicas, o formalismo se mostra mais adequado. Do contrário, uma interpretação mais criativa pode produzir consequências muito piores do que a insensibilidade às peculiaridades do caso. Essa ponderação mais realista entre uma consequência ruim ou outra suscita uma "terceira via": a relativização da confiança absoluta de que os tribunais devam sempre ser a "última palavra". A maior deferência aos órgãos-agência pode ser uma alternativa. Com a *expertise* que possuem poderão realizar outras escolhas a um risco muito inferior pela precisão de suas soluções e a compreensão dos efeitos dinâmicos e sistêmicos de suas decisões⁵⁴⁵. Muitas questões de ordem técnica deveriam ser afastadas dos tribunais generalistas. É hora de se repensar a hegemonia do Judiciário em sua pretensão de solucionar todos os problemas de uma sociedade cada vez mais complexa.

De acordo com o aspecto da capacidade institucional, um tribunal generalista, pelos riscos elevados de produzir graves efeitos dinâmicos e sistêmicos em suas decisões, deveria ignorar outras fontes interpretativas e adotar o significado aparente ou comum dos textos, evitando as inovações criativas. Enquanto, órgãos-agência, com sua especialização e estando melhor preparado para uma compreensão mais ampla, com mais autonomia e segurança, poderá adotar interpretações que contemplem as intenções legislativas, acordos de grupos de interesse, políticas estatutárias e consequências sociais e econômicas.

Nesse novo sistema, os tribunais aquiesceriam com as decisões dos órgãos-agência quando tenham adotado interpretação razoável, mesmo que em seu próprio entendimento outra interpretação pudesse ser adotada. O precedente mais conhecido surgiu com o caso

⁵⁴⁵ CYRINO, André. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. vol. 9, n. 15, Jul-Dez. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2016. pp. 178-179: "*sugerimos que esse exame econômico, em certos casos, deve considerar as capacidades institucionais dos órgãos envolvidos. Searas de elevada complexidade técnica e dinâmica específica podem gerar dificuldades significativas para a atuação do Poder Judiciário. Em casos que tais, deve haver uma indicação de deferência. A expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração terão peso importante. Nesses casos, mais importante que definir uma resposta correta sobre o significado da Constituição econômica, é verificar quem tem mais capacidade para tal avaliação*".

*Chevron, U.S.A, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc*⁵⁴⁶. A ideia central é o *expertise* das agências para interpretações mais adequadas em questões mais técnicas e complexas. Nessas questões os fatos se situam no núcleo do objeto analisado pelo intérprete.

De fato, os órgãos-agência estão melhor posicionados do que os tribunais generalistas para interpretar prescrições legais ambíguas ou omissas em questões de complexidade técnica. Nesses casos, a deferência interpretativa pelo parlamento é intrínseca à necessidade de incorporação do *expertise* previsto nas competências legais exercidas nesses órgãos-agência. O caso *Chevron* julgado pela Suprema Corte Norte Americana é emblemático para um reposicionamento favorável dos órgãos-agência perante nossos tribunais. São eles que detêm elevado grau de especialização para compreender mais plenamente a matéria e os efeitos sistêmicos e dinâmicos das alternativas de decisões que se lhes apresentam no caso.

No direito, podemos atribuir às questões tributárias esse grau de complexidade técnica, campo mais adequado à atuação de um órgão-agência. É notório que nosso sistema tributário possui elevado grau de ambiguidades e omissões. E são com essas características que suas prescrições normativas pretendem solucionar o tratamento tributário às relações dinâmicas e mutáveis de nossa atual sociedade econômica.

Com efeito, as questões enfrentadas pelos órgãos-agência da administração tributária envolvem matéria complexa e técnica. Os *decisionmakers* atuam sobre um largo espectro legal e normativo, que inclui dezenas de tributos federais com prescrições normativas ambíguas e carentes da completude necessária para conferir razoável segurança jurídica, além de conflitos de competência com outros entes da federação.

⁵⁴⁶ 467 U.S. 837, 843 (1984).

PARTE II

A mudança do paradigma de "contencioso" administrativo para um sistema preventivo de regulação tributária

CAPÍTULO 4

Uma análise crítica do macroprocesso de crédito tributário em uma abordagem institucional

4.1. Considerações iniciais

Neste *capítulo 4* ingressamos na fase aplicativa das teorias da decisão e comportamento institucional, desenvolvidas na Parte I do trabalho. O objeto de análise é o macroprocesso do crédito tributário da União⁵⁴⁷, uma visão de integração e sinergia entre os órgãos fazendários responsáveis por cada uma das fases necessárias para a sua cobrança judicial.

A partir de um diagnóstico da situação atual, perceberemos que o sistema atual, esgotado em todas as suas fases, reclama por um redesenho de forma a melhor atender ao interesse comum da administração tributária e dos contribuintes em obter uma resposta que concilie os valores da segurança jurídica, prevenção de conflitos, transparência, legitimidade democrática, efetivo contraditório e eficiência.

Apesar da visão integrada entre as fases, o que proporciona sinergia e racionalidade ao sistema, as instituições atuantes no macroprocesso permanecem tratando os processos em uma abordagem individual, sem um mecanismo próprio de prevenção das controvérsias em torno da interpretação e aplicação das prescrições legais tributárias⁵⁴⁸. A atividade tributária se imiscui em todas as atividades econômicas. O tratamento casuístico, focado em uma

⁵⁴⁷ O conceito de macroprocesso foi criado com a proposta de apresentar uma visão integrada de todas as fases desde a constituição do crédito tributário até a sua cobrança executiva. Essas fases são: a) constituição do crédito tributário pelo lançamento (delegacias de fiscalização da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil); b) controle administrativo sobre o crédito tributário constituído (delegacias de julgamento da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e, em segunda instância, pelas turmas de julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF); e c) inscrição em dívida ativa do título formado pela constituição definitiva do crédito tributário para sua cobrança executiva. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 116, de 25/02/2009. Diário Oficial da União – DOU de 27/02/2009. Institui, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Comitê Executivo de Gestão do Macroprocesso do Crédito Tributário - CMCT, e dá outras providências: “Art. 2º O CMCT será composto por um representante de cada um dos seguintes órgãos: I - Secretaria-Executiva do Ministério da Fazenda (SE), que o presidirá; II - Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB); III - Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN); e IV - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF)”.

⁵⁴⁸ Para equilibrar o fluxo de processos, além da criação de turmas extraordinárias, o CARF instituiu vários mecanismos de celeridade nos julgamentos. A maioria deles reproduz, com adaptações, os existentes nos tribunais. O processamento na sistemática dos recursos repetitivos e os enunciados de súmulas são os mais importantes. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: “Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF”.

solução contenciosa individual, oferece elevados riscos de interferência distorcida no mercado competitivo. A segurança jurídica, previsibilidade e tratamento igualitário reclamam por um sistema de interpretação e aplicação da legislação tributária que se aplique a todos os contribuintes em livre concorrência⁵⁴⁹. A regulação tributária, portanto, seria a abordagem que falta ao sistema. O paradigma atual é falho ao praticá-la incipiente e disfarçadamente sob pretexto de mera regulamentação. O sistema carece, assim, de uma sincera regulação tributária que incorpore a legitimidade democrática em seus procedimentos e os mecanismos exitosos que integram as deliberações das nossas agências reguladoras: conselhos consultivos com funções opinativas e consultivas, audiências e consultas públicas e ouvidoria, são alguns exemplos⁵⁵⁰.

O propósito da análise crítica é abrir caminho para nossa proposta de redesenho institucional⁵⁵¹ a ser apresentada no último capítulo. Nosso marco teórico, apresentado na Parte I, retorna a esse capítulo para desconstruir o modelo vigente e, no capítulo seguinte, para redesenhar uma instituição que reúna as melhores virtudes para o cumprimento do papel institucional de constituição, controle e cobrança dos créditos tributários da União.

O desenvolvimento da análise crítica ao sistema atual ocorrerá na mesma ordem em

⁵⁴⁹ No relatório de gestão do ano de 2017, o então Ministério da Fazenda reconheceu o risco de interferência no mercado concorrencial por meio de um sistema de atual "contencioso administrativo tributário" focado na solução casuística de litígios. BRASIL. Ministério da Fazenda. Relatório de Gestão 2017. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao>. Acesso em: 13/01/2020. p. 54: "A redução da litigiosidade assegura a isonomia (evitando, assim, injustiças ou mesmo distorções concorrenciais), racionaliza os custos e permite que se confira a devida atenção e esforços às questões de maior relevância e efetividade, enquanto a segurança jurídica na formulação das políticas e das normas tributárias pode evitar ou reduzir substancialmente o surgimento de litígios".

⁵⁵⁰ Esses mecanismos expressam a tendência contemporânea de reivindicação por maior espaço para participação democrática nos *decisionmakings* do Estado. O recente Decreto nº 8.243, de 02/05/2014 adota como seu objetivo a democratização da administração pública com a participação da sociedade civil no processo de decisão nos órgãos de governo. BRASIL. Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 26/05/2014: "*Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências [...] Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Participação Social - PNPS, com o objetivo de fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil*". Com o redesenho institucional a ser proposto no capítulo seguinte, o CARF seria desmembrado em Conselhos de Regulação Tributária, assumindo as atribuições da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação - COSIT. A parte "contenciosa" seria reservada apenas à uniformização de teses jurídicas por meio de resoluções para aplicação a todos os contribuintes. "*Uma forma de minimizar os riscos institucionais do Poder Judiciário no controle das regulações estatais, sem que se afaste dos ideais estruturantes do Estado em que há separação de Poderes (democracia, divisão de trabalho e proteção dos direitos fundamentais), é através da intensificação do uso de amici curiae em processos judiciais que terão inevitáveis impactos no desenho da intervenção estatal*". CYRINO, André. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. vol. 9, n. 15, Jul-Dez. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2016. p. 177.

⁵⁵¹ A expressão tem origem nas teorias institucionais e protagoniza a reestruturação das instituições e seus sistemas, de forma que adquiram valores e solidez, necessários para sua estabilidade ao longo do tempo e capacidade de resposta nos mais variados cenários. GOODIN, Robert. *Las instituciones y su diseño*. In: GOODIN, Robert. *Teoría del Diseño Institucional*. Espanha: Gedisa Editorial, 2003. p. 38: "*proceso por meio do qual as organizações e procedimentos adquirem valor e estabilidade*".

que são realizadas as fases do macroprocesso do crédito tributário. Assim, iniciaremos pela constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício. A autoridade decisória se depara com constrangimentos advindos de muitas fontes: obediência aos interesses da instituição, a reputação perante seus pares, a relação com os contribuintes, a incerteza diante da imprecisão das prescrições legais tributárias e da complexidade das relações jurídico-econômicas, dentre outras.

Em seguida, analisaremos a fase de revisão do lançamento de ofício pelas delegacias de julgamento. Examinaremos o funcionamento das sessões e como se comportam os membros do colegiado. Também aqui merece uma análise dos constrangimentos a que se submetem. O grau de neutralidade e imparcialidade nas decisões conflita com as orientações hierárquica mitigando a livre convicção dos julgadores. A permanência no colegiado é definida pela decisão dos superiores hierárquicos quanto à recondução ao mandato. A última fase a ser analisada⁵⁵² será na formação definitiva do crédito tributário quando não cabe mais recurso ao contribuinte. Essa fase é exercida no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, última instância do processo administrativo tributária, onde se analisam recursos voluntários, de ofício e, quando cabível, os recursos especiais interpostos às turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF para solução de divergências de teses jurídicas.

4.2. Procedimento fiscal para a constituição dos créditos tributários da União

Nessa parte, nossa análise remonta à primeira fase do macroprocesso do crédito tributário, o procedimento de ofício realizado por auditoria-fiscal para a constituição do crédito por meio do lançamento⁵⁵³, que será esmiuçado para que se validemos sua conformação com os valores constitucionais pertinentes à atuação da Administração e com as premissas adotadas, notadamente o comportamento da autoridade intérprete diante de um

⁵⁵² Não analisaremos a fase de cobrança judicial. Nela, o procedimento está estritamente relacionado ao cumprimento de exigências normativas do processo de execução fiscal. Por essa razão, entendemos que escaparia nossa abordagem focada na necessidade de redesenho dos *decisionmakings* no âmbito da administração fazendária, ou seja, até que o crédito se torne definitivamente constituído.

⁵⁵³ Denomina-se por lançamento o procedimento administrativo por meio do qual a autoridade identifica que determinado fato econômico atribuído ao contribuinte sofre incidência de tributo e apura seu montante, acrescido de encargos legais e multa. BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27/10/1966. Seção 1: “Art. 142. *Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o 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 caso, propor a aplicação da penalidade cabível*”. (grifos nossos)

fato-norma⁵⁵⁴.

A decisão sobre a constituição do crédito tributário é um dos mais difíceis *decisionmakings* que uma autoridade possa enfrentar. Especialmente no Brasil, a imprecisão das prescrições legais tributárias e a complexidade das relações jurídico-econômicas criam um cenário de muita incerteza. Diante de fatos econômicos inusitados de alta complexidade e tendo como substrato prescrições legais igualmente de difícil compreensão, exige-se que produza uma resposta quanto a caracterização desses fatos como geradores da obrigação tributária⁵⁵⁵.

Caso assim entenda, agora lhe caberá exercer atribuições próprias à formação de profissionais contadores. Retornará à análise da escrituração contábil, dos balanços patrimoniais, dos demonstrativos de resultado e dos documentos fiscais e contábeis para apuração do montante de tributo, acrescido de encargos legais e multa. Por fim, a atividade decisória é formalizada em um auto de infração. Daí, inicia-se a denominada “fase administrativa contenciosa”⁵⁵⁶ com a impugnação.

Nessa parte da análise crítica à primeira fase do macroprocesso do crédito tributário, nossa abordagem leva em consideração os aspectos relacionados tanto à administração tributária, de um lado, quanto ao contribuinte, do outro. A administração tributária adota procedimento de constituição dos créditos tributários ignorando a natureza decisória do lançamento realizado pela autoridade fiscal e, conseqüentemente, retirando-lhe a autonomia. As lideranças administrativas da instituição reservam para si, com exclusividade, a atividade de interpretação das prescrições legais em matéria tributária, alijando desse processo a autoridade em contato com os atos econômicos concretos realizados pela contribuinte, sem considerar o cenário de incerteza no qual se decide pela constituição do crédito: imprecisões

⁵⁵⁴ Referimo-nos aqui, especialmente, ao devido processo legal como valor constitucional a ser observado no procedimento (sabe-se que, em sentido contrário, quase a unanimidade da doutrina aceita a natureza inquisitiva dos procedimentos de auditoria-fiscal e, portanto, não haveria uma participação contraditória até que o contribuinte seja intimado para a impugnação ao lançamento) e à premissa de que a determinação de um fato econômico como gerador da obrigação tributária é um ato de natureza decisória.

⁵⁵⁵ Embora o cargo não exija formação jurídica formal, a atividade é própria de um jurista: caberá a essa autoridade valorar os fatos, identificar as prescrições relacionadas e interpretá-las para a criação de uma norma jurídica a ser aplicada. O resultado poderá resultar ou não na constituição do crédito tributário. Para um agente a serviço da instituição fazendária, conceitualmente, já se pode vislumbrar o grau de constrangimento a que se submete em suas decisões.

⁵⁵⁶ Apesar de amplamente utilizada, a expressão “contenciosa” não nos parece adequada para a natureza jurídica da relação estabelecida nos processos administrativos entre a administração tributária e os contribuintes. Na verdade, não existiria propriamente um litígio. Ambos, embora defendendo entendimentos divergentes, não estão em posições contrárias. A administração tributária tem o dever de correção em suas decisões de acordo com as prescrições legais aplicáveis ao caso. Entendimento diverso faria com que as funções de imposição de obrigação e julgadora de sua legalidade se concentrassem na mesma instituição. A administração tributária estaria arbitrariamente ocupando posição extremada de prevalência dos seus interesses institucionais, numa relação desequilibrada estabelecida apenas com o administrado, a quem, unilateralmente, impõe-se a obrigação.

das prescrições legais tributárias e complexidade das relações jurídico-econômicas. Para o contribuinte, interessa que o sistema adotado lhe permita efetivamente ser ouvido pela administração tributária. A participação do contribuinte para a verdade material⁵⁵⁷ não pode ser adiado para a fase seguinte de revisão do crédito, quando o crédito já fora constituído e o contribuinte se tornado devedor, com todos os reflexos por ele suportados nessa condição⁵⁵⁸. Assim, a crítica se volta ao sistema inquisitivo adotado para o procedimento de constituição dos créditos tributários pelo lançamento de ofício. Entendemos que para a legitimação do procedimento deve ser oportunizado ao contribuinte o direito de manifestação antes da lavratura do auto de infração de constituição do crédito e imposição da multa de ofício⁵⁵⁹. Parece-nos que a constituição do crédito com o contribuinte alijado do procedimento destoa dos valores democráticos inspiradores da *processualização*⁵⁶⁰ da administração pública participativa como mecanismo de transparência, racionalidade e eficiência.

As decisões tomadas mediante um processo onde se assegura ao interessado a participação em sua formação são mais legítimas e tendem a maior aceitação de todos, mesmo quando desfavoráveis. Os custos de transação são menores, do que resulta uma

⁵⁵⁷ MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 131: “O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos”.

⁵⁵⁸ Ainda que o crédito constituído pelo lançamento se mantenha com exigibilidade suspensa até uma decisão definitiva sobre sua procedência (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional: “*Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: [...] III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo*”), existem reflexos negativos imediatos: repercussão negativa junto a investidores quando o valor é expressivo, com repercussão no valor de mercado de suas ações; os acionistas também são prejudicados em seu direito de recebimento dos dividendos pela necessidade de constituição de provisões para contingências fiscais e reservas retidas dos lucros; os empregados também podem ser frustrados em sua expectativa de participação nos lucros e resultados da empresa; e com a submissão à medida cautelar fiscal, parte do patrimônio se torna indisponível, o que implica restrições para o planejamento da vida econômica do contribuinte. Em um caso recente, por exemplo, após decisão do CARF as ações da agência de turismo CVC sofreram a segunda maior queda da Bolsa de Valores de São Paulo. PASSARO, Juliano. *CVC opera como segunda maior baixa do Ibovespa nesta segunda*. Yahoo Finanças, 10/02/2020: *Na última semana, a CVC foi julgada e acabou tendo prejuízo de R\$ 127,6 milhões por conta do Carf entender que a empresa é uma agência de turismo e, dessa forma, possui incidência do PIS/Cofins em sua receita que foi repassada como comissão para as redes de lojas e também aos fornecedores de serviços turísticos*.

⁵⁵⁹ Sempre se adotou o paradigma da constituição bifásica: em uma primeira etapa o crédito é individualizado pelo lançamento de ofício (fase oficiosa) e na seguinte ocorre o seu controle administrativo com a participação do contribuinte (fase processual). A participação do contribuinte na primeira etapa se limita ao atendimento das intimações da fiscalização para a apresentação de livros contábeis, documentos em geral de interesse da administração tributária e para prestar esclarecimentos. Nessa etapa, portanto, o contribuinte não participa da formação do ato administrativo de lançamento tributário, apenas cumpre deveres legais de interesse da administração. TORRES, Ricardo Lobo. *A equidade no processo administrativo tributário*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 30. Ano 1976. p. 87. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/web/pge>. Acesso em: 16/06/2014. No atual modelo, portanto, o controle participativo sobre a atividade da administração é exercido apenas após sua realização, um controle *a posteriori*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 1999. p. 576.

⁵⁶⁰ MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 27, 70-72, 81, 89 e 109-110: “*A cooperação do interessado nos momentos de preparação do ato final, aumenta a possibilidade de decisão justa, o que torna o processo administrativo um instrumento de garantia prévia dos direitos do cidadão, ou seja, um meio de evitar decisões ilegais ou iníquas*”.

solução definitiva mais célere. As decisões unilaterais, embora em um primeiro momento sejam mais imediatas, para a atividade como um todo trazem resultados tardios e de pouca eficácia⁵⁶¹.

4.2.1 A natureza decisória da constituição dos créditos tributários pelo lançamento

Mesmo nos dias atuais ainda é comum a concepção doutrinária de que o procedimento de constituição dos créditos tributários seria uma simples atividade de aplicação direta da lei ao caso concreto⁵⁶², negando-lhe a função interpretativa. Portanto, em seu cotidiano profissional, a autoridade estaria se valendo suficientemente do silogismo⁵⁶³. Grave equívoco.

Não se despreza a importância da subsunção⁵⁶⁴, mas não se deve tê-la como solução para todos os problemas. Para o lançamento⁵⁶⁵ se exige muito mais do que a subsunção do fato à norma jurídica⁵⁶⁶. Na interpretação e aplicação das normas tributárias, diante da

⁵⁶¹ MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 98-99.

⁵⁶² BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1999. p. 107-108. NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. *Processo administrativo fiscal federal comentado*. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 104: “Nesta fase, a atividade administrativa pode ser inquisitiva e destinada tão somente à formalização da exigência fiscal”. KOCH, Deonísio. *Processo administrativo tributário e lançamento*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 24: “O agente administrativo está sob a ordem da lei material tributária. Além disso, ele deve submeter-se a normas de cunho procedimental, dando cumprimento a todas as exigências formais essenciais para dar validade ao procedimento. Portanto, não há de se falar em processo nesta fase”. Embora também tenha se manifestado nesse sentido, Cristiano Carvalho reconhece a tendência em nossa sociedade contemporânea de ampliação do espectro hermenêutico na constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício. CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 239, 249.

⁵⁶³ JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996. p. 247-248): “Silogismo é o método de dedução de uma conclusão a partir de duas premissas, por implicação lógica (...) Ex: todos os homens são mortais, todos os gregos são homens, logo, todos os gregos são mortais”. Vê-se que a representação na forma do silogismo com a identificação do antecedente e do conseqüente da norma jurídica somente seria apropriado para a subsunção.

⁵⁶⁴ Caso as propostas de reforma tributária sejam aprovadas, a simplificação do nosso sistema tributário pode tornar mais simples a vida do contribuinte e do fisco. Saber ou não se determinado tributo deve ou não ser pago se torna uma tarefa mais fácil. Nesse caso, aí sim, a simples subsunção pode ser suficiente na maioria dos casos. Mencionamos aqui a Proposta de Emenda à Constituição nº 293, de 2004 que extingue oito tributos federais (IPI, IOF, CSLL, PIS, Pasep, Cofins, Salário-Educação e Cide-Combustíveis), o ICMS (estadual) e o ISS (municipal) para, no lugar deles, serem criados um imposto sobre o valor agregado de competência estadual, denominado de Imposto sobre Operações com Bens e Serviços (IBS), e um imposto sobre bens e serviços específicos (Imposto Seletivo), de competência federal. O atual ministro da Economia Paulo Guedes tem enfatizado a necessidade de simplificação do nosso sistema tributário como uma necessidade para se criar no Brasil um ambiente seguro de negócios. PEREIRA, Paulo Celso. *Governo quer reduzir o número de impostos para facilitar o ambiente de negócios*. Jornal O globo. Rio de Janeiro, 06/02/2019. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia>. Acesso em: 23/08/2019.

⁵⁶⁵ De acordo com o artigo 142 do Código Tributário Nacional, “lançamento” é o procedimento de constituição dos créditos tributários. Indistintamente, ora empregamos uma expressão, ora, outra. Outra observação, sempre que nos referirmos a “lançamento” sem especificar a modalidade, estaremos tratando apenas do lançamento de ofício.

⁵⁶⁶ Quando a doutrina se referia ao lançamento tributário preferia defini-lo como um ato **de aplicação** da lei ao caso concreto e não como um ato **de interpretação e aplicação** da lei ao caso concreto. XAVIER, Alberto. *Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1977. p. 58. SEIXAS FILHO,

incerteza, a fiscalização realiza escolhas. O lançamento consolida todo um conjunto de opções realizadas ao longo do procedimento de constituição dos créditos tributários.

E é justamente a prevalência das incertezas e, conseqüentemente, de mais de uma possibilidade de interpretação das prescrições tributárias que devemos reconhecer a natureza decisória do lançamento. A verificação da ocorrência de determinado fato como gerador de obrigação tributária demanda esforços de hermenêutica. E nessa atividade de constituição do crédito tributário, mesmo a identificação do sujeito passivo e o cálculo do tributo estão longe de uma razoável previsibilidade objetiva, como pretendia o Código Tributário Nacional⁵⁶⁷.

Como consequência natural do cenário de incerteza, o resultado do procedimento fiscal, que é a constituição do crédito tributário, estará longe de um consenso sobre o tributo devido⁵⁶⁸. Haverá sempre alternativas tão ou mais razoáveis, mas que apenas não foram as escolhidas. O lançamento, assim, tem natureza decisória, pois a autoridade exerce uma opção dentre as outras que também se aplicariam ao caso⁵⁶⁹.

A autoridade, de fato, não se limita a uma postura completamente descritiva e estática, como se houvesse uma única solução possível para os problemas que envolvem a constituição do crédito. Ao contrário, sua atividade é dinâmica e operativa. Ele entende que

Aurélio Pitanga. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo Tributário: A Função Fiscal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 100: “*um ato jurídico resultante do exercício da função administrativa fiscal de aplicação da lei tributária a um caso concreto [...]*”.

⁵⁶⁷ A confiança do legislador na subsunção como método suficiente para a certeza do crédito constituído é tanta que a falta de lançamento não se justificaria pela ausência de débito do contribuinte, mas por alguma transgressão funcional do agente fiscal sujeita à sua responsabilização administrativa e penal. Como consequência natural, um mínimo de indícios de obrigação tributária não satisfeita obriga-o à realização do lançamento, com todas as consequências que dele decorrem, inclusive a aplicação de penalidade. BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27/10/1966. Seção 1: “*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o 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 caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional*”.

⁵⁶⁸ A complexidade do sistema tributário brasileiro tem expressiva parcela de responsabilidade para o elevado grau de “litigiosidade”. Em levantamento realizado pelo CARF em Outubro de 2019, apurou-se um acervo em torno de 118 mil processos, totalizando aproximadamente R\$ 688 bilhões em valores de créditos constituídos e pendentes de revisão. BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/dados-abertos/relatorios-gerenciais/outubro-2019-2.pdf>. Acesso em: 10/12/2019.

⁵⁶⁹ De acordo com as características do intérprete temos as interpretações-conhecimento e as interpretações-decisão. Na primeira, imaginaríamos um jurista teórico completamente desinteressado limitado a descrever de que modo se entenderia uma expressão empregada pelo legislador, ou deduzir de que modo o legislador teria entendido essa expressão, ou descrever de que modo tem sido ou será interpretada a expressão pelos juízes e juristas. Nas interpretações-decisão, ao contrário, atribui-se determinado significado a uma expressão com preferência sobre os outros. É este último o método da interpretação pelas autoridades administrativas e judiciais. GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo – estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999. p. 203. HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação. A vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 283. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 393-395.

o fato econômico gera obrigação tributária, escolhe o método para a apuração do tributo, constitui o crédito e aplica a penalidade pelo critério que compreende ser o mais adequado.

De acordo com as escolhas feitas no decurso do procedimento, com a valoração das provas e sua interpretação, a autoridade decidirá pelo lançamento tributário ou de que forma o crédito será constituído. E nos casos de presunções de ocorrência dos fatos geradores⁵⁷⁰, desconsideração dos negócios jurídicos⁵⁷¹ e arbitramento de bases de cálculo é que, ainda mais, prevalecerá a dimensão subjetiva do lançamento tributário.

Vê-se, portanto, que se aplica, perfeitamente, às autoridades administrativas competentes para a constituição dos créditos tributários a dogmática sobre a função criativa do intérprete⁵⁷². A verificação da ocorrência de determinado fato como gerador de obrigação tributária não se resolverá sempre com a subsunção⁵⁷³. Para a incidência tributária sobre o fato econômico ou para deixá-lo fora de seu alcance, o intérprete necessita, muitas vezes, percorrer um caminho mais longo, o da interpretação sistemática⁵⁷⁴.

A concepção de que a autoridade fiscal apenas aplicaria a legislação, não lhe restando outra opção⁵⁷⁵, está superado. É um refluxo do mais tradicional positivismo formalista do século XIX. A sustentação nos dias de hoje dessa visão reducionista do lançamento tributário teria como propósito justificar a manutenção de um procedimento administrativo simplificado e de natureza inquisitiva. Ignora-se que a complexidade da legislação tributária, muitas vezes estampada em prescrições legais obscuras, vagas, indeterminadas e

⁵⁷⁰ OLIVEIRA, André Felix Riccota de. *Quebra de sigilo e omissão de receita*. Jornal Valor Econômico. São Paulo, 25/06/2012. Disponível em: <http://www.valor.com.br>. Acesso em: 08/05/2014: “*O arbitramento e as presunções deveriam ser o último recurso a ser adotado pela fiscalização, ao ter conhecimento da origem das receitas, lembrando que essa modalidade de tributação é excepcional e deve ser aplicada somente quando esgotadas, de fato, as possibilidades de apuração do lucro da contribuinte*”.

⁵⁷¹ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27/10/1966. Seção 1: “*Art. 116 [...] Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária*”.

⁵⁷² COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Lançamento*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Caderno de Pesquisas Tributárias nº 12: *Do Lançamento*. São Paulo: Resenha tributária, 1987. p. 252: “*O que se pretende, a partir do notável Hans Kelsen e os novos positivistas, é descobrir no lançamento um efeito de criação jurídica, ou ainda melhor, de gênese tributária*”.

⁵⁷³ TORRES, Ricardo Lobo. *Interpretação e Integração da Lei Tributária*. In: *Interpretação e Aplicação da Lei Tributária*. MACHADO, Hugo de Brito (Coordenador). São Paulo: Dialética, 2010. p. 337-338.

⁵⁷⁴ O método sistemático não é apenas lógico-dedutivo como a subsunção, pois possui uma dimensão valorativa, visa compreender a norma dentro do sistema jurídico, que é aberto, direcionado para os valores, especialmente justiça e segurança. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 157-160. TORRES, Ricardo Lobo.

Interpretação e Integração da Lei Tributária. In: *Interpretação e Aplicação da Lei Tributária*. MACHADO, Hugo de Brito (Coordenador). São Paulo: Dialética, 2010. p. 344.

⁵⁷⁵ Busca-se fundamento na natureza vinculada do lançamento tributário, o que implica a responsabilidade funcional da autoridade que não o realiza. Como se os textos legais não suscitassem dúvidas em sua interpretação e aplicação. BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27/10/1966. Seção 1: “*Art. 142. [...] Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional*”.

contraditórias, tornou a atividade interpretativa da fiscalização um grande desafio repleto de incertezas.

Diante da abertura para uma compreensão mais ampla dos valores subjacentes às normas, a realização do lançamento tributário se torna um juízo de vontade. Em sua atividade de interpretação, a autoridade fiscal também será influenciada por fatores extrajurídicos, como sua visão de mundo, cultura, experiências e frustrações. E, quanto a esses aspectos, aplicam-se à decisão sobre a constituição dos créditos tributários os estudos e pesquisas apresentadas ao longo da Parte I deste trabalho, como demonstraremos ao longo desta Parte II.

4.2.1.1 As imprecisões das prescrições legais tributárias e a complexidade das relações jurídico-econômicas

Diante da complexidade do sistema jurídico, que se justifica pela incerteza que caracteriza nossa sociedade contemporânea, é comum o intérprete, instado a decidir, deparar-se com a dúvida. O risco está presente em todas as nossas atividades. Em nossa vida econômica não é diferente; muito pelo contrário, é nela que convivemos com muitos dos infortúnios de nossas vidas. É um fenômeno natural às sociedades de risco, caracterizada pela ambivalência⁵⁷⁶.

Caso fossem preservadas até hoje as grandes estruturas organizacionais clássicas de produção econômica em massa, nos moldes de Frederick Taylor, Henri Fayol e Henry Ford⁵⁷⁷, talvez o sistema jurídico-econômico não fosse tão complexo. Com isso, a subsunção como método de aplicação das normas tributárias poderia almejar alguma autossuficiência. Mas não é o caso. Prevaecem na sociedade contemporânea métodos de interpretação que buscam em normas de textura mais aberta um tratamento jurídico para os *hardcases*⁵⁷⁸. A jurisprudência dos valores altera substancialmente o processo hermenêutico⁵⁷⁹. Os olhos do

⁵⁷⁶ BECK, Ulrich. Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 23. RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A Segurança Jurídica do Contribuinte: Legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 34, 49.

⁵⁷⁷ SANDRONI, Paulo. *Novíssimo Dicionário de Economia*. São Paulo: Editora Best Seller, 1999. p. 14-15, 249-250, 592. DEZALAY, Yves; TRUBEK, David M. *A reestruturação global e o direito* In FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 42-44.

⁵⁷⁸ Tradução: “casos difíceis”. Em matéria tributária é comum que os *hard cases* coincidam com os planejamentos tributários dos contribuintes. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 81.

⁵⁷⁹ A jurisprudência dos valores surge na segunda metade do século XX, desenvolvida por Karl Larenz e tendo como principal obra *Metodologia da Ciência do Direito*. Forma-se pelo pensamento do intérprete orientado à realização de valores constitucionais. Na década de 70 foi intensificada com um viés neokantiano por John Rawls (*Uma teoria da justiça*, 1971). LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3ª Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. p. 299-300.

intérprete se voltam agora para os princípios e não apenas para as regras⁵⁸⁰.

Esse fenômeno de interpretação constitucional alcança todos os subsistemas jurídicos, e o tributário não seria exceção. O formalismo, antes hegemônico no direito tributário, mostra-se insuficiente para o tratamento jurídico aos novos paradigmas empresariais⁵⁸¹. Surge, assim, a jurisprudência dos valores como alternativa à jurisprudência dos conceitos e dos interesses⁵⁸².

A complexidade das relações econômicas na sociedade contemporânea e as indeterminações dos textos legais afastam uma consideração reducionista da atividade de lançamento a uma simples tarefa de aplicação direta da lei⁵⁸³. O método por subsunção tem seu valor, mas não se deve tê-lo como solução para todos os problemas, notadamente em um sistema tributário complexo. A preferência pela subsunção acaba sendo um atalho, mas a facilidade que oferece por ocasião do lançamento acaba se refletindo negativamente quando considerada a visão de macroprocesso do crédito tributário. As fases de revisão, primeira e segunda instâncias, ficarão inviabilizadas pelo elevado número de processos e com uma tendência de ineficiência do sistema⁵⁸⁴.

⁵⁸⁰ TORRES, Ricardo Lobo. Interpretação e Integração da Lei Tributária. In: *Interpretação e Aplicação da Lei Tributária*. MACHADO, Hugo de Brito (Coordenador). São Paulo: Dialética, 2010. p. 343.

⁵⁸¹ Quando a doutrina se referia ao lançamento tributário preferia defini-lo como um ato **de aplicação** da lei ao caso concreto e não como um ato **de interpretação e aplicação** da lei ao caso concreto. XAVIER, Alberto. Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro. São Paulo: Resenha Tributária, 1977. p. 58. SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo Tributário: A Função Fiscal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 100: “*um ato jurídico resultante do exercício da função administrativa fiscal de aplicação da lei tributária a um caso concreto [...]*”. No entanto, para o lançamento se exige da autoridade muito mais do que uma interpretação literal e subsunção do fato à norma jurídica.

⁵⁸² YAMASHITA, Douglas. Elisão e evasão de tributos. Planejamento tributário: limites à luz do abuso do direito e da fraude à lei. São Paulo: Lex Editora, 2005. p. 67-70.

⁵⁸³ As indeterminações não necessariamente são opções ruins. Os conceitos jurídicos indeterminados, como expressões de sentido fluido, podem, propositalmente, terem sido uma escolha para situações em que o legislador não pode ou não quis especificar de forma detalhada o comando a ser dele extraído para que, com essa característica, fosse transferido para o intérprete o papel de completar o sentido da norma de acordo com o caso concreto. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 335-336. As normas são abertas para que mediante a interpretação sejam realizados com maior alcance e intensidade os valores constitucionais. Com efeito, é no cenário de antinomias, complexidades e indeterminações que os métodos sistêmicos de interpretação ganham sua maior importância, pois não seria suficiente o tradicional emprego da subsunção. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 41: “*Como exposto no tópico anterior, a técnica se destina a solucionar antinomias que, na verdade, refletem conflitos muito mais complexos, envolvendo valores e diferentes opções políticas. Neste contexto, as decisões jurídicas não são tomadas com base em uma subsunção simples ou facilmente perceptível, já que os critérios utilizados para definir a solução em cada caso não estão no texto jurídico. Sua legitimidade, portanto, não decorre de forma evidente de enunciados normativos. Em suma, com mais razão que a existente relativamente a todas as decisões judiciais, a legitimidade daquelas que se valem da técnica da ponderação depende fortemente de sua racionalidade e capacidade de justificação*”.

⁵⁸⁴ Referimo-nos à expressiva proporção de cancelamentos ou reduções de créditos tributários pelo CARF; atualmente em torno de 50%. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório Final NEF 2009 – Reforma do Processo Administrativo Fiscal Federal (PAF)/CARF*. Eurico Marcos Diniz de Santi (Coord.). São Paulo: FGV, 2009. p. 32. Outro problema é o elevado grau de “litigiosidade”. Em levantamento realizado pelo CARF em Outubro de 2019, apurou-se um acervo em torno de 118 mil processos, totalizando aproximadamente R\$ 688 bilhões em valores de créditos constituídos e pendentes de revisão. BRASIL, Conselho Administrativo de

De fato, nos dias atuais exige-se muito mais da autoridade fiscal em todos os aspectos, profissional e ético. É nela que em “primeira mão” se confia a interpretação das prescrições legais tributárias, muitas vezes marcada pela ambiguidade e indeterminação⁵⁸⁵, para sua aplicação às atividades econômicas dos contribuintes. A atividade interpretativa para a aplicação das normas tributárias passa a exigir um alinhamento mais próximo com os valores constitucionais⁵⁸⁶.

Contudo, obsessivamente, a administração tributária se apegua ao formalismo⁵⁸⁷ e ignora outras possibilidades de interpretação. Impõe, a todo custo, o método subsuntivo, ainda que sabidamente inviável e com reflexos negativos à eficiência do macroprocesso do crédito tributário. Vilipendia a autonomia decisória da autoridade responsável pelo lançamento com o uso maximizado da prescrição legal de responsabilização funcional⁵⁸⁸. Assim, com mecanismos de constrangimento, a instituição instaura um estado de vigilância diuturna de todas as atividades de natureza decisória dos seus agentes.

O apego intransigente ao formalismo mesmo diante da dinâmica contemporânea de um mundo globalizado nas sociedades de risco, agravada pela complexidade das prescrições legais tributárias, provoca efeitos sistêmicos deletérios. O grau de incerteza torna-se elevado e os custos com investimentos no país inviabilizam o desenvolvimento econômico estável.

Quando não reconhece a incidência tributária sobre suas atividades econômicas, em muitos casos, não significa recusa ardilosa do contribuinte ao cumprimento da obrigação tributária, mas de uma possível interpretação tão razoável da inocorrência do fato gerador

Recursos Fiscais – Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/dados-abertos/relatorios-gerenciais/outubro-2019-2.pdf>. Acesso em: 10/12/2019.

⁵⁸⁵ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 139.

⁵⁸⁶ TORRES, Ricardo Lobo. Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). *Transação e Arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 107: “Mas a atividade de lançamento, pela sua complexidade e pela dificuldade de apreender e interpretar os conceitos indeterminados e os tipos jurídicos, acaba por tolerar certa margem de apreciação da autoridade fiscal [...]”

⁵⁸⁷ Com inspiração no artigo 111 do CTN, as autoridades têm se apegado à interpretação literal ou gramatical a outros casos que não são de exclusão do crédito tributário. As hipóteses impeditivas ao emprego dos demais métodos não contemplam a constituição do crédito pelo lançamento. Elas tratam da suspensão ou exclusão de créditos já constituídos. Para os fins do dispositivo, crédito não é aquele que decorre do nascimento da obrigação tributária pela ocorrência do fato gerador, mas o que, posteriormente, veio a ser individualizado pelo lançamento. Assim, não há qualquer vedação legal para que a autoridade fiscal volte seus olhos para os métodos de interpretação inspirados na jurisprudência dos valores. BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27/10/1966. Seção 1: “Art. 111. *Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II - outorga de isenção; III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.*”

⁵⁸⁸ Referimo-nos aos instrumentos de punição aos agentes que acabam constrangendo a autonomia em se decidir pela realização ou não do lançamento. Faz uso exagerado da possibilidade trazida pelo artigo 142 do CTN. BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27/10/1966. Seção 1: “Art. 142. [...] *Parágrafo único.* A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”.

quanto à adotada pela fiscalização⁵⁸⁹. Nos principais casos de aplicação da norma tributária, *hard cases*, a lavratura do auto de infração para a cobrança do tributo e da multa qualificada não é a única opção da autoridade.

Devemos admitir que tanto o sistema tributário como os fatos econômicos são substancialmente complexos. Uma única palavra empregada pela prescrição legal tributária, a depender de como a conceitue o intérprete, a consequência pode representar uma vultosa dívida para o contribuinte. Veja-se, como exemplo, o caso da interpretação realizada pela fiscalização que entendeu, restritivamente, que plataforma de petróleo não se equipara a embarcação. Essa divergência quanto apenas uma única expressão resultou uma autuação de R\$ 3 bilhões para a principal empresa do país⁵⁹⁰. Independentemente do que se entenda ou não quanto ao mérito do conceito, fato é que o lançamento tributário, imediatamente, torna o contribuinte um devedor, com todos os seus reflexos⁵⁹¹.

É certo que por outro lado não é o caso de a fiscalização se inclinar por interpretações que sejam favoráveis ao contribuinte. A atividade de lançamento tributário é muito complexa

⁵⁸⁹ ROCHA, Sérgio André. *Meios alternativos de solução de conflitos no direito tributário brasileiro*. Revista Dialética de Direito Tributário nº 122, nov. 2005. São Paulo: Dialética, 2005. p. 99: “é possível que a Fazenda, ao interpretar determinada lei, crie a norma “A”, enquanto o contribuinte, após passar pelo mesmo processo, crie a norma “B”, sendo ambas passíveis de justificação [...]”.

⁵⁹⁰ VALOR ECONÔMICO. Petrobras define defesa contra autuação do IR. Jornal Valor Econômico. São Paulo, 04/07/2003. Disponível em: <http://www.valor.com.br>. Acesso em: 07/05/2014: “A Petrobras já definiu a defesa que deve apresentar contra a autuação fiscal de R\$ 3 bilhões relativa ao Imposto de Renda supostamente devido na remessa ao exterior de valores pagos pelo arrendamento e aluguel das plataformas de petróleo [...] A Petrobras deve alegar que a exigência da Receita é indevida porque a legislação garante tributação de IR à alíquota zero no caso de pagamentos relativos a fretes, alugueis ou arrendamentos de embarcações marítimas. “Os valores pagos pelo aluguel das plataformas de petróleo em mar aberto, portanto, ficam, na prática, livres do recolhimento do imposto”, diz o tributarista Alberto Xavier [...] A Receita exige o recolhimento do imposto por entender que a plataforma de petróleo não é embarcação. Portanto, os pagamentos de frete ou aluguel relativos a ela não estariam beneficiados com o IR de 0%. O Fisco defende que não se trata de embarcação porque a plataforma não é usada para transportar cargas ou pessoas”. IGNÁCIO, Laura. Carf mantém multa contra Petrobras. Jornal Valor Econômico. São Paulo, 06/05/2014. Disponível em: <http://www.valor.com.br>. Acesso em: 07/05/2014: “A derrota da Petrobras é apenas mais uma relativa a afretamento. Em 2011, a Câmara Superior do Carf condenou a petroleira a pagar R\$ 4,6 bilhões por não recolhimento de 15% de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) sobre remessas ao exterior para pagamento de afretamento de “embarcações”, realizado entre 1999 e 2002. No caso, discute-se o conceito de embarcação”.

⁵⁹¹ Ainda que o crédito constituído pelo lançamento se mantenha com exigibilidade suspensa até uma decisão definitiva sobre sua procedência (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional: “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: [...] III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo”), existem reflexos negativos imediatos: repercussão negativa junto a investidores quando o valor é expressivo, com repercussão no valor de mercado de suas ações; os acionistas também são prejudicados em seu direito de recebimento dos dividendos pela necessidade de constituição de provisões para contingências fiscais e reservas retidas dos lucros; os empregados também podem ser frustrados em sua expectativa de participação nos lucros e resultados da empresa; e com a submissão à medida cautelar fiscal, parte do patrimônio se torna indisponível, o que implica restrições para o planejamento da vida econômica do contribuinte. Em um caso recente, por exemplo, após decisão do CARF as ações da agência de turismo CVC sofreram a segunda maior queda da Bolsa de Valores de São Paulo. PASSARO, Juliano. *CVC opera como segunda maior baixa do Ibovespa nesta segunda*. Yahoo Finanças, 10/02/2020: *Na última semana, a CVC foi julgada e acabou tendo prejuízo de R\$ 127,6 milhões por conta do Carf entender que a empresa é uma agência de turismo e, dessa forma, possui incidência do PIS/Cofins em sua receita que foi repassada como comissão para as redes de lojas e também aos fornecedores de serviços turísticos*.

para que se tenha alguma resposta juridicamente segura sobre como uma prescrição legal tributária deva ser interpretada. Na inviabilidade, sob várias limitações e constringências, de se obter essa decisão de primeira ordem, *first order decision*⁵⁹², estrategicamente, deve-se buscar o que seria uma decisão de segunda ordem, *second order decision*⁵⁹³. Nesse sentido, Sunstein e Vermeule⁵⁹⁴.

Como já salientado, a presença frequente de indeterminações nas prescrições legais tributárias e a complexidade das relações econômicas criam um cenário de incerteza para a interpretação e aplicação da legislação quando do lançamento tributário⁵⁹⁵. A maior complexidade na organização das atividades empresariais tem suscitado discussões jurídicas que se prolongam por anos sem uma solução que possa conferir alguma segurança jurídica aos contribuintes e à administração tributária⁵⁹⁶.

De fato, diante da complexidade do sistema jurídico, que se justifica pela incerteza que caracteriza nossa sociedade contemporânea, é comum o intérprete se deparar com a dúvida. O risco está presente em todas as nossas atividades. Em nossa vida econômica não é diferente; muito pelo contrário, é nela que convivemos com muitos dos infortúnios de nossas vidas. É um fenômeno natural às sociedades de risco, caracterizada pela ambivalência⁵⁹⁷.

O planejamento empresarial é sempre revisado à medida que os fatos econômicos acontecem. O risco é a única certeza em nossa vida econômica. As decisões privadas em investimentos e planejamento da vida econômica estão condicionadas a cenários

⁵⁹² Como *first order decision* se compreende a aplicação pura da teoria da interpretação sem que a análise em questão considere a capacidade institucional e os efeitos sistêmicos, o que constitui um grande equívoco conceitual. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 156. Chicago: University of Chicago Law School, 2002. p. 18.

⁵⁹³ SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-Order Decisions*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 57. Chicago: University of Chicago Law School, 1998. p. 3: "*Thus people (and institutions) might be said to make a second-order decision when they choose one from among several possible second-order strategies for minimizing the burdens of, and risk of error in, first-order decisions*".

⁵⁹⁴ Um pouco além, deve-se promover um redesenho nas instituições para que efetivamente tenham capacidade de melhor cumprir seu papel institucional no sistema constitucional a que estão inseridas. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 156. Chicago: University of Chicago Law School, 2002. p. 2: "*The central question is not "how, in principle, should a text be interpreted?" The question instead is "how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?"*"

⁵⁹⁵ Com a complexidade como se desenvolvem as relações negociais exige-se da autoridade muito mais do que o conhecimento do núcleo semântico do texto legal. Nossa sociedade se tornou mais complexa e com ela as relações entre seus membros, o que se refletiu em um ordenamento jurídico repleto de ambiguidades e indeterminações.

⁵⁹⁶ Adotamos aqui o conceito de segurança jurídica como sendo um dever dos poderes legislativo, executivo e judiciário de se adotar comportamentos que contribuam para a existência, em favor dos contribuintes, de um elevado estado de previsibilidade e confiabilidade que lhes garanta a liberdade de planejamento estratégico de sua vida econômica (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 288-289).

⁵⁹⁷ BECK, Ulrich. Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 23. RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A Segurança Jurídica do Contribuinte: Legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 34, 49.

macroeconômicos sujeitos a constantes mutações. Assim, são notórias as transformações nos meios de produção. Reestruturações e novos modelos de gestão conferem nova dinâmica às operações do setor produtivo.

Como consequência para a administração tributária, o tempo todo são necessárias substanciais alterações no marco regulatório na tentativa, quase sempre apressada e incompleta, para acompanhar essas inovações. Esse hiato entre as imediatas adaptações do setor privado às mutações de cenários e a demora para uma alteração legislativa a fim de acompanhá-las gera um período longo de incerteza, durante o qual serão realizados os lançamentos tributários.

Há, portanto, uma relação de reciprocidade entre as opções econômicas do contribuinte e a normatização. Tanto a organização dos negócios influencia os regulamentos quanto, reciprocamente, por eles é influenciada. O que se denomina de planejamento tributário, em muitos casos, é tão só parte e também consequência de um planejamento empresarial mais amplo que se ajusta ao cenário econômico.

Nos cenários de incerteza, acreditamos, assim, que existem "três pecados capitais" no procedimento de constituição dos créditos tributários pelo lançamento de ofício, todos numa correlação denexo causal no antecedente:

a) a constituição do crédito tributário se daria por uma simples aplicação da prescrição legal tributária e, portanto, o método pela subsunção inspirado na corrente formalista seria suficiente (os textos não comportariam outro sentido que o literal, inexistindo obscuridades e indeterminações), o que negaria, assim, a natureza decisória do lançamento;

b) conseqüentemente, seria desnecessário e mesmo temeroso conferir autonomia à autoridade para, diante da dúvida sobre a ocorrência de fatos geradores da obrigação tributária, decidir pela constituição ou não do crédito tributário (artigo 142 do CTN: "*A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional*"); e

c) por fim, a falta de autonomia decisória obriga a realização de um número elevado de lançamentos improcedentes, o que relativiza a certeza e liquidez dos créditos tributários e traz ineficiência ao macroprocesso, quando, após longos anos de tramitação, na execução fiscal serão cancelados⁵⁹⁸.

⁵⁹⁸ Em estatística realizada alguns anos antes da criação do CARF, reconhecia-se que apenas 1/3 dos créditos eram mantidos pelas turmas colegiadas do Primeiro Conselho de Contribuintes. DELGADO, José Augusto. *Reflexões sobre o Processo Administrativo Tributário*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Caderno de pesquisas tributárias – Nova Série n° 05: *Processo Administrativo Tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Atualmente, a proporção é em torno de 50% do total de créditos examinados pelo CARF.

Apresentamos nessa parte do trabalho um cenário de incerteza no qual se opera a constituição dos créditos tributários. A autoridade realiza o lançamento aplicando prescrições legais tributárias imprecisas sobre fatos econômicos complexos. As escolhas na interpretação dos textos normativos e valorações das provas são múltiplas.

Entendemos que as teorias apresentadas na *Parte I* sobre os aspectos institucionais nos *judicial decisionmakings* são perfeitamente aplicadas à decisão da autoridade responsável para lançamento tributário em sua *interpretive choice*⁵⁹⁹. Também os estudos de *Administrative State*⁶⁰⁰ contribuem com nossa proposta ser apresentada no último capítulo, um redesenho do modelo de macroprocesso do crédito tributário voltado para a regulação tributária. O sistema atual foi desenhado para a solução individual de "litígios", gerando distorções, iniquidades e insegurança.

Uma característica especial do direito tributário é a capacidade de se imiscuir em quase todos os atos que praticamos. Basta que tenha alguma repercussão econômica que de certa forma ele estará presente. Quando a prescrição legal tributária é aplicada sobre determinada atividade para fazer incidir determinado tributo, ambas precisam ser conhecidas, tanto a prescrição legal quanto a atividade.

No nosso exemplo acima sobre a alíquota na tributação de imposto de renda no caso de pagamentos relativos a fretes, aluguéis ou arrendamentos de plataformas marítimas por empresa de exploração de petróleo, não há uma solução pronta na legislação tributária. A autoridade precisará compará-la com o conceito de embarcação marítima para saber se a empresa também se beneficiária de uma alíquota zero. Sabendo que são deslocadas por navios rebocadores, a questão da propulsão própria seria de fato relevante para fins

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório Final NEF 2009 – Reforma do Processo Administrativo Fiscal Federal (PAF)/CARF*. Eurico Marcos Diniz de Santi (Coord.). São Paulo: FGV, 2009. p. 32.

⁵⁹⁹ *Interpretive Choice* é o exercício de uma escolha, dentro dos meios possíveis, para alcançar finalidades estipuladas. VERMEULE, Adrian. *Interpretive Choice*. Vol. 75:74. New York, USA: N.Y.U. Law Review, 2000. p. 76. *Interpretive Choice* é um exercício de escolha a qual se refere a jurisprudência como "razão prática", os fins justificariam os meios. Em outra passagem do mesmo texto, Vermeule define *interpretive choice* como um processo através do qual o intérprete escolhe em sua conclusão sobre o caso em exame uma dentre as doutrinas de interpretação. p. 82: "*Interpretive choice is the process by which interpreters holding various high-level theories of interpretive authority arrive at conclusions about these kinds of doctrinal questions*". WELLMAN, Vincent A. *Practical Reasoning and Judicial Justification: Toward an Adequate Theory*, Vol. 57. Colorado, USA: University of Colorado Law Review, 1985. pp. 45, 87: "*interpretive choice is an exercise in what jurisprudes refer to as "practical reasoning" - reasoning "from ends to means"*". Disponível em: <https://digitalcommons.wayne.edu/lawfrp/163>. POSNER, Richard A. *The Jurisprudence of Skepticism*. Vol. 86. Michigan Law Review. Chicago: University of Chicago Law School, 1998. p. 827, 852-859. Disponível em:

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2889&context=journal_articles.

⁶⁰⁰ É uma parte das teorias institucionais para justificação da maior deferência a ser atribuída às autoridades decisórias das agências, considerada a capacidade mais adequada para se decidir questões complexas em ambientes de incerteza. VERMEULE, Adrian. *Law's abnegation: from law's empire to the administrative state*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016. p. 89: "*courts [...] should defer to reasonable agency decisions about the design of procedural arrangements, reviewing the agency's choices for arbitrariness, but not correctness*".

tributários? É o caso de uma interpretação limitada pelo formalismo? E no caso da contribuição para o financiamento da seguridade social - Cofins? Quais insumos poderiam ser considerados essenciais ao processo produtivo? Para responder a essas perguntas, a autoridade precisará conhecer com alguma profundidade a atividade do contribuinte.

A necessidade que surge remete para a regulação tributária. As informações técnicas e o conhecimento jurídico especializado são essenciais para os *decisionmakings* na administração tributária. O sistema a ser adotado deve incorporar mecanismos de enfrentamento das questões complexas de forma especializada e não por *decisionmakers* generalistas.

Outra característica importante justificadora da maior deferência às instituições-agências⁶⁰¹ para atuação na tributação é a uniformização do tratamento tributário aos contribuintes. Diferentemente da solução individualizada de "litígios", a regulação e a regulamentação administrativa alcançam todos que estejam na mesma situação, confere um tratamento igualitário, com menor risco de interferências distorcidas nos setores econômicos.

4.2.1.2 Os constrangimentos institucionais e a necessidade de autonomia para a autoridade responsável pela constituição dos créditos tributários

Apresentamos que a imprecisão (conceitos indeterminados, obscuridades e omissões) das prescrições legais tributárias e a complexidade das relações econômicas em uma sociedade contemporânea de risco criam um cenário de incerteza para a interpretação e aplicação da legislação na constituição dos créditos tributários, uma função tipicamente de natureza decisória.

A autoridade responsável pela decisão tem a difícil missão de solucionar casos complexos individuais e peculiares a cada atividade econômica do contribuinte. Ao mesmo tempo, buscar prescrições legais tributárias aplicáveis ao caso que devem ser primeiramente interpretadas. Os atos normativos administrativos, unilateralmente editados pela administração tributária⁶⁰², buscam a uniformização, o que seria louvável para que se ofereça certa segurança jurídica.

Contudo, essa atribuição é concentrada nos gabinetes, sendo fechada à participação até mesmo das próprias autoridades do órgão responsáveis pela sua aplicação. Há um

⁶⁰¹ Refiro-me às instituições com atribuições assemelhadas às agências norte-americanas, notadamente na função reguladora de atividades econômicas e serviços públicos. No Brasil, as agências reguladoras.

⁶⁰² As normas complementares são editadas com a finalidade de uniformização da interpretação de prescrições legais tributárias e para a regulamentação. BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Diário Oficial da União – DOU de 26/10/1966: "Art. 96. A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes".

distanciamento, próprio ao modelo de insulamento burocrático⁶⁰³, entre as interpretações adotadas pelas normas administrativas, extremamente formalistas, e a realidade⁶⁰⁴.

Portanto, o constrangimento trazido pelo sistema insulado de regulamentação é incompatível com a natureza decisória da constituição dos créditos tributários. É necessário que exista uniformização na interpretação das prescrições tributárias para que se aumente o grau de segurança jurídica, previsibilidade e o tratamento seja igualitário com os contribuintes, mas não interessa que a regulamentação provoque interferências desarrazoadas e nefastas ao setor produtivo, inibindo investimentos. O tratamento uniforme é uma das virtudes, mas que precisa se harmonizar com outros valores, de forma a não provocar distorções aniquiladoras das atividades econômicas desenvolvidas pelos contribuintes.

Outro e talvez o maior dos constrangimentos é consideração que a atividade de constituição dos créditos tributários seja vinculada, o que é uma negativa da natureza decisória da autoridade. Com efeito, uma das regras do Código Tributário Nacional mais divorciadas da realidade é a contida no artigo 142, Parágrafo único: "*A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional*". A parte final do dispositivo atribui máximo grau de vinculação administrativa e simboliza "uma espada sobre a cabeça" da autoridade que, temerosa, se vê "encarcerada" ao formalismo do Século XVIII.

Naturalmente, a prescrição legal inibe a necessária autonomia da autoridade para, diante da dúvida sobre a ocorrência de fatos geradores da obrigação tributária, decidir pela constituição ou não do crédito tributário. Ele não assumirá o risco de sofrer punições⁶⁰⁵. O

⁶⁰³ Aponta o professor de Ciência Política e Administração Pública Edson Nunes que se trata de um processo de proteção do núcleo técnico do Estado contra a interferência oriunda do público ou de organizações intermediárias. NUNES, Edson. *A Gramática Política do Brasil: Clientelismo e Insulamento Burocrático*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor; Brasília: ENAP, 2003. p. 33-34.

⁶⁰⁴ Infelizmente, apesar de toda sua relevância e complexidade, como aqui expusemos, as lideranças da instituição encarceraram o *decisionmaking* para a constituição do crédito tributário entre as "grades" do formalismo. Os atos normativos editados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com efeito vinculante em relação às autoridades, ao invés de facilitar e uniformizar a interpretação e aplicação da lei trazendo segurança jurídica para o contribuinte, inovam ou a tornam ainda mais confusa, o que tem provocado judicializações que poderiam ser evitadas caso prevalecessem o bom senso e a ponderação. Como exemplo recente, entendeu o STJ no julgamento do REsp nº 1.221.170, sob rito dos repetitivos, que é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF nºs 247/2002 e 404/2004, por comprometer a eficácia do regime de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. Assim, foi necessária a intervenção da Corte Especial para corrigir o conceito restritivo de insumo imposto aos contribuintes pelas lideranças do órgão. Os milhares de processos precisaram ser revistos para que fosse permitido o creditamento de todos os insumos essenciais ao processo produtivo da empresa.

⁶⁰⁵ As condutas administrativas e funcionais estão sujeitas a um controle interno realizado, inclusive *a posteriori*, por uma Corregedoria bastante atuante. Criada pelo Decreto nº 2.331, de 01/10/1997, assim dispõe: "*art. 1º. A Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda disporá de unidade de correição, diretamente subordinada ao Secretário, denominada Corregedoria-Geral, com finalidade de promover ações preventivas e repressivas sobre a ética funcional e disciplina de seus servidores, e verificar os aspectos disciplinares dos feitos fiscais e outros procedimentos administrativos, bem assim realizar auditoria interna*".

efeito esperado dos poderes hierárquico e disciplinar, exercidos de forma maximizada, é que o lançamento tributário somente não seja realizado nos casos de certeza de que o fato econômico em análise não seja gerador de uma obrigação tributária. Nos demais casos o crédito será constituído e o processo instaurado será mais um "despejado" para se juntar às dezenas de milhares de outros que tramitam nos órgãos de revisão.

No Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, última instância do processo administrativo tributário, são 120 mil processos pendentes de julgamento, representando R\$ 614 bilhões⁶⁰⁶, aos quais se somam outros 250 mil sob apreciação da primeira instância, sob responsabilidade das delegacias de julgamento da Receita Federal do Brasil - DRJ⁶⁰⁷. Em valores atualizados, o total ultrapassa 1 trilhão de reais em contencioso administrativo.

Esses dados não seriam tão preocupantes caso a maioria desses créditos tributários ingressassem como receitas públicas, mas a realidade é muito diferente. Segundo recente relatório da PGFN, o estoque da dívida ativa da União em 2017 estava em torno de R\$ 2 trilhões, dos quais foram recuperados no ano R\$ 26,1 bilhões. Ou seja: apenas 1,3% da dívida são recuperados anualmente⁶⁰⁸.

Portanto, quando em uma análise de macroprocesso do crédito tributário, desde a sua constituição através do trabalho da autoridade, passando pelo julgamento dos recursos do contribuinte, até a efetiva cobrança administrativa (pela RFB) ou judicial (pela PGFN), deparamo-nos com uma realidade preocupante.

A dissonância entre a concepção formalista na fase administrativa, apegada à literalidade do texto legal, e a interpretação mais ampla de acordo com o direito, pelo juiz, contribui para o resultado pífio na recuperação judicial desses créditos. É certo que o longo tempo de tramitação dos processos contribui para a frustração da cobrança, como demonstram os números, mas não é esse o problema principal.

As lideranças na cúpula da administração tributária atraíram indevidamente para si o poder decisório cuja titularidade, natural e legalmente, pertence à autoridade tributária pela constituição do crédito: a prerrogativa de interpretação e aplicação da legislação tributária para se decidir no caso concreto sobre a constituição ou não do crédito tributário⁶⁰⁹.

⁶⁰⁶ Relatório Gerencial do CARF. Fonte: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/dados-abertos/relatorios-gerenciais/dados-abertos.pdf>. Acesso em: 22/05/2018.

⁶⁰⁷ BRASIL. Ministério da Fazenda. Relatório de Gestão 2017. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao>. Acesso em: 13/01/2020. p. 57.

⁶⁰⁸ Relatório "PGFN em números". Fonte: https://www.pgfn.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn_em_numeros_final_2_web.pdf. Acesso em: 22/05/2018.

⁶⁰⁹ O Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, estabelecido por Portaria do Ministério da Fazenda, concentra poder decisório nas mãos dos chefes de unidade (delegados da Receita Federal) e da alta cúpula do órgão.

A teoria do comportamento institucional de agentes de acordo com as arquiteturas adotadas nos *decisionmakings* reconhece que os constrangimentos impostos pelas instituições e o sistema de incentivos moldam a atuação dos agentes muito mais do que a consciência da necessidade de uma decisão racional⁶¹⁰. No âmbito da atividade tributária é sobretudo nos casos de maior repercussão com expressivos impactos na arrecadação que o agente fiscal se sente mais constrangido.

Quando inicia o procedimento, a autoridade já terá recebido da chefia uma previsão de valores. Quanto mais elevados, na mesma proporção aumenta a responsabilidade e, naturalmente, o grau de constrangimento para a autoridade. Em uma estrutura gerencial piramidal, adotada pelo desenho institucional, a decisão pela não lavratura do auto de infração de constituição do crédito será uma escolha de alto risco. O ônus de contrariar o interesse secundário⁶¹¹ de arrecadação se elevará a um determinado nível, em que se poderá afirmar com segurança que diante de uma mínima possibilidade de procedência, a autoridade não deixará de constituir o crédito tributário. Somente naqueles raros casos de completa certeza quanto a improcedência do crédito é que se absterá de lavrar o auto de infração.

Para a legitimação democrática e eficiência do sistema, entendemos que a oportunidade de manifestação do contribuinte não deve ser postergada para as fases

⁶¹⁰ SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. London: Yale University Press, 2008. p. 3-4. PETTIT, Philip. El diseño institucional y la elección racional. In: GOODIN, Robert. *Teoría del Diseño Institucional*. Espanha: Gedisa Editorial, 2003. pp. 76-77. Como exemplo de incentivo, para os auditores-fiscais da receita federal, da previdência social e do trabalho, vigorou no período de 09/12/2002 a 16/07/2004 a gratificação de desempenho de atividade tributária. Para fazer jus a gratificação, os auditores-fiscais deveriam cumprir metas individuais e gerais de arrecadação e resultados de fiscalização. BRASIL. Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2002. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 09/12/2002. Seção 1: “Art. 15. Fica instituída a Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária - GDAT, devida aos integrantes da Carreira Auditoria da Receita Federal, Carreira Auditoria-Fiscal da Previdência Social e Carreira Auditoria-Fiscal do Trabalho, no percentual de até 50% (cinquenta por cento), incidente sobre o vencimento básico do servidor. (Revogado pela medida provisória nº 440, de 2008) §1º A GDAT será atribuída em função do efetivo desempenho do servidor, bem como de metas de arrecadação fixadas e resultados de fiscalização, na forma estabelecida em ato do Poder Executivo. (Revogado pela Lei nº 10.910, de 2004) §2º Até 20 (vinte) pontos percentuais da GDAT será atribuída em função do alcance das metas de arrecadação e resultados de fiscalização”. BRASIL. Lei nº 10.910, de 15 de julho de 2004. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 16/07/2004.

⁶¹¹ Renato Alessi diferencia o que seria um interesse secundário. Enquanto interesse primário é a razão de ser do Estado, coincidente com a promoção da justiça, segurança e bem-estar social; o secundário, é aquele perseguido pela pessoa jurídica de direito público como parte de uma relação jurídica. ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale Del diritto amministrativo italiano*, 2003. p. 57 *apud* MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 64-65. Como exemplo, o interesse secundário da administração tributária em maximizar a arrecadação de tributos não necessariamente coincide com o interesse público primário mais abrangente do Estado. BARROSO, Luís Roberto. *Prefácio*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. xiii. ALLORIO, Enrico. *Diritto Processuale Tributario*. 4ª ed. Torino: Unione Tipografico, 1962. p. 19-21. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Processo Administrativo Tributário*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Caderno de pesquisas tributárias – Nova Série nº 05: Processo Administrativo Tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 53.

seguintes de revisão. Com a participação ativa, efetiva e autônoma⁶¹², o contribuinte poderia colaborar com a administração tributária para a revelação dos fatos, o que se alinha com a realização do princípio da verdade material⁶¹³. Também haveria um ganho em eficiência para que o macroprocesso do crédito tributário somente recebesse lançamentos com maior grau de certeza de sua procedência.

Contudo, infelizmente, há certa conformação da doutrina com o modelo atual em que a participação efetiva do contribuinte seja vetada na fase de constituição do crédito pelo lançamento de ofício⁶¹⁴. Com as duas instâncias que compõem o processo administrativo tributário confia-se que eventuais equívocos cometidos pela autoridade administrativa por ocasião do procedimento fiscal sejam efetivamente corrigidos.

No entanto, algumas razões nos fazem pensar diferente. Junto com a constituição do crédito nasce a expectativa da administração tributária em convertê-lo em renda. Com o lançamento já existe um crédito em favor da Fazenda Pública e a sua desconstituição representa uma perda⁶¹⁵. Assim, a tendência seria pela preservação do crédito⁶¹⁶.

⁶¹² A participação do contribuinte na constituição do crédito se limita ao atendimento das intimações da fiscalização para a apresentação de livros contábeis, documentos em geral de interesse da administração tributária e para prestar esclarecimentos. Nessa etapa, portanto, o contribuinte não participa da formação do ato administrativo de lançamento tributário, apenas cumpre deveres legais de interesse da administração. TORRES, Ricardo Lobo. *A equidade no processo administrativo tributário*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 30. Ano 1976. p. 87. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/web/pge>. Acesso em: 16/06/2014. No atual modelo, portanto, o controle participativo sobre a atividade da administração é exercido apenas após sua realização, um controle *a posteriori*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 1999. p. 576.

⁶¹³ Avanços no sentido da legitimação democrática vem ocorrendo nos procedimentos administrativos em geral e não se sustenta a cultura do segredo nos procedimentos "não processualizados". Para o inquérito policial, o novo projeto de lei para a reforma do código de processo penal teve a preocupação de exigir que a autoridade informe ao investigado nas intimações qual a finalidade do ato. Também é assegurada ao investigado a possibilidade de requerer à autoridade policial diligências, que somente no caso de comprovada desnecessidade não serão realizadas. E nesse caso, o investigado exerce o contraditório junto ao superior hierárquico da autoridade ou ao ministério público. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=58827&tp=1>. Acesso em: 10/06/2014: "Art. 27. A vítima, ou seu representante legal, e o investigado poderão requerer à autoridade policial a realização de qualquer diligência, que será efetuada, quando reconhecida a sua necessidade. §1º Se indeferido o requerimento de que trata o caput deste artigo, o interessado poderá representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público [...] Art. 28. As intimações dirigidas às testemunhas e ao investigado explicitarão, de maneira clara e compreensível, a finalidade do ato, devendo conter informações que facilitem o seu atendimento".

⁶¹⁴ XAVIER, Alberto. *Do lançamento no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1977. p. 107. TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 240.

⁶¹⁵ Essa preocupação com a efetivação da conversão em renda do crédito em revisão, sem a consideração da proporção de créditos improcedentes, também é explicitada no próprio regimento interno do CARF. Os processos de maior valor têm tramitação prioritária. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 256, de 22/06/2009. Diário Oficial da União – DOU de 31/08/2009. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF e dá outras providências: "Art. 46. *Terão tramitação prioritária os processos que: [...] II - tratem de exigência de crédito tributário de valor igual ou superior ao determinado pelo Ministro de Estado da Fazenda, inclusive na hipótese de recurso de ofício*".

⁶¹⁶ Conforme estudo no item 1.2.3 do *Capítulo 1*, a aversão a perdas ocorre em circunstâncias quando está "em jogo" o *status quo*. Temos forte resistência às mudanças que impliquem perdas de nossas conquistas anteriores, ainda que não sejam expressivas em relação ao que remanesceria. Além de todos os constrangimentos a que se

Discorreremos ao longo desse *capítulo 4* que a legislação tributária tem se tornado cada vez mais complexa⁶¹⁷. Assim, considerado o desenho institucional dos órgãos-agência do macroprocesso do crédito tributário, tornou-se necessário que o processo administrativo tributário fosse formado por duas instâncias de revisão e uma para a uniformização da interpretação da legislação. De outra forma, a construção da certeza e liquidez teria incorrido em "atropelos"⁶¹⁸.

Infelizmente, a política adotada pela administração tributária, notadamente após a denominada "operação zelotes"⁶¹⁹, levou a escolha pela preservação formal das instâncias de revisão, mas acompanhada da introdução de mecanismos com finalidade de maximizar os constrangimentos sobre os julgadores⁶²⁰, uma estratégia para evitar controles efetivos sobre os lançamentos tributários⁶²¹.

submetem *decision makers* nas fases de revisão do crédito, também existe a resistência natural em cancelar créditos constituídos, o que representaria uma perda para a expectativa de arrecadação. THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. pp. 33-34.

⁶¹⁷ O atual ministro da Economia Paulo Guedes tem enfatizado a necessidade de simplificação do nosso sistema tributário como uma necessidade para se criar no Brasil um ambiente seguro de negócios. PEREIRA, Paulo Celso. *Governo quer reduzir o número de impostos para facilitar o ambiente de negócios*. Jornal O globo. Rio de Janeiro, 06/02/2019. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia>. Acesso em: 23/08/2019. Caso tenhamos, de fato, uma reforma tributária simplificadora do nosso sistema tributário material, uma nova proposta de redesenho do macroprocesso se tornaria oportuna.

⁶¹⁸ Para justificar a natureza decisória do lançamento tributário e, conseqüentemente, a autonomia da autoridade, apoiamos-nos em duas premissas principais: a incerteza diante da imprecisão das prescrições legais tributárias e a complexidade das relações jurídico-econômicas.

⁶¹⁹ Operação policial que apura denúncia de corrupção no CARF - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/noticias/2015/comunicado-carf-operacao-zelotes>. Acesso em: 06/09/2019.

⁶²⁰ Muitas foram as alterações no regimento interno do CARF. Embora seja tema da segunda parte deste *capítulo 4*, desde já merece aqui a citação de um mecanismo de constrangimento sobre o *decisionmaker*. Na principal e última instância do processo administrativo tributário, os *decision makers* se submetem a um mecanismo de controle no grau mais elevado de constrangimento em sua livre convicção para o julgamento. Os conselheiros da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, diferentemente dos demais, não se submetem a mandato com duração limitada, contudo podem ser exonerados da função a qualquer tempo e sem declaração dos motivos, a critério do Ministério da Economia. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: "Art. 40. Os conselheiros do CARF serão designados pelo Ministro de Estado da Fazenda, com mandato de 2 (dois) anos [...] §2º É permitida a recondução de conselheiro, titular e suplente, desde que o tempo total de exercício no mandato não exceda ou venha a exceder 6 (seis) anos, ressalvada a hipótese em que o conselheiro exerça encargo de Presidente de Câmara, de Vice-Presidente de Câmara, de Presidente de Turma ou de Vice-Presidente de Turma, cujo prazo máximo será de 8 (oito) anos. (Redação dada pela Portaria MF nº 153, de 2018) [...] §14. O limite temporal de que trata o §2º não se aplica na hipótese de o conselheiro exercer função de Direção e Assessoramento Superior (DAS) ou Função Comissionada do Poder Executivo - 101.3 (FCPE 101.3). (Redação dada pela Portaria MF nº 153, de 2018)". Em estudo realizado pelo Núcleo de Estudos Fiscais da FGV-SP logo após a instauração da "operação zelotes", concluiu-se que, na média das três turmas, 79% das decisões da CSRF são favoráveis à Fazenda Nacional, enquanto na instância anterior do CARF, turmas ordinárias, a média é de 52%. LEME, Cristiane. *Resultados gerais do Carf – 1º semestre de 2016: Um panorama sobre os processos julgados a partir de dez/2015 e publicados até 30/06/16*. Em 08/02/2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/resultados-gerais-carf-1o-semester-de-2016-08022017>. Acesso em: 06/09/2019.

⁶²¹ DUMKE, Roberto. Restrição aos advogados no Carf já provoca uma debandada. Motivação. Especialistas dizem que Operação Zelotes foi apenas uma desculpa para que governo faça alterações no tribunal do fisco. Verdadeiro viés seria aumentar arrecadação. Jornal Diário Comércio, Indústria e Serviços. São Paulo, 15/05/2015. Disponível em: <http://www.dci.com.br/em-destaque/>. Acesso em: 20/05/2015.

A postura adotada pela administração tributária em relação ao processo administrativo tributário nos parece distorcida para o atual sistema tributário. O sistema processual adotado foi desenhado como resposta à complexidade do sistema de direito material. Em razão do ambiente de incerteza em que o crédito é constituído se justifica a existência das instâncias existentes de revisão. É premente que os *decisionmakings* sejam realizados com autonomia desde a origem do crédito tributário. Esse "salto" da constituição de créditos com elevado percentual de improcedência, natural para o cenário de incerteza e os constrangimentos sofridos pela autoridade, para a cobrança judicial torna o processo administrativo tributário é mera formalidade.

4.2.2 A impropriedade da adoção do sistema inquisitivo nos lançamentos tributários

Essa parte do trabalho traz para o lançamento tributário a concepção contemporânea de administração pública participativa, com inspiração nos valores democráticos. É uma quebra do paradigma fundado na dogmática tradicional da supremacia do interesse público e unilateralidade dos atos administrativos para uma administração menos impositiva. A sua aplicação à constituição dos créditos tributários se refletiria na oportunidade de manifestação do contribuinte antes do lançamento.

Portanto, enquanto no item anterior nossa preocupação era com a denegação de autonomia decisória à autoridade responsável pelo lançamento tributário, nessa parte da análise crítica nos posicionamos sob ótica do contribuinte. Intencionamos com essa abordagem revelar uma característica arbitrária adotada pelo macroprocesso do crédito tributário. Apesar dos inúmeros deveres instrumentais impostos ao contribuinte, antes e durante o procedimento para o lançamento, não lhe oportunizada a manifestação voluntária para influenciar na decisão pela não constituição do crédito tributário. Apesar de toda a colaboração do contribuinte, ainda assim, dota-se o sistema inquisitivo. O lançamento será um ato administrativo puramente unilateral. Além do déficit democrático-constitucional, também é uma característica prejudicial à eficiência. Muitos créditos improcedentes não teriam sido constituídos, demandando as fases de revisão⁶²², caso se houvesse oportunizado ao contribuinte o direito de apresentar a versão dos fatos e a interpretação que entendesse mais justa e correta.

No âmbito do direito administrativo contemporâneo, os novos ares assopravam para

⁶²² O elevado grau de "litigiosidade" é um indicador de ineficiência. Em levantamento realizado pelo CARF em Outubro de 2019, apurou-se um acervo em torno de 118 mil processos, totalizando aproximadamente R\$ 688 bilhões em valores de créditos constituídos e pendentes de revisão. BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/dados-abertos/relatorios-gerenciais/outubro-2019-2.pdf>. Acesso em: 10/12/2019.

mudanças de paradigmas⁶²³. Os procedimentos administrativos inspirados na supremacia do interesse público, a justificar a unilateralidade do ato administrativo, em um nível mais crítico com a adoção do sistema inquisitivo, enfrentam “crise existencial”⁶²⁴. Na nova “ordem do dia” prevalece a bilateralidade, a consensualidade e a participação. Erige-se a constitucionalização do direito administrativo, com a adoção de vetores axiológicos irradiados de um sistema de direitos fundamentais e legitimação democrática⁶²⁵.

De acordo com esse novo movimento reformador do direito administrativo, a administração tributária, sempre que possível, deve adotar práticas de efetiva participação dos contribuintes em substituição às velhas fórmulas de insulamento⁶²⁶. As suas raízes remontam à época de plena euforia do surgimento do Estado Liberal que sob o pretexto ilusionista de desenvolvimento de um Estado de superioridade da lei acabara por perpetuar o poder de autoridade da administração pública⁶²⁷. A proteção do interesse da maioria viria a erguer o princípio da supremacia do interesse público e com ele toda uma dogmática de desigualdades em favor do Estado-administrador: presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, imposição unilateral de deveres e obrigações.

Desde o início do século XX, Léon Duguit mostrava-se perplexo com a pacífica aceitação do dogma de distinção entre direito público e privado. Para o jurista francês, a justiça é o único espírito que deve inspirar o estudo do Direito. Nas relações entre

⁶²³ GUEDES, Demian. *Processo Administrativo e Democracia: Uma reavaliação da presunção de veracidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 149: “o Estado brasileiro, em todas as suas fragmentadas esferas de atuação, é um Estado que precisa se reconciliar com a verdade. E o processo administrativo é um instrumento essencial para essa reaproximação. A alternativa de seguirmos aplicando os mesmos institutos, de forma idêntica às utilizadas na sua formação, não se apresenta como opção legítima: equivale a deixarmos nosso passado nos governar de seu túmulo”.

⁶²⁴ O Professor Gustavo Binbenbojm usa a expressão “dogmática administrativista no divã”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 17.

⁶²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 141: “Da abertura consensual, intensamente explorada nas últimas décadas, deve-se a expansão do campo de atuação coordenada da Administração Pública, atuando, seja por cooperação seja por colaboração, que se amplia, cada vez, em vários setores da ação administrativa do Estado contemporâneo”. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Mecanismos de consenso no Direito Administrativo in Direito Administrativo e seus novos paradigmas* (coord. Alexandre Aragão e Floriano de Azevedo Marques). Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 337: “[...] natural, portanto, que um dos vetores da evolução do Direito Administrativo, na democracia, seja a substituição dos mecanismos de imposição unilateral — tradicionalmente ditos de “império” — por mecanismos de consenso, ou seja, mecanismos que propiciem o acordo entre os sujeitos envolvidos na ação administrativa, tanto os governantes, como os governados, sobre as bases da ordem a que estarão submetidos [...] Esse viés de autoridade reforçada por poderes especiais - *puissance publique*, na expressão francesa - marcou diversas construções teóricas do Direito Administrativo do século XIX e da primeira metade do século XX. Assim, por exemplo, as idéias da irresponsabilidade do Estado, dos atos de império, da supremacia do interesse público (em muitos momentos confundidos com o interesse da Administração), e também a idéia de que o Estado não poderia subordinar-se a acordos de vontades com particulares”.

⁶²⁶ BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1999. p. 82-83.

⁶²⁷ Sobre a legalidade administrativa no Estado liberal, para Tocqueville mudava-se a fórmula, mas não a substância. A garantia de submissão dos poderes constituídos ao mito da lei manteve a arbitrariedade dos regimes anteriores com a supremacia do interesse público sobre as liberdades individuais. TOCQUEVILLE, Alexis. *O Antigo Regime e a Revolução*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 63-65.

governantes e governados e entre governados não se pode aplicar senão uma só e mesma regra de direito⁶²⁸. Em nenhuma fase de desenvolvimento do Estado Direito soa razoável que alguém julgue a si mesmo e no atual estágio de desenvolvimento da sociedade contemporânea tal possibilidade seria repudiante.

Os velhos institutos da supremacia do interesse público, imperatividade e unilateralidade que inspiraram muitos de nossos decretos-lei e atos institucionais estão sendo relativizados para que as decisões sejam abertas à participação dos interessados. Oportunizá-la desde a constituição do crédito tributário pelo lançamento, como mecanismo de controle administrativo concomitante⁶²⁹, melhora a eficiência do sistema. Acreditamos que o controle *a posteriori*, de cunho corretivo, demanda maiores custos e é menos confiável do que os meios democráticos de controle pela participação na formação da decisão.

A história recente da Administração Pública tem vivenciado ganhos de eficiência com a adoção de modelos gerenciais participativos. As decisões formadas por pontos de vista variados tendem a melhores resultados tanto no aspecto da eficácia propriamente dita como para a redução das resistências ao seu cumprimento. A experiência tem demonstrado que eficiência e unilateralidade não caminham juntas⁶³⁰. Sobretudo quando os efeitos se irradiam multilateralmente, a insistência no modelo de tomada de decisões unilaterais traz maiores riscos de ineficiência⁶³¹.

No direito tributário, a oportunidade de manifestação do contribuinte no procedimento de constituição do crédito tributário não está apenas no dever de colaboração para o interesse unilateral da administração tributária, inclusive sujeitando-se a sanções pelo seu descumprimento, mas no direito de ser ouvido. Soa autoritário que alguém tão essencial para o lançamento não disponha da oportunidade de apresentar suas alegações antes da

⁶²⁸ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Editions Cujas, 1921. p. 685-686.

⁶²⁹ Quando enaltecia a prevalência do lançamento por homologação, Ruy Barbosa Nogueira já identificava que nessa modalidade o contribuinte se encontrava mais próximo da administração tributária. Com isso teria uma vigilância mais próxima de seus interesses. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Teoria do Lançamento Tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1965. p. 52.

⁶³⁰ MANGANARO, Francesco. *Principio di legalità e semplificazione deWattivitã amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. p. 139-141 apud ARAGÃO, Alexandre Santos. *A Consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos*. Revista de Informação Legislativa, v. 42, nº 167, jul./set. de 2005. p. 294-295: “Para que o processo cognitivo e a decisão cheguem o mais próximo possível do optimum, não devem ser o resultado de uma ação unilateral da Administração, mas resultar de um processo dialético, no qual confluem os diversos pontos de vista dos sujeitos interessados na decisão”.

⁶³¹ VALDEZ, Oscar Aguilar. *El acto administrativo regulatorio*. In: *Acto administrativo y reglamento*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2002 apud ARAGÃO, Alexandre Santos. *A Consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos*. Revista de Informação Legislativa, v. 42, nº 167, jul./set. de 2005. p. 294: “Para as maiores pretensões do Estado em intervir na vida social e econômica, os seus atos unilaterais, editados sem que possam despertar o “desejo de colaboração” do particular, podem não ser muito eficientes”.

constituição do crédito que o torna devedor⁶³².

E nos processos administrativos adotados pela administração tributária, a colaboração é imprescindível e corriqueira. O aparelho estatal não foi dimensionado, e nem poderia ser, para que todos os créditos sejam constituídos pelo lançamento puramente de ofício⁶³³.

Na verdade, o que se considera como colaboração se transforma em instrumento de interesse apenas da administração tributária, deveres legais que recaem sobre o contribuinte, sem que exista qualquer contraprestação. E mais ainda, enquanto se exige a "colaboração" do contribuinte, nega-se a ele o direito de efetivamente influenciar a decisão sobre a constituição ou não do crédito tributário, um sistema verdadeiramente inquisitivo.

Com efeito, a participação do contribuinte não ocorre em uma relação equilibrada e paritária, mas para atender aos interesses secundários da administração tributária. A verdadeira colaboração é a que se desenvolve mutuamente, com trocas recíprocas. E na constituição do crédito, resta ao contribuinte se vê livre das duras punições pela não colaboração, com multas em valores superiores ao próprio tributo⁶³⁴.

E, apesar da colaboração para a constituição de um crédito tributário que lhe fará devedor, o procedimento adota o sistema inquisitivo, precipitadamente, tomado de empréstimo do procedimento de inquérito que se desenvolve no ramo do direito processual penal. De fato, embora os fatos geradores de obrigações tributárias não se confundam com os atos ilícitos⁶³⁵, prevalece na doutrina e na jurisprudência do CARF o entendimento de que o procedimento para a constituição do crédito seria informado pelo sistema inquisitivo⁶³⁶.

De acordo com o sistema vigente, somente após a impugnação do lançamento tributário é que o contribuinte exerce a ampla defesa e o contraditório. Até então, considera o

⁶³² Mesmo antes da promulgação do Código Tributário Nacional, Ruy Barbosa Nogueira, inspirado no Estado democrático de direito, informava que: “*mesmo nos países onde são poucos os auto-lançamentos procura-se obter o cumprimento das obrigações fiscais dentro do maior espírito de colaboração entre fisco e contribuinte*”. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Teoria do Lançamento Tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1965. p. 237.

⁶³³ No lançamento de ofício a apuração é integralmente realizada pela autoridade administrativa, mas com a colaboração do contribuinte e terceiros no cumprimento de deveres instrumentais.

⁶³⁴ BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1999. p. 328. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Op. cit. p. 62. SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. A Função do Lançamento Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Caderno de Pesquisas Tributárias nº 12: Do Lançamento*. São Paulo: Resenha tributária, 1987. p. 368.

⁶³⁵ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27/10/1966. Seção 1: “*Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*”. (grifo nosso)

⁶³⁶ XAVIER, Alberto. *Do lançamento no Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1977. p. 107-108. BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Ministério da Fazenda. Processo nº 10315.000586/2008-88. Acórdão nº 1103-000.669 (Data da Sessão: 08/05/2012): “*Ementa: PRELIMINAR DE NULIDADE. LANÇAMENTOS. O direito à ampla defesa e ao contraditório, e ao dueprocessoflaw se instalam e são exercíveis no processo administrativo, que se inicia com a pretensão resistida. O procedimento fiscal que culmina no ato de lançamento é governado pelo princípio inquisitório. (...) Não concreção de ofensa à referida lei, no procedimento fiscal de lançamento*”.

Decreto nº 70.235/72 que o procedimento teria natureza inquisitiva⁶³⁷, colocando-o lado a lado com as investigações próprias de um inquérito policial.

Essa característica, aceita pela maioria da doutrina⁶³⁸, guarda relação com a concepção tradicional do direito administrativo desenvolvido sob o postulado do princípio da supremacia do interesse público. Com efeito, o alijamento⁶³⁹ do contribuinte no procedimento de constituição do crédito tributário tem, portanto, feições com as prerrogativas autoritárias de imposição unilateral de deveres e obrigações, de presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos e dos atos de império.

É a antítese do que aqui defendemos: a abertura do sistema para a participação do contribuinte na formação do ato de constituição do crédito tributário. A reprodução do sistema inquisitivo no procedimento fiscal é incompatível com uma administração pública participativa, alinhada com os valores democráticos de uma sociedade contemporânea plural. É um sistema cujas raízes remontam do período de maior arbitrariedade do Estado.

Em breves considerações históricas, o sistema inquisitivo surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico, tendo sido adotado em quase toda a Europa dos séculos XVI, XVII e XVIII. Possui como uma de suas características o caráter sigiloso, sem exercício do contraditório e da ampla defesa⁶⁴⁰. Seu traço fundamental está na gestão das provas, confiada ao juiz que a produz secretamente sob o pretexto de que melhor se conheceria a verdade dos fatos sem interferências do acusado ou de terceiros. O domínio onipotente sobre a produção de provas seria condição essencial a sua valoração e livre convicção dos fatos⁶⁴¹.

E, de fato, nosso Código de Processo Penal adotou o caráter sigiloso para as investigações policiais⁶⁴²; entretanto, mesmo entre os processualistas penais, autores defendem que o sistema inquisitivo é incompatível com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado democrático de direito e, portanto, deve ser banido das legislações modernas que visem assegurar ao cidadão as mínimas garantias de respeito à

⁶³⁷ BRASIL. Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 07/03/1972. Seção 1: “Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento”.

⁶³⁸ XAVIER, Alberto. Op. cit. p. 107-108.

⁶³⁹ Significa a expressão que o contribuinte é mantido à margem do procedimento. Seu papel é limitado a atender o interesse da fiscalização. Com isso, inibe-se o papel fundamental da participação como instrumento de controle contra eventuais abusos e desvios funcionais.

⁶⁴⁰ RANGEL, PAULO. *Direito Processual Penal*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 46.

⁶⁴¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 47.

⁶⁴² BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 13/10/1941. Seção 1: “Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

dignidade humana⁶⁴³.

O sistema inquisitivo era uma decorrência natural do regime Absolutista. O soberano concentrava todos os poderes do Estado em suas mãos. No poder de julgar os suspeitos por crimes, exercia através de um mesmo órgão as funções de investigação, acusação, defesa e julgamento. Surgiu e se perdurou no Direito Penal. Era a segurança de que o acusado não escaparia da punição. A expressão se manteve para designar o sistema adotado nos procedimentos administrativos de inquéritos policiais, quando na apuração do ilícito e sua autoria o suspeito não exerce seu direito constitucional da ampla defesa e do contraditório⁶⁴⁴.

É importante ressaltar também que o inquérito policial é um procedimento administrativo com a finalidade de produzir embasamento probatório para um órgão acusador. Ele não emite valoração sobre as provas ou juízo de valor sobre a culpa do investigado. A acusação compete ao Ministério Público⁶⁴⁵.

Outra característica que demonstra importante diferença em relação ao procedimento de fiscalização é que durante a fase de inquérito o indiciado poderá requerer diligências para a elucidação dos fatos⁶⁴⁶. É certo que a autoridade policial poderá indeferir-las⁶⁴⁷, mas de

⁶⁴³ RANGEL, PAULO. *Direito Processual Penal*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 47. Com efeito, em tempo tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009 que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal. Nele são asseguradas ao investigado várias garantias constitucionais, dentre as quais a possibilidade de requerer à autoridade policial diligências, que somente no caso de comprovada desnecessidade não será realizada. E nesse caso, o investigado exerce o contraditório junto ao superior hierárquico da autoridade ou ao ministério público. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/>. Acesso em: 10/06/2014: “Art. 27. A vítima, ou seu representante legal, e o investigado poderão requerer à autoridade policial a realização de qualquer diligência, que será efetuada, quando reconhecida a sua necessidade. §1º Se indeferido o requerimento de que trata o caput deste artigo, o interessado poderá representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público”. O projeto de lei também prevê a possibilidade de acesso a todas as provas já produzidas, apresentar suas considerações antes do encerramento da investigação criminal e identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Por tudo, é causa de perplexidade que, mesmo com essa evolução de pensamento sobre os inquéritos policiais, não se reconheçam essas garantias no procedimento fiscal: “Art. 12. É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento. Parágrafo único. O acesso compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material. Art. 13. É direito do investigado ser ouvido pela autoridade competente antes que a investigação criminal seja concluída. Parágrafo único. A autoridade tomará as medidas necessárias para que seja facultado ao investigado o exercício do direito previsto no caput deste artigo, salvo impossibilidade devidamente justificada. Art. 14. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. [...]”.

⁶⁴⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. p. 91.

⁶⁴⁵ Ibid. p. 92; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 1998. p. 94.

⁶⁴⁶ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 13/10/1941. Seção 1: “Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.

⁶⁴⁷ E pelo atual projeto de reforma do Código de Processo Penal, a autoridade não mais poderá indeferir os requerimentos de diligência. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia>. Acesso em: 10/06/2014: “Art. 27. A vítima, ou seu representante legal, e o investigado poderão requerer à autoridade

qualquer forma essa possibilidade relativiza a natureza inquisitiva. Afinal, o acusado espera que a diligência venha a produzir contraprovas a seu favor.

Esse direito de provocar a elucidação dos fatos e a verdade material não existe no procedimento para a constituição dos créditos tributários. Os pedidos de perícia e diligência somente são permitidos na fase de impugnação; portanto, após o lançamento e a autuação⁶⁴⁸.

Não menos importante é a diferença entre os elementos objeto de investigação. Os exames realizados pela fiscalização na fase de instrução são os livros contábeis, declarações e outros documentos disponibilizados pelo contribuinte. Todos são registros mantidos em seus arquivos por dever legal⁶⁴⁹. Já nos inquéritos policiais as diligências para a instrução probatória na apuração de um ilícito são muito mais complexas. As provas não são registradas e disponibilizadas⁶⁵⁰, elas podem estar em qualquer lugar e é a autoridade policial que tem a difícil tarefa de localizá-las⁶⁵¹. A probabilidade de não as encontrar é expressiva e daí se justifica uma mitigação da publicidade para não prejudicar o êxito das operações, dificuldade a que não se submete a autoridade responsável pelo lançamento tributário.

Portanto, muitas são as diferenças entre os procedimentos administrativos de inquérito policial e de lançamento tributário para que se justifique a adoção de um mesmo sistema caracterizado pela ausência de participação proativa do contribuinte. Também a verificação da ocorrência de determinado fato como gerador de obrigação tributária para, após, identificar seus elementos, individualizando o crédito correspondente, é uma atividade

policial a realização de qualquer diligência, que será efetuada, quando reconhecida a sua necessidade. §1º Se indeferido o requerimento de que trata o caput deste artigo, o interessado poderá representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público”.

⁶⁴⁸ BRASIL. Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 07/03/1972. Seção 1: “Art. 16. A impugnação mencionará: [...] IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seuperito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)”.

⁶⁴⁹ BRASIL. Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 30/09/2011. Seção 1: “Art. 17. Para o efeito da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos empresários e das sociedades, ou da obrigação destes de exibi-los. §1º Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se referiram. §2º Os comprovantes da escrituração comercial e fiscal relativos a fatos que repercutem em lançamentos contábeis de exercícios futuros serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios. [...] Art. 23. Os órgãos da Secretaria da Receita Federal do Brasil, e os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, no uso de suas atribuições legais, poderão solicitar informações e esclarecimentos ao sujeito passivo ou a terceiros, sendo as declarações, ou a recusa em prestá-las, lavradas pela autoridade administrativa e assinadas pelo declarante”. KOCH. Deonísio. *Processo administrativo tributário e lançamento*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 297.

⁶⁵⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988: “Art. 5º [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de **permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (grifo nosso)

⁶⁵¹ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 13/10/1941. Seção 1: Artigos 240-250.

cognitiva tão complexa como a "judicante" pelos órgãos de revisão⁶⁵².

Reiteramos que nas sociedades contemporâneas, caracterizadas pelas incertezas, o lançamento tributário, como ato-norma de declaração da incidência tributária ao fato jurídico, não é sempre uma simples tarefa de subsunção do fato constatado à norma de incidência. Para todos os fins, nada justifica que o contribuinte seja aliado da colaboração efetiva com a revelação da verdade material.

A interpretação sempre foi uma atividade de criação das normas individuais para aplicação ao fato jurídico. Não é de hoje que o “dizer o direito” está suplantado pelo ato de vontade, de decisão⁶⁵³. A autoridade não se limita a direta e objetivamente aplicar a lei ao caso concreto; antes, deve interpretá-la de acordo com o direito. Portanto, o lançamento não resulta apenas dos fatos constatados. Vai muito além, são realizadas valorações de provas, interpretações da legislação aplicável ao caso e verdadeiros julgamentos sobre a incidência das normas tributárias.

Ao contrário dos relatórios produzidos pelos inquiridos policiais⁶⁵⁴, que se limitam à descrição dos fatos apurados sem emitir qualquer opinião, julgamento ou juízo de valor⁶⁵⁵, os lançamentos tributários são atos jurídicos administrativos, tornam o crédito tributário exigível⁶⁵⁶. Como atos-norma inovam no sistema jurídico pela produção de efeitos jurídicos individuais e concretos. Os lançamentos tornam o destinatário do ato devedor do tributo⁶⁵⁷.

Outra característica é que os preceitos legais da lei penal, pela sua finalidade estritamente punitiva, têm textura mais cerrada para que, em sua maioria, sejam interpretadas literalmente. Elas compõem tipos penais com denominação própria, o que facilita a subsunção. Já no caso da incidência tributária, pela complexidade da legislação e da textura fluida, a aplicação da norma exige muito mais esforço da autoridade fiscal quando comparado com o trabalho da autoridade policial no inquirido.

⁶⁵²São órgãos de revisão, dentre outros, as delegacias de julgamento, juntas fiscais, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, conselhos de contribuintes, tribunais de impostos e taxas.

⁶⁵³HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação. A vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried (Org.). Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 283. Riccardo Guastini discorre sobre os tipos de interpretações. De acordo com as características do intérprete temos as interpretações-conhecimento e as interpretações-decisão. Na primeira, imaginariamos um teórico completamente desinteressado limitado a descrever de que modo se entenderia uma expressão empregada pelo legislador; já nas interpretações-decisão, ao contrário, atribui-se determinado significado a uma expressão com preferência sobre os outros. É este último o método da interpretação judicial e, no escopo de nosso trabalho, o método adotado pela autoridade fiscal na realização do lançamento tributário. GUASTINI, Riccardo. Distinguiendo – estudios de teoría y metateoriadelderecho. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999. p. 203.

⁶⁵⁴BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 13/10/1941. Seção 1: “Art. 10. O inquirido deverá [...]§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente”.

⁶⁵⁵MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 1998. p. 94.

⁶⁵⁶CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002. p. 404.

⁶⁵⁷SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 80.

Uma diferença importante também está no dever de colaboração. Ao contrário dos procedimentos fiscais, no inquérito policial o suspeito não possui o dever legal de colaboração com as investigações para a produção de provas. A constituição federal facultou a permanência em silêncio para que não as produza contra si mesmo. Não há uma punição por isso.

Para a constituição do crédito tributário o contribuinte, sob pena de lhe serem aplicadas multas por descumprimento de obrigações acessórias, tem o dever legal de colaboração, prestando informações, esclarecimentos e disponibilizando livros e documentos contábeis. Com menor ou maior grau, em todas as modalidades de lançamento tributário há uma efetiva colaboração do contribuinte.

Já no procedimento administrativo de inquérito policial não se espera que a colaboração do acusado seja imprescindível para a apuração dos fatos. A reprodução do sistema inquisitivo ao lançamento tributário é um resquício dos tempos de arbitrariedade ao cidadão. Enquanto a autoridade policial se limita a produzir provas, no lançamento elas também são valoradas para a imposição tributária, o que não ocorre com o inquérito policial, onde a fase de interpretação e aplicação do direito compete ao ministério público. Por essas razões não procede compará-lo com os procedimentos sigilosos de inquérito policial que justificaria uma natureza inquisitiva.

Por tudo, defendemos outro sentido para o lançamento tributário. O procedimento fiscal não se desenvolve dentro de uma relação bipolar entre acusação e defesa, própria dos processos de apuração e responsabilização nos casos de ilícitos. Não há investigação, mas apenas uma apuração de tributo orientada pelo princípio da verdade material.

O lançamento declara a individualização do crédito tributário pela interpretação e aplicação da norma de incidência⁶⁵⁸. Tributo não tem natureza de sanção por uma conduta ilícita⁶⁵⁹ e, portanto, o contribuinte não pode ser visto como um suspeito, infrator ou acusado na atividade de constituição preliminar do crédito tributário.

Essas considerações nos convencem para a maior abertura de um sistema que ingressa na terceira idade apenas com raras e tímidas alterações, ainda prevalecendo o autoritarismo⁶⁶⁰. Com efeito, em sua gênese, o Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972

⁶⁵⁸ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Teoria do Lançamento Tributário*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1965. p. 33.

⁶⁵⁹ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27/10/1966. Seção 1: “Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, **que não constitua sanção de ato ilícito**, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.” (grifo nosso).

⁶⁶⁰ MARINS. James. *Princípios Fundamentais de Direito Processual Tributário*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 89-90. BONILHA, Paulo Celso B. *Contraditório e Provas no Processo Administrativo Tributário* (Ônus, Di-

foi editado pelo Poder Executivo por delegação do Decreto-lei nº 822/69, cuja competência foi atribuída pelos atos institucionais nº 05, de 13 de dezembro de 1968 e nº 12, de 31 de agosto de 1969⁶⁶¹. Assim, em razão da previsão constitucional à época da possibilidade de delegação ao Poder Executivo, nosso estatuto vigente que disciplina o procedimento de determinação e exigência dos créditos tributários da União foi recepcionado com força de lei ordinária⁶⁶². O Decreto nº 70.235/72 não previu, assim, a incorporação dos mecanismos atuais de legitimação democrática dos processos decisórios no âmbito do macroprocesso do crédito tributário.

Em tempo, como já apontado anteriormente, até mesmo o próprio processo penal “despertou” para a nova ordem constitucional. Reconheceu-se que os velhos instrumentos da persecução penal estão na direção oposta às liberdades públicas abrigadas pela constituição federal⁶⁶³. De fato, com mais razão ainda se justificam as garantias constitucionais nos procedimentos fiscais para o lançamento de ofício, tal como reconhece a exposição de motivos para um novo código de processo penal.

Essa primeira metade do capítulo esteve voltada para a análise crítica do procedimento administrativo para a constituição dos créditos tributários, fase inicial do macroprocesso. A abordagem foi desenvolvida sob duas óticas: a da autoridade e a do contribuinte. Na primeira, procuramos demonstrar que o sistema adotado, ao negar natureza decisória ao lançamento, discrepa da realidade por ignorar o cenário de incerteza em que a autoridade constitui os créditos tributários: imprecisões das prescrições legais tributárias e a

reito a Perícia, Prova Ilícita). In: *Processo Administrativo Fiscal*. (Coord. Valdir de Oliveira Rocha). São Paulo: Dialética, 1995. p. 129.

⁶⁶¹NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. *Processo administrativo fiscal federal comentado*. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 26. BRASIL. Decreto-lei nº 822, de 05 de setembro de 1969. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 08/09/1969. Seção 1: “OS MINISTROS DA MARINHA DE GUERRA, DO EXÉRCITO E DA AERONÁUTICA MILITAR, usando das atribuições que lhes confere o artigo 1º do Ato Institucional número 12, de 31 de agosto de 1969, combinado com o parágrafo 1º do artigo 2º do Ato Institucional número 5, de 13 de dezembro de 1968, DECRETAM: [...] Art 2º O Poder Executivo regulará o processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários federais, penalidades, empréstimos compulsórios e o de consulta”.

⁶⁶²PAULSEN, Leandro; ÁVILA, Renè Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. *Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. p. 11-12.

⁶⁶³BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=58827&tp=1>. Acesso em: 10/06/2014: “Exposição de Motivos [...] Se em qualquer ambiente jurídico há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim, quanto à aplicação de suas normas, há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada, e, práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de Processo Penal atualmente em vigor - Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 -, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado. A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei nº 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. E essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional”. (grifo nosso)

complexidade das relações jurídico-econômicas. A denegação da autonomia pelas lideranças administrativas se faz sentir pelos constrangimentos institucionais impostos, o que inviabiliza a segurança de que os créditos constituídos, de fato, gozem de grau elevado de certeza e liquidez. Sendo essa a realidade, tornou-se necessário um desenho do processo administrativo tributário mais alargado, formado por três instâncias. E sob a ótica do contribuinte, também concluímos que outro "pecado" do procedimento é a adoção do sistema inquisitivo. A argumentação, além de se apoiarem nessas mesmas razões relacionadas à incerteza⁶⁶⁴, assenta-se em algumas características de diferenciação: o inquérito policial tem finalidade informativa com a base nas provas produzidas, pois a aplicação da prescrição legal à conduta descrita compete a outra instituição, o ministério público, que apresentará ou não a denúncia; outra diferença é que o investigado não tem dever de colaboração; e apesar dessas características, no procedimento administrativo de inquérito policial é prevista a iniciativa do investigado para a realização de diligências e perícias em seu interesse.

Em síntese, algumas diferenças com os inquéritos policiais podem ser mencionadas:

a) enquanto as prescrições legais tributárias são complexas e com textura fluida, com mais esforço de interpretação, os preceitos legais penais, pela sua finalidade estritamente punitiva, têm textura mais cerrada para que, em sua maioria, sejam interpretadas literalmente, o que facilita a subsunção;

b) produz efeito jurídico impositivo da obrigação tributária, tornando o contribuinte devedor do crédito constituído, com todos os reflexos negativos sobre sua vida econômica;

c) apesar da natureza de ato administrativo do lançamento, interferindo na esfera jurídica individual do contribuinte, o sistema inquisitivo adotado é menos garantista que o inquérito policial; e

d) as verificações e diligências têm como objeto livros contábeis, declarações e outros documentos disponibilizados pelo contribuinte, todos mantidos em seus arquivos por dever legal⁶⁶⁵, e nos inquéritos policiais, a busca pelas provas oferece muito mais

⁶⁶⁴ Em nossa exposição comparativa com os inquéritos policiais, enfatizamos a complexidade das prescrições legais tributárias quando comparadas às regras de tipicidade do direito penal, informativas da subsunção como método de aplicação: a conduta é comparada ao tipo penal (prescrições legais de textualidade simplificada).

⁶⁶⁵BRASIL. Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 30/09/2011. Seção 1: "Art. 17. Para o efeito da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos empresários e das sociedades, ou da obrigação destes de exibi-los. §1º Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram. §2º Os comprovantes da escrituração comercial e fiscal relativos a fatos que repercutem em lançamentos contábeis de exercícios futuros serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios. [...] Art. 23. Os órgãos da Secretaria da Receita Federal do Brasil, e os Auditores-Fiscais da Receita Federal do

dificuldade, elas podem estar em qualquer lugar⁶⁶⁶. Passa-se agora a análise crítica das instâncias revisional (primeira e segunda instâncias) e especial para a uniformização da interpretação da legislação tributária.

4.3 Características gerais das instâncias revisionais "judicantes" do macroprocesso do crédito tributário

Apresentamos no início do capítulo que o macroprocesso do crédito tributário adotou o paradigma da constituição bifásica: em uma primeira etapa o crédito é constituído pelo lançamento de ofício e na seguinte é revisado por instâncias administrativas até que adquira certeza e liquidez⁶⁶⁷, características necessárias para a fase de cobrança executiva do crédito tributário. Portanto, somente a fase revisional seria processualizada⁶⁶⁸, a anterior seria um procedimento conduzido unilateralmente pela autoridade, sem oportunidade de manifestação voluntária do contribuinte⁶⁶⁹.

Essa parte do trabalho se destina à análise crítica dessas instâncias administrativas. A primeira revisão é realizada pelas delegacias de julgamento, que vieram substituir as revisões monocráticas até então realizadas no âmbito do mesmo órgão responsável pelo lançamento a ser revisado⁶⁷⁰. A finalidade era conferir especialização técnico-jurídica à revisão do lançamento e alguma autonomia a seus membros, com a redução de constrangimentos a que se submetiam quando integravam a mesma repartição responsável pelo lançamento revisado. Contudo, essa reestruturação da primeira fase de revisão somente buscava atender ao

Brasil, no uso de suas atribuições legais, poderão solicitar informações e esclarecimentos ao sujeito passivo ou a terceiros, sendo as declarações, ou a recusa em prestá-las, lavradas pela autoridade administrativa e assinadas pelo declarante". KOCH, Deonísio. *Processo administrativo tributário e lançamento*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 297.

⁶⁶⁶ As exceções mais importantes são justamente os inquéritos para apuração de crimes financeiros e tributários.

⁶⁶⁷ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 17/03/2015: "Art. 783. *A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível*. Art. 784. *São títulos executivos extrajudiciais: IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;*" (grifos nossos).

⁶⁶⁸ TORRES, Ricardo Lobo. A equidade no processo administrativo tributário. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 30. Ano 1976. p. 87. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/web/pge>. Acesso em: 16/06/2014. No atual modelo, portanto, o controle participativo sobre a atividade da administração é exercido apenas após sua realização, um controle *a posteriori*. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 1999. p. 576.

⁶⁶⁹ O artigo 14 do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972 dispõe que o processo administrativo fiscal é inaugurado com a impugnação contra o lançamento. BRASIL. Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 07/03/1972. Seção 1: "Art. 14. *A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento*".

⁶⁷⁰ BRASIL. Lei nº 8.748, de 09 de dezembro de 1993. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10/12/93: "Art. 2º *São criadas dezoito Delegacias da Receita Federal especializadas nas atividades concernentes ao julgamento de processos relativos a tributos e contribuições federais administrados pela Secretaria da Receita Federal, sendo de competência dos respectivos Delegados o julgamento, em primeira instância, daqueles processos (...) §2º Até que sejam instaladas as delegacias de que trata o caput deste artigo, o julgamento nele referido continuará sendo de competência dos Delegados da Receita Federal*".

princípio da eficiência, sem avanços significativos sob o aspecto da administração pública participativa. As sessões de julgamento são mantidas até os dias de hoje "fechadas" à presença dos contribuintes. Optou-se pela deliberação interna, "intramuros"⁶⁷¹.

As duas instâncias seguintes são concentradas na capital em Brasília, distante do contribuinte. Essa localização geográfica é importante de ser mencionada porque, normativamente, não é exigida a defesa técnica para atuar em processos administrativos⁶⁷².

Uma das instâncias constitui um verdadeiro "*second opinion*" após a decisão da delegacia de julgamento. São as turmas ordinárias do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Nelas são reexaminadas integralmente todas as questões fáticas e jurídicas. O único pressuposto para a interposição do recurso voluntário é a tempestividade⁶⁷³. A última instância é exercida pelas três turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF. A competência é a uniformização das divergências de teses jurídicas entre as turmas do CARF⁶⁷⁴. Também existe o Pleno da CSRF, um colegiado com competência de uniformização das divergências entre as próprias turmas do CSRF⁶⁷⁵. Todas as três turmas da CSRF e o Pleno são presididas pelo presidente do CARF⁶⁷⁶. Sempre quando nos referirmos genericamente às turmas do CARF e da CSRF, empregaremos a expressão "instâncias superiores", e quanto às turmas das delegacias de julgamento, por "primeira instância".

⁶⁷¹ BRASIL. Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27/08/2001. Seção 1: "Art. 64. O art. 25 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 9 de dezembro de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 25. O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal compete: I - em primeira instância, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento, órgãos de **deliberação interna** e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal".

⁶⁷² Embora, na prática, poucos são os contribuintes que não se fazem representar por advogado. É que as questões discutidas são muito complexas para que a autodefesa, seria um risco elevado.

⁶⁷³ Antes do julgamento da ADIn nº 1.976-7, também se exigia o depósito prévio correspondente a 30% do crédito tributário exigido. BRASIL. Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 07/03/1972. Seção 1: "Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão [...] §2º Em qualquer caso, o recurso voluntário somente terá seguimento se o recorrente o instruir com prova do depósito de valor correspondente a, no mínimo, trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão".

⁶⁷⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: "Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF".

⁶⁷⁵ Ibid: "Art. 10. Ao Pleno da CSRF compete a uniformização de decisões divergentes, em tese, das turmas da CSRF, por meio de resolução".

⁶⁷⁶ Ibid: "Art. 15. A presidência da CSRF, das respectivas turmas e do Pleno será exercida pelo Presidente do CARF". O cargo de presidente do cargo é remunerado com gratificação de direção e assessoramento superior DAS 101.5.

4.3.1 As sessões de julgamento da primeira instância de revisão

As turmas das delegacias de julgamento⁶⁷⁷ são especializadas por grupo de tributos federais, embora, a rigor, não se trata de uma delimitação de competência, qualquer uma delas pode julgar qualquer dos tributos federais. Fato igualmente interessante é que, embora instaladas nas capitais dos estados⁶⁷⁸, os processos não são distribuídos de acordo com o critério regional⁶⁷⁹.

Essa adoção da circunscrição nacional para cada uma das delegacias de julgamento somente é possível porque as deliberações são internas; portanto, sem participação do contribuinte interessado. As sessões de julgamento ocorrem dentro da repartição em sala fechada, sem publicidade da data, hora e local. Contra a falta de transparência, a OAB/RJ obteve na Justiça Federal do Rio de Janeiro favorável para que as sessões deixassem de ser realizadas secretamente. Com o provimento judicial, todos os processos administrativos que se iniciaram após 30 dias da sentença devem ser julgados em sessão aberta, com possibilidade de participação do advogado para esclarecimento de questões de fato⁶⁸⁰.

No processo, o Ministério Público Federal do Rio de Janeiro também emitiu parecer favorável aos contribuintes. A fundamentação guarda estreita relação com nossas considerações ao longo deste trabalho sobre a legitimação democrática do processo administrativo tributário: *“É certo que com a Constituição de 1988, o direito à defesa estabeleceu a sua importância frente à ideia de democracia, se mostrando como instrumento capaz de reduzir, sobremaneira, o arbítrio do Estado, especialmente no que se refere aos processos administrativos”*. Nele também há referências aos princípios da publicidade, transparência, segurança e eficiência⁶⁸¹.

⁶⁷⁷ São 14 delegacias de julgamento da Receita Federal do Brasil – DRJ, em um total de 135 turmas, numa média de 5 julgadores por turma. BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Portaria RFB nº 430, de 9 de outubro de 2017.

⁶⁷⁸ Exceções: DRJ Juiz de Fora e DRJ Ribeirão Preto.

⁶⁷⁹ Como exemplo, um contribuinte com domicílio fiscal em Porto Alegre pode ter seu processo julgado na DRJ de Belém. BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Portaria RFB nº 999, de 19/07/2013: *“Art. 1º A distribuição dos processos administrativos fiscais para as Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ), e no âmbito destas, atenderá aos critérios de prioridade estabelecidos nesta Portaria, observadas as especializações das turmas e as horas líquidas disponíveis para julgamento, apuradas segundo os critérios estabelecidos pela Portaria RFB nº 2.292, de 23 de outubro de 2012”*.

⁶⁸⁰ BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. 5ª Vara Federal. Processo nº 0000113-91.2014.4.02.5101. Disponível em: <http://www.jftrj.jus.br/>. Acesso em: 10/09/2019: *“Isto posto, RATIFICO A MEDIDA LIMINAR POSTULADA E JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO determinando que as autoridades coatoras passem a designar dia, hora e local para a realização dos julgamentos administrativos fiscais de primeira instância, intimando-se as partes e esclarecendo da possibilidade do seu comparecimento para assistir ao julgamento e, em existindo advogados, os mesmos também devem ser intimados, podendo ofertar questões de ordem sobre aspectos de fato da causa, não podendo exercer sustentação oral por falta de previsibilidade no caso, sendo que os efeitos da presente decisão deverão ocorrer em trinta dias e aplicados aos processos que tiverem início ao fim do referido prazo”*.

⁶⁸¹ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Rio de Janeiro. Parecer no Processo nº 0000113-91.2014.4.02.5101. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/>. Acesso em: 10/06/2014: *“Com efeito, a ordem constitucional assegura como direito fundamental o respeito ao devido processo legal. Este preceito*

Com efeito, a prática democrática é contínua e ininterrupta. A ampla participação pelo contraditório deve acompanhar todas as fases macroprocesso de constituição da certeza e liquidez do crédito tributário, desde o início do procedimento fiscal. É injustificável negá-la quando a decisão pelo lançamento tributário de imediato provoca restrições de caráter patrimonial ao contribuinte e mitigá-la na primeira instância de revisão através de sessão de julgamento secretas, “intra muros”.

Também sob o aspecto da transparência outros mecanismos adotados na primeira instância não correspondem as melhores práticas de instituições preocupadas com *compliance*. A distribuição dos processos administrativos para as 14 delegacias de julgamento não é aleatória. Quando implantado o processo eletrônico, uma das delegacias de julgamento foi utilizada no projeto piloto, onde se concentraram as providências de digitalização e todos os preparativos para gerenciamento dos processos. Terminada a fase de implantação e já estamos funcionando plenamente o e-processo, essa delegacia de julgamento manteve a centralização nacional na distribuição de processos. A justificativa e critério seriam a eficiência em se adequar demanda/limite da capacidade de trabalho. Como algumas delegacias de julgamento, principalmente em regiões com menor desenvolvimento econômico, mantinham menor acervo de processos para julgamento, enquanto outras delegacias de julgamento acumulavam demandas maiores que sua capacidade de trabalho, os processos seriam então distribuídos para solucionar esse problema.

Independentemente da veracidade do motivo apresentado pela administração tributária, a eficiência não pode ser o único valor buscado, deve ser sopesado com outros. Essa opção no desenho institucional, mesmo se fosse permitida, dificulta a presença do contribuinte para acompanhar o julgamento de seus processos e, assim, perde-se com a colaboração que poderia ser obtida na forma de esclarecimentos orais durante as sessões, apresentação de memoriais e outros meios de legitimação democrática pelo contraditório.

Quanto à transparência e ao compromisso com *accountability*, a metodologia adotada na distribuição não aleatória pode ser vulnerável a desvios com finalidade de direcionamento de processos. Haveria outros meios de se atender essa preocupação com adequação da relação demanda/limite da capacidade de trabalho sem prejudicar a garantia de exercício pleno do contraditório, como por exemplo, a criação e extinção de turmas de acordo com

traduz-se no direito ao procedimento calcado nos princípios da publicidade, segurança e eficiência, garantindo aos participantes e interessados maior transparência, de modo a atender aos parâmetros de Justiça e de interesse público. [...] inegável que a Administração Pública não tem direito de cominar ao administrado penalidades – notadamente de caráter patrimonial – sem antes garantir-lhe o direito de defesa. Trataria de uma analogia, in bonam partem do procedimento que ocorre na via judicial. O importante é caracterizar a relação bipolar, difusora do devido processo legal, que garante as partes envolvidas a paridade”.

alterações relevantes do número de processos para distribuição⁶⁸².

Porém, infelizmente, não tem sido uma preocupação constante da administração tributária essa busca equilibrada da efetivação dos valores envolvidos em suas medidas. Como se sabe, muitas das obrigações criadas são instrumentais ou acessórias para a constituição do crédito tributário⁶⁸³, sendo as mais comuns a necessidade de preenchimento e envio das declarações e formulários de interesse da administração tributária. Quando criadas, essas obrigações não são ponderadas com o custo-benefício considerado nessa equação também os interesses e custos suportados pelos contribuintes. O conjunto de obrigações burocráticas aumentam o custo de nosso setor produtivo⁶⁸⁴.

Outro problema de *accountability* está na distribuição de processos entre os membros da turma julgadora. Também não existe sorteio. De acordo com o conteúdo e complexidade do processo, o presidente da turma designará um membro do colegiado para relatá-lo; portanto, de mesma forma são válidas as mesmas observações. Exacerba-se a eficiência em detrimento de outros valores constitucionais.

4.3.2 As sessões de julgamento das instâncias superiores

Além da revisão de “primeira instância” pelas delegacias de julgamento, mais duas “instâncias superiores”, concentradas em Brasília, exercem controle sobre os créditos tributários constituídos. A primeira delas é exercida por turmas ordinárias e extraordinárias, a outra é uma instância especial, exercida pela CSRF. Todas as turmas do CARF, sem exceção, são compostas pelo mesmo número de representantes da Fazenda Nacional e das confederações dos setores produtivos ou entidades de natureza sindical. Essa representação paritária é uma característica marcante da instituição⁶⁸⁵.

A criação de turmas extraordinárias visava atender uma necessidade, supostamente

⁶⁸² Essas alterações do número médio de processos que são instaurados nas regiões fiscais não são tão frequentes.

⁶⁸³ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27/10/1966. Seção 1: “Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal”.

⁶⁸⁴ CAUDURO, Hernane. *Custo Brasil sufoca indústria nacional*. Jornal do Comércio. Porto Alegre, 09/01/2019. Disponível em: <https://www.jornaldocomercio.com>. Acesso em: 12/09/2019: “Esta voracidade fiscal retirou grande parte do poder de competição da indústria do Brasil, pois onerou os custos de produzir no País, o que significa arrecadar mais em detrimento de investimentos necessários para garantir escala e maior competitividade”.

⁶⁸⁵ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: “Art. 1º O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, tem por finalidade julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância, bem como os recursos de natureza especial, que versem sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB)”.

temporária, de equilibrar o fluxo de processos⁶⁸⁶. Essas turmas também são outro exemplo do que já havíamos apresentado sobre a exacerbação da eficiência divorciada de outros valores constitucionais. No caso das turmas extraordinárias as violações são ainda maiores. Alcançam notadamente os pequenos contribuintes e as pessoas físicas, aqueles com menor capacidade econômica. Os contribuintes que se defendem da cobrança de créditos inferiores a 60 salários-mínimos não têm direito ao rito comum ordinário dos demais. As sessões de julgamento são virtuais e com a metade do número de membros. A finalidade é aumentar a capacidade de julgamento do CARF. Tanto é assim que o próprio regimento permite que o órgão possa elevar o limite para até 120 salários-mínimos a fim de reduzir o acervo de processos⁶⁸⁷. Como se vê, a instituição tem inspiração "monolítica" pela eficiência, incapacidade de identificar efeitos sistêmicos contrapostos e insensibilidade a outros valores, ainda que igualmente constitucionais⁶⁸⁸.

As turmas ordinárias funcionam com oito membros⁶⁸⁹. As sessões são públicas e, diferentemente da primeira instância, oportuniza-se ao contribuinte, diretamente ou mediante representação, a participação com sustentação oral, entrega de memoriais ou simplesmente

⁶⁸⁶ O acervo de processos aumenta continuamente com o fluxo crescente de demandas, sem o aumento proporcional da capacidade de julgamento. As turmas extraordinárias, que seriam temporárias, acabaram se tornando permanentes.

⁶⁸⁷ As turmas extraordinárias têm a finalidade estritamente de conferir celeridade aos julgamentos de processos que envolvem créditos de menor valor, além de outros considerados como de menor complexidade. Como se constata, o colegiado funciona com a metade do número de membros integrantes das turmas ordinárias. Além do colegiado reduzido, adota-se nas sessões, todas virtuais, o rito sumário e simplificado. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: "Art. 23-B As turmas extraordinárias são competentes para apreciar recursos voluntários relativos a exigência de crédito tributário ou de reconhecimento de direito creditório, até o valor em litígio de 60 (sessenta) salários mínimos, assim considerado o valor constante do sistema de controle do crédito tributário, bem como os processos que tratem: I - de exclusão e inclusão do Simples e do Simples Nacional, desvinculados de exigência de crédito tributário; II - de isenção de IPI e IOF em favor de taxistas e deficientes físicos, desvinculados de exigência de crédito tributário; e III - exclusivamente de isenção de IRPF por moléstia grave, qualquer que seja o valor. §1º O Presidente do CARF poderá elevar o limite de que trata o caput a até 120 (cento e vinte) salários mínimos, à medida da redução do acervo de processos, bem assim definir outras hipóteses para apreciação pelas turmas extraordinárias [...] Art. 61-A. As turmas extraordinárias adotarão rito sumário e simplificado de julgamento, conforme as disposições contidas neste artigo. § 1º Os processos serão pautados em reunião composta por sessões não presenciais virtuais".

⁶⁸⁸ Refiro-me, notadamente, ao princípio constitucional da capacidade contributiva e, no plano infraconstitucional, à equidade tributária. O valor subjacente à graduação dos impostos de acordo com a capacidade econômica também orienta para regras processuais que contemplem um tratamento mais favorecido àqueles que em razão de sua condição menos favorecida suportam maiores impactos quanto aos créditos tributários que lhes são exigidos. O que se constata no regimento do CARF é justamente o contrário. Nos processos onde se defendem das cobranças, os menores contribuintes não terão direito ao rito ordinário aplicado sobre médios e grandes contribuintes. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Senado Federal, 1988: "art. 145 [...] §1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte".

⁶⁸⁹ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: "Art. 23. As Turmas de Julgamento são integradas por 8 (oito) conselheiros, sendo 4 (quatro) representantes da Fazenda Nacional e 4 (quatro) representantes dos Contribuintes".

acompanhar o julgamento. Nessa instância são reexaminadas integralmente todas as questões fáticas e jurídicas já examinadas e julgadas pela primeira instância, assim, funciona verdadeiramente como uma *second opinion*⁶⁹⁰.

Ainda existe no CARF a instância especial, exercida pelas três turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF⁶⁹¹. A função delas é conferir maior segurança jurídica aos contribuintes em geral, com a uniformização das divergências de teses jurídicas entre as turmas do CARF⁶⁹². Com a mesma finalidade também existe o Pleno da CSRF, um colegiado para uniformização das divergências entre as próprias turmas do CSRF⁶⁹³. As decisões do Pleno são consubstanciadas em enunciados de súmula⁶⁹⁴ que, inclusive, podem gerar efeito vinculante para toda a administração tributária⁶⁹⁵. Essa possibilidade de que as decisões do CARF sobreponham as interpretações e regulamentos dos vários órgãos que compõem a administração tributária confere à instituição um papel importante para a segurança jurídica e igualdade de tratamento tributário, qualidades próprias das instituições reguladoras⁶⁹⁶.

⁶⁹⁰ A finalidade dos mecanismos de segunda opinião é prover maior legitimidade pelo suposto aumento do grau de certeza das decisões. VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk: The Risks of Deliberation: Second Opinions*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 156: "*second opinion may provide extra legitimacy to the decision or raise the decision maker's certainty that it is correct*". A ideia central seria, então, que a opinião adicional produziria uma decisão melhor.

⁶⁹¹ As turmas da CSRF são compostas pelo Presidente e Vice-Presidente do CARF e mais 8 conselheiros, que são os presidente e vice-presidentes de cada uma das 4 câmaras que compõem a Seção correspondente àquela turma. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: "*Art. 26. As turmas da CSRF são constituídas pelo presidente e vice-presidente do CARF e pelos presidentes e vice-presidentes das Câmaras da respectiva Seção*".

⁶⁹² BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: "*Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF*".

⁶⁹³ Ibid: "*Art. 10. Ao Pleno da CSRF compete a uniformização de decisões divergentes, em tese, das turmas da CSRF, por meio de resolução*".

⁶⁹⁴ Ibid: "*Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF*".

⁶⁹⁵ Ibid: "*Art. 75. Por proposta do Presidente do CARF, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, do Secretário da Receita Federal do Brasil ou de Presidente de Confederação representativa de categoria econômica ou profissional habilitada à indicação de conselheiros, o Ministro de Estado da Fazenda poderá atribuir à súmula do CARF efeito vinculante em relação à administração tributária federal*".

⁶⁹⁶ No próximo capítulo será desenvolvido o redesenho institucional do macroprocesso do crédito tributário. Nossa proposta contempla mecanismos para efetivação da segurança jurídica, transparência, igualdade de tratamento tributário e coerência nas interpretações das prescrições legais. A atual Subsecretaria de Tributação e Contencioso se tornaria numa Subsecretaria do Macroprocesso do Crédito Tributário, com Conselhos de Regulação Tributária a ela vinculados. Os Conselhos de Regulação Tributária, com seu desenho próprio que incorpore mecanismos de participação da sociedade, facilitada por uma reforma tributária voltada para a simplificação da complexidade que caracteriza nosso sistema atual, substituiriam a atual Coordenação-Geral de Tributação. Com a abertura das sessões de julgamento na primeira instância, aumento do grau de autonomia dos seus membros e uma efetiva interação com os Conselhos de Regulação Tributária, o sistema ficaria, vantajosamente, provido com os valores atualmente extraídos do CARF. Inspirados nas competências especializadas fixadas para as turmas da CSRF (artigos 2º ao 4º do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015), nos Conselhos de Regulação Tributária participariam especialistas em

Outra diferença importante em relação à primeira instância é que no CARF a distribuição dos processos, observada a competência de cada Seção, é aleatória por sorteio eletrônico, tanto quanto à turma de julgamento, quanto ao conselheiro relator do processo.

Para equilibrar o fluxo de processos, além da criação de turmas extraordinárias, o CARF instituiu vários mecanismos de celeridade nos julgamentos. A maioria deles reproduz, com adaptações, os existentes nos tribunais. O processamento na sistemática dos recursos repetitivos e os enunciados de súmulas são os mais importantes.

A aplicação no CARF de mecanismos próprios dos processos judiciais voltados para a celeridade comete seus "pecados". No processamento dos julgamentos na sistemática de recursos repetitivos, elege-se como paradigma aquele que supostamente seja o recurso mais representativo da divergência de tese jurídica⁶⁹⁷. Há dois problemas relevantes na sua transposição para os processos administrativos.

O primeiro é que na esfera administrativa as questões fáticas são muito expressivas⁶⁹⁸ e a própria finalidade dos processos é a revelação da verdade material. E quando nos voltamos a uma abordagem institucional, podemos dizer que é exatamente na análise das questões materiais que as instâncias administrativas possuem maior capacidade que as instâncias judiciais. A sistemática de julgamento dos recursos repetitivos foi reservada aos tribunais superiores, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, justamente pela competência cingida às questões jurídicas de inconstitucionalidade e contrariedade à lei federal, sem reexame de provas materiais. Nas demais instâncias do Judiciário também existe a sistemática do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo que a análise também está limitada às questões de direito⁶⁹⁹.

O segundo problema é de *compliance*. A escolha do recurso paradigma, embora seja relevante para o resultado do julgamento, é realizada livremente pelo presidente da turma. A expressão empregada pelo regimento "*o recurso mais representativo da controvérsia*" é

direito tributário e contabilidade da própria Secretaria da Receita Federal e da sociedade. Essa última participação de interessados externos ocorreria em todas as fases, de forma consultiva. A instituição também estaria aberta à participação por meio de audiências públicas e consultas abertas.

⁶⁹⁷ Ibid: "Art. 47 [...] 1º Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, será formado lote de recursos repetitivos e, dentre esses, definido como paradigma o recurso mais representativo da controvérsia".

⁶⁹⁸ A sistemática não é adotada apenas no julgamento dos recursos especiais pelas turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF, cuja competência, de fato, é limitada à solução das divergências de teses jurídicas. Aplica-se também às turmas ordinárias e extraordinárias.

⁶⁹⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 17/03/2015: "Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica [...] Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça".

bastante indeterminada, com conteúdo elevado de abstração. O recurso paradigma escolhido para a solução da questão de direito pode ser, por exemplo, um recurso especial interposto pela Fazenda Nacional com todas as teses relevantes em defesa do crédito tributário. Nesse caso, recursos especiais ou voluntários com as teses dos contribuintes poderão ser perfeitamente ignorados. É necessário que a regra, embora louvável como instrumento de celeridade, contemple também regras mais objetivas para conferir transparência e maior grau de imparcialidade aos julgamentos nessa sistemática.

Retornado às características gerais das instâncias superiores, os membros das turmas do CARF exercem mandato de 2 anos, com possibilidade de duas reconduções, em um total de 6 anos. A exceção fica restrita aos membros das turmas da CSRF representantes da Fazenda, que não se submetem a limite temporal. Nesse caso, permanecerão como julgadores permanentemente até que eventualmente venham a ser dispensados da função de confiança ou exonerados do cargo em comissão que ocupam.

Os membros das turmas também podem deixar o CARF por perda de mandato. São 20 hipóteses previstas no regimento, como: desempenho insuficiente, descumprimento das metas de produtividade, deixar de observar súmulas, procrastinar a prática de atos processuais, deixar de reiteradamente formalizar votos e outras.

Por fim, uma das características mais polêmicas, sobretudo no CARF pelo fato de se adotar representação paritária em suas deliberações, é o voto de desempate⁷⁰⁰ dos presidentes de turma (sempre representantes da Fazenda). A possibilidade de empate nas votações é elevada: as turmas são compostas por número par de membros e os membros são representantes daqueles que no processo defendem interesses opostos quanto ao crédito tributário, Fazenda e contribuintes.

Essas são algumas das características gerais das instâncias revisionais dos créditos tributários. Oportunamente, voltaremos a mencioná-las sempre que necessárias para a nossa análise crítica. Especialmente no próximo item, essas características se objetivam para a aplicação das teorias da decisão apresentadas na Parte I deste trabalho.

4.4 Representação paritária dos conselheiros e o voto de qualidade

Pelos embates que se travam sobre essa característica do CARF, possivelmente é o tema mais relevante do ponto de vista de uma análise crítica. Antes do exame sobre a

⁷⁰⁰ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: "*No regimento do CARF é denominado de como voto de qualidade, denominação como mais comumente é conhecido o voto de desempate. Art. 54. As turmas só deliberarão quando presente a maioria de seus membros, e suas deliberações serão tomadas por maioria simples, cabendo ao presidente, além do voto ordinário, o de qualidade*".

validade institucional do voto de qualidade reservado aos representantes da Fazenda, primeiro se deve analisar a própria adoção de um sistema de deliberação decisória por meio de representantes dos interesses contrapostos nos processos administrativos tributários.

Como já apresentado de forma mais geral, as turmas do CARF são formadas em igual número por representantes da Fazenda e dos contribuintes⁷⁰¹. Esse modelo de decisão mediante representação dos interesses de contribuintes existe desde a origem do CARF, quando da criação do Conselho de Contribuintes do Imposto de Renda em 1925⁷⁰²; o que para a época era uma inovação bastante ousada⁷⁰³. A abertura para a participação dos contribuintes no *decisionmaking* teve inspiração nos ideais liberais que “sopravam” no Brasil na década de 1920 e modificariam as relações entre o Estado e o cidadão⁷⁰⁴.

O desenho institucional, portanto, agrega duas características especiais: a representação paritária e o “voto de qualidade”⁷⁰⁵. Entendemos que ambas são

⁷⁰¹ Ibid: "Art. 1º O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, tem por finalidade julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância, bem como os recursos de natureza especial, que versem sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) [...] Art. 23. As Turmas de Julgamento são integradas por 8 (oito) conselheiros, sendo 4 (quatro) representantes da Fazenda Nacional e 4 (quatro) representantes dos Contribuintes".

⁷⁰² Com inspiração democrática foi criado em 14 de setembro de 1925 o Conselho de Contribuintes do Imposto de Renda, primeiro órgão fazendário integrado tanto por representantes da fazenda quanto dos contribuintes. Eram cinco membros, indicados pelo governo e pela indústria e comércio. Apesar de bem-sucedido em sua primeira experiência, o modelo sofreu aperfeiçoamentos. Assim, em 1927 o Conselho de Contribuintes passa a ser o primeiro órgão paritário do país, doze membros em igual número de representantes da fazenda e dos contribuintes. Sendo em número par de conselheiros, a solução para os casos de empate nas deliberações foi a atribuição do voto de desempate ao presidente da turma, o chamado “voto de qualidade”. MARTINS, Ana Luísa. *Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução de litígios fiscais*. Rio de Janeiro: Capivara, 2010. pp. 5, 9 e 44.

⁷⁰³ MARTINS, Ana Luísa. *Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução de litígios fiscais*. Rio de Janeiro: Capivara, 2010. p. 15.

⁷⁰⁴ O movimento pelo estabelecimento de uma nova relação entre o Estado e o cidadão visava assegurar novas garantias de proteção contra as investidas do Estado, sendo a condição de contribuinte uma das mais vulneráveis às arbitrariedades. À época de euforia do surgimento do Estado Liberal instaurava-se um pensamento ilusionista da superioridade da lei sobre o Estado, mas com o tempo acabara por perpetuar o poder de autoridade da administração pública sob o manto da proteção do interesse da maioria, traduzido pela legalidade administrativa, pelo princípio da supremacia do interesse público, da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos e da imposição unilateral de deveres e obrigações ao cidadão. Era o velho Absolutismo apontado por Tocqueville: "*mudava-se a fórmula, mas não a substância*". TOCQUEVILLE, Alexis. *O Antigo Regime e a Revolução*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 63-65. No mesmo sentido, Paulo Otero denomina de *ilusão garantística da gênese* a crença durante séculos de que o Princípio da Legalidade seria a garantia de submissão dos poderes constituídos ao mito da lei. OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. pp. 271-273. Nossa Constituição de 1934 tinha a representação paritária classista como um traço característico. Estávamos no auge da desconfiança contra o chefe do Executivo federal. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A Constituição de 1934 no Contexto da História do Constitucionalismo Brasileiro*. Revista Jurídica Cesumar, jan./abr. 2017, v. 17, n. 1, p. 207: "*O traço mais característico da Constituição de 1934 era a representação classista, que não fora pensada pela Comissão do Itamaraty*".

⁷⁰⁵ Interessante mencionar, diante das controvérsias sobre o voto de qualidade fazendário, que na Comissão Especial do Projeto do Código Tributário Nacional houve proposta em sentido inverso. No caso de empate sobre a procedência do crédito tributário, prevaleceria o voto mais favorável ao contribuinte, mas a proposta foi rejeitada e adotada em todos os casos a regra mantida até hoje do voto de desempate pelo presidente de turma (representante da Fazenda): "*Art. 347. O recurso voluntário será julgado pelo Conselho Regional, na forma*

indissociáveis, mas igualmente superáveis. Coexistem como se fossem “gêmeos siameses”, naturalmente inseparáveis. Com a abertura para a participação dos contribuintes, o CARF mantém-se alinhado ao direito constitucional administrativo contemporâneo, pois consegue ter o controle estatal sobre suas decisões sem se descuidar da legitimidade democrática, com um diálogo com a sociedade civil.

A representação paritária no CARF, para a época, foi um marco histórico de administração pública participativa, uma experiência bem-sucedida de participação democrática da sociedade no processo de formação das decisões de órgão, onde os contribuintes passariam a ter voz nas discussões sobre a interpretação e aplicação da legislação tributária federal. Porém, em nossa sociedade contemporânea do Século XXI existem muitas outras formas de se obter legitimação democrática nas decisões da administração pública em geral⁷⁰⁶.

Entendemos que a representação paritária somente teria sentido para a época quanto introduzida, a quase um século atrás. Uma das explicações está na desnecessidade de o contribuinte interessado no processo ser representado pela defesa técnica. Ele mesmo pode fazer sua defesa escrita e oral, sem necessidade de advogado. E considerada a complexidade da legislação tributária, a autodefesa pelo leigo, muitas vezes exercida pela falta mesmo de condições financeiras para contratação do profissional, poderia o colocar em situação muito desfavorável na demonstração de seu direito. Evidentemente, na década de 20 nosso sistema tributário era muito mais simples do que o atual e, de fato, na prática era possível que o próprio contribuinte apresentasse suas considerações contra o crédito tributário que a administração tributária lhe cobrava, facilidade essa inconcebível para nosso século atual. Raríssimos são os casos em que o contribuinte não se faça representado pela defesa técnica

prevista no respectivo regulamento, por maioria de votos, prevalecendo em caso de empate o voto mais favorável ao autuado, se se tratar de processo iniciado por auto de infração, e decidindo o presidente pelo voto de qualidade, se se tratar de processo iniciado por petição da parte”.

⁷⁰⁶ A processualização dos procedimentos administrativos com mecanismos de efetiva influência dos interessados sobre as decisões é uma tendência promissora. MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 27, 70-72, 81, 89 e 109-110. De fato, a oportunidade de manifestação dos contribuintes nas questões tributárias de seu interesse vai muito além de um mero contraditório formal. A pluralidade de pontos de vista, argumentos e interpretações jurídicas trazida pelos contribuintes é expressão de uma efetiva ação comunicativa orientada para a compreensão dialética no processo decisório, característica vertente da democracia, o que também resulta maior eficiência e correção por se agregarem às decisões valores que se somam à visão fazendária sobre o crédito tributário. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 162, 206. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Vol. II – Crítica de la razón funcionalista. Trad. M. Jiménez. Madrid: Taurus, 1987. p. 211-215. RYFE, David. *Does deliberative democracy work?* Annu. Rev. Polit. Sci. 2005. 8:49–71 doi: 10.1146/annurev.polisci.8.032904.154633. p. 52: “Individuals confronted by a greater diversity of ideas, either in the context of their own social networks or in face-to-face discussions with strangers, tend to be more open-minded, to learn more from others, and to engage in a deeper consideration of issues—in short, to be more deliberative”.

do advogado.

Assim, como solução institucional para a época, a composição colegiada integrada também por conselheiros que representassem o interesse de contribuintes era bastante oportuna para suprir a falta de defesa técnico-jurídica, em especial para se alcançar no processo a verdade material. Os conselheiros representantes dos contribuintes exerciam, portanto, um papel institucional fundamental de trazer para a discussão com os conselheiros representantes da fazenda outros pontos de vista e argumentos além da visão fazendária sobre o crédito tributário, agregando valor ao *decisionmaking*.

Essa compreensão do papel institucional que exerciam na primeira metade do século XX, ajuda-nos a identificar a natureza jurídica da atuação dos conselheiros representantes dos contribuintes nas decisões proferidas pelo CARF. Entendo que embora formalmente tenha lhes sido conferido o direito a voto, eles não são propriamente *decision-makers* em sentido estrito⁷⁰⁷. Quando analisamos o voto de qualidade do presidente de turma, que sempre será um conselheiro representante da fazenda⁷⁰⁸, em conjunto com a representação paritária, naturalmente concluímos que a participação dos conselheiros representantes dos contribuintes não se equipara ao poder decisório mantido sob controle pela fazenda; na prática, embora por meio não convencional, é materialmente uma aplicação da deliberação participativa, instrumento de legitimação democrática implementado em vários órgãos da administração pública⁷⁰⁹.

Assim, considerando que o desenho institucional fora concebido para que a fazenda mantenha o controle sob a decisão final, não nos parece razoável desmembrar as suas duas características elementares para extrair do sistema decisório adotado somente a parte de interesse dos contribuintes, ou seja, *a paridade sem voto qualidade*. Isso representaria, sem precedentes, a transferência do controle da administração fazendária para o controle dos contribuintes interessados economicamente na decisão do órgão. Os riscos seriam elevados. Caso excluído apenas o “voto de qualidade”, mantida a representação paritária, incorreríamos numa espécie de “anarquia dos contribuintes”, com violação seletiva do dever

⁷⁰⁷ A expressão “tomador de decisão” adotada pela teoria institucional norte-americana é adequada para caracterizar agentes da administração pública com poder decisório sobre assuntos do interesse de particulares. VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 6.

⁷⁰⁸ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: "Art. 14 [...] Parágrafo único. O presidente e o vice-presidente das turmas ordinárias serão designados, respectivamente, dentre os conselheiros representantes da Fazenda Nacional e dos Contribuintes que as compõem”.

⁷⁰⁹ Uma abertura para a participação da sociedade, em que se adotam instrumentos como: conselhos consultivos, audiências públicas, consultas etc.

fundamental de pagar impostos⁷¹⁰.

Com efeito, o desenho institucional do CARF deve ser compreendido através de todas as suas características elementares, indissociáveis desde a criação do órgão. A coexistência da representação paritária com o “voto de qualidade” é a identidade do CARF. A supressão apenas da segunda, desnaturaria a instituição, fazendo nascer uma outra, que pode ser qualquer outra, mas não será o CARF nem seus antecedentes conselhos de contribuintes.

O argumento principal em defesa da extinção do “voto de qualidade” repousa na regra legal pelo favorecimento do contribuinte nos casos de dúvida⁷¹¹. Ainda que das hipóteses legais se possa extrair um valor subjacente de razoabilidade aplicável também aos créditos tributários relativos às obrigações principais, entendo que a decisão por “voto de qualidade” não caracteriza dúvida quanto à procedência do crédito, apenas denuncia uma impropriedade do modelo paritário adotado de *decisionmaking*. As divergências na votação, raramente, são entre votos de mesma representação, Fazenda e contribuintes. O empate acontece porque são em igual número de membros defendendo seus interesses. Dele não se inferi dúvida, inferi-se a presença de um grau insuficiente de imparcialidade.

Muitos são os mecanismos constrangedores da imparcialidade. A natureza representativa dos mandatos seria a “mãe” da maioria. Como se sabe, as nomeações para os tribunais também buscam a diversidade de perfis na composição colegiada, mas nem por isso as instituições que os indicam são representadas pelos futuros magistrados. Não existe uma relação entre representantes e representados, como é no CARF; portanto, a autonomia é mantida⁷¹². Outro mecanismo de imparcialidade é a vitaliciedade dos magistrados; enquanto no CARF os conselheiros exercem mandatos de 2 anos, sujeitos a duas reconduções a critério da administração tributária (total de 6 anos) e, no caso de representantes dos contribuintes, também com a concordância das confederações representativas de categorias

⁷¹⁰ Grupos dominantes controlariam as decisões estatais à proporção do quanto estariam dispostos a pagar de impostos. NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 391.

⁷¹¹ BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Diário Oficial da União – DOU de 26/10/1966: “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”.

⁷¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988: “Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes”.

econômicas, da indústria, comércio, instituições financeiras, dentre outras⁷¹³.

Portanto, são realidades completamente distintas e insuscetíveis de equiparação. Do contrário, caso as deliberações do CARF gozassem do mesmo grau de imparcialidade de nossos tribunais, de fato, poder-se-ia inferir a partir do empate na votação que o crédito tributário objeto do julgamento careceria da razoável certeza e liquidez necessárias para sua exigibilidade, inaugurando a discussão sobre a aplicação do artigo 112 do CTN⁷¹⁴ ou da presunção de legitimidade do ato administrativo de lançamento tributário, mas não é o caso. Quando nenhum dos conselheiros representantes da fazenda se convenceu da tese jurídica apresentada e votada pelos conselheiros representantes dos contribuintes, sendo assim necessário o voto de qualidade do presidente da turma, é porque a escolha recaiu sobre a tese da fazenda, nada mais. Os representantes dos contribuintes exerceram seu papel institucional no CARF, apresentaram argumentos jurídicos e pontos de vista dos contribuintes, mas o órgão fazendário, através de seus representantes, decidiu manter o crédito tributário.

Uma breve observação de seu regimento interno é suficiente para identificarmos no CARF vários instrumentos de controle sobre o *decisionmaking*, o que o caracteriza como órgão eminentemente fazendário e não como um tribunal composto por juízes em grau mais elevado de imparcialidade⁷¹⁵. E as prescrições regimentais estruturais confirmam nossa argumentação a luz da dogmática jurídica: o poder decisório é mantido com a administração tributária, de forma que o empate na votação dos conselheiros não se dá pela dúvida quanto

⁷¹³ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: “Art. 23. As Turmas de Julgamento são integradas por 8 (oito) Conselheiros, sendo 4 (quatro) representantes da Fazenda Nacional e 4 (quatro) representantes dos Contribuintes... Art. 40. Os conselheiros do CARF serão designados pelo Ministro de Estado da Fazenda, com mandato de 2 (dois) anos... § 2º É permitida a recondução de conselheiros, titulares e suplentes, desde que o tempo total de exercício nos mandatos não exceda ou venha exceder 6 (seis) anos”. A exceção fica restrita aos membros das turmas da CSRF representantes da Fazenda, que não se submetem a limite temporal. Nesse caso, permanecerão como julgadores permanentemente até que eventualmente venham a ser dispensados da função de confiança ou exonerados do cargo em comissão que ocupam.

⁷¹⁴ BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Diário Oficial da União – DOU de 26/10/1966: “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”.

⁷¹⁵ Na parte conclusiva do *Capítulo 2*, item 2.5, chegamos à constatação de que os *decisionmakings* em geral operam apenas em racionalidade limitada (*bounded rationality*) e, naturalmente, não é diferente nos processos decisórios judiciais. A discrepância entre o normativo de funcionamento dos tribunais e como realmente julgam denunciam uma racionalidade de juízes meramente relativa. E, conseqüentemente, neutralidade e imparcialidade, como valores decorrentes de um pressuposto pautado na razão, também somente gradativamente estarão presentes nas decisões judiciais. De fato, neutralidade e imparcialidade não são valores absolutos nos *judicial decisionmakings*. A neutralidade não pode ser exigida em sua plenitude, mas apenas no grau determinado para os fins a que se destina determinado *decisionmakings*. De acordo com o desenho institucional através do qual o juiz exerce suas atribuições e seu comportamento como resposta aos variados estímulos, o grau de neutralidade na formação das decisões será maior ou menor, mas em todos os casos não será absoluta. Por essa razão é que aqui nos referimos, comparativamente, apenas a um grau mais elevado de imparcialidade.

ao crédito tributário, mas apenas pelo fato de a Fazenda, a quem compete a “palavra final”, não acolher o entendimento dos representantes dos contribuintes sobre as questões submetidas a julgamento.

O desenho institucional, de fato, não deixa dúvidas: a) o CARF é um órgão da administração tributária, da estrutura hierárquica do Ministério da Economia, a quem cabe a nomeação e dispensa dos conselheiros; b) a atuação dos conselheiros é influenciada pela relação entre representante e representado, inclusive a quem cabe também a indicação para as sucessivas reconduções a cada 2 anos, o que por si só já denota uma contradição com a imparcialidade, ao menos no grau necessário para se atribuir dúvida ao crédito tributário nos casos de empate na votação; c) a administração geral e gestão de processos são reservadas aos conselheiros representantes da Fazenda ocupantes de cargos em comissão ou função de confiança, de livre designação, dispensa, nomeação e exoneração, integrantes das principais turmas do CARF, a Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF. Nessa condição, esses membros especiais não se submetem ao limite temporal de mandato, permanecerão como conselheiros enquanto não exonerados ou dispensados pelo presidente do CARF.

Uma crítica também deve ser estendida ao discurso enfático da administração tributária exaltando a imparcialidade nos julgamentos do CARF como se fosse uma característica absoluta em suas deliberações, o que está muito longe de ser verdadeiro. Esse erro de postura acabou induzindo a crença no seu alto grau de imparcialidade, o que contribuiu para provocar como efeito colateral a judicialização da discussão em torno do voto de qualidade⁷¹⁶.

Alguns fatos demonstram isso. Quando celebrava seu 85º aniversário com uma obra coletiva, o CARF exaltara sua imparcialidade: “*Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução de litígios fiscais*” e, na mesma época, apresentara a sociedade sua missão institucional: “*Assegurar à sociedade imparcialidade e celeridade na solução dos litígios tributários*”⁷¹⁷. Também em seus regimentos internos, pelo menos nas três últimas edições, a imparcialidade foi inserida como um dever dos conselheiros⁷¹⁸.

⁷¹⁶ ROVER, Tadeu. *Desempate Polêmico: Cerca de 70 ações discutem no Judiciário voto de qualidade no Carf. Consultor Jurídico*. São Paulo, 13/04/2018. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 16/09/2019.

⁷¹⁷ BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Ministério da Economia. Disponível em: <http://www.carf.fazenda.gov.br>. Acesso em: 16/09/2019.

⁷¹⁸ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: “*Art. 41. São deveres dos conselheiros, dentre outros previstos neste Regimento Interno: I - exercer sua função pautando-se por padrões éticos, no que diz respeito à imparcialidade, integridade, moralidade e decoro, com vistas à obtenção do respeito e da confiança da sociedade*”.

De fato, o apelo é convincente, mas não é pelo discurso, ainda que normatizado em seu regimento interno, que se identificam as verdadeiras características elementares do desenho institucional. Oportuno que se diga que os conselheiros do CARF não deixarão de cancelar créditos tributários improcedentes⁷¹⁹, mas o fazem por responsabilidade ético-profissional e capacidade técnica para reconhecê-los e não porque mantenham uma postura de neutralidade, equidistância entre os dois interesses contrapostos, o da Fazenda e o dos contribuintes, o que, assim fosse, alçaria aos níveis mais elevados de imparcialidade, mas não é o caso.

Ainda sobre a imparcialidade, no funcionamento das sessões de julgamento, outros mecanismos desequilibram a atuação neutra do CARF. A votação sempre se inicia com o mais antigo e experiente conselheiro representante da Fazenda e termina com o presidente da turma, em ordem decrescente de antiguidade e alternadamente entre representantes da Fazenda e dos contribuintes. Com efeito, no processo de deliberação a ordem sequencial de votação exerce influência no resultado. A experiência e reputação dos primeiros conselheiros a votarem serão levadas em consideração pelos conselheiros seguintes. É o que se identifica na teoria das decisões como efeito *reputational cascade*⁷²⁰, quando julgadores de um colegiado “abrem mão” de suas convicções para evitar constrangimentos. Oportuno mencionar que ao contrário do CARF, os tribunais buscam evitar o efeito cascata em seus julgamentos adotando a ordem de votação crescente pela antiguidade, como é o caso da nossa mais alta corte, o Supremo Tribunal Federal.

Essa tendência de reprodução dos votos anteriores também é motivada pela inércia e os custos (não necessariamente financeiros) na obtenção de outras informações além daquelas já disponibilizadas pelas decisões anteriores, provocando assim um efeito *information cascade*⁷²¹, que influencia principalmente os conselheiros menos experientes. O

⁷¹⁹ A questão é que o elevado grau de constrangimento a que se submetem tem reduzido a autonomia, com tendência a uma inoperância que não mais justifica a permanência da instituição tal como concebida atualmente.

⁷²⁰ Remete-se ao item 2.3.1 *Cascade Effects Theory* do Capítulo 2 deste trabalho. Os membros tendem a seguir o entendimento do antecessor em respeito à reputação positiva que desfruta junto a seus pares, evitando-se reprovações ou constrangimentos. Uma outra possibilidade, especialmente entre especialistas, é a formação da cascata reputacional pelo risco de ser marcado como incompetente por parte dos cientistas experientes e poderosos no seu campo de atuação. A divergência nesse caso fragiliza o sentimento de pertencimento ao grupo. VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 171. SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Four Failures Of Deliberating Groups*. John M. Olin Law & Economics Working Paper, 401. Chicago: Public Law and Legal Theory Working Paper Series, 2008. p. 2: “[...] involves social pressures, which lead people to silence themselves in order to avoid reputational sanctions, such as the disapproval of relevant others”.

⁷²¹ Remete-se ao item 2.3.1 *Cascade Effects Theory* do Capítulo 2 deste trabalho. A literatura é vasta sobre *information cascade*. Para um resumo mais didático: HIRSCHLEIFER, David. *The Blind Leading the Blind: Social Influence, Fads, and Informational Cascades In The New Economics of Human Behavior*. Marianno Tommasi e Kathryn Ierulli (eds.). Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1995. p. 188. VERMEULE,

efeito é ainda mais nítido no CARF do que em qualquer outro tribunal. A apresentação de voto divergente impõe um ônus expressivo ao conselheiro, muitas vezes no limite de seus esforços para cumprir as metas de resultado que lhe são impostas para não perder seu mandato: número de processos a relatar, prazos exíguos para apresentação de voto divergente, declaração de voto e formalização de acórdãos.

Paralelamente à discussão sobre a validade do voto de qualidade, procuramos demonstrar que a representação paritária somente fazia sentido no início do Século XX, não mais em nossa sociedade contemporânea. Com a processualização do direito administrativo, mecanismos mais efetivos trouxeram o cidadão para a participação nas decisões da administração pública, sem necessariamente conferir-lhes um hipotético direito de compor a deliberação colegiada; sobretudo, quando na prática todo o controle permanece reservado aos agentes do Estado.

Tem mais sentido quando o "embuste" cede lugar à verdade e transparência nos *decisionmakings*. A realidade no CARF é a exacerbação da eficiência voltada à celeridade⁷²² em detrimento de valores derivados da democracia participativa. Com efeito, em questões tributárias, notadamente pela insegurança das decisões no cenário de incerteza que impõe um sistema tributário complexo, a oportunidade de manifestação dos contribuintes não pode ser um mero contraditório formal. A pluralidade de pontos de vista, argumentos e interpretações jurídicas trazida pelos contribuintes, além de atender a legitimação democrática do *decisionmaking*, também resulta maior eficiência e correção por se agregarem ao processo decisório valores que se somam à visão fazendária da administração tributária.

Essa abertura para a sociedade pode ser realizada de forma mais sincera: conselhos consultivos com funções opinativas e consultivas, audiências e consultas públicas e ouvidorias, são alguns exemplos. O último resquício da representação paritária se encerrou com a emenda constitucional nº 24, de 09/12/99, que extinguiu a representação classista⁷²³.

Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 156. Nas cascatas informacionais, as pessoas se silenciam por confiança ou satisfação nas informações transmitidas pelos outros. Elas seriam suficientes e, assim, não valeria o custo-benefício em se obter outras informações. SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. posições. 785-789.

⁷²²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988: "Artigo 5º [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)".

⁷²³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Emenda Constitucional nº 19, de 09/12/99. A representação paritária já fora comparada como resquício do regime fascista. BLESSMANN, *Othon Fialho*. *Quinto constitucional: resquício fascista*. jan/2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos>. Acesso em: 19/06/2019: "Restaurado o regime democrático, a Constituição de 1946, extirpou do ordenamento jurídico brasileiro a quase totalidade das normas fascistas, restando o quinto constitucional e a representação classista junto a Justiça do Trabalho, essa já excluída da ordem jurídica".

4.5 Aplicação das teorias da decisão ao *decisionmaking* no âmbito do macroprocesso do crédito tributário

Examinados ao longo do *Capítulo 1* as teorias da decisão na dimensão do comportamento de cada *decisionmaker*. Procuramos demonstrar que decisões e escolhas em geral não são absolutamente racionais, neutras e imparciais. Nessa parte final do *Capítulo 4*, propomos uma análise crítica do macroprocesso à luz das teorias institucionais, com finalidade prospectiva objetivada no capítulo seguinte. As constatações teóricas e experimentais estão relacionadas a heurísticas⁷²⁴, vieses e aversões a que se submetem os *decisionmakers*, no caso, aqueles que atuam no macroprocesso do crédito tributário.

Uma atividade sob efeito da heurística de disponibilidade⁷²⁵ e afeta ao *decisionmaking* de tribunais e da administração, notadamente as instâncias revisionais, pode ser pensada quando ao longo do tempo o julgador se depara com muitos casos relevantes e semelhantes àquele ora submetido à sua decisão. Pensemos naqueles julgamentos em que o *decisionmaker* se convenceu de fraudes e simulações que ofereciam riscos de não serem percebidas, mas que acabaram sendo e provocando sanções ao acusado.

No Direito Tributário, também podemos pensar nos casos de planejamento tributário abusivo quando se emprega artifício para ocultação do fato gerador da obrigação tributária. Considere que um juiz, conselheiro do CARF ou julgador da DRJ tenha se deparado com muitos desses casos e tenha se sentido emocionalmente afetado pelo risco em não ter percebido a arquitetura fraudulenta e julgado favoravelmente ao sonegador. O conhecimento dessas reiteradas ocorrências ao longo da carreira profissional provoca no *decisionmaker* uma percepção com estimativa exagerada, própria da heurística de disponibilidade, de que a sonegação é uma prática comum; conseqüentemente a apreciação dos casos de planejamento tributário em geral, mesmo os legítimos, tem início com a presunção de ilicitude, o que influenciará o julgamento. Os casos menos familiares são os que mais facilmente são

⁷²⁴ O termo “heurística” de julgamento refere-se a uma estratégia - deliberada ou não - que se baseia em uma avaliação natural para produzir uma estimativa ou uma previsão. Em circunstâncias menos favoráveis, muitas vezes as pessoas não têm uma sensação intuitiva de processos probabilísticos, confiando em heurísticas mentais (regras determinísticas práticas, ou *rules of thumb*) para guiar seus julgamentos. Embora geralmente úteis, essas regras podem levar a vieses previsíveis. Thomas Gilovich; Daniel Kahneman; Dale W. Griffin. *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002. p. 582.

⁷²⁵ A heurística de julgamento chamada de disponibilidade (*Availability heuristic*) se apresenta nas situações em que as pessoas têm a necessidade de estimar a frequência de uma classe ou a probabilidade de um evento pela facilidade com que os casos ou ocorrências podem ser trazidos à mente. Por exemplo, a estimativa do risco de ataque cardíaco em pessoas de meia-idade será influenciada pelas lembranças de ocorrências desse mal com pessoas que nos sejam conhecidas. As recordações mais fáceis provocam a falsa impressão de um tamanho da classe muito maior do que de fato é. Nossa mente tem uma espécie de programação para inferir uma dimensão exagerada do universo a ser estimado a partir das ocorrências de lembranças. Daniel Kahneman, Paul Slovic, Amos Tversky. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases* Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 1982. p. 11.

recordados e sua incidência na mente será determinante para a estimativa exacerbada da probabilidade de que o novo caso sob apreciação do juiz represente fielmente as ocorrências do passado.

Em termos práticos, ao se deparar com um processo tributário que tenha por objeto um planejamento tributário, o conselheiro do CARF ou julgador da DRJ presumirá, sob influência da heurística de disponibilidade, que se trata de um contribuinte sonegador. Será necessária uma dedicação ao estudo minucioso do processo, o que muitas vezes não é realizado⁷²⁶, para afastar a presunção e se decidir de acordo com a verdade. A distorção no julgamento ainda é mais agravada quando também está presente a heurística de representatividade.

Em aplicação da teoria e das pesquisas aqui explanadas, a heurística de representatividade (*representativeness heuristic*) deve ser uma preocupação nas propostas de arquiteturas de escolhas para os *decisionmaking* das instituições. De fato, o impulso intuitivo ou deliberado em se buscar padrões representativos pode afetar sensivelmente o resultado de julgamentos nos tribunais e na administração tributária⁷²⁷.

Com o mesmo exemplo de atividade sujeita à heurística de disponibilidade, considere que um conselheiro do CARF se depare ao longo do tempo com processos que tratem de casos semelhantes, com coincidência de alguma conduta do contribuinte, embora nenhum caso seja exatamente igual ao outro e essas diferenças nos elementos fáticos possam influenciar as conclusões do *decisionmaker*. Essas ocorrências são por ele arquivadas na forma de um repertório de decisões catalogadas por categorias que, simplificadamente, ignoram as diferenças entre os casos ainda que substancialmente relevantes para o julgamento.

Embora cada caso submetido a sua apreciação seja um evento aleatório no sentido de que o *decisionmaker* não tem ingerência sobre o comportamento do contribuinte traduzido

⁷²⁶ Trataremos sobre esse comportamento do decision maker decorrente da bounded rationality no item intitulado como "Como se julga: do juiz hipotético ao juiz de "carne e osso".

⁷²⁷ A heurística de representatividade (*Representativeness heuristic*) está relacionada às questões probabilísticas com as quais as pessoas se avaliam se um determinado evento ou objeto A pertence à classe B. Por exemplo, qual a probabilidade de que um determinado caso A sendo apreciado no momento decorra da prática comum B? Ou qual a probabilidade de que o evento A tenha sido produzido pelo fenômeno B? Ao avaliar tais questões, as pessoas normalmente se utilizam da heurística de representatividade, em que as probabilidades são avaliadas segundo o grau em que A é representativo de B, ou seja, segundo o grau em que A se assemelha a B. A representatividade presente nos julgamentos significa a busca da adequação de um evento como amostra da população que ele representa. É uma avaliação do grau de correspondência entre uma amostra e uma população, uma instância e uma categoria, um ato e um agente ou, mais geralmente, entre um resultado e um modelo. Daniel Kahneman, Paul Slovic, Amos Tversky. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases* Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 1982. pp. 7, 35.

nos elementos fáticos do processo e nem na escolha dos processos que a ele serão sorteados (a distribuição se dá por sorteio aleatório aos vários *decisionmaker*), pode se dizer que a decisão-padrão catalogada é um impulso da heurística de representatividade e não oferece nenhuma garantia contra uma distorção no julgamento, enfrentando o risco de se produzir um resultado estranho ao objeto do processo ou, mais comumente, divorciado da verdade material. De fato, a decisão-padrão pode funcionar em muitos casos, mas com ela se aceita o risco de julgamentos equivocados, que é o que na prática se constata nos embargos de declaração contra essas decisões, cujo pressuposto é a sua contradição com os elementos do processo.

Ressalta-se, ainda sobre esse caso, que aqui não se trata da aplicação de precedentes no sistema da *common law*, cuja natureza e técnica de julgamento se assenta justamente na extração de fundamentos jurídicos diretamente dos precedentes a fim de adequá-los aos casos concretos sob apreciação do juiz. As decisões não são reproduções dos precedentes, mas um desdobramento onde os preceitos relevantes ganham vida e aplicação ao julgamento⁷²⁸.

A heurística de ancoragem (*Anchoring*) também pode ser observada no *decisionmaking* do CARF⁷²⁹. No âmbito da administração tributária, os processos tributários tramitam com observância de uma ordem de prioridades. São processos do interesse de pessoa idosa, portadora de deficiência física ou mental e portadora de moléstia grave. Também têm prioridade os processos que contenham circunstâncias indicativas de crime contra a ordem tributária.

⁷²⁸ DAVID, Renè. *O Direito Inglês*. Tradução Eduardo Brandão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 12, 14: "a técnica inglesa...é essencialmente uma técnica de distinções. O jurista inglês, utilizando uma série de precedentes fornecidos pelas decisões judiciais, procura encontrar a solução para o novo caso a ele submetido" [...] ser-lhe-á possível, com frequência, considerando as circunstâncias dos diversos casos, descobrir, na lide que lhe foi submetida, um elemento particular que não existia, ou que não fora considerado nos precedentes e que, se não lhe permite descartar a regra precedentemente estabelecida, pelo menos lhe possibilita precisá-la, completá-la, reformulá-la, de maneira que dê ao litígio a solução razoável que ele requer". RADBRUCH, Gustav. *O Espírito do Direito Inglês e a Jurisprudência Anglo-Americana*. Tradução Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. pp. 34-35: "Esse senso inglês...deixa que os fatos venham até ele para então decidir oportunamente em sua presença...ele espera até que a própria situação traga ou force a decisão...sua força reside em poder informar-se sobre cada situação e a ela adaptar-se. "Acaso", talvez são palavras preferidas pelos ingleses...a maioria dos juristas ingleses é a favor de uma criação jurídica motivada por um caso concreto e que instaure o novo direito somente para esse caso ou similares. As codificações continentais também são embasadas em casos jurídicos, em casos mais ou menos típicos que pairam diante de seu criador durante seu trabalho, mas esses são casos aleatórios..."

⁷²⁹ Em muitas situações fazemos estimativas a partir de valor inicial e ajustamos para nossa resposta. Esse ponto de partida pode ser o resultado de um cálculo parcial ou pode ser sugerido pela formulação do problema. De qualquer forma, os ajustes não são suficientes para uma resposta razoavelmente aproximada da correta⁷²⁹. A conclusão que se chega após compararmos as respostas aos respectivos valores iniciais é que as estimativas variaram de acordo com os diferentes pontos de partida, isto é, foram enviesadas na direção dos valores iniciais. Esse fenômeno é uma heurística conhecida na literatura como ancoragem (*Anchoring*). Daniel Kahneman, Paul Slovic, Amos Tversky. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases* Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 1982. p. 14.

Além desses casos, existe uma prioridade em especial que acaba também tendo um efeito ancoragem. Os processos que têm como objeto autuações fiscais para cobrança de valores mais elevados são julgados pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF como sendo aqueles em que o presidente da instituição orienta estarem especialmente afetados pelo interesse fazendário, a arrecadação tributária. São processos com valores superiores a R\$ 15 milhões⁷³⁰:

"Art. 2º O sorteio para relatoria e julgamento de processo administrativo fiscal atenderá as prioridades estabelecidas neste ato [...]: §1º [...] considera-se prioritário o processo que: [...] II - trate da exigência de crédito tributário ou tenha por objeto compensação de débito de valor superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais)"

Assim, no julgamento colegiado formado por 8 conselheiros a prioridade não é a única mensagem destinada aos julgadores. Submetido à uma avaliação periódica a cada 2 anos, o julgador sabe que poderá não ser reconduzido ao cargo caso seja essa a vontade da instituição. Quando o seu presidente estabelece que os processos de valor superior a R\$ 15 milhões são os mais relevantes, fixa-se uma "âncora" delimitadora de graus diferenciados de imparcialidade. Para esses processos o julgador terá um viés *a priori* por manter a cobrança do valor; afinal, a "senha" deve ser compreendida. É certo que, não obstante o grau reduzido de imparcialidade, há situações em que não haveria como se decidir favoravelmente à fazenda.

Nesse caso, os R\$ 15 milhões ancoram um ponto de partida: processos com valores superiores têm grau inferior de imparcialidade e o julgamento tenderá a ser favorável à fazenda; os demais podem ser julgados com mais autonomia e livre convencimento. A partir dessa nítida separação entre as duas classes de processos tributários, os conselheiros julgadores farão seus ajustes de acordo com as demais características dos processos: fatos, questões jurídicas e tudo mais que examinaremos ao longo do trabalho como elementos de influência no *decisionmaking*. Quaisquer que sejam essas características, esse ajuste poderá não ser suficiente e o resultado final é um julgamento propositalmente enviesado na direção do ponto inicial, que através de um valor (R\$ 15 milhões) ancora o julgador ao interesse fazendário. Na prática, o julgador se sentirá atraído pela âncora quando da formação de sua convicção. O *decisionmaking*, marcado pelos ajustes de acordo com as demais características do processo, incorporará o interesse veiculado pela âncora, cuja mensagem poderia se traduz em: "esse processo é especialmente de interesse fazendário, entendemos que esse valor

⁷³⁰ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria CARF nº 57, de 04 de abril de 2016. *Dispõe sobre prioridade para sorteio, relatoria e julgamento de processo administrativo fiscal [...]*. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/boletim-de-servicos-carf>

repercute de forma relevante na arrecadação tributária".

A última heurística de influência nos *decisionmakings* é impulsionada pelos elementos afetivos a nossa volta, a heurística de afeto, *affect heuristic*⁷³¹. Sua presença pode ser percebida nas "sustentações orais" realizadas pelos advogados por ocasião dos julgamentos no CARF⁷³². Em defesa do contribuinte, os advogados trazem humanização para os argumentos já apresentados nos autos do processo, ocasião única quando se é possível agregar "imagens" às informações formais conhecidas pelos conselheiros. A percepção pelos conselheiros dos aspectos afetivos colabora na compreensão dos riscos envolvidos no julgamento. A prática da "sustentação oral" é comum principalmente nos processos com relevância pela incerteza em relação aos fatos e pelas divergências quanto à interpretação e aplicação da legislação tributária. Essas dúvidas representam uma maior insegurança para o julgamento e os conselheiros estarão atentos ao mínimo detalhe observado na sustentação oral, inclusive aspectos afetivos como a segurança do advogado nos argumentos defendidos em tribuna. A pouca idade do advogado também pode ser, para alguns conselheiros, uma imagem associada a reduzida confiança no êxito do julgamento por parte do escritório de advocacia ao qual pertence o inexperiente advogado incumbido da "sustentação oral".

A apresentação pessoal e simpatia, como vimos em experimentos anteriores, especialmente os realizados por Piotr Winkielman, Robert Zajonc, Norbert Schwarz, Marianne LaFrance e Marvin Hecht⁷³³, despertam imagens com marcações positivas, o que vai contribuir com uma percepção de menor risco, ou seja, o conselheiro se sentirá mais confiante com seu voto favorável ao contribuinte. A heurística de afeto ajuda a vencer a resistência do conselheiro representante da fazenda quanto ao risco em proferir um julgamento favorável ao contribuinte em uma avaliação equivocada dos fatos.

⁷³¹ Normalmente, quando os elementos afetivos estão presentes, referimo-nos a um "estado de espírito" para alertar às pessoas como nos sentimos em determinado momento e quais impulsos estaremos propensos a seguir, positivos ou negativos. Paul Slovic, Melissa Finucane, Ellen Peters, and Donald G. MacGregor. *The Affect Heuristic in Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (Thomas Gilovich, Dale Griffin, Daniel Kahneman. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002). p. 352: "As used here, affect means the specific quality of "goodness" or "badness" (1) experienced as a feeling state (with or without consciousness) and (2) demarcating a positive or negative quality of a stimulus".

⁷³² BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. *Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências*. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br>: "Art. 58. [...] o presidente dará a palavra, sucessivamente: [...] III - à parte adversa ou ao seu representante legal para se desejar, fazer sustentação oral [...]"

⁷³³ WINKIELMAN, Piotr; Zajonc, ROBERT B. & SCHWARZ, Norbert. *Subliminal affective priming resists attributional interventions*. *Cognition and Emotion*. 11(4), 1997. pp. 433–465. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/026999397379872>. LAFRANCE, Marianne & HECHT, Marvin A. *Why smiles generate leniency*. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 21, 1995. pp. 207–214. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1177/0146167295213002>.

Na aplicação do viés da aversão a perdas (*losses aversion*)⁷³⁴ em temas ligados a tributação, constatamos que as regras de distribuição de processos no âmbito do CARF se aproveitam de menor interesse que os contribuintes têm pelas restituições de tributos (*tax refund*) quando comparadas às cobranças em autuações fiscais (*tax assessments*). Os processos relativos às restituições significam para o contribuinte um ganho. O tributo que já teria sido pago, posteriormente é considerado por ele como indevido, requerendo assim a restituição⁷³⁵. Já os processos formados a partir de autuações fiscais são para a cobrança de valores com os quais o contribuinte discorda que sejam devidos. Esses últimos, tal como observado por Sunstein, têm muito mais impacto pelo viés da aversão a perdas. É muito pior suportar uma redução de seu patrimônio por uma cobrança que você a considera indevida do que não ter sucesso em sua pretensão de ser restituído por um tributo que já fora pago e não mais compõe seu patrimônio.

Em seu desenho institucional, o CARF faz uso desse viés do contribuinte para não incluir dentre as prioridades na tramitação e julgamento os processos relativos à restituição de tributos, mesmo que pelo valor pudesse ser considerado um processo relevante. São prioritárias as exigências fiscais de débitos superiores a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), inclusive nas autuações em que o fisco não aceita compensações de tributos devidos com pagamentos anteriores indevidos e, assim, impõe ao contribuinte a cobrança do que não fora recolhido, acompanhado de multa⁷³⁶. As restituições não são do interesse da Fazenda porque para ela significa uma perda do que já fora arrecadado com tributos; então,

⁷³⁴ Os elementos afetivos a nossa volta têm forte influência sobre nossos julgamentos (*affect heuristic*). Normalmente, referimo-nos a um tal de "estado de espírito" para alertar às pessoas a nossa volta como nos sentimos em determinado momento e quais impulsos estaremos propensos a seguir, positivos ou negativos. Paul Slovic, Melissa Finucane, Ellen Peters, and Donald G. MacGregor. *The Affect Heuristic in Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (Thomas Gilovich, Dale Griffin, Daniel Kahneman. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002). p. 352: "As used here, affect means the specific quality of "goodness" or "badness" (1) experienced as a feeling state (with or without consciousness) and (2) demarcating a positive or negative quality of a stimulus". O conceito de uma heurística de afeto foi desenvolvido por Slovic pela percepção de que as pessoas fazem julgamentos consultando suas emoções, ainda que inconscientemente: *Será que gosto disso? Eu odeio isso? Qual a força de meus sentimentos em relação a isso?* Paul Slovic, Melissa Finucane, Ellen Peters, and Donald G. MacGregor. *The Affect Heuristic in Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (Thomas Gilovich, Dale Griffin, Daniel Kahneman. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002). pp. 352 e s..

⁷³⁵ BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Diário Oficial da União – DOU de 26/10/1966: "Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, [...]: I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido".

⁷³⁶ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria CARF nº 57, de 04 de abril de 2016. "Dispõe sobre prioridade para sorteio, relatoria e julgamento de processo administrativo fiscal [...] Art. 2º O sorteio para relatoria e julgamento de processo administrativo fiscal atenderá as prioridades estabelecidas neste ato [...] §1º Para fins do disposto no caput, considera-se prioritário o processo que: [...] II - trate da exigência de crédito tributário ou tenha por objeto compensação de débito de valor superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais)". Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/boletim-de-servicos-carf>.

institucionalmente, posterga o direito do contribuinte. Este, como somente está impulsionado pelo viés da aversão a perdas quando sofre autuações fiscais para cobranças inesperadas, aceita a regra e não oferece qualquer resistência.

A constatação de que nossas decisões não gozam do grau de racionalidade e imparcialidade que acreditamos suscita uma revisão de conceitos importantes normativamente informados pelas institucionais. Uma análise crítica, como essa aqui realizada sobre o desenho institucional do CARF, ajuda em uma proposta de redesenho que contemple os valores que efetivamente desejamos para uma institucional mais eficiente no cumprimento de seu papel constitucional.

Os muitos constrangimentos impostos ao *decisionmakers* do CARF, informados pelas teorias da racionalidade limitada (*theories of bounded rationality*), independentemente do que sua normativa anuncia em abstrato, relativizam a legitimidade de sua atuação. Outra dificuldade suportada pelos conselheiros é a fadiga. É comum que sejam realizados mais de cem julgamentos em apenas três dias de sessões, o que representa mais de trinta recursos por dia: relatados, discutidos e decididos pelos conselheiros. Em uma longa jornada diária em sessões de julgamento, muito semelhante ao experimento com juízes de liberdade condicional⁷³⁷, ao final do dia seria muita pretensão esperar dos conselheiros o mesmo nível de capacidade mental de raciocínio e concentração⁷³⁸.

⁷³⁷ Em uma das pesquisas apresentadas no *item 1.2.1 do capítulo 1*, trouxemos um experimento para a demonstração de que juízes também são influenciados em seus julgamentos pelo esgotamento mental. Os juízes de liberdade condicional em Israel se dedicaram em suas jornadas diárias à revisão de pedidos de liberdade condicional. Foi feito um gráfico da proporção de pedidos aprovados em relação às pausas para refeição. Constatou-se que após cada refeição houve um pico nas concessões em cerca de 65% dos pedidos. E aproximadamente durante as duas horas que antecedem as refeições, período de maior esgotamento, a taxa de concessão cai regularmente, até chegar perto de zero pouco antes das pausas para refeição. Daniel Kahneman. "*Thinking, Fast and Slow*". New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 39.

⁷³⁸ O experimento demonstrou que as privações temporárias de intervalos para descanso influenciam o resultado do julgamento. Aliás, mais do que o cansaço, todo tipo de pressão a que se submetem os juízes induzem-nos a confiar em certos atalhos cognitivos causando a ilusão de um julgamento seguro. Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich. *Inside the Judicial Mind*. Vol. 86, no. 4. New York: Cornell Law Faculty Publications, 2001. 91 pp. p. 14. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=257634: "*judges make decisions under the kinds of time pressure that induces reliance on the cognitive shortcuts that cause illusions of judgment*".

4.6 Síntese conclusiva

O macroprocesso do crédito tributário da União⁷³⁹, concebido com a louvável visão de integração e sinergia entre as instituições fazendárias para um fluxo mais racional e eficiente dos processos administrativos tributários, representa a transição para o paradigma da regulação tributária. Apesar dos avanços para a celeridade dos processos, em um diagnóstico do sistema atual percebe-se o esgotamento das vantagens que dele se podiam extrair.

O propósito do macroprocesso é a integração funcional entre a Secretaria-Executiva do Ministério da Economia, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Os resultados foram significativos para o que se propôs; no entanto, não foram suficientes para a solução do problema como um todo⁷⁴⁰. Mesmo que integradas, as instituições atuantes no macroprocesso permanecem tratando os processos em uma abordagem individual, sem um mecanismo próprio de prevenção das controvérsias em torno da interpretação e aplicação das prescrições legais tributárias⁷⁴¹. Comprovamos aqui que a reprodução nos processos administrativos dos mecanismos de celeridade próprios dos tribunais se mostrou inadequada para se harmonizar a celeridade, elemento de eficiência, com outros valores.

⁷³⁹ O conceito de macroprocesso foi criado com a proposta de apresentar uma visão integrada de todas as fases desde a constituição do crédito tributário até a sua cobrança executiva. Essas fases são: a) constituição do crédito tributário pelo lançamento (delegacias de fiscalização da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil); b) controle administrativo sobre o crédito tributário constituído (delegacias de julgamento da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e, em segunda instância, pelas turmas de julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF); e c) inscrição em dívida ativa do título formado pela constituição definitiva do crédito tributário para sua cobrança executiva. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 116, de 25/02/2009. Diário Oficial da União – DOU de 27/02/2009. Institui, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Comitê Executivo de Gestão do Macroprocesso do Crédito Tributário - CMCT, e dá outras providências: “Art. 2º O CMCT será composto por um representante de cada um dos seguintes órgãos: I - Secretaria-Executiva do Ministério da Fazenda (SE), que o presidirá; II - Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB); III - Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN); e IV - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF)”.

⁷⁴⁰ No Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, última instância do processo administrativo tributário, são 120 mil processos pendentes de julgamento, representando R\$ 614 bilhões, aos quais se somam outros 200 mil sob apreciação da primeira instância, sob responsabilidade das delegacias de julgamento da Receita Federal do Brasil - DRJ. Em valores atualizados, o total ultrapassa 1 trilhão de reais em contencioso administrativo. Relatório Gerencial do CARF. Fonte: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/dados-abertos/relatorios-gerenciais/dados-abertos.pdf>. Acesso em: 22/05/2018. Segundo recente relatório da PGFN, o estoque da dívida ativa da União em 2017 estava em torno de R\$ 2 trilhões, dos quais foram recuperados no ano R\$ 26,1 bilhões. Ou seja: apenas 1,3% da dívida são recuperados anualmente. Relatório "PGFN em números". Fonte: https://www.pgfn.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn_em_numeros_final_2_web.pdf. Acesso em: 22/05/2018.

⁷⁴¹ Para equilibrar o fluxo de processos, além da criação de turmas extraordinárias, o CARF instituiu vários mecanismos de celeridade nos julgamentos. A maioria deles reproduz, com adaptações, os existentes nos tribunais. O processamento na sistemática dos recursos repetitivos e os enunciados de súmulas são os mais importantes. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: “Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF”.

Ao longo do capítulo realizamos uma análise crítica das fases de constituição dos créditos tributários e de atuação das instâncias revisionais. Nossa abordagem teve como marcos teóricos, desenvolvidos na Parte I deste trabalho, as teorias institucionais da decisão e a concepção contemporânea de administração pública participativa, inspirada em valores democráticos. Nossa conclusão quanto ao esgotamento funcional do paradigma atual, levamos a busca um redesenho institucional que melhor atenda ao interesse comum da administração tributária e dos contribuintes em obter uma resposta que concilie os valores da segurança jurídica, prevenção de conflitos, transparência, legitimidade democrática e eficiência.

Assim, chegamos à regulação tributária. A visão deixa de ser exclusivamente pela abordagem individual de solução “contenciosa” de processos administrativos⁷⁴², para uma visão de prevenção das controvérsias, inevitável para o cenário de incerteza criado por um sistema tributário com elevado grau de complexidade e imprecisão e a todo tempo desafiado a normatizar uma nova ordem contemporânea das relações econômicas em constante mutação.

O redesenho institucional do CARF deve conciliar a celeridade, expressão de eficiência, com racionalidade, legitimidade democrática, igualdade entre contribuintes e razoabilidade de suas decisões. Assim, entendemos que a abordagem voltada à uniformização das divergências na interpretação e aplicação da legislação tributária e segurança jurídica sinaliza para o paradigma da regulação tributária em substituição ao modelo atual de solução contenciosa individual, indiferente à prevenção de controvérsias e “litígios” e com elevados riscos de interferência distorcida no mercado competitivo.

Em substituição ao CARF seriam criados Conselhos de Regulação Tributária que assumiriam também as competências exercidas pela Coordenação-Geral do Sistema de Tributação – COSIT, órgão da Secretaria da Receita Federal responsável pela regulação/regulamentação da legislação tributária. Com esse redesenho, a ser detalhado no *Capítulo 5*, os Conselhos de Regulação Tributária concentrariam as duas competências; contudo, a parte judicante seria reservada apenas à uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária⁷⁴³.

⁷⁴² Nossa proposta é que a análise individual do caso concreto seja reservada à primeira instância, mas com sessões abertas, públicas, oportunizando-se ao contribuinte, diretamente ou mediante representação, a participação com sustentação oral, entrega de memoriais ou simplesmente acompanhar o julgamento.

⁷⁴³ Antes da criação do CARF pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, a instância superior era formada por três Conselhos de Contribuintes e a CSRF. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 147, de 25/06/2007. Diário Oficial da União – DOU de 26/06/2007. Aprova o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais: “*Da Estrutura Organizacional [...] Artigo 2º O Primeiro Conselho de*

Quanto à legitimação democrática pelo exercício do efetivo contraditório, sugerimos a substituição da representação paritária pelos mecanismos exitosos que integram as deliberações das nossas agências reguladoras: conselhos consultivos com funções opinativas e consultivas, audiências e consultas públicas e ouvidoria, são alguns exemplos.

A desconstrução do modelo atual, discorrida neste *Capítulo 4*, abre caminho para a principal parte desse trabalho. Em nossa proposta para o macroprocesso do crédito tributário cuidamos da efetivação da segurança jurídica, transparência, prevenção de “litígios”, igualdade de tratamento tributário e coerência nas interpretações das prescrições legais.

CAPÍTULO 5

Os Conselhos de Regulação Tributária como solução para um sistema preventivo de macroprocesso do crédito tributário

5.1. Considerações iniciais

Finalizamos esse trabalho com uma proposta de redesenho institucional do macroprocesso do crédito tributário⁷⁴⁴. O modelo representa uma transição da atual abordagem para uma solução individual “contenciosa” de processos administrativos para um sistema de prevenção das controvérsias em questões tributárias, tendo como paradigma principal a regulação tributária⁷⁴⁵.

A ideia de um modelo centrado na regulação tributária teve por pressuposto sua maior capacidade para uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária, o que confere um tratamento mais igualitário aos contribuintes em situações semelhantes e reduz o risco de interferências distorcidas nos setores econômicos. Em última instância, a promoção da segurança jurídica, aliada a mecanismos para a produção de decisões mais justas e razoáveis são contribuições importantes para a formação de um cenário atrativo de investimentos no país, necessário ao desenvolvimento econômico⁷⁴⁶.

Diferentemente da solução individualizada de "litígios", a ênfase em decisões de alcance geral confere também eficiência ao sistema, sem se descuidar da coerência e

⁷⁴⁴ O conceito de macroprocesso foi criado com a proposta de apresentar uma visão integrada de todas as fases desde a constituição do crédito tributário até a sua cobrança executiva. Essas fases são: a) constituição do crédito tributário pelo lançamento (delegacias de fiscalização da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil); b) controle administrativo sobre o crédito tributário constituído (delegacias de julgamento da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e, em segunda instância, pelas turmas de julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF); e c) inscrição em dívida ativa do título formado pela constituição definitiva do crédito tributário para sua cobrança executiva. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 116, de 25/02/2009. Diário Oficial da União – DOU de 27/02/2009. Institui, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Comitê Executivo de Gestão do Macroprocesso do Crédito Tributário - CMCT, e dá outras providências: “Art. 2º O CMCT será composto por um representante de cada um dos seguintes órgãos: I - Secretaria-Executiva do Ministério da Fazenda (SE), que o presidirá; II - Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB); III - Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN); e IV - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF)”.

⁷⁴⁵ Nossa proposta mantém a atividade judicante na revisão de processos individuais; contudo, a atividade principal no novo paradigma passa a ser a regulação tributária. O modelo incorpora os mecanismos de participação democrática adotados pelas agências reguladoras (conselhos consultivos com função opinativa, audiências e consultas públicas) para promover no macroprocesso do crédito tributário a racionalidade e legitimidade que lhe falta, conciliando eficiência e redução do grau de "litigiosidade", atualmente elevado.

⁷⁴⁶ No relatório de gestão do ano de 2017, o então Ministério da Fazenda reconheceu o risco de interferência no mercado concorrencial por meio de um sistema de atual "contencioso administrativo tributário" focado na solução casuística de litígios. BRASIL. Ministério da Fazenda. Relatório de Gestão 2017. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao>. Acesso em: 13/01/2020. p. 54: "A redução da litigiosidade assegura a isonomia (evitando, assim, injustiças ou mesmo distorções concorrenciais), racionaliza os custos e permite que se confira a devida atenção e esforços às questões de maior relevância e efetividade, enquanto a segurança jurídica na formulação das políticas e das normas tributárias pode evitar ou reduzir substancialmente o surgimento de litígios".

razoabilidade no tratamento tributário conferido às relações econômicas. Os números evidenciam o esgotamento funcional do paradigma atual, o que reclama um redesenho institucional que melhor atenda ao interesse comum da administração tributária e dos contribuintes em obter uma resposta em duração razoável que concilie os valores da segurança jurídica, prevenção de conflitos, transparência, legitimidade democrática e eficiência.

De fato, o grau de "litigiosidade" no macroprocesso do crédito tributário é elevadíssimo e o sistema não se sustenta. Em levantamento realizado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF em Outubro de 2019, apurou-se um acervo em torno de 118 mil processos, totalizando aproximadamente R\$ 688 bilhões em valores de créditos constituídos e pendentes de revisão⁷⁴⁷. São mais de meio trilhão de reais e que não podem ser solucionados simplesmente com atalhos cuja preocupação seja apenas a celeridade⁷⁴⁸.

A proposta será desenvolvida com a aplicação das teorias da decisão, com considerações sobre o comportamento institucional dos *decisionmakers*, apresentada na *Parte I* do trabalho, e da teoria do "Estado administrativo" apresentada no *item 3.4 do Capítulo 3*. Pelas teorias da decisão, vimos que alguns elementos não normativos, a maioria relacionada à psicologia comportamental, influenciam a decisão, não existe um vácuo institucional-comportamental no qual se realizam escolhas: heurísticas, vieses, aversões, preconceitos, preferências, incentivos, reputação, interesses e constrangimentos. A teoria do "Estado administrativo" contribui para demonstrar que o *expertise* das agências ou, em nosso caso, dos órgãos-agências que atuam no macroprocesso do crédito tributário, deve ser considerado na repartição de competências decisórias de acordo com sua capacidade institucional. As demandas que envolvem questões técnicas complexas seriam melhor enfrentadas com especialização do que apenas a generalidade própria dos tribunais. A teoria defende, assim, uma valorização das agências frente a pretensiosa hegemonia do Judiciário de ser a "última palavra" para tudo.

De fato, a especialização posiciona favoravelmente os órgãos-agências em relação aos tribunais para as decisões de complexidade técnica. Essa característica reduz a vulnerabilidade às influências não normativas indesejáveis. O caminho pela boa técnica

⁷⁴⁷ BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/dados-abertos/relatorios-gerenciais/outubro-2019-2.pdf>. Acesso em: 10/12/2019.

⁷⁴⁸ Destoando das apresentações anteriores, depara-se do último relatório gerencial do CARF que somente há uma preocupação com celeridade, desprovido de qualquer informação qualitativa dos julgamentos. BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/dados-abertos/relatorios-gerenciais/outubro-2019-2.pdf>. Acesso em: 10/12/2019.

propicia maior grau de segurança contra a formação de decisões enviesadas da razão.

Nossa escolha pela regulação tributária tem relação com essa premissa e se conforta na valorização da competência regulatória das agências frente a hegemonia dos tribunais em sua pretensão de serem a "última palavra" em quaisquer questões controversas, ainda que complexa e predominantemente técnica. Acreditamos que a maior deferência aos órgãos-agência proporcionará ganhos em transparência, segurança jurídica, previsibilidade, legitimidade democrática, prevenção de "litígios", racionalidade e eficiência.

As questões tributárias estão inseridas nesse contexto. Possuem elevado grau de complexidade técnica para um sistema de direito material repleto de ambiguidades e omissões. As relações econômicas, com sua dinâmica e mutabilidade, demandam por soluções incapazes de serem produzidas por nossos tribunais formados que são por juízes generalistas. Os órgãos-agência atuantes no macroprocesso do crédito tributário supririam essa deficiência.

É oportuno que seja evidenciado em nosso desenho institucional de regulação tributária a incorporação de mecanismos de legitimidade democrática, característica inovadora quando comparada com o modelo ora vigente. Nele, todas as atividades são concentradas nos gabinetes, hermeticamente fechados à participação até mesmo das próprias autoridades do órgão responsáveis pela sua aplicação, algo próprio ao modelo de insulamento burocrático⁷⁴⁹. O resultado não poderia ser outro, as interpretações adotadas pelas normas administrativas, extremamente formalistas, denotam um distanciamento entre a realidade e a pretensiosa autosuficiência do intérprete burocrata⁷⁵⁰.

Para essa quebra de paradigma, oportunamente, partimos de iniciativas em pleno funcionamento no modelo de agências, sejam as norte-americanas ou, mais próximas, as agências reguladoras brasileiras, onde foram implementados desde sua criação mecanismos

⁷⁴⁹ Aponta o professor de Ciência Política e Administração Pública Edson Nunes que se trata de um processo de proteção do núcleo técnico do Estado contra a interferência oriunda do público ou de organizações intermediárias. NUNES, Edson. *A Gramática Política do Brasil: Clientelismo e Insulamento Burocrático*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor; Brasília: ENAP, 2003. p. 33-34.

⁷⁵⁰ Infelizmente, apesar de toda sua relevância e complexidade, como aqui expusemos, as lideranças da instituição encarceraram o *decisionmaking* para a constituição do crédito tributário entre as "grades" do formalismo. Os atos normativos editados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com efeito vinculante em relação às autoridades, ao invés de facilitar e uniformizar a interpretação e aplicação da lei trazendo segurança jurídica para o contribuinte, inovam ou a tornam ainda mais confusa, o que tem provocado judicializações que poderiam ser evitadas caso prevalecessem o bom senso e a ponderação. Como exemplo recente, entendeu o STJ no julgamento do REsp nº 1.221.170, sob rito dos repetitivos, que é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF nºs 247/2002 e 404/2004, por comprometer a eficácia do regime de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. Assim, foi necessária a intervenção da Corte Especial para corrigir o conceito restritivo de insumo imposto aos contribuintes pelas lideranças do órgão. Os milhares de processos precisaram ser revistos para que fosse permitido o creditamento de todos os insumos essenciais ao processo produtivo da empresa.

como: conselhos consultivos com funções opinativas e consultivas, audiências e consultas públicas e ouvidoria⁷⁵¹.

Nossa sugestão de mudança estrutural administrativa é a substituição do órgão interno à organização burocrática vertical da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - RFB, Coordenação-Geral do Sistema de Tributação – COSIT, pela regulação tributária promovida por um órgão-agente fora da estrutura. A transferência da atividade para uma nova instituição com características semelhantes às do CARF seria uma opção.

Assim, os Conselhos de Regulação Tributária, com um desenho que contemple mecanismos de participação democrática dos contribuintes, passaria a desempenhar a dupla função: regulação tributária e atividade judicante (revisional em primeira instância e uma instância especial para uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária). Na verdade, ambas as atividades estão relacionadas ao valor igualdade, destinam-se a conferir tratamento uniforme e isonômico aos contribuintes. Também não são atividades estanques entre si, elas interagem para que essa finalidade seja alcançada com mais racionalidade e eficiência. A apreciação de casos concretos e a inevitável comparação com a regra hipotética preestabelecida propiciaria uma espécie de “retroalimentação” do sistema, extraindo-se as vantagens oriundas do sistema *common law*. As decisões reiteradas, assim construídas na atividade judicante, provocaram ao longo do tempo a revisão da regra eventualmente em descompasso com a realidade. Os precedentes dão vida às regras estáticas e as remodelam de acordo com a realidade⁷⁵².

Essa Parte II do trabalho se iniciou com o *Capítulo 4*, onde tecemos uma análise crítica do macroprocesso de crédito tributário em uma abordagem institucional. A maioria das conclusões se assentaram nas teorias da decisão e também decorreram da premente necessidade de verificação da validade democrática do modelo vigente. Em síntese, essas orientações para nossa proposta de redesenho institucional são:

⁷⁵¹ Esses mecanismos expressam a tendência contemporânea de reivindicação por maior espaço para participação democrática nos *decision makings* do Estado. O recente decreto nº 8.243, de 02/05/2014 adota como seu objetivo a democratização da administração pública com a participação da sociedade civil no processo de decisão nos órgãos de governo. BRASIL. Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 26/05/2014: “*Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências [...] Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Participação Social - PNPS, com o objetivo de fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil*”. Com o redesenho institucional a ser proposto no capítulo seguinte, o CARF seria desmembrado em Conselhos de Regulação Tributária, assumindo as atribuições da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação - COSIT. A parte “contenciosa” seria reservada apenas à uniformização de teses jurídicas por meio de resoluções para aplicação a todos os contribuintes.

⁷⁵² RADBRUCH, Gustav. *O espírito do direito inglês e a jurisprudência anglo-americana*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. pp. 33-34.

- Para a constituição dos créditos tributários: a) que o sistema de produção das provas na auditoria fiscal não possua natureza inquisitiva; b) necessidade de valorização da atividade de auditoria fiscal e respeito a autonomia decisória sobre a constituição ou não do crédito, evitando-se um esgotamento do sistema com créditos de duvidosa certeza e liquidez; c) as sucessivas revisões sobre revisões das mesmas valorações dos fatos acabam criando um sentimento que os créditos tributários sabidamente improcedentes serão corrigidos na instância revisora ou especial de uniformização de interpretações; d) substituição do modelo litigioso pelo preventivo;

- Para a instância revisora e especial da interpretação e aplicação da legislação tributária: a) substituição dos órgãos do macroprocesso para controle dos lançamentos (DRJ, COSIT e CARF) por Conselhos Regulação Tributária, onde se concentrariam ambas as atividades: normatização e judicante (revisional em primeira instância e especial para uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária), exercidas com ampla participação dos contribuintes; b) abertura das sessões de julgamento para a participação dos contribuintes; c) a implementação de mecanismos de legitimidade democrática de todo o procedimento torna prescindível a manutenção da obsoleta representação paritária nas composição colegiadas; d) seleção dos *decisionmakers* por critérios técnicos, principalmente com valorização da formação profissional e acadêmica; e) conflito de interesses entre a ocupação de cargo em comissão e o exercício de atribuição julgadora; f) ordem de votação nas sessões deve se iniciar dos mais modernos para os mais antigos membros do colegiado, a fim de minimizar os efeitos cascatas (*reputational cascade* e *information cascade*), *item 2.3.1 do Capítulo 2*; g) extinção do sistema de representação entre entidades/administração tributária e membros do colegiado, dentre outras.

5.2. Regulação e atividade judicante de uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária: a visão integrada do macroprocesso em Conselhos de Regulação Tributária

O posicionamento central da regulação tributária é uma proposta que procura tornar o macroprocesso do crédito tributário mais simples, horizontal, dinâmico, coordenado, eficiente e democrático. Além da abertura para participação dos contribuintes no processo decisório de regulação, os conselhos promovem a sinergia entre todas as atividades. As resoluções orientam os contribuintes, a constituição do crédito tributário pela auditoria-fiscal e as decisões na atividade de revisão dos créditos até sua constituição definitiva.

Para que seja evidenciada a diferença comparada com o modelo vigente, esclarecemos que atualmente o macroprocesso do crédito tributário é composto por três instituições pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), todos hierarquicamente subordinados ao Ministro da Economia. Em relação à RFB, interessam para esse trabalho as atividades de auditoria-fiscal para a constituição de ofício dos créditos tributários, de controle em primeira instância dos créditos constituídos e as exercidas pela Coordenação-Geral de Tributação - Cosit⁷⁵³. Sem dúvida é a instituição mais importante do macroprocesso. Nenhuma norma em matéria tributária de interesse da União é inserida no ordenamento jurídico sem que antes passe pela Cosit. Também é responsável pelos atos administrativos normativos sobre tributação, de observância obrigatória pelos demais órgãos da RFB, especialmente pela auditoria-fiscal para a constituição de ofício dos créditos tributários. Como se constata, a RFB participa do processo legislativo em matéria tributária, "diz" como os textos legais e regulamentares dos quais participou serão interpretados, constitui o crédito tributário de acordo com essa interpretação e ainda controla as instâncias responsáveis para que esse crédito constituído pela fiscalização se torne um título executivo, com certeza e liquidez.

De fato, embora o CARF não pertença a estrutura orgânica da RFB, inegável sua precedência sobre a instância revisora em segundo grau. Poderia aqui mencionar várias características nesse sentido, mas vamos lembrar apenas de duas todos os cargos de presidência, desde o presidente de turma até o presidente do CARF (todos com a prerrogativa do voto de desempate⁷⁵⁴), pertencem ao principal cargo da RFB e a indicação/recondução para conselheiros representantes da fazenda nacional se dá por livre escolha da RFB. Não que essas características do desenho institucional do CARF sejam necessariamente ruins, isso trataremos adiante, apenas chamamos atenção para o controle exercido por um órgão "fechado", cuja natureza é a atuação pela potestade estatal e a

⁷⁵³ BRASIL. Ministério da Economia. Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012. Brasília, DF, 17/05/2012: "Art. 82. À Coordenação-Geral de Tributação - Cosit compete: I - gerenciar a elaboração, o aperfeiçoamento, a regulamentação, a consolidação, a simplificação e a disseminação da legislação tributária; [...] III - analisar projetos de emenda à Constituição, projetos de lei e medidas provisórias, em todas as fases do processo legislativo, bem como minutas de decretos e outros atos complementares de iniciativa de órgãos do Poder Executivo, sem prejuízo da realização de idênticas atividades pelas demais Subsecretarias no que diz respeito às matérias de suas competências; IV - analisar as proposições e estudos de natureza tributária, aduaneira e correlata apresentados por entidades governamentais, sociais e empresariais, sem prejuízo da realização de idênticas atividades pelas demais Subsecretarias no que diz respeito às matérias de suas competências.

⁷⁵⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: "Art. 54. As turmas só deliberarão quando presente a maioria de seus membros, e suas deliberações serão tomadas por maioria simples, cabendo ao presidente, além do voto ordinário, o de qualidade".

unilateralidade.

Sobre o CARF, apresentamos suas principais características no *item 4.3.2 do Capítulo 4*. É uma instituição que sempre teve um protagonismo reconhecido ao longo de seus quase um século⁷⁵⁵. Talvez essa relevância decorra da aposta nele depositada pelos contribuintes de que eventuais equívocos e excessos por ocasião do procedimento de auditoria-fiscal sejam corrigidos nessa instância. E parece que, de fato, têm sido corrigidos⁷⁵⁶. Esse fato evidencia o elevado grau de litigiosidade no macroprocesso do crédito tributário. A origem do problema pode estar na adoção do sistema inquisitivo para o procedimento de auditoria-fiscal, o que perdura até os dias de hoje, com apoio da doutrina⁷⁵⁷ da concepção tradicional do direito administrativo desenvolvido sob o postulado do princípio da supremacia do interesse público. Discorremos sobre essa parte no *item 4.2.2 do Capítulo 4*.

Quando olhamos ao mesmo tempo para os desenhos institucionais da RFB e do CARF, observamos uma contradição que inevitavelmente gera ineficiência ao sistema. Também fizemos essa crítica em nosso "*Capítulo 4 - Uma análise crítica do macroprocesso de crédito tributário em uma abordagem institucional*". A RFB é um órgão coercitivo e verticalizado, tomado pela hierarquia e disciplina, mergulhado em um insulamento burocrático⁷⁵⁸. As decisões, desde as mais rotineiras e singelas às mais relevantes e com

⁷⁵⁵ Criado em 14 de setembro de 1925 como Conselho de Contribuintes do Imposto de Renda. MARTINS, Ana Luísa. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução de litígios fiscais. Rio de Janeiro: Capivara, 2010. pp. 5, 9 e 44.

⁷⁵⁶ Referimo-nos à expressiva proporção de cancelamentos ou reduções de créditos tributários pelo CARF, em torno de 50%. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório Final NEF 2009 – Reforma do Processo Administrativo Fiscal Federal (PAF)/CARF*. Eurico Marcos Diniz de Santi (Coord.). São Paulo: FGV, 2009. p. 32.

⁷⁵⁷ XAVIER, Alberto. *Do lançamento no Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1977. p. 107-108. BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Ministério da Fazenda. De acordo com o sistema vigente, somente após a impugnação do lançamento tributário é que o contribuinte exerce a ampla defesa e o contraditório. Até então, considera o Decreto nº 70.235/72 que o procedimento teria natureza inquisitiva. BRASIL. Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 07/03/1972. Seção 1: “Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento”. Esse entendimento é pacífico no CARF. Processo nº 10315.000586/2008-88. Acórdão nº 1103-000.669 (Data da Sessão: 08/05/2012): “Ementa: PRELIMINAR DE NULIDADE. LANÇAMENTOS. O direito à ampla defesa e ao contraditório, e ao devido processo law se instalam e são exercíveis no processo administrativo, **que se inicia com a pretensão resistida. O procedimento fiscal que culmina no ato de lançamento é governado pelo princípio inquisitório.** (...). Não concreção de ofensa à referida lei, no procedimento fiscal de lançamento”. Apoiando-se no princípio da verdade material, Albert Hensel supõe que, idealmente, seja possível que a fiscalização, embora dispondo da vantagem de conduzir o procedimento de forma inquisitiva, faria todos os esforços para a revelação dos fatos através da investigação de provas, mesmo quando suponha que o resultado seja favorável ao contribuinte e, conseqüentemente, desfavorável à administração tributária. HENSEL, Albert. *Derecho Tributario*. Traducción y Estudio Preliminar por Andrés Báez Moreno, María Luisa González-Cuéllar Serrano y Enrique Ortiz Calle. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 331.

⁷⁵⁸ Essa expressão foi adotada pelo professor de Ciência Política e Administração Pública Edson Nunes, que também concluiu se tratar de um processo de proteção do núcleo técnico do Estado contra a interferência oriunda do público ou de organizações intermediárias. NUNES, Edson. *A Gramática Política do Brasil*:

expressivo impacto sobre a vida econômica dos contribuintes, seja direta ou indiretamente através dos inúmeros atos normativos, são concentradas nos gabinetes. É nesse desenho institucional que as interpretações, formalistas e divorciadas da realidade, são normatizadas pelo órgão. Os atos normativos, ao invés de facilitarem e uniformizarem a interpretação e aplicação da legislação tributária trazendo segurança jurídica para o contribuinte, são fontes inesgotáveis de controvérsias, o que tem provocado judicializações que poderiam ser evitadas caso prevalecessem o bom senso e a ponderação. Como exemplo recente, entendeu o STJ no julgamento do REsp nº 1.221.170, sob rito dos repetitivos, que é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF nºs 247/2002 e 404/2004, por comprometer a eficácia do regime de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. Caso nossa regulação tributária gozasse de maior legitimidade democrática, aberta à discussão de temas tão importantes, não teria sido necessária a intervenção da Corte Especial para dizer o óbvio sobre o conceito de insumo, o que teria evitado que milhares de processos administrativos percorressem o macroprocesso do crédito tributário em busca de uma solução.

Ao contrário do insulamento burocrático da RFB, o CARF, de forma extremada, coloca os interessados como *decisionmakers* nos julgamentos dos processos⁷⁵⁹. Outra característica o distingue é a louvável abertura para ampla participação do contribuinte nas sessões de julgamento. Diferentemente da primeira instância, exercida pelas delegacias de julgamento da RFB⁷⁶⁰, no CARF as sessões são públicas, facultando-se ao contribuinte, diretamente ou mediante representação, a participação com sustentação oral, entrega de memoriais ou simplesmente acompanhar o julgamento.

Esse desajuste no desenho institucional do macroprocesso do crédito tributário, com seu descompasso entre na atuação das instituições, traz uma realidade preocupante. Segundo recente relatório da PGFN, instituição do macroprocesso responsável pela cobrança judicial dos créditos tributários, o estoque da dívida ativa da União em 2017 estava em torno de R\$ 2

Clientelismo e Insulamento Burocrático. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor; Brasília: ENAP, 2003. p. 33-34.

⁷⁵⁹ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: “Art. 23. As Turmas de Julgamento são integradas por 8 (oito) conselheiros, sendo 4 (quatro) representantes da Fazenda Nacional e 4 (quatro) representantes dos Contribuintes”.

⁷⁶⁰ Os julgamentos ocorrem em sessões internas na repartição, fechadas à presença dos interessados. BRASIL. Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27/08/2001. Seção 1: “Art. 64. O art. 25 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 9 de dezembro de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 25. O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal compete: I - em primeira instância, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento, órgãos de **deliberação interna** e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal”.

trilhões, dos quais foram recuperados no ano R\$ 26,1 bilhões. Ou seja: apenas 1,3% da dívida são recuperados anualmente⁷⁶¹.

Nas fases anteriores à cobrança executiva⁷⁶², portanto, as características dos processos decisórios carecem de um completo redesenho para que a almejada integração entre as fases, com ganhos em sinergia e racionalidade ao sistema, seja alcançada. Como apresentado nos *itens 4.2 e 4.3 do Capítulo 4*, a realidade econômica nas quais as relações jurídicas ocorrem e as características de nosso sistema tributário são determinantes para se pensar um novo sistema de constituição, revisão e cobrança dos créditos tributários; afinal, relacionam-se entre si o sistema de direito material e as regras de funcionamento das instituições da administração tributária.

Nesse sentido, sem desconsiderar outras, identificamos algumas características que nos parecem mais evidentes: a) uma ordem contemporânea das relações econômicas dinâmica e em constante mutação; acima de uma previsão segura das tendências e resultados; b) um sistema tributário com elevado grau de complexidade e imprecisão, desafiando sua regulação e regulamentação pelas instituições tradicionais; c) mesmo que formalmente integradas, as instituições do macroprocesso estão focadas em uma abordagem individual, com isolamento da regulação tributária, ausente de mecanismos preventivos das controvérsias em torno da interpretação e aplicação das prescrições legais tributárias; d) impropriedade do sistema inquisitivo adotado para o procedimento de constituição dos créditos tributários pelo lançamento de ofício; e) contradições inconciliáveis entre as duas instâncias revisionais dos créditos tributários. Qualquer proposta de redesenho do macroprocesso, certamente, deve considerá-las.

Depois dessa síntese justificante da necessidade de um novo paradigma para o macroprocesso do crédito tributário, também é oportuno um esclarecimento antes de apresentá-lo. Quando reverenciamos a regulação tributária, de certo, não nos referimos ao modelo formal e burocrático mantido pela RFB. Nossa proposta é que ela seja muito mais do que um órgão posicionado em algum espaço do organograma da administração tributária. O fundamental para novo paradigma é o grau de sinergia com todas as atividades da RFB. O

⁷⁶¹ Relatório "PGFN em números". Fonte: https://www.pgfn.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn_em_numeros_final_2_web.pdf. Acesso em: 22/05/2018.

⁷⁶² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 17/03/2015: "Art. 783. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível. Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;"

sistema estará centrado na regulação tributária⁷⁶³ de tal forma que as atividades e ações entre as instituições do macroprocesso serão facilitadas em um fluxo multilateral contínuo, como movimentos orgânicos.

Qualquer que seja a proposta, para que tenhamos um funcionamento mais racional e simplificado do macroprocesso, a primeira providência no redesenho é a concentração em uma mesma instituição o que vem sendo desenvolvido em duplicidade como consequência própria da verticalização. Seja pela via da regulação e regulamentação das prescrições tributárias (atualmente exercidas pela COSIT) ou pelas instâncias judicantes (CARF e DRJ), ambas atividades têm por finalidade informar ao contribuinte o tratamento tributário a ser aplicado às relações econômicas. Melhor que seja pela primeira via. Uma boa regulação reduz a litigiosidade, natural ao chamado "contencioso administrativo". Embora não seja uma via ordinária para a conformidade na relação entre a administração tributária e os contribuintes⁷⁶⁴, também existe no CARF uma instância para a uniformização de teses jurídicas com efeitos vinculantes⁷⁶⁵. E, de fato, tem sido uma via empregada anualmente pela

⁷⁶³ A regulação é um meio de solução para a necessidade de tratamento uniforme a todos os destinatários de certa atividade pública. A normatização deve prevalecer sobre outros mecanismos que apenas trazem soluções de alcance individual, que é o caso do modelo vigente de macroprocesso do crédito tributário, com foco na solução individual de casos concretos. A quebra desse paradigma para um modelo centrado na regulação tributária se inspira nessa necessidade de generalização para que o sistema promova um tratamento mais igualitário aos contribuintes em situações semelhantes, com redução dos riscos de interferências distorcidas no mercado produtivo e desigualdades na sociedade. A importância do posicionamento central da regulação tornou o sistema norte-americano de agências um verdadeiro "Estado administrativo". Na atividade tributária, o Prof. Sérgio André Rocha parece ter tido a mesma percepção de que as propostas de redesenho do macroprocesso deveriam ser esboçadas com inspiração no modelo de agência. ROCHA, Sérgio André. *Da Lei à Decisão: A Segurança Jurídica Tributária Possível na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 63: "*Dessa maneira, parece-nos que outro desafio importante seria alcançar uma verdadeira independência administrativa para o Tribunal Administrativo. Provavelmente, a saída seria seguir o mesmo modelo de autarquia especial que é utilizado pelas agências reguladoras. De toda maneira, a criação deste Tribunal Administrativo deveria ser implementada via Emenda Constitucional, de modo que seu fundamento tenha assento na Lei Maior, onde também deveriam estar previstas todas as garantias aplicáveis aos julgadores*". ROCHA, Sérgio André. *Processo Administrativo Fiscal: controle administrativo do lançamento tributário*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 393-398.

⁷⁶⁴ A conformidade na relação entre a administração tributária e os contribuintes é um novo paradigma em oposição ao modelo vigente voltado para uma atuação *ex post* de solução dos litígios. Deve existir um esforço mútuo preventivo de cooperação para redução do grau de litigiosidade. Parece-nos que a incorporação dos mecanismos de participação dos contribuintes na regulação tributária aumente o grau de aceitação das regras. GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 284. Sobre o tema também se recomenda a leitura do artigo escrito pelo Prof. Sérgio André: ROCHA, Sérgio André. *Reconstruindo a confiança na relação fisco-contribuinte*. Revista Direito Tributário Atual, n. 39, p. 507-527 - 2018: "*Os desafios tributários que nos serão impostos neste século XXI serão tremendos. O Fisco brasileiro teria muito a ganhar em ter o contribuinte como aliado, ao invés de adversário. Como defendemos acima, cabe ao Estado dar o primeiro passo*".

⁷⁶⁵ Diria Richard Posner que nessa segunda via na uniformização do tratamento jurídico tributário aos contribuintes, os conselheiros dos CARF seriam os arquitetos da norma - as súmulas construídas ao longo do tempo pelo julgamento de casos concretos precedentes. POSNER, Richard A. *Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution*. Case Western Reserve Law Review Vol 37 Issue 2. Cleveland, Ohio: Case Western Reserve Law Review, 1986. p. 186: "*The essence of common law is that the law itself is made by the judges. They are the legislators. They create and modify the doctrines of the common law, from which further doctrines are deduced*". BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho

administração tributária para uniformizar o cumprimento da legislação tributária. Atualmente são 107 súmulas vinculantes⁷⁶⁶.

Conforme tratamos no *item 3.3 do Capítulo 4*, notadamente em questões mais técnicas e complexas, as experiências dos *decisionmakers* nas valorações de fatos concretos e sua vivência real na aplicação das prescrições legais abstratas emprestam ao sistema a concretude, incapaz de ser alcançada na fase precedente em que o legislador estaticamente vislumbra uma regra jurídica em sua generalidade⁷⁶⁷. A prescrição normativa de uma consequência jurídica pela ocorrência da hipótese legal garante o incremento para a maioria dos casos reais, mas não para todos; e em outros casos ignora as peculiaridades relevantes de um caso real merecedor de outro tratamento pelo ordenamento jurídico, condenando-o à generalidade da regra comum.

A louvável via empregada pelo CARF para uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária, e portanto para a realização de maior segurança jurídica, é mais um exemplo da tendência, aparentemente natural nos sistemas de origem romano-germânicos, de incorporação em seus ordenamentos jurídicos de mecanismos que promovam

Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: “Art. 67. *Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF [...]* Art. 72. *As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF [...]* Art. 75. *Por proposta do Presidente do CARF, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, do Secretário da Receita Federal do Brasil ou de Presidente de Confederação representativa de categoria econômica ou profissional habilitada à indicação de conselheiros, o Ministro de Estado da Fazenda poderá atribuir à súmula do CARF efeito vinculante em relação à administração tributária federal [...]* Art. 76. *As resoluções do Pleno, previstas no art. 10, com vista à uniformização de decisões divergentes das turmas da CSRF poderão [...]*”.

⁷⁶⁶ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 277, de 07/06/2018. Diário Oficial da União – DOU de 08/06/2018. Atribui a súmulas do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF efeito vinculante em relação à administração tributária federal. O Ministro de Estado da Fazenda, no uso das atribuições previstas no art. 87, parágrafo único, incisos I e II da Constituição Federal, e tendo em vista o disposto no art. 75 do Anexo II a Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015, resolve: Art. 1º Fica atribuído às sumulas do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, relacionadas no Anexo Único desta Portaria, efeito vinculante em relação à administração tributária federal. Anexo único: " *Súmula CARF nº 1 Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. Súmula CARF nº 3 Para a determinação da base de cálculo do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas e da Contribuição Social sobre o Lucro, a partir do ano-calendário de 1995, o lucro líquido ajustado poderá ser reduzido em, no máximo, trinta por cento, tanto em razão da compensação de prejuízo, como em razão da compensação da base de cálculo negativa. Súmula CARF nº 4 A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. Súmula CARF nº 5 São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral [...]* Súmula CARF nº 107 *A receita da atividade própria, objeto da isenção da Cofins prevista no art. 14, X, c/c art. 13, III, da MP nº 2.158-35, de 2001, alcança as receitas obtidas em contraprestação de serviços educacionais prestados pelas entidades de educação sem fins lucrativos a que se refere o art. 12 da Lei nº 9.532, de 1997*".

⁷⁶⁷ SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas em el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons, 2004. pp. 75-76.

as vantagens do sistema *common law*, notadamente sua capacidade de sensibilidade às particularidades de cada caso, em quebra à regra generalista, e aproximação entre justiça e segurança jurídica⁷⁶⁸.

Nessa visão integrativa entre regulação e precedentes nos casos concretos, praticadas na administração tributária pela COSIT e CARF, respectivamente, temos que essas instituições são indissociáveis. Cada um a seu modo, reguladores e conselheiros estão voltados para a mesma finalidade - a uniformização do tratamento tributário a ser aplicado aos contribuintes. A atuação conjunta desses *decisionmakers* harmonizariam a generalidade com as particularidades dos casos merecedores de um tratamento diferente.

Feitas essas considerações preliminares, temos que no redesenho institucional, uma mesma instituição deve concentrar as duas atividades de uniformização: regulação e instância especial. Entendo que pela posição mais apartada da auditoria fiscal para a constituição dos créditos tributários e pela sua abertura à sociedade de contribuintes, as características do CARF têm mais o que oferecer ao desenho institucional proposto do que a estrutura verticalizada da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - RFB, onde se posiciona a COSIT.

Assim, o CARF seria transformado⁷⁶⁹ e desmembrado⁷⁷⁰ em Conselhos de Regulação Tributária - ConReT que, juntamente com a uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária⁷⁷¹, também assumiriam as atribuições regulatórias da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação - COSIT.

As questões fáticas somente seriam examinadas na primeira instância revisional, atualmente exercida pelas delegacias de julgamento da RFB. Uma outra alteração relevante no desenho das instâncias revisoras, e que se mostra mais oportuna quando consideramos que as questões fáticas não serão examinadas na segunda instância, é a substituição das

⁷⁶⁸ RADBRUCH, Gustav. O espírito do direito inglês e a jurisprudência anglo-americana. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 59: "*Toda ordem jurídica tem por fim, simultaneamente, três objetivos: garantir a justiça, fomentar o bem-estar e criar segurança jurídica. As ordens jurídicas se distinguem entre si por meio da medida na busca desses fins. Na ordem jurídica inglesa está, em primeiro plano, o objetivo de segurança jurídica*".

⁷⁶⁹ Nossa proposta é que, de fato, seja uma transformação, com a extinção do CARF e em seu lugar seriam instalados os Conselhos de Regulação Tributária - ConReT.

⁷⁷⁰ Uma estrutura interna semelhante à que existia antes da criação do CARF pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, quando havia Conselhos de Contribuintes e a CSRF. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 147, de 25/06/2007. Diário Oficial da União – DOU de 26/06/2007. Aprova o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais: "*Da Estrutura Organizacional [...] Artigo 2º O Primeiro Conselho de Contribuintes tem a seguinte estrutura: I - Conselho Pleno; II - oito Câmaras; [...] Artigo 3º O Segundo Conselho de Contribuintes tem a seguinte estrutura: I - Conselho Pleno; II - seis Câmaras; [...] Artigo 4º O Terceiro Conselho de Contribuintes tem a seguinte estrutura: I - Conselho Pleno; II - três Câmaras; [...]*".

⁷⁷¹ Os Conselhos de Regulação Tributária - ConReT não analisariam questões fáticas; portanto, as atuais turmas ordinárias do CARF seriam extintas.

delegacias de julgamento da RFB por Juntas de Recursos Fiscais – JunReF, órgãos colegiados dos Conselhos de Regulação Tributária - ConReT, que passariam a exercer a instância revisional. É uma modificação que promoveria autonomia para os julgamentos e sinergia com a instância especial. Traçados os esboços principais do redesenho, passamos a descrevê-lo.

5.3 O funcionamento dos Conselhos de Regulação Tributária

A experiência do CARF ao longo de quase um século⁷⁷² de atividade deve ser considerada em qualquer proposta para redesenho do macroprocesso do crédito tributário. Para nossas premissas adotadas de orientação desse trabalho, ao menos duas características nos são caras: a posição formal que ocupa⁷⁷³, fora da estrutura orgânica da RFB, e sua legitimidade democrática ao incorporar mecanismos que permitam aos contribuintes efetivamente influenciarem nas decisões da instituição.

Assim, em correspondência com a atual divisão do CARF em seções especializadas por tributos, seriam 4 (quatro) Conselhos de Regulação Tributária - ConReT⁷⁷⁴, com as

⁷⁷² Criado em 14 de setembro de 1925 como Conselho de Contribuintes do Imposto de Renda. MARTINS, Ana Luísa. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução de litígios fiscais. Rio de Janeiro: Capivara, 2010. pp. 5, 9 e 44.

⁷⁷³ Referimo-nos a separação *formal* do CARF em relação à estrutura orgânica da RFB porque o atual funcionamento da segunda instância revisora, com as modificações promovidas nos últimos anos em seu regimento interno, evidencia uma submissão à instituição responsável pela constituição dos créditos tributários que serão por ele revisados. A decisão pela recondução de conselheiro representante da fazenda é unilateral da RFB que, em sua avaliação sobre a conveniência para o órgão dos posicionamentos do conselheiro, poderá dispensá-lo depois de apenas 2 anos de mandato. Para os conselheiros representantes da fazenda que atuam nas turmas de julgamento da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, todos ocupantes de cargos em comissão ou função de confiança, a recondução é automática, sendo suficiente que a instituição os mantenha no cargo ou função de livre nomeação e exoneração. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: “Art. 40. Os conselheiros do CARF serão designados pelo Ministro de Estado da Fazenda, com mandato de 2 (dois) anos [...] § 2º É permitida a recondução de conselheiro, titular e suplente, desde que o tempo total de exercício no mandato não exceda ou venha a exceder 6 (seis) anos, ressalvada a hipótese em que o conselheiro exerça encargo de Presidente de Câmara, de Vice-Presidente de Câmara, de Presidente de Turma ou de Vice-Presidente de Turma, cujo prazo máximo será de 8 (oito) anos. (Redação dada pela Portaria MF nº 153, de 2018)” [...] § 14. O limite temporal de que trata o § 2º não se aplica na hipótese de o conselheiro exercer função de Direção e Assessoramento Superior (DAS) ou Função Comissionada do Poder Executivo - 101.3 (FCPE 101.3)”.

⁷⁷⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: “Art. 2º À 1ª (primeira) Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância que versem sobre aplicação da legislação relativa a: I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ); II - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); III - Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF), quando se tratar de antecipação do IRPJ, ou se referir a litígio que verse sobre pagamento a beneficiário não identificado ou sem comprovação da operação ou da causa; (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017); IV - CSLL, IRRF, Contribuição para o PIS/Pasep ou Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB), quando reflexos do IRPJ, formalizados com base nos mesmos elementos de prova; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016); V - exclusão, inclusão e exigência de

atividades de *regulação tributária* e *judicante* como instância especial para uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária⁷⁷⁵ entre as Juntas de Recursos Fiscais – JunReF⁷⁷⁶, instância revisora e também integrante da estrutura dos Conselhos de Regulação Tributária - ConReT. Com esse desenho, ficariam substituídos: Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, delegacias de julgamento da RFB - DRJ e Coordenação-Geral do Sistema de Tributação - COSIT.

Em sua atividade *judicante*, os Conselhos de Regulação Tributária, com sede em Brasília e com competência para uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária, e as Juntas de Recursos Fiscais – JunReF, distribuídas pelas regiões fiscais e

tributos decorrentes da aplicação da legislação referente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) e ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação (Simples-Nacional); VI - penalidades pelo descumprimento de obrigações acessórias pelas pessoas jurídicas, relativamente aos tributos de que trata este artigo; e VII - tributos, empréstimos compulsórios, anistia e matéria correlata não incluídos na competência julgadora das demais Seções. Art. 3º À 2ª (segunda) Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância que versem sobre aplicação da legislação relativa a: I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF); II - IRRF; III - Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR); IV - Contribuições Previdenciárias, inclusive as instituídas a título de substituição e as devidas a terceiros, definidas no art. 3º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007; e V - penalidades pelo descumprimento de obrigações acessórias pelas pessoas físicas e jurídicas, relativamente aos tributos de que trata este artigo. Art. 4º À 3ª (terceira) Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância que versem sobre aplicação da legislação referente a: I - Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins, inclusive quando incidentes na importação de bens e serviços; II - Contribuição para o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL); III - Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); IV - crédito presumido de IPI para ressarcimento da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins; V - Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF); VI - Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF); VII - Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF); VIII - Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE); IX - Imposto sobre a Importação (II); X - Imposto sobre a Exportação (IE); XI - contribuições, taxas e infrações cambiais e administrativas relacionadas com a importação e a exportação; XII - classificação tarifária de mercadorias; XIII - isenção, redução e suspensão de tributos incidentes na importação e na exportação; XIV - vistoria aduaneira, dano ou avaria, falta ou extravio de mercadoria; XV - omissão, incorreção, falta de manifesto ou documento equivalente, bem como falta de volume manifestado; XVI - infração relativa à fatura comercial e a outros documentos exigidos na importação e na exportação; XVII - trânsito aduaneiro e demais regimes aduaneiros especiais, e regimes aplicados em áreas especiais, salvo a hipótese prevista no inciso XVII do art. 105 do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966; XVIII - remessa postal internacional, salvo as hipóteses previstas nos incisos XV e XVI, do art. 105, do Decreto-Lei nº 37, de 1966; XIX - valor aduaneiro; XX - bagagem; e XXI - penalidades pelo descumprimento de obrigações acessórias pelas pessoas físicas e jurídicas, relativamente aos tributos de que trata este artigo".

⁷⁷⁵ Os Conselhos de Regulação Tributária - ConReT não analisariam questões fáticas; portanto, as atuais turmas ordinárias do CARF seriam extintas.

⁷⁷⁶ Também poderiam ser interpostos recursos especiais para reexame de alguma questão jurídica comprovadamente controversa na aplicação da legislação tributária, ainda que não tenha formado precedente em outra Junta de Recursos Fiscais – JunReF. A comprovação da controvérsia poderia ser por meio da jurisprudência ou da doutrina, com número de ocorrências que atestem a dúvida na aplicação da legislação tributária.

substitutas das atuais DRJ⁷⁷⁷, essa última com atribuições para examinar todas as questões fáticas e jurídicas dos processos administrativos fiscais⁷⁷⁸. Conseqüentemente, ficariam extintas as atuais turmas ordinárias do CARF e as DRJ.

As instâncias revisionais (JunReF) e especial dos Conselhos de Regulação Tributária atuariam após os recursos interpostos pelos contribuintes (recurso ordinário para as Juntas de Recursos Fiscais e recurso especial junto as 4 (quatro) turmas dos Conselhos de Regulação Tributária). A instância especial também poderia ser provocada de ofício pelas JunReF.

Quando interposto recurso especial motivado pela divergência de entendimento ou interpretação adotada por outra Junta de Recursos Fiscais – JunReF não se faria necessária a tramitação do processo para os Conselhos de Regulação Tributária, pois nessa fase processual não se reexaminariam as questões de fato. A composição colegiada decidiria apenas a solução de divergência que se apresenta. O cumprimento dos pressupostos de admissibilidade já teria sido analisado pela Junta de Recursos Fiscais – JunReF recorrida⁷⁷⁹.

Embora as questões fáticas do caso concreto sejam informações desnecessárias para se decidir sobre a divergência de entendimento ou interpretação, muitos indagariam o porquê de os conselheiros serem privados dessas informações; afinal, quanto mais informações, melhor. Mas não é sempre assim. Existe um *tradeoff* a ser ponderado entre o acervo de informações disponíveis e a imparcialidade⁷⁸⁰. A não disponibilização ao *decisionmaker* de algumas informações atenuar inclinações e interesses, proporcionando maior grau de imparcialidade⁷⁸¹.

Com inspiração no "véu da ignorância" de John Rawls⁷⁸², esse mecanismo é ilustrado

⁷⁷⁷ São 14 delegacias de julgamento da Receita Federal do Brasil – DRJ, em um total de 135 turmas, numa média de 5 julgadores por turma. BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Portaria RFB nº 430, de 9 de outubro de 2017.

⁷⁷⁸ No âmbito da Previdência Social, a primeira instância recursal é exercida pelas Juntas de Recursos do Conselho de Recursos do Seguro Social, fora da estruturada do INSS, autarquia responsável pela decisão submetida a revisão. BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Conselho de Recursos do Seguro Social – CRPS. Portaria nº 116, de 20/03/2017. Diário Oficial da União – DOU de 23/03/2017. Aprova o Regimento Interno: “Art. 1º O Conselho de Recursos do Seguro Social - CRSS, colegiado integrante da estrutura do Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário - MDSA, é órgão de controle jurisdicional das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, nos processos de interesse dos beneficiários e das empresas, nos casos previstos na legislação [...] Art. 2º O CRSS tem a seguinte estrutura: I - ÓRGÃOS COLEGIADOS: 1. Conselho Pleno; 2. Quatro Câmaras de Julgamento; 2.1. Quatro Serviços de Secretaria de Câmara de Julgamento; 3. Vinte e nove Juntas de Recursos [...]”.

⁷⁷⁹ Contra a inadmissibilidade do recurso especial caberia agravo e, nesse caso, os autos integrais teriam que ser remetidos aos Conselhos de Regulação Tributária.

⁷⁸⁰ VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy Institutional Design Writ Small*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 29: “[...] three important tradeoffs—between impartiality, on the one hand, and information, motivation [...]”.

⁷⁸¹ Ibid. pp. 31-32, 55-56: “To the extent that veil rules suppress both self-interested decisionmaking and other forms of biased decisionmaking, so much the better”.

⁷⁸² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. tradução Jussara Simões. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. pp. 165-173.

por Adrian Vermeule como "véu da incerteza", *veil of uncertainty*. A ideia subjacente é que nem sempre "quanto mais informação melhor". Informações em excesso podem dificultar a seleção daquelas que realmente sejam pertinentes para uma atividade, escolha ou decisão. Esse é um problema que em nossa "era da informação digital" se tornou muito aparente e com maior gravidade. Com tantas informações difundidas na internet e redes sociais, é grande o desafio para uma pesquisa e investigação até mesmo quanto a veracidade de seu conteúdo. Mas a preocupação não é tão somente uma questão de filtragem das informações disponíveis, é também de seu uso. Mesmo informações pertinentes ao processo decisório podem ser mais prejudiciais do que úteis.

Quando analisamos nos *item 1.3 do Capítulo 1* e *item 2.2 do Capítulo 2* as teorias de racionalidade limitada (*bounded rationality*) e da decisão, constatamos como os *decisionmakers* sofrem influência por heurísticas, vieses, aversões, preconceitos, empatias, emoções, sentimentos, preferências e interesses. Esses aspectos são "despertados" pelas informações disponíveis no processo decisório. Assim, parece-nos, de fato, coerente uma ponderação entre a escolha pela disponibilização de determinada informação para uma decisão mais precisa ou pela sua subtração para atender outros aspectos igualmente relevantes, notadamente neutralidade e imparcialidade, atributos presentes somente em determinada medida, afinal todos somos humanos e não decidimos somente pela razão. Na difícil escolha para a promoção de um ou outro valor, algo nos parece menos complexo, a subtração de informações desnecessárias, mas possíveis de produzirem uma decisão enviesada⁷⁸³.

Em uma aplicação das teorias da decisão, trouxemos no *item 4.5 do Capítulo 4* o que entendemos ser um bom exemplo para o mecanismo do "véu da incerteza". Dentre as prioridades na distribuição e julgamento de processos no âmbito do CARF, destacamos aqueles que têm como objeto autuações fiscais para cobrança de valores mais elevados. São processos com valores superiores a R\$ 15 milhões⁷⁸⁴:

⁷⁸³ A privação seletiva de informações produz decisões próximas àquelas que seriam produzidas com imparcialidade. VERMEULE, Adrian. *Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law*. The Yale Law Journal. Vol. 111. nº 2. Connecticut: Yale Law Journal, 2001. p. 403: "*The point of a veil rule is to prevent self-interested decisionmaking. Constitutional framers may plausibly fear that a decisionmaker who knows both her own identity and the distribution of future benefits and burdens that results from a decision will systematically favor her own interests, in ways detrimental to the quality of the decision. [...] Behind the veil, however, the decisionmaker afflicted with uncertainty will, for lack of ex post information about whose interests to favor, choose the option or rule that impartially promotes the good of all those affected in an ex ante sense. The dearth of information produces decisions that mimic those an impartially motivated decisionmaker would produce*".

⁷⁸⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria CARF nº 57, de 04 de abril de 2016. *Dispõe sobre prioridade para sorteio, relatoria e julgamento de processo administrativo fiscal [...]*. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/boletim-de-servicos-carf>

"Art. 2º O sorteio para relatoria e julgamento de processo administrativo fiscal atenderá as prioridades estabelecidas neste ato [...]: §1º [...] considera-se prioritário o processo que: [...] II - trate da exigência de crédito tributário ou tenha por objeto compensação de débito de valor superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais)"

Quando a instituição estabeleceu que os processos de valor superior a R\$ 15 milhões são os prioritários, também os afetou como relevantes para o interesse da administração tributária. Na prática, com essa informação disponibilizada aos conselheiros, remete-se uma mensagem de que o crédito tributário deve ser mantido: "esse processo é especialmente de interesse fazendário, entendemos que esse valor repercute de forma relevante na arrecadação tributária". Os processos prioritários pelo elevado valor do crédito tributário não terão o mesmo grau de neutralidade e imparcialidade do que os demais.

Portanto, sendo a matéria fática desnecessárias para uma solução da divergência da interpretação e aplicação da legislação tributária, as informações devem ser vestidas com o "véu da incerteza", especialmente o valor do crédito em "litígio". Essa medida elevaria o grau de imparcialidade dos conselheiros do CARF como representantes que são, da fazenda ou dos contribuintes.

Retornando à estrutura do desenho institucional do macroprocesso, com a instância revisional, JunReF, integrando os Conselhos de Regulação Tributária - ConReT, portanto fora da estrutura hierárquica da Secretaria Especial da Receita Federal - RFB, os atos normativos atualmente vigentes não mais vinculariam as suas decisões. Esse efeito imediato é importante para que o aumento do grau de imparcialidade contemple todos os processos em tramitação. Essa desvinculação imediata também promoverá ganhos em eficiência. Nos últimos vinte anos foram produzidas, aproximadamente, 2 mil instruções normativas⁷⁸⁵, todas de observância obrigatória pelas atuais DRJ. Essa vinculação aos atos normativos da própria instituição responsável pela constituição dos créditos tributários que serão objeto de análise inibe drasticamente a atividade revisional pela instância, mitigada à verificação do fiel cumprimento das interpretações e orientações contidas nos atos administrativos normativos da instituição.

A esse problema de automutilação de competências, para as quais a instância detém capacidade institucional para contribuir muito mais com o macroprocesso, outro se faz

⁷⁸⁵ São produzidas anualmente em média 100 (cem) instruções normativas e ainda são editados outros atos administrativos normativos (ex: resoluções, portarias, soluções de divergências etc). Em 09 de janeiro deste ano de 2020 foi editada a Instrução Normativa RFB nº 1921 (Altera a Instrução Normativa RFB nº 1.701, de 14 de março de 2017, que institui a Escrituração Fiscal Digital de Retenções e Outras Informações Fiscais); portanto, estima-se que no final do ano, nesses duas últimas décadas teremos computado mais de 2 mil instruções normativas (a partir de janeiro de 2001 se passou a adotar uma numeração contínua e não mais anual).

presente no atual modelo. A segunda instância não está vinculada aos mesmos atos administrativos normativos, do que resulta uma distorção prejudicial para a coerência do sistema. Livre das amarras, em tese, o CARF poderá adotar suas próprias interpretações. A tendência natural é que as decisões em segunda instância discrepem das decisões das DRJ.

Com milhares de atos administrativos normativos⁷⁸⁶, produzidos em insulamento, sendo aplicados pela auditoria fiscal e pelas DRJ, o resultado é o elevado número de créditos cancelados pelo CARF⁷⁸⁷, instituição que além da desvinculação normativa adota um sistema de abertura extrema da tomada de decisão⁷⁸⁸. Enquanto as fases do macroprocesso anteriores são mantidas hermeticamente fechadas, o CARF permite que os interessados nas decisões sejam representados por conselheiros com direito a relatoria dos processos e julgamento.

Portanto, para promover eficiência, racionalidade e conformidade entre a administração tributária e os contribuintes, nossa proposta reposiciona as instâncias revisional e especial como partes de uma mesma instituição, os Conselhos de Regulação Tributária, desvinculando-as da instituição responsável pela constituição dos créditos tributários. Na verdade, a vinculação é no sentido inverso. As interpretações e entendimentos adotados pelos Conselhos de Regulação Tributária, por meio de suas duas atividades (regulação e uniformização das questões jurídicas), devem ser observados por toda a administração tributária.

As modificações no macroprocesso também seriam promovidas na fase de auditoria fiscal para a constituição do crédito tributário. Antes de se tornar devedor com o lançamento tributário, seria oportunizado ao contribuinte impugnar o termo de verificação fiscal junto ao

⁷⁸⁶ Poder-se-ia dizer que as normas complementares são apenas parte da legislação tributária e, assim, poderia haver uma uniformidade nas primeira e segunda instâncias, porque antes de se observarem os atos administrativos normativos se olharia para a parte de cima da "pirâmide". Em tese, a observação é correta, o problema é que a obsessão por atos administrativos normativos, editados em insulamento e às pressas, produziu amarras muito difíceis de o *decisionmaker* da primeira instância se desvencilhar para uma decisão mais coerente e sensível ao caso concreto. BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27/10/1966. Seção 1: "Art. 96. A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes". Nossa proposta é que a regulação permaneça posicionada no centro do sistema, porém com um processo decisório que possibilite a produção de normas mais coerentes, razoáveis e melhor aceitação pelos contribuintes, o que reduziria o elevado grau de litigiosidade.

⁷⁸⁷ Em estatística realizada alguns anos antes da criação do CARF, reconhecia-se que apenas 1/3 dos créditos eram mantidos pelas turmas colegiadas do Primeiro Conselho de Contribuintes. DELGADO, José Augusto. *Reflexões sobre o Processo Administrativo Tributário*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Caderno de pesquisas tributárias – Nova Série nº 05: *Processo Administrativo Tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Atualmente, a proporção é em torno de 50% do total de créditos examinados pelo CARF. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório Final NEF 2009 – Reforma do Processo Administrativo Fiscal Federal (PAF)/CARF*. Eurico Marcos Diniz de Santi (Coord.). São Paulo: FGV, 2009. p. 32.

⁷⁸⁸ Referimo-nos aqui a abertura para que os contribuintes participem, de forma paritária com a administração tributária, do processo de deliberação.

delegado de fiscalização da RFB, com competência para decidir sobre sua improcedência e, portanto, o crédito deixaria de ser constituído. A primeira fase do macroprocesso será examinada ao final do capítulo.

Portanto, na "linha mestra" da estrutura funcional dos Conselhos de Regulação Tributária, a primeira instância seria exercida por tantas Juntas de Recursos Fiscais – JunReF quanto necessárias para a apreciação de todas as questões fáticas e jurídicas suscitadas nos recursos ordinários contra a constituição dos créditos tributários⁷⁸⁹. Na instância especial, exercida pelos Conselhos de Regulação Tributária de acordo com as especialidades nas matérias, seriam apreciados os recursos especiais para a uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária. A finalidade não deixa de ser a mesma da regulação tributária, mas nessa via existe uma atividade judicante exercida por provocação e diante de um caso concreto.

Concretamente, os recursos especiais teriam por pressupostos: a) uma decisão com entendimento ou interpretação divergente de precedente criado por outra Junta de Recursos Fiscais – JunReF; b) alguma questão jurídica comprovadamente controversa na aplicação da legislação tributária, ainda que não tenha formado precedente em outra Junta de Recursos Fiscais – JunReF⁷⁹⁰.

A atividade regulatória seria exercida pelas mesmas composições dos 4 (quatro) Conselhos de Regulação Tributária. A louvável atual divisão do CARF em seções especializadas por tributos é uma característica que eleva o grau de confiança nas decisões, seja pela especialização e experiência acumulada durante do exercício do mandato de conselheiro ou pela estabilidade da jurisprudência.

⁷⁸⁹ Referimo-nos apenas a créditos tributários por simplificação, mas restaria mantida a competência para julgamento de outras demandas como, por exemplo, os pedidos de restituição, ressarcimento e homologação de compensação.

⁷⁹⁰ A comprovação da controvérsia em torno da questão jurídica poderia ser por meio da jurisprudência ou da doutrina, com número de ocorrências que atestem a dúvida na aplicação da legislação tributária. Além dos recursos especiais, competiria aos Conselhos de Regulação Tributária decidirem as reclamações quando não adotados os entendimentos e interpretações pacificados pelas atividades regulatória e judicante.

5.4 A instância especial para uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária

Como já examinamos no *item 4.3.2 do Capítulo 4*, o CARF representa uma segunda opinião após a análise pelas DRJ, *second opinion*⁷⁹¹, sobre o crédito tributário constituído pelo lançamento de ofício. As mesmas questões fáticas e jurídicas são reexaminadas. As provas são reavaliadas e a interpretação jurídica adotada pela primeira instância pode não ser a escolhida. Não houvesse custos ou *trade-offs* com as sucessivas opiniões ou, na dinâmica processual, com as instâncias julgadoras, mantê-las seria sempre oportuno e conveniente.

No entanto, não é o caso. Cada instância criada não funciona sem que novos custos sejam contabilizados, econômicos ou não. Novas opiniões devem ser sempre sopesadas com os custos. A duração prolongada de um processo, por exemplo, pode trazer prejuízos superiores aos ganhos potenciais com supostas necessidades de correção das decisões proferidas em instâncias inferiores. Existe um custo de oportunidade. No *item 5.2 deste Capítulo 5* apresentamos um dado numérico preocupante. Apenas 1,3% da dívida ativa da União são recuperados anualmente⁷⁹². Em um cenário econômico de incerteza e aumento da competitividade, a postergação da cobrança pode significar a insolvência do devedor antes do término do processo administrativo tributário. A longa duração do processo também eleva o endividamento da União. Com receitas correntes⁷⁹³ insuficiente para atender todas as necessidades da sociedade e cumprimento de suas obrigações, custos e encargos, a União terá que emitir títulos públicos para suportar as despesas e investimentos orçamentários.

A escolha pela criação de uma *second opinion*, portanto, deve ser racional, com a consideração de seu custo-benefício. A avaliação passa primeiro pela adequação dos meios empregados para se alcançar os fins desejados, considerando-se as dimensões de utilidade e inutilidade⁷⁹⁴, e após, pela ponderação sincera entre vantagens e desvantagens.

Portanto, em uma escolha racional quanto a manter ou não uma *second opinion* que

⁷⁹¹ A finalidade dos mecanismos de segunda opinião é prover maior legitimidade pelo suposto aumento do grau de certeza das decisões. VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk: The Risks of Deliberation: Second Opinions*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 156: "*second opinion may provide extra legitimacy to the decision or raise the decision maker's certainty that it is correct*". A ideia central seria, então, que a opinião adicional produziria uma decisão melhor. VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk: The Risks of Deliberation: Second Opinions*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 156

⁷⁹² Relatório "PGFN em números". Fonte: https://www.pgfn.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn_em_numeros_final_2_web.pdf. Acesso em: 22/05/2018.

⁷⁹³ BRASIL. Lei nº 4.320, de 17/03/1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal: "Art. 11 A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital. § 1º - São Receitas Correntes as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes".

⁷⁹⁴ POSNER, Richard. "Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law". *Stanford Law Review*, 50:1551, 1997. p. 1551/1552.

reaprecie todas as decisões de primeira instância, tanto das questões fáticas quanto jurídicas, a avaliação deve considerar as decisões carecem tanto assim de uma revisão em todos os seus aspectos. Para o atual desenho da primeira instância se pode considerar que, de fato, haveria necessidade. As DRJ fazem parte da estrutura orgânica do órgão que constituiu o crédito tributário. Dessa forma, submetidas à hierarquia, são obrigadas a observarem em seus julgamentos os atos administrativos normativos de interpretação e aplicação da legislação tributária expedidos pela RFB. Acrescenta-se, também, que as sessões de julgamento são fechadas. O contribuinte interessado é impedido de se defender oralmente ou ao menos de acompanhar o julgamento⁷⁹⁵.

No entanto, caso seja redesenhada a primeira instância para que atenda os valores da imparcialidade, *accountability*, transparência e possua uma deliberação colegiada que incorpore informações relevantes ao processo decisório⁷⁹⁶, conforme exposto no *item 3.4 do Capítulo 3*, nesse caso, permaneceria necessária uma segunda instância para revisão de todas as questões fáticas e jurídicas? Em relação às questões fáticas, entendo que não. Isso pela natureza técnica da atividade de valoração das provas, o que torna a composição de especialistas, que é o caso da primeira instância, mais adequada para apresentar soluções nas questões fáticas do que as composições de juristas⁷⁹⁷. Para a natureza técnica da análise a ser realizada nessa instância, os *decisionmakers* das Juntas de Recursos Fiscais estão no nível mais elevado de especialidade; portanto, as decisões estariam adequadas à capacidade institucional.

Como defendido no *item 3.4 do Capítulo 3*, a concepção de um Estado administrativo tem sentido quando nos preocupamos com a correspondência entre capacidade institucional e competência decisória. As Juntas de Recursos Fiscais são órgãos-agências com *expertise* justificado de autonomia para decidir com melhor potencial de acerto as matérias técnicas

⁷⁹⁵ BRASIL. Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 set. 2011: “Art. 61. *O julgamento de processos sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, e os relativos à exigência de direitos antidumping e direitos compensatórios, compete em primeira instância, às Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento, órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal do Brasil*” (grifos nossos)

⁷⁹⁶ VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy Institutional Design Writ Small*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 4: “I will propose mechanisms that advance four core values of democratic constitutionalism: impartiality, accountability, transparency and deliberation. These values, I suggest, form something like the common ground among democrats of differing stripes”.

⁷⁹⁷ A primeira instância tem mais capacidade institucional para solucionar questões técnicas do que a segunda instância, ocupada com uniformização de teses jurídicas. No que defende Vermeule, essa reserva de competência para a primeira instância representa a oportuna deferência às agências para decidirem sobre questões dessa natureza, considerada sua capacidade institucional. Nesse sentido, Caleb atribui mais confiança aos órgãos especializados para a solução de questões técnicas. VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006. pp. 213-215. NELSON, Caleb. “*Statutory Interpretation and Decision Theory*”. *University of Chicago Law Review*, 74:329, 2007. pp. 340-341.

complexas.

Outra modificação relevante no macroprocesso do crédito tributário para que as valorações da matéria fática pelas Juntas de Recursos Fiscais não necessitem de uma segunda opinião é a incorporação de mecanismos democráticos e de eficiência na auditoria fiscal para a constituição dos créditos tributários. Conforme defendemos no *item 4.2 do Capítulo 4*, o atual sistema inquisitivo deveria ser substituído por um procedimento em que fosse oportunizado ao contribuinte o direito de manifestação antes da lavratura do auto de infração de constituição do crédito e imposição da multa de ofício⁷⁹⁸. Manter o contribuinte em um sistema inquisitivo destoa dos valores democráticos inspiradores da *processualização*⁷⁹⁹ da administração pública participativa como mecanismo de transparência, racionalidade e eficiência.

Uma vez constituído o crédito, o contribuinte já se torna devedor, com todos os reflexos por ele suportados nessa condição⁸⁰⁰. Postergar ao contribuinte sua manifestação é uma privação ao *decisionmaking* pela constituição ou não do crédito tributário de se considerar outros pontos de vista e argumentos além da visão fazendária sobre o crédito tributário, o que agregaria valor ao resultado. Como expusemos no *item 2.2 Capítulo 2*,

⁷⁹⁸ Sempre se adotou o paradigma da constituição bifásica: em uma primeira etapa o crédito é individualizado pelo lançamento de ofício (fase oficiosa) e na seguinte ocorre o seu controle administrativo com a participação do contribuinte (fase processual). A participação do contribuinte na primeira etapa se limita ao atendimento das intimações da fiscalização para a apresentação de livros contábeis, documentos em geral de interesse da administração tributária e para prestar esclarecimentos. Nessa etapa, portanto, o contribuinte não participa da formação do ato administrativo de lançamento tributário, apenas cumpre deveres legais de interesse da administração. TORRES, Ricardo Lobo. A equidade no processo administrativo tributário. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 30. Ano 1976. p. 87. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/web/pge>. Acesso em: 16/06/2014. No atual modelo, portanto, o controle participativo sobre a atividade da administração é exercido apenas após sua realização, um controle *a posteriori*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 1999. p. 576.

⁷⁹⁹ MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 27, 70-72, 81, 89 e 109-110: “A cooperação do interessado nos momentos de preparação do ato final, aumenta a possibilidade de decisão justa, o que torna o processo administrativo um instrumento de garantia prévia dos direitos do cidadão, ou seja, um meio de evitar decisões ilegais ou iníquas”.

⁸⁰⁰ Ainda que o crédito constituído pelo lançamento se mantenha com exigibilidade suspensa até uma decisão definitiva sobre sua procedência (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional: “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: [...] III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo”), existem reflexos negativos imediatos: repercussão negativa junto a investidores quando o valor é expressivo, com repercussão no valor de mercado de suas ações; os acionistas também são prejudicados em seu direito de recebimento dos dividendos pela necessidade de constituição de provisões para contingências fiscais e reservas retidas dos lucros; os empregados também podem ser frustrados em sua expectativa de participação nos lucros e resultados da empresa; e com a submissão à medida cautelar fiscal, parte do patrimônio se torna indisponível, o que implica restrições para o planejamento da vida econômica do contribuinte. Em um caso recente, por exemplo, após decisão do CARF as ações da agência de turismo CVC sofreram a segunda maior queda da Bolsa de Valores de São Paulo. PASSARO, Juliano. *CVC opera como segunda maior baixa do Ibovespa nesta segunda*. Yahoo Finanças, 10/02/2020: *Na última semana, a CVC foi julgada e acabou tendo prejuízo de R\$ 127,6 milhões por conta do Carf entender que a empresa é uma agência de turismo e, dessa forma, possui incidência do PIS/Cofins em sua receita que foi repassada como comissão para as redes de lojas e também aos fornecedores de serviços turísticos*.

nossos julgamentos incorporam ideologias, visão de mundo, política, preconceitos, antipatias, preferências, incentivos, reputação, interesses, constrangimentos, dentre outros elementos não normativos, que poderão ser atenuados quando se provoca o ônus da justificação da decisão.

Portanto, a prévia manifestação do contribuinte antes de se tornar devedor atende a um só tempo a necessidade de legitimidade democrática da decisão e de eficiência do sistema⁸⁰¹. Para o direito administrativo, não é outra a conclusão. Oportunizar a manifestação do interessado antes ou durante a prática do ato ou procedimento é forma de controle administrativo preferível ao controle *a posteriori*⁸⁰², de cunho corretivo e que, portanto, demanda maiores custos e menor confiabilidade do que os meios democráticos de controle pela participação na formação da decisão.

Com um redesenho institucional do macroprocesso que contemple essas modificações na auditoria fiscal para a constituição dos créditos tributários e na primeira instância a ser exercida pelas Juntas de Recursos Fiscais, entendemos que uma segunda opinião sobre questões fáticas no âmbito dos Conselhos de Regulação Tributária representará um custo injustificável. Assim, parece-nos mais adequado que seja mantida apenas a instância especial para a uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária, à semelhança das atuais turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF do CARF.

Embora, de fato, a instância especial atualmente mantida no CARF por meio das turmas da CSRF uniformizem questões jurídicas, o efeito é sempre individual, alcança apenas o interessado. Soluciona para um processo individual a divergência em questão jurídica com outra turma ordinária do CARF⁸⁰³; portanto, não exercem a função de uniformização de alcance geral. Os efeitos das decisões das turmas da CSRF sobre a interpretação que deva prevalecer não se propagam para os demais processos cujo objeto seja a mesma questão jurídica. Dessa forma, contra cada acórdão de turma ordinária ou

⁸⁰¹ Quando enaltecia a prevalência do lançamento por homologação, Ruy Barbosa Nogueira já identificava que nessa modalidade o contribuinte se encontrava mais próximo da administração tributária. Com isso teria uma vigilância mais próxima de seus interesses. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Teoria do Lançamento Tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1965. p. 52.

⁸⁰² O artigo 14 do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972 dispõe que o processo administrativo fiscal é inaugurado com a impugnação contra o lançamento. BRASIL. Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 07/03/1972. Seção 1: “Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento”. TORRES, Ricardo Lobo. *A equidade no processo administrativo tributário*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 30. Ano 1976. p. 87. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/web/pge>. Acesso em: 16/06/2014. No atual modelo de constituição dos créditos tributários pelo lançamento o controle participativo sobre a atividade da administração é exercido apenas após sua realização, um controle *a posteriori*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 1999. p. 576.

⁸⁰³ Cf. nota 10.

especial será interposto recurso especial pela Fazenda Nacional ou pelo contribuinte, já que a decisão da CSRF somente soluciona a divergência para aquele processo por ela anteriormente julgado⁸⁰⁴.

Parece-nos um outro problema de eficiência⁸⁰⁵. Se a questão jurídica não depende da matéria fática em cada caso concreto, em cada processo individual, por que não aplicar a solução encontrada quanto a interpretação e uniformização da interpretação jurídica a todos os processos? Para essa vinculação aos demais processos, o regimento interno do CARF preferiu criar mais uma instância, um Pleno da CSRF.

Em mais uma análise racional de *second opinion*, menos razão prospera nessa escolha. Os conselheiros do Pleno são os mesmos que compõem as turmas da CSRF; portanto, em sua forma tradicional, sequer seria uma segunda opinião, mas a mesma opinião do conselheiro, agora com uma composição ampliada e, assim, com uma nova contagem de votos. A existência de uma instância para produzir um efeito geral não se justifica. Sendo uma questão numérica, bastaria então estender a solução quando o somatório de votos nas turmas da CSRF atingisse o quorum exigido de 3/5 do total de conselheiros nas turmas⁸⁰⁶.

Na verdade, a existência da necessidade dessa instância busca atender uma avaliação de conveniência de que determinado entendimento jurídico seja aplicado a toda a administração tributária ou apenas a determinado processo, o que a nosso ver não se coaduna com imperativos de transparência e *accountability*. Uma solução em alguma questão *fática* que seja restrita a um único processo não causa desequilíbrio tão elevado entre contribuintes quanto a falta de solução com efeito geral quando a divergência é de interpretação da

⁸⁰⁴ Foi implementado no CARF um mecanismo para reunião de todos os processos com a mesma e única questão jurídica a ser apreciada. A solução para o recurso paradigma se aplicaria a todos os processos selecionados. Embora seja uma iniciativa no sentido do que defendemos, ainda não é uma solução com a amplitude por nós defendida. No caso vigente, a solução não se aplicará aos processos que não tenham sido incluídos no lote de recursos repetitivos. Outro problema é que o mecanismo não pode ser utilizado pela maioria dos processos, ou seja, com mais de uma questão jurídica para ser solucionada. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: "Art. 47 [...] 1º Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, será formado lote de recursos repetitivos e, dentre esses, definido como paradigma o recurso mais representativo da controvérsia".

⁸⁰⁵ E com o elevado número de turmas hoje existentes e a desvinculação delas às decisões da CSRF, sempre serão produzidos novos acórdãos com a mesma divergência de tese jurídica, o que revela pouca exploração do potencial que tem a atual CSRF. Em nossa proposta, o novo enfoque é a uniformização, sempre com efeitos vinculantes.

⁸⁰⁶ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: "Art. 27. O Pleno da CSRF, composto pelo presidente e vice-presidente do CARF e pelos demais membros das turmas da CSRF, reunir-se-á quando convocado pelo Presidente do CARF para deliberar sobre matéria previamente indicada [...] Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF. §1º Compete ao Pleno da CSRF a edição de enunciado de súmula quando se tratar de matéria que, por sua natureza, for submetida a 2 (duas) ou mais turmas da CSRF [...] § 3º As súmulas serão aprovadas por, no mínimo, 3/5 (três quintos) da totalidade dos conselheiros do respectivo colegiado".

legislação tributária. Nesse caso, em uma livre concorrência, haverá contribuintes em situação mais vantajosa do que outros.

Nossa proposta quanto a instância especial nos Conselhos de Regulação Tributária inibe esse problema. Serão 4 (quatro) composições, sem coincidência de competência entre elas. A quarta composição colegiada, ausente na CSRF, seria competente para as matérias gerais de direito tributário e outras questões jurídicas⁸⁰⁷, de forma que não existam divergências entre turmas, o que torna desnecessária uma nova instância para uniformização de divergências.

Ainda que, eventualmente, esse problema venha acontecer, lembramos que os Conselhos de Regulação Tributária reúnem as atividades de regulação e instância especial de uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária, que se influenciam entre si. Uma vez uniformizada alguma questão jurídica, tanto pode vir a ser incorporada aos atos normativos quanto também pode suscitar uma revisão normativa.

Afinal, como defendemos no *item 3.3 do Capítulo 3*, o sistema *common law* contribui para nossa proposta de desenho institucional do macroprocesso do crédito tributário. Uma análise de interpretação da prescrição legal se torna mais completa quando contextualizada pelos fatos, notadamente em questões de ordem técnica, pródigas no direito tributário. Nos casos mais complexos, a melhor solução de interpretação não será encontrada apenas diante de um sistema normativo complexo e confuso. Daí é possível que em uma solução de uniformização da interpretação à prescrição legal tributária, o conselheiro identifique a necessidade de revisão do ato normativo produzido na atividade regulatória.

Por essas razões, entendemos que um *second opinion* sobre questões fáticas no âmbito dos Conselhos de Regulação Tributária (em nossa proposta para o macroprocesso já contempla uma revisão ampla do trabalho de auditoria fiscal pelo delegado de fiscalização por meio da impugnação ao termo de verificação fiscal) não se justifica.

Concentradas suas atividades como instância especial, os Conselhos de Regulação Tributária melhor contribuiriam para a segurança jurídica e a desobstrução de nossos tribunais com litígios que poderiam ser solucionados no âmbito da administração tributária. Esse é um outro papel institucional importante, a contribuição com todas as instâncias judiciais no sentido de se produzirem créditos tributários com elevado grau de certeza e

⁸⁰⁷ Cada uma das 3 (três) turmas da CSRF julgam matérias específicas, mas existem também as matérias gerais do direito tributário que se aplicam a todos os tributos. Daí a possibilidade de divergência entre as turmas. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: “Art. 72. [...] §2º As turmas da CSRF poderão aprovar enunciado de súmula que trate de matéria concernente à sua competência”.

liquidez.

5.5 A composição colegiada dos Conselhos de Regulação Tributária e seus mecanismos de legitimação democrática do processo decisório

No atual macroprocesso do crédito tributária existem três modalidades de *decisionmakers*: na auditoria fiscal para a constituição dos créditos tributários e na regulação/regulamentação pela COSIT as decisões são *monocráticas*; na primeira instância revisora dos créditos tributários, exercida pelas DRJ, as decisões são *colegiadas, mas por deliberação interna*, em sessões sem participação de contribuintes; e na segunda instância ou instância especial, exercidas no âmbito do CARF, *as composições colegiadas são paritárias* e por representação, com igual número de representantes da fazenda e dos contribuintes⁸⁰⁸.

Apresentamos nos *itens 2.3 do Capítulo 2 e 4.2.2 do Capítulo 4*, as diferentes perspectivas, experiências e pontos de vista contribuem para melhores respostas ou soluções⁸⁰⁹. As vantagens obtidas com a deliberação dialética nas decisões políticas de interesse coletivo já era exaltada por Aristóteles⁸¹⁰. Cada cidadão daria sua contribuição ao agregar sua parcela de bondade e prudência moral⁸¹¹. A deliberação seria para Aristóteles um instrumento democrático por meio do qual as pessoas compartilhariam as informações que possuem, de uma forma que o grupo como um todo saiba mais do que qualquer um de seus membros individualmente⁸¹².

A partir dessa necessidade com a legitimação democrática das decisões, de fato, os *decisionmakings* não podem ser hermeticamente fechados à contribuição dialética daqueles

⁸⁰⁸ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: "Art. 1º O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, tem por finalidade julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância, bem como os recursos de natureza especial, que versem sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) [...] Art. 23. As Turmas de Julgamento são integradas por 8 (oito) conselheiros, sendo 4 (quatro) representantes da Fazenda Nacional e 4 (quatro) representantes dos Contribuintes".

⁸⁰⁹ SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015. posições: 1776-1778.

⁸¹⁰ ARISTOTLE. *Politics*. London: Oxford University Press, 1972 *apud* VERMEULE, Adrian. *Many-Minds Arguments in Legal Theory*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008. p. 12: "For each individual among the many has a share of excellence and practical wisdom, and when they meet together, just as they become in a manner one man, who has many feet, and hands, and senses, so too with regard to their character and thought".

⁸¹¹ *Ibid.* p. 123: "all come together[...] they may surpass - collectively and as a body, although not individually - the quality of the few best [...] When there are many who contribute to the process of deliberation, each can bring his share of goodness and moral prudence; [...] some appreciate one part, some another, and all together appreciate all".

⁸¹² Vê-se que o procedimento de agregação das informações de cada indivíduo tem uma finalidade epistêmica. VERMEULE, Adrian. *Collective Wisdom and Institutional Design*. n.ºs. 08-22. Massachusetts: Harvard Public Law Working Paper, 2008. pp. 02-03.

que podem agregar informação e outras qualidades ao processo decisório. Essa abertura também não poderá ser apenas formal, sem efetividade para influenciar a decisão.

Quando um processo decisório é processualizado⁸¹³ com mecanismos adequados, próprios de uma ação comunicativa e não de uma ação estratégica⁸¹⁴. A teoria da ação comunicativa prestigia a participação mais ativa e igualitária de todos os interessados para a construção do melhor resultado, o que mais se aproxima da almejada justiça⁸¹⁵; entretanto, uma abertura democrática com inserção dos próprios interessados na posição de *decisionmakers*, parece-me um exagero. E de fato, acaba se fazendo necessário que a administração tributária crie espécies de "antídotos" para conter uma consequência natural - a prevalência de interesses econômicos dos contribuintes sobre o interesse público de arrecadação de tributos.

No *item 4.4 do Capítulo 4* procuramos demonstrar isso, que a representação paritária, mantida no CARF até os dias de hoje, sempre se apresentou como um instrumento de colaboração dos contribuintes para que as interpretações da legislação tributária não ficasse "confinadas" ao viés fazendário, uma experiência bem-sucedida de participação democrática da sociedade nas discussões sobre a interpretação e aplicação da legislação tributária federal.

Embora essa participação tenha sido na forma de posicionar os representantes dos contribuintes nas próprias composições colegiadas decisórias, a administração tributária nunca renunciou ao controle do processo decisório, seja por meio do voto de desempate reservado aos contribuintes representantes da fazenda, seja por outros mecanismos mais sutis inseridos no regimento interno⁸¹⁶.

⁸¹³MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 27, 70-72, 81, 89 e 109-110: "A cooperação do interessado nos momentos de preparação do ato final, aumenta a possibilidade de decisão justa, o que torna o processo administrativo um instrumento de garantia prévia dos direitos do cidadão, ou seja, um meio de evitar decisões ilegais ou iníquas".

⁸¹⁴ Em sua teoria do discurso, Habermas diferencia ação comunicativa da ação estratégica. Enquanto no último o "ator influi sobre o outro empiricamente, mediante a ameaça de sanções ou promessa de gratificações, a fim de conseguir o prosseguimento desejado de uma interação", ou seja, uma orientação para o êxito, a ação comunicativa é orientada para a compreensão intersubjetiva, que alcança sua plenitude no exercício sem barreiras da comunicação. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 162, 206.

⁸¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de La acción comunicativa*. Vol. II – Crítica de La razón funcionalista. Trad. M. Jiménez. Madrid: Taurus, 1987. p. 211-215.

⁸¹⁶ O mandato de todos os conselheiros representantes dos contribuintes tem duração de 2 anos, sujeito a duas reconduções. A avaliação sobre a recondução do conselheiro é da competência do Comitê de Acompanhamento, Avaliação e Seleção de Conselheiros - CSC. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: "Art. 40. *Os conselheiros do CARF serão designados pelo Ministro de Estado da Fazenda, com mandato de 2 (dois) anos [...]* § 2º *É permitida a recondução de conselheiro, titular e suplente, desde que o tempo total de exercício no mandato não exceda ou venha a exceder 6 (seis) anos, ressalvada a hipótese em que o conselheiro exerça encargo de Presidente de Câmara, de Vice-Presidente de Câmara, de Presidente de Turma ou de Vice-Presidente de Turma, cujo prazo máximo será de 8 (oito) anos. (Redação dada pela Portaria MF nº 153, de 2018)[...]Anexo*

De certo, não fossem esses mecanismos de controle sobre as decisões, poder-se-ia conceber os representantes dos contribuintes como verdadeiros julgadores, mas não seria propriamente essa a natureza jurídica efetiva de sua participação. Ela deve ser analisada em seu conjunto e não isoladamente, mesmo que formalmente os representantes dos contribuintes tenham direito a voto e componham o colegiado em igual número que representantes fazendários. Na prática, representantes dos contribuintes são importantes colaboradores com o processo decisório por agregarem informações e experiências próprias de um viés diferente do interesse fazendário.

Essa forma de colaboração pela introdução de representantes dos interessados na composição colegiada não existe em outras atividades do Estado⁸¹⁷. Acreditamos que a representação paritária tenha sido uma decorrência do desequilíbrio do sistema quando considerada a complexidade das questões tributárias, de um lado, e a incapacidade técnica de uma autodefesa pelo contribuinte, de outro. Explico. As questões tributárias têm um grau elevado de complexidade técnica e especialização, tanto ou mais quanto as agências reguladoras. Acontece que a RFB é uma instituição "fechada" ao contribuinte em todas as suas atividades, inclusive a regulação/regulamentação e a constituição do crédito pelo lançamento de ofício. E com a complexidade das questões tributárias em discussão, haveria a necessidade na construção da certeza e liquidez dos créditos tributários de que o CARF, como instância revisora, possibilitasse um debate mais amplo em seu *decisionmaking*. Do contrário, o título seria formado com elevada unilateralidade. Como não é obrigatória a defesa técnica em processos administrativos, a opção escolhida foi a abertura do sistema por meio da representação de contribuintes nas próprias composições colegiadas do CARF.

Essa seria, assim, a necessidade. Como instâncias administrativas, desde a constituição do crédito pela auditoria fiscal até o julgamento definitivo pela CARF, não se exige do contribuinte a representação por uma defesa técnica, a ser conduzida por um advogado tributarista. Ele mesmo pode fazer sua defesa escrita e oral. A autodefesa pelo

III Art. 3º O CSC é composto por 1 (um) representante de cada um dos seguintes órgãos: I - do CARF, representado por seu Presidente, que presidirá o Comitê; II - da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - RFB, indicado pelo Secretário Especial da Receita Federal do Brasil; III - da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), indicado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional; IV - das Confederações representativas das categorias econômicas de nível nacional, que poderão indicar profissional com notório conhecimento de direito tributário ou de contabilidade; V - da sociedade civil, designado pelo Ministro de Estado da Economia; e VI - da Ordem dos Advogados do Brasil. § 1º O Presidente do CARF é membro nato do CSC e detém o voto de qualidade. "

⁸¹⁷ No caso das agências reguladoras, embora sejam nomeados para Conselho Diretor profissionais tanto do setor público quanto do setor privado, não existe uma relação de representação formal dos interesses de grupos econômicos, profissionais ou da sociedade. BRASIL. Lei nº 9.986, de 18/07/2000. Diário Oficial da União – DOU de 19/07/2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências.

leigo, na maioria das vezes exercida pela falta mesmo de condições financeiras para contratação de profissional especializado, deixaria o contribuinte em situação muito desfavorável na demonstração de seu direito⁸¹⁸. As instâncias administrativas têm como uma de suas virtudes a aplicação do princípio da verdade material. Espera-se que o interesse fazendário não se sobreponha ao justo e correto. Nesse sentido, o princípio se traduz no compromisso com a correta aplicação da lei⁸¹⁹ e não com a maximização da arrecadação tributária⁸²⁰.

A presença dos conselheiros representantes dos contribuintes teria essa finalidade, um instrumento para suprir a insuficiência técnica do contribuinte leigo. Seria propriamente um mecanismo de legitimação democrática e justiça, no mesmo sentido em que Habermas discorre sobre ação comunicativa orientada para a compreensão dialética no processo decisório⁸²¹. Os conselheiros representantes dos contribuintes exerceriam, assim, um papel institucional fundamental de trazer para a discussão com os conselheiros representantes da fazenda outros pontos de vista e argumentos além da visão fazendária sobre o crédito tributário, agregando valor ao *decisionmaking*⁸²². Contudo, entendemos que existem outras formas mais efetivas e racionais de atender a necessidade de legitimação do macroprocesso do que a adoção de uma representação paritária. Esse ponto será abordado mais adiante.

Justamente pela sua característica "fechada" ao contribuinte, outra opção no desenho institucional do macroprocesso foi não permitir que a própria RFB exercesse a segunda instância. Com a escolha pela representação paritária nas composições colegiadas, não haveria espaço para aceitá-la dentro da estrutura burocrática hierárquica da RFB. No âmbito do macroprocesso do crédito tributário, haveria assim uma instituição segregada para exercer a segunda instância, o CARF.

⁸¹⁸ Na prática, os casos em que o próprio contribuinte faz sua defesa se restringem aos processos relativos a cobrança de tributos contra pessoas físicas com reduzida capacidade econômica.

⁸¹⁹ MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 131: "O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos". SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Dos Recursos Fiscais: Regime Jurídico e Efeitos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983. p. 47: "Contrariamente ao princípio da verdade formal em que o julgador vai decidir a questão conforme as provas que as partes juntem no processo, o princípio da verdade material exige que a autoridade administrativa investigue "de ofício" a verdade dos fatos, produzindo as provas correspondentes a estes fatos verdadeiros". BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1999. p. 122. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Teoria do Lançamento Tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1965. p. 137-138.

⁸²⁰ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Op. cit. p. 49.

⁸²¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Vol. II – Crítica de la razón funcionalista. Trad. M. Jiménez. Madrid: Taurus, 1987. p. 211-215.

⁸²² RYFE, David. Does deliberative democracy work? *Annu. Rev. Polit. Sci.* 2005. 8:49–71 doi: 10.1146/annurev.polisci.8.032904.154633. p. 52: "Individuals confronted by a greater diversity of ideas, either in the context of their own social networks or in face-to-face discussions with strangers, tend to be more open-minded, to learn more from others, and to engage in a deeper consideration of issues—in short, to be more deliberative".

Entre as atividades exercidas por essas instituições merecem destaque a regulação/regulamentação e instância especial na uniformização pela via judicante⁸²³. Ambas as atividades têm como propósito último a criação de regras de observância geral. Interessa também notar, como discorreremos no *item 3.3 do Capítulo 3*, que essas atividades atuam em "via dupla". Em um julgamento na instância especial, inicialmente, serão pesquisados nos atos normativos os preceitos gerais e os casos análogos aplicáveis. E na outra via, as reiteradas decisões sobre questões recorrentes também provocarão a normatização da matéria, o que confere racionalidade ao sistema. Em momentos distintos as atividades serão complementares entre si, tal como ocorre nas agências reguladoras com atividades regulatória e judicante.

No entanto, inexistente essa coordenação no âmbito do macroprocesso do crédito tributário. A instância especial para a uniformização de questões jurídicas é exercida pelas turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF do CARF e a atividade de regulação/regulamentação pela Coordenação-Geral do Sistema de Tributação – COSIT, órgão da estrutura hierárquica da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - RFB.

Como vimos, a opção pela segregação dessas atividades ocorre pela burocracia hierárquica da RFB, historicamente mantida "fechada" à participação da sociedade em seus processos decisórios. O que se desenha como alternativa viável em nossa proposta é que essas duas atividades, regulação/regulamentação e instância especial para a uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária, sejam concentradas nos Conselhos de Regulação Tributária. Nesse caso, a abertura para participação dos contribuintes seria por meio dos mecanismos de legitimação democrática dos processos decisórios das agências reguladoras, em substituição da representação paritária inserida no bojo da composição colegiada⁸²⁴.

Nossa explicação, portanto, para o não acolhimento da composição paritária de representantes dos contribuintes em nossa proposta de redesenho institucional do

⁸²³ No âmbito das agências reguladoras, as atividades de regulação e judicante do interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados são desempenhadas pela mesma composição colegiada, conselho diretor ou a diretoria colegiada.

⁸²⁴ As audiências e consultas públicas seriam as mais importantes, mas também haveria a possibilidade de se estabelecer outros meios de participação. BRASIL. Lei nº 13.848, de 25/06/2019. Diário Oficial da União – DOU de 26/06/2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras: "Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados [...] Art. 10. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante [...] Art. 11. A agência reguladora poderá estabelecer, em regimento interno, outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas".

macroprocesso do crédito tributário é a inviabilidade no plano da efetividade material desse instrumento supostamente voltado para a legitimação democrática do processo decisório. Entendo que embora formalmente os representantes dos contribuintes tenham direito a voto, o entendimento nele contido somente será aplicado com a anuência dos representantes da fazenda, o que macula por completo a ideia de equilíbrio entre fazenda e contribuintes, subjacente à paridade, onde conceitualmente não há sentido a existência de controle de um sobre o outro⁸²⁵.

Quando analisado o resultado de sua atuação prática, conclui-se que o conselheiro representante dos contribuintes não é propriamente um *decisionmakers*⁸²⁶. O voto de qualidade do presidente de turma, que sempre será um conselheiro representante da fazenda⁸²⁷, e outros mecanismos de controle introduzidos no regimento interno do CARF, naturalmente, leva-nos a conclusão de que a participação dele não se equipara ao poder decisório reservado à administração tributária, ainda que lhe seja permitido o direito de

⁸²⁵ O controle da administração tributária sob a decisão final é uma necessidade e isso deve ser informado à sociedade de forma sincera e transparente, sem espaço para hipocrisia normativa. O que, naturalmente, tem gerado controvérsias. COELHO, Gabriela. *Câmara vai votar PL que extingue voto de desempate do Carf. Consultor Jurídico*. São Paulo, 28/05/2019. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 02/01/2020: "O presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, aprovou o regime de urgência para o Projeto de Lei 6064/16, que acaba com o voto de qualidade no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf)". Caso aprovada a proposta legislativa e mantida a representação paritária, incorreríamos na transferência do controle da administração fazendária para o controle dos contribuintes interessados economicamente na decisão do órgão. Os riscos seriam elevados, uma espécie de "anarquia dos contribuintes", com violação seletiva do dever fundamental de pagar impostos. A expressão "dever fundamental de pagar impostos" foi adotada por Nabais. NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 391. O argumento principal para a extinção do "voto de qualidade" repousa na regra legal pelo favorecimento do contribuinte nos casos de dúvida. BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Diário Oficial da União – DOU de 26/10/1966: "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". Não entendemos nesse sentido. Um acórdão julgado por "voto de qualidade" não necessariamente caracteriza dúvida quanto à procedência do crédito, apenas denuncia uma impropriedade do modelo paritário adotado de *decision making*. As divergências na votação, raramente, são entre votos de mesma representação, fazenda e contribuintes. O empate acontece porque são em igual número de membros defendendo seus interesses. Dele não se inferi dúvida, inferi-se a presença de um grau insuficiente de imparcialidade que precisa ser solucionado pelo redesenho institucional do macroprocesso do crédito tributário. Também se deve considerar que as questões tributárias são técnicas e de elevada complexidade, o que torna a dúvida uma constante. Assim, ao se relacionar empate na votação com dúvida sobre o crédito tributário prevaleceriam os resultados em favor dos contribuintes na maioria dos casos, o que não parece coerente com nosso sistema tributário.

⁸²⁶ A expressão "tomador de decisão" adotada pela teoria institucional norte-americana é adequada para caracterizar agentes da administração pública com poder decisório sobre assuntos do interesse de particulares. VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. p. 6.

⁸²⁷ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: "Art. 14 [...] Parágrafo único. O presidente e o vice-presidente das turmas ordinárias serão designados, respectivamente, dentre os conselheiros representantes da Fazenda Nacional e dos Contribuintes que as compõem".

voto⁸²⁸.

Por todas essas razões, nossa proposta de desenho institucional para o macroprocesso do crédito tributário não contempla a representação paritária. Em seu lugar, a instância especial dos Conselhos de Regulação Tributária para uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária contará com mecanismos de legitimação democrática mais adequados e sinceros, nos moldes adotados pelas agências reguladoras. Por meio de *consulta pública*⁸²⁹, os contribuintes interessados em determinada questão tributária, submetida a regulação ou uniformização, poderão se manifestar com pontos de vista, argumentos, fundamentos jurídicos, informações, estudos técnicos e tudo mais que possa agregar valor ao *decisionmaking*. Os Conselhos de Regulação Tributária também poderão convocar *audiência pública* para formação de juízo e tomada de decisão sobre as questões mais complexas e relevantes. Nessa modalidade, seriam convidadas OAB, instituições acadêmicas, associações de âmbito nacional, confederações representativas de categoria econômica ou profissional e outras entidades com especialização em questões tributárias. Outro instrumento importante de dialética e que muito se aproxima da representação de contribuintes na instituição é a formação de conselhos consultivos integrado por especialistas com notório conhecimento em matérias de interesse da instituição. Seria formado um conselho consultivo permanente para cada um dos 4 (quatro) dos Conselhos de Regulação Tributária, com função opinativa, compreendendo, inclusive, análise e discussão sobre as interpretações e teses, seus impactos

⁸²⁸ Não pretendemos que nossa proposta incorpore em seu desenho institucional qualquer mecanismo formal que não corresponda materialmente aos fins a que se destina. Existem outros instrumentos de legitimação democrática das decisões estatais, mais atuais e comprovadamente efetivos para a consecução das virtudes de uma deliberação participativa. As agências reguladoras vêm ampliando seus instrumentos de participação da sociedade em seus *decisionmakings*: conselhos consultivos, audiências públicas e consultas públicas. BRASIL. Lei nº 13.848, de 25/06/2019. Diário Oficial da União – DOU de 26/06/2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras: "*Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados [...] Art. 10. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante [...] Art. 11. A agência reguladora poderá estabelecer, em regimento interno, outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas*".

⁸²⁹ Embora desacompanhada dos meios próprios para que efetivamente os contribuintes possam dela se utilizar e influenciar na regulação tributária, a administração tributária já havia previsto a possibilidade de consulta pública prévia à elaboração dos atos administrativos normativos. A Portaria RFB nº 35, de 07/01/2015 possibilita que contribuintes apresentem sugestões por meio de entidades representativas da sociedade civil. A incorporação nos Conselhos de Regulação Tributária de mecanismos dessa natureza, e que efetivamente funcionem, seria uma alternativa substituta da representação paritária nas composições colegiadas, dispensada, de forma sincera, a presença direta dos interesses diretos dos contribuintes na fase de decisão. BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Portaria RFB nº 35, de 07/01/2015. Diário Oficial da União – DOU de 08/01/2015. Dispõe sobre a divulgação de minutas de ato normativo para contribuições pública: "*Art. 1º A Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) poderá disponibilizar consulta pública sobre minutas de Instruções Normativas para que sejam apresentadas sugestões visando ao seu aperfeiçoamento, antes de sua edição*".

e benefícios⁸³⁰.

Ainda em contrapartida à supressão da representação paritária, remetemos ao mecanismo do "véu da incerteza", *item 5.3 deste Capítulo 5*. Não é propriamente para a legitimação democrática do processo decisório, mas promoveria no âmbito dos Conselhos de Regulação Tributária expressiva elevação do grau de neutralidade e imparcialidade. Sendo a finalidade da instância especial uniformizar a interpretação e aplicação da legislação tributária, uma aplicação do mecanismo seria a subtração de informações desnecessárias, mas possíveis de produzirem uma decisão enviesada por "despertarem" nosso lado humano⁸³¹, limitando o racional.

Dentre as informações que fazem parte do conjunto fático do processo consta o valor do crédito tributário submetido a julgamento pela instância especial. Quando os valores são elevados⁸³², os conselheiros podem ser afetados; afinal, a informação carrega uma mensagem de que o processo tem especial interesse para a administração tributária. A consequência para o *decisionmaking* é que esses processos prioritários pelo seu elevado valor não terão o mesmo grau de neutralidade e imparcialidade do que os demais. Em uma ponderação entre a disponibilização do conjunto fático do processo para uma decisão mais precisa ou pela sua subtração da informação de que o valor do crédito envolvido é elevado, entendemos que deva prevalecer a promoção da neutralidade e imparcialidade dos conselheiros. De fato, a informação deve ser vestida com o "véu da incerteza".

⁸³⁰ Em síntese, com variações, pode-se dizer que nossa proposta substitui a representação paritária na composição colegiada da instância pelos mecanismos adotados pelas agências reguladoras e outras instituições públicas sensíveis com à legitimação democrática de suas decisões. BRASIL. Lei nº 13.848, de 25/06/2019. Diário Oficial da União – DOU de 26/06/2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras: "Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados [...]" Art. 10. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante [...]" Art. 11. A agência reguladora poderá estabelecer, em regimento interno, outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas".

⁸³¹ De acordo com as teorias da racionalidade limitada (*bounded rationality*) e da decisão, as decisões enviesadas podem ser compreendidas como todas que em sua formação sofreram influência significativa de fatores e aspectos não racionais: heurísticas, vieses, aversões, preconceitos, empatias, emoções, sentimentos, preferências e interesses (*itens 1.3 do Capítulo 1 e item 2.2 do Capítulo 2*).

⁸³² De acordo com o regimento interno do CARF, é considerado crédito de valor elevado aquele que seja superior a R\$ 15 milhões. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria CARF nº 57, de 04 de abril de 2016. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/boletim-de-servicos-carf>: "Dispõe sobre prioridade para sorteio, relatoria e julgamento de processo administrativo fiscal [...]" Art. 2º O sorteio para relatoria e julgamento de processo administrativo fiscal atenderá as prioridades estabelecidas neste ato [...]: §1º [...] considera-se prioritário o processo que: [...] II - trate da exigência de crédito tributário ou tenha por objeto compensação de débito de valor superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais)".

5.6 O funcionamento da instância revisional dos Conselhos de Regulação Tributária

Nossa proposta para o macroprocesso do crédito tributário contempla uma instância revisional e uma instância especial para uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária. Essa última, descrita *no item 5.4*, acima. Ainda na fase de auditoria fiscal também haveria um reexame antes da constituição do crédito tributário. O contribuinte teria a oportunidade de impugnar o termo de verificação fiscal junto ao delegado de fiscalização da RFB, que decidiria pela sua procedência ou não. Essa fase *pré processual* de manifestação do contribuinte atende aos ditames pela superação do sistema inquisitivo no procedimento de auditoria fiscal⁸³³, além de ganho em eficiência com a elevação do grau de certeza e liquidez dos créditos constituídos, o que "desafogará" em certa medida a fase processual⁸³⁴. Outra vantagem para o macroprocesso é tornar prescindível uma *second opinion* que reaprecie nos Conselhos de Regulação Tributária todas as decisões da instância revisional, tanto questões fáticas quanto jurídicas⁸³⁵.

A instância revisional ou primeira instância seria exercida pelas Juntas de Recursos Fiscais – JunReF, distribuídas pelas regiões fiscais e substitutas das atuais DRJ, com atribuições para examinar todas as questões fáticas e jurídicas dos processos administrativos fiscais⁸³⁶. Consequentemente, ficariam extintas as atuais turmas ordinárias do CARF⁸³⁷ e as

⁸³³ Conforme defendemos no item 4.2 do *Capítulo 4*, o sistema inquisitivo preconizou o paradigma da constituição bifásica dos créditos tributários: na primeira etapa o crédito é individualizado pelo lançamento de ofício (fase oficiosa e inquisitiva) e na seguinte, procede-se sua revisão com a participação do contribuinte por meio de impugnação e recursos (fase processual). Nessa etapa inicial, portanto, o contribuinte apenas cumpre deveres legais de interesse da administração. TORRES, Ricardo Lobo. A equidade no processo administrativo tributário. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 30. Ano 1976. p. 87. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/web/pge>. Acesso em: 16/06/2014. No atual modelo, portanto, o controle participativo sobre a atividade da administração é exercido apenas após sua realização, um controle *a posteriori*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 1999. p. 576..

⁸³⁴ Um outro problema para o macroprocesso é o elevado grau de "litigiosidade" causado pela complexidade do sistema tributário. Em levantamento realizado pelo CARF em Outubro de 2019, apurou-se um acervo em torno de 118 mil processos, totalizando aproximadamente R\$ 688 bilhões em valores de créditos constituídos e pendentes de revisão. BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/dados-abertos/relatorios-gerenciais/outubro-2019-2.pdf>. Acesso em: 10/12/2019.

⁸³⁵ Com um redesenho institucional do macroprocesso que contemple essas modificações na auditoria fiscal para a constituição dos créditos tributários, a segunda opinião sobre questões fáticas no âmbito dos Conselhos de Regulação Tributária representaria um custo injustificável. As Juntas de Recursos Fiscais são órgãos-agências com *expertise* para decidir com potencial acerto e precisão as matérias técnicas complexas.

⁸³⁶ No âmbito da Previdência Social, a primeira instância recursal é exercida pelas Juntas de Recursos do Conselho de Recursos do Seguro Social, fora da estrutura do INSS, autarquia responsável pela decisão submetida a revisão. BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Conselho de Recursos do Seguro Social– CRPS. Portaria nº 116, de 20/03/2017. Diário Oficial da União – DOU de 23/03/2017. Aprova o Regimento Interno: “Art. 1º O Conselho de Recursos do Seguro Social - CRSS, colegiado integrante da estrutura do Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário - MDSA, é órgão de controle jurisdicional das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, nos processos de interesse dos beneficiários e das empresas, nos casos previstos na legislação [...] Art. 2º O CRSS tem a seguinte estrutura: I - ÓRGÃOS COLEGIADOS: 1. Conselho Pleno; 2. Quatro Câmaras de Julgamento; 2.1. Quatro Serviços de Secretaria de Câmara de Julgamento; 3. Vinte e nove Juntas de Recursos [...]”.

DRJ⁸³⁸.

Como apresentamos no *item 4.2.1.1 do Capítulo 4*, a proporção de decisões de primeira instância reformadas ou modificadas pelas turmas de julgamento do CARF (ordinárias e de instância especial) é bastante elevada⁸³⁹. De certo que essa realidade suscita uma discrepância entre as duas instâncias, o que gera ineficiência ao macroprocesso quando consideramos que as questões reexaminadas em segunda instância poderiam ter sido revistas anteriormente, antes de longos anos de tramitação⁸⁴⁰.

Com a preocupação de melhorar a sinergia entre as instâncias é que inserimos as Juntas de Recursos Fiscais – JunReF como parte integrante dos Conselhos de Regulação Tributária - ConReT. É uma proposta que promoveria autonomia para os julgamentos em

⁸³⁷ As turmas ordinárias do CARF reapreciam todas as questões fáticas e jurídicas objeto dos créditos tributários, reexaminadas pela primeira instância. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: "Art. 1º O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, tem por finalidade julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância, bem como os recursos de natureza especial, que versem sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB)".

⁸³⁸ As DRJ foram criadas pela Lei nº 8.748, de 09/12/93 com a finalidade de conferir especialização técnico-jurídica à revisão do lançamento. Antes era a própria delegacia de fiscalização que realizava o lançamento tributário e também promovia a sua revisão. É um precedente à nossa proposta de que na fase de auditoria fiscal se promova um reexame da procedência ou não do termo de verificação fiscal, antes da constituição do crédito tributário. BRASIL. Lei nº 8.748, de 09 de dezembro de 1993. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10/12/93.

⁸³⁹ Em estatística realizada alguns anos antes da criação do CARF, reconhecia-se que apenas 1/3 dos créditos eram mantidos pelas turmas colegiadas do Primeiro Conselho de Contribuintes. DELGADO, José Augusto. *Reflexões sobre o Processo Administrativo Tributário*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Caderno de pesquisas tributárias – Nova Série nº 05: *Processo Administrativo Tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Atualmente, a proporção é em torno de 50% do total de créditos examinados pelo CARF. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório Final NEF 2009 – Reforma do Processo Administrativo Fiscal Federal (PAF)/CARF*. Eurico Marcos Diniz de Santi (Coord.). São Paulo: FGV, 2009. p. 32.

⁸⁴⁰ De acordo com o último relatório de gestão do CARF, a temporalidade média para julgamento dos recursos voluntários e de ofício pelas turmas ordinárias (com as modificações propostas para a auditoria fiscal e para primeira instância, nosso redesenho para o macroprocesso do crédito viabiliza a extinção das turmas ordinárias) supera 5 anos de espera; e nas turmas da CSRF, onde se procura a uniformização de teses jurídicas, aguardam-se mais de 2 anos. Quando consideramos que a auditoria fiscal dispõe de 5 anos como prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários e a primeira instância mantém a mesma média de temporalidade do CARF, de 5 anos, estamos falando de um tempo total 17 (dezesete anos), desde o surgimento da obrigação tributária com a ocorrência dos fatos geradores de tributo até a constituição definitiva do crédito tributário ao final do processo administrativo tributário. Definitivamente, é um sistema que não se sustenta. BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/dados-abertos/relatorios-gerenciais/outubro-2019-2.pdf>. Acesso em: 10/12/2019. No último estudo realizado pelo SEBRAE, constatou-se que a taxa de mortalidade das empresas brasileiras nos 2 primeiros anos de atividade é aproximadamente de 25%. SEBRAE. *Sobrevivência das Empresas no Brasil*. Brasília: Coleção estudos e pesquisas, 2013. p. 19. Disponível em: <https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos>. Acesso em: 03/01/2020. Uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) constatou que 5 anos após serem criadas, mais de 60% das empresas fecharam as portas. VILLAS BÔAS, Bruno. *Maioria das empresas fecha as portas após cinco anos, diz IBGE*. Valor Econômico, São Paulo, 04/10/2017. O problema de temporalidade do macroprocesso explica em parte a baixa taxa de sucesso na cobrança dos créditos tributários. Apenas 1,3% da dívida são recuperados anualmente. Relatório "PGFN em números". Fonte: https://www.pgfn.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn_em_numeros_final_2_web.pdf. Acesso em: 22/05/2018. A maioria das empresas devedoras já teriam encerrado suas atividades.

primeira instância por retirá-las da estrutura burocrática hierárquica da RFB e também sinergia entre duas instâncias, ambas pertencentes à mesma instituição, com os seus princípios e preceitos de funcionamento.

A primeira instância, de natureza revisional, atuaria após a interposição pelo contribuinte do recurso ordinário. As sessões de julgamento seriam públicas, para que os contribuintes delas participem, com a possibilidade de sustentação oral de sua versão sobre as questões de fato e direito, apresentação de memoriais ou simples acompanhamento presencial⁸⁴¹. Sem reparos, funcionariam tal como as sessões de julgamento no CARF⁸⁴². A

⁸⁴¹ Quanto à abertura das sessões para a participação dos interessados, no início de 2014, a Justiça Federal do Rio de Janeiro concedeu liminar à OAB/RJ para que as sessões das DRJ deixassem de ser fechadas ao público. As pautas de julgamento passariam a ser publicadas e os advogados obteriam o direito de assisti-las. BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. 5ª Vara Federal. Processo nº 0000113-91.2014.4.02.5101. Disponível em: <http://www.jfrj.jus.br/>. Acesso em: 15/01/2015. Outra decisão nesse sentido foi proferida pela Justiça Federal do Distrito Federal. As DRJ ficaram obrigadas a aplicar por analogia o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF. Nesse caso, a OAB/DF teve deferido também o direito de requisição de produção de provas, sustentação oral, participação em debates e apresentação de memoriais nas sessões de julgamento. BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Distrito Federal. 8ª Vara Federal. Processo nº 0009018-74.2014.4.01.3400. Disponível em: <http://portal.trf1.jus.br/>. Acesso em: 15/01/2015: *“seja permitido ao advogado a apresentação de memoriais, sustentação oral, requisição de produção de provas, participação em debates, e todos os demais atos necessários ao exercício da advocacia”*. Em relação ao processo na justiça federal do Rio de Janeiro, o Ministério Público Federal apresentou parecer favorável à OAB/RJ: *“Com efeito, a ordem constitucional assegura como direito fundamental o respeito ao devido processo legal. Este preceito traduz-se no direito ao procedimento calcado nos princípios da publicidade, segurança e eficiência, garantindo aos participantes e interessados maior transparência, de modo a atender aos parâmetros de Justiça e de interesse público. [...] inegável que a Administração Pública não tem direito de cominar ao administrado penalidades – notadamente de caráter patrimonial – sem antes garantir-lhe o direito de defesa. Trataria de uma analogia, in bonam partem do procedimento que ocorre na via judicial. O importante é caracterizar a relação bipolar, difusora do devido processo legal, que garante as partes envolvidas a paridade”*. Atualmente, a Justiça Federal do Rio de Janeiro aceitou a apelação da Fazenda Nacional apenas em seu efeito devolutivo. A sentença confirmou a decisão liminar para reconhecer o direito a publicação das pautas de julgamento e manifestação oral em questões de ordem sobre aspectos de fato: *“Isto posto, RATIFICO A MEDIDA LIMINAR POSTULADA E JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO determinando que as autoridades coatoras passem a designar dia, hora e local para a realização dos julgamentos administrativos fiscais de primeira instância, intimando-se as partes e esclarecendo da possibilidade do seu comparecimento para assistir ao julgamento e, em existindo advogados, os mesmos também devem ser intimados, podendo ofertar questões de ordem sobre aspectos de fato da causa, não podendo exercer sustentação oral por falta de previsibilidade no caso, sendo que os efeitos da presente decisão deverão ocorrer em trinta dias e aplicados aos processos que tiverem início ao fim do referido prazo”*. Quanto ao processo que tramitava na Justiça Federal do Distrito Federal, a sentença o extinguiu sem julgamento de mérito por entender que o mandado de segurança coletivo não seria a via para impugnação de ato em abstrato, mas contra ato concreto de autoridade pública. BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Distrito Federal. 8ª Vara Federal. Processo nº 0009018-74.2014.4.01.3400. Disponível em: <http://portal.trf1.jus.br/>. Acesso em: 15/01/2015: *“Ocorre que este mandado de segurança coletivo não é a via processual adequada para impugnar um ato normativo geral e abstrato, na esteira do que preceitua a vetusta, porém ainda válida, Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal. DISPOSITIVO Ante o exposto, patente a carência da impetração, dada a inexistência do interesse-adequação, extingo o processo sem resolução do mérito, com fundamento no art.267, VI, do CPC”*.

⁸⁴² BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: *“Art. 53 Ressalvada a hipótese do rito sumário de julgamento disciplinada no art. 61-A, a sessão de julgamento será pública, podendo ser realizada de forma presencial ou não presencial [...]§ 4º Fica assegurado o direito de apresentar memoriais em meio digital previamente ao julgamento [...] Art. 58. Anunciado o julgamento de cada recurso, o presidente dará a palavra, sucessivamente: I - ao relator, para leitura do relatório; II - ao recorrente ou ao seu representante legal para, se desejar, fazer sustentação oral por 15 (quinze) minutos, prorrogáveis por, no máximo, 15 (quinze) minutos, a critério do presidente”*.

publicidade dos julgamentos também seria obtida com sua transmissão por videoconferência.

No modelo vigente, a distribuição dos processos para as DRJ não respeita a territorialidade ⁸⁴³. Os processos são distribuídos pelo critério de adequação demanda/disponibilidade, ou seja, de acordo com o acervo. Por exemplo, contribuintes com sede no Rio de Janeiro podem ter seus processos julgados em outras regiões do país. Para tanto, bastaria que a relação entre processos/julgadores seja superior do que em outra DRJ.

Outra característica do modelo atual é que as turmas das delegacias de julgamento são especializadas por grupo de tributos federais, embora, a rigor, não se trate de uma delimitação de competência, qualquer delas pode julgar outros tributos federais. Entendemos que, de fato, deve-se buscar um grau elevado de especialização para as composições colegiadas.

As questões tributárias são pródigas de complexidade técnica, de forma que, não raras vezes, as soluções não possam ser encontradas com a interpretação formalista. Conforme tratamos no *item 4.2.1.1 do Capítulo 4*, o elevado grau de ambiguidades e omissões em nosso sistema tributário e a dinâmica complexa e mutável das relações econômicas em nossa sociedade contemporânea demandam do intérprete muito mais do que a conformação com a textualidade das prescrições legais tributárias. A solução para as questões complexas estará "em outro lugar". Essa realidade, torna necessário que as composições colegiadas disponham de elevado grau de especialização. Como examinamos no *item 3.4 do Capítulo 3*, ela facilita a compreensão mais plena da questão técnica complexa e os efeitos sistêmicos e dinâmicos das decisões, notadamente em nossa sociedade de risco ⁸⁴⁴.

Infelizmente, a administração tributária sempre teve dificuldades em compreender o cenário de incerteza onde ocorrem os fatos econômicos de interesse da tributação e, conseqüentemente, a necessidade de investimentos nos processos decisórios do macroprocesso do crédito tributário sempre foram discretos. Houve uma acomodação com a

⁸⁴³ BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Portaria RFB nº 999, de 19/07/2013: "Art. 1º A distribuição dos processos administrativos fiscais para as Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ), e no âmbito destas, atenderá aos critérios de prioridade estabelecidos nesta Portaria, observadas as especializações das turmas e as horas líquidas disponíveis para julgamento, apuradas segundo os critérios estabelecidos pela Portaria RFB nº 2.292, de 23 de outubro de 2012".

⁸⁴⁴ A ideia de uma "sociedade de risco" está associada à incerteza em nossas previsões sobre as conseqüências de nossas ações, os riscos a que nos sujeitamos pela inaptidão de compreendermos todos os efeitos sistêmicos. Conscientes de nossas limitações, a solução é deslocada da previsão do evento e suas conseqüências para a distribuição na sociedade dos danos e prejuízos que decorrerão com a ocorrência do sinistro. BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 23. RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A Segurança Jurídica do Contribuinte: Legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 34, 49.

concepção reducionista da atividade de lançamento⁸⁴⁵ a uma simples tarefa de aplicação direta da lei⁸⁴⁶. Dessa forma, para a concepção adotada os processos decisórios não foram uma prioridade no macroprocesso do crédito tributário.

Numa visão institucional, a opção pela subsunção se torna uma estratégia. Por algumas razões, os *decisionmakers* do macroprocesso terão preferência pela subsunção, ainda que, na hipótese, saiba não que não encontrará a solução mais adequada em justiça, precisão e segurança com silogismo⁸⁴⁷. A escolha pode ser motivada pelo constrangimento imposto com a regra no artigo 142 do Código Tributário Nacional, restritivo da autonomia decisória: "*atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional*". Diante da dúvida (presente em elevado número de casos, principalmente nos mais importantes) sobre a ocorrência de fatos geradores da obrigação tributária, a tendência é que a autoridade decida pela constituição do crédito tributário e sua manutenção no curso do macroprocesso. Ela não assumirá o risco de sofrer punições⁸⁴⁸. Com o elevado número de processos em tramitação⁸⁴⁹ e a necessidade de se iniciar a fase de cobrança, outro constrangimento decorre da limitação temporal. Ao custo de decisões menos sensíveis à realidade do caso concreto em análise, o formalismo se torna uma estratégia mais conveniente para a necessária celeridade. Também não se pode afastar o desejo por mais tempo livre à sua vida pessoal. Quanto menos tempo dedicado à construção de uma solução para a questão tributária, mais tempo disporá para outras atividades.

⁸⁴⁵ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27/10/1966. Seção 1: "Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo **lançamento**, assim entendido o 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 caso, propor a aplicação da penalidade cabível". (grifos nossos)

⁸⁴⁶ O método por subsunção do fato gerador à hipótese de incidência do tributo tem seu valor, mas não se deve tê-lo como solução para todos os problemas. O apego intransigente ao formalismo mesmo diante da dinâmica contemporânea de um mundo globalizado nas sociedades de risco, agravada pela complexidade das prescrições legais tributárias, provoca efeitos sistêmicos deletérios. O grau de incerteza torna-se elevado e os custos com investimentos no país inviabilizam o desenvolvimento econômico estável.

⁸⁴⁷ JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário Básico de Filosofia. 3ª edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996. p. 247-248): "Silogismo é o método de dedução de uma conclusão a partir de duas premissas, por implicação lógica (...) Ex: todos os homens são mortais, todos os gregos são homens, logo, todos os gregos são mortais". Vê-se que a representação na forma do silogismo com a identificação do antecedente e do conseqüente da norma jurídica somente seria apropriado para a subsunção.

⁸⁴⁸ As condutas administrativas e funcionais estão sujeitas a um controle interno realizado, inclusive *a posteriori*, por uma Corregedoria bastante atuante. Criada pelo Decreto nº 2.331, de 01/10/1997, assim dispõe: "*art. 1º. A Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda disporá de unidade de correição, diretamente subordinada ao Secretário, denominada Corregedoria-Geral, com finalidade de promover ações preventivas e repressivas sobre a ética funcional e disciplina de seus servidores, e verificar os aspectos disciplinares dos feitos fiscais e outros procedimentos administrativos, bem assim realizar auditoria interna*".

⁸⁴⁹ Em levantamento realizado pelo CARF em Outubro de 2019, apurou-se um acervo em torno de 118 mil processos, totalizando aproximadamente R\$ 688 bilhões em valores de créditos constituídos e pendentes de revisão. BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/dados-abertos/relatorios-gerenciais/outubro-2019-2.pdf>. Acesso em: 10/12/2019.

Assim, para que as decisões não se mantenham reféns do formalismo, no modelo proposto se deve buscar o máximo de especialização na composição colegiada, com a escolha dos *decisionmakers* que atuarão no macroprocesso pelo critério da notoriedade, desde a constituição dos créditos tributários até a uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária e a regulação.

Conforme procuramos demonstrar no *item 3.2.2.1 do Capítulo 3*, *expertise* é um atributo relevante para questões técnicas complexas. Diante da incerteza, *decisionmakers* generalistas, menos capacitados que são para a compreensão dos efeitos dinâmicos e sistêmicos de suas decisões⁸⁵⁰, tenderão a adotarem a interpretação formalista⁸⁵¹, em detrimento, assim, de soluções com maior alinhamento entre justiça e segurança. De acordo com a capacidade institucional, generalistas devem, de fato, abandonar outras fontes interpretativas e adotar o significado aparente ou comum dos textos, evitando as inovações criativas. Os órgãos-agência, com sua especialização e estando melhor preparado para uma compreensão mais ampla de questões complexas serão mais seguros para a adoção de entendimentos que contemplem as intenções legislativas, acordos de grupos de interesse, políticas estatutárias e consequências sociais e econômicas⁸⁵².

Decisivamente, o atributo do *expertise* seria um dos mais relevantes diferenciais positivos dos órgãos-agência. Assim, não faria sentido que o desenho institucional das instancias dos Conselhos de Regulação Tributária não se preocupem com um grau elevado de especialização de suas composições colegiadas e especialização de seus membros.

Com relação a imparcialidade, outra característica deve ser motivo de preocupação. Os membros das composições devem decidir com o máximo grau possível de autonomia e neutralidade. O que encontraria obstáculo se mantida a ocupação de cargos em comissão ou função gratificada pelos membros do colegiado. Essa característica tem como efeito imediato o constrangimento à formação de uma livre convicção sobre a melhor solução para as

⁸⁵⁰ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 156. Chicago: University of Chicago Law School, 2002. p. 47: "*For the same reasons, we have indicated some enthusiasm for the emerging view that administrative agencies ought to be allowed a degree of flexibility in their own interpretations, flexibility that goes well beyond of courts. Agencies are in a better position to know whether a particular result, apparently compelled by text, really is senseless. They are also in a better position to know whether a departure from text will unsettle the regulatory scheme in a damaging way*".

⁸⁵¹ Do contrário, os riscos pelo desprendimento do texto prescritivo podem levar a consequências muito piores. Os generalistas não conhecem com precisão os riscos, mas têm consciência da gravidade e, dessa forma, não arriscarão.

⁸⁵² *Ibid.* p. 47: "*For the same reasons, we have indicated some enthusiasm for the emerging view that administrative agencies ought to be allowed a degree of flexibility in their own interpretations, flexibility that goes well beyond of courts. Agencies are in a better position to know whether a particular result, apparently compelled by text, really is senseless. They are also in a better position to know whether a departure from text will unsettle the regulatory scheme in a damaging way*".

questões jurídicas.

Esse traço do desenho institucional, aplicado atualmente para conselheiros das turmas da CSRF representantes da Fazenda e presidentes de turma das DRJ, é um dos redutores do grau de imparcialidade. Eles não se submetem ao limite temporal dos mandatos, mantidos até que eventualmente venham a ser dispensados da função de confiança ou exonerados do cargo em comissão que ocupam. É contraditório ao grau adequado de imparcialidade que *decisionmakers* sejam mantidos permanentemente nessa condição enquanto não sejam exonerados ou dispensados dos cargos em comissão ou função de confiança⁸⁵³, justamente os membros da instância especial para uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária, os conselheiros da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF.

Em nossa proposta, portanto, cuidamos de subtrair do desenho institucional traços que funcionem como incentivo inverso da neutralidade e da imparcialidade. As regras de funcionamento dos Conselhos de Regulação Tributária e das Juntas de Recursos Fiscais não devem manter para seus membros incentivos ou constrangimentos ao exercício da função julgadora. Todos os membros da composição devem manter a mesma posição institucional no colegiado. O presidente de cada Conselho ou Junta somente se difere quanto a cumulação de atribuições administrativas, notadamente as precedentes às sessões de julgamento e o zelo pelo seu regular funcionamento.

Apresentados os traços gerais do desenho institucional das instâncias revisora (Juntas de Recursos Fiscais) e especial para uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária (Conselhos de Regulação Tributária)⁸⁵⁴, passaremos no próximo item a tratar da primeira fase do macroprocesso, a auditoria fiscal para a constituição dos créditos tributários.

⁸⁵³ Nessa condição, esses membros especiais não se submetem ao limite temporal de mandato, permanecerão como conselheiros enquanto não exonerados ou dispensados, imotivadamente, pelo presidente do CARF. BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Diário Oficial da União – DOU de 10/06/2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências: "Art. 40. [...] §14. O limite temporal de que trata o §2º não se aplica na hipótese de o conselheiro exercer função de Direção e Assessoramento Superior (DAS) ou Função Comissionada do Poder Executivo - 101.3 (FCPE 101.3). (Redação dada pela Portaria MF nº 153, de 2018)". BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988: "Art. 37 [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

⁸⁵⁴ Quanto a atividade regulatória, preferimos apresentar apenas a justificativas para a necessidade de sua integração com a atividade judicante de uniformização da interpretação por meio da instância judicante especial, ambas exercidas pelos Conselhos de Regulação Tributária, e como contorno do desenho institucional, a incorporação dos mecanismos de funcionamento adotados pelas agências reguladoras.

5.7. A impugnação ao termo de verificação fiscal: oportunidade de manifestação antes da constituição do crédito tributário

Com a redemocratização do Estado brasileiro, nossas instituições públicas saíram do insulamento burocrático⁸⁵⁵ e abriram suas portas para a sociedade. O conceito de cidadania ganhou contornos mais amplos. De acordo com a nova ordem constitucional, os interessados (usuários dos serviços públicos, comunidades, empresários, contribuintes etc) efetivamente participam das decisões que lhes afetam.

Nesse novo contexto, conforme justificamos no *item 4.2.2 do Capítulo 4* a impropriedade da adoção de um sistema inquisitivo, os atributos da unilateralidade e presunção de legitimidade dos atos administrativos são substituídos pelos novos paradigmas da decisão participativa e da consensualidade. É o que a doutrina vem denominando de *processualização* das atividades administrativas, tendo o efetivo contraditório como o principal elemento da participação dos destinatários na formação das decisões⁸⁵⁶. A adoção do paradigma da administração participativa é uma necessidade e realidade da sociedade contemporânea. As decisões tendem a uma maior aceitação⁸⁵⁷, reduzindo-se os custos de transação, e há ganhos de eficiência ao se agregarem às decisões experiências e visões diferentes sobre o problema.

O contraditório, que antes era restrito a acompanhar a ampla defesa, exercida após os atos administrativos, ganha uma dimensão substantiva⁸⁵⁸. Seu reconhecimento como garantia constitucional antecede a atuação da Administração Pública e se prolonga em todas as etapas de formação dos atos administrativos⁸⁵⁹. Esse contraditório, como instrumento de formação da substância da decisão, é exercido em processo administrativo em que os interessados

⁸⁵⁵ Aponta o professor de Ciência Política e Administração Pública Edson Nunes que se trata de um processo de proteção do núcleo técnico do Estado contra a interferência oriunda do público ou de organizações intermediárias. NUNES, Edson. *A Gramática Política do Brasil: Clientelismo e Insulamento Burocrático*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor; Brasília: ENAP, 2003. p. 33-34.

⁸⁵⁶ Abordamos no *item 4.2.2 do Capítulo 4*, a impropriedade do sistema inquisitivo no procedimento de auditoria fiscal para a constituição do crédito tributário. MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 27, 70-72, 81, 89 e 109-110. Como efetivo contraditório entendemos a adoção no procedimento de mecanismos que possibilitem, de fato, que os interessados influenciem no resultado do processo. Essa possibilidade somente é alcançável quando existe uma razoável simetria entre a administração e o interessado, como sujeitos processuais em um procedimento em contraditório. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 94.

⁸⁵⁷ MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 69.

⁸⁵⁸ FERRARI-BREEUR, Christine. *La contradiction et le pouvoir de sanction de l'Administration*, Revue Française de Droit Administratif, nº 1, jan-fev, 2001. p. 25-26 apud MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 108.

⁸⁵⁹ MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 20, 122-123, 145.

estão em próximos em igualdade com os agentes públicos⁸⁶⁰. Estabelece-se uma franca comunicação entre os envolvidos, sem privilégios e de acordo com as regras processuais pré-estabelecidas⁸⁶¹. Portanto, ele não deve ser alijado da fase de formação do ato administrativo que constitui o crédito tributário, postergado para as fases de revisão, como ocorre atualmente no macroprocesso do crédito tributário⁸⁶².

Quando os interessados nas decisões expressam seus argumentos e têm a oportunidade de demonstração dos fatos pelas provas fica notória a impropriedade da imposição unilateral em seu sentido liberal clássico. Os vários pontos de vista, argumentos e interpretações jurídicas expressam a realidade do pluralismo⁸⁶³. Contudo, no âmbito do macroprocesso do crédito tributário se adota um sistema de constituição bifásica: em uma primeira etapa o crédito é individualizado pelo lançamento de ofício e na seguinte ocorre o seu controle administrativo com a participação do contribuinte⁸⁶⁴. A participação do contribuinte na primeira etapa se limita ao atendimento das intimações da fiscalização para a apresentação de livros contábeis, documentos em geral de interesse da administração tributária e para prestar esclarecimentos. Nessa etapa, portanto, o contribuinte não participa da formação do ato administrativo⁸⁶⁵ de lançamento tributário, apenas cumpre deveres legais de interesse da administração.

Nossa proposta nessa parte, assim, é um realinhamento com os valores democráticos da sociedade contemporânea, onde a insistência em um sistema inquisitivo de procedimento

⁸⁶⁰ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 123-124. AMARAL, Paulo Adyr Dias do. *Processo Administrativo Tributário e o Problema da Supressão do Contraditório*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2011. p. 220.

⁸⁶¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 120.

⁸⁶² Embora se possa adotar outra denominação para as manifestações do contribuinte no curso do procedimento de constituição do crédito tributário, materialmente não deixa de se aproximar do sentido de contraditório como forma de participação do interessado no controle administrativo preventivo e concomitante aos atos administrativos. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 1999. p. 575-576.

⁸⁶³ MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 89-90, 109-110: “A cooperação do interessado nos momentos de preparação do ato final, aumenta a possibilidade de decisão justa, o que torna o processo administrativo um instrumento de garantia prévia dos direitos do cidadão, ou seja, um meio de evitar decisões ilegais ou iníquas”.

⁸⁶⁴ Até então, quando na primeira fase, de auditoria fiscal, o contribuinte é mantido alijado no procedimento de instrução com o conjunto probatório que o tornará devedor do crédito tributário lançado. BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27/10/1966. Seção 1: “Art. 142. *Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o 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 caso, propor a aplicação da penalidade cabível*”.

⁸⁶⁵ Quando atribuímos a natureza jurídica de ato administrativo ao lançamento tributário de ofício não estamos desconsiderando que sua formação se dê através de um procedimento. De fato, são várias providências adotadas pela fiscalização que ao final resultam na constituição do crédito. Essa discussão não seria relevante para o escopo do trabalho já que de uma forma ou outra o lançamento é realizado unilateralmente, sem uma efetiva participação do contribuinte.

fiscal não encontra guarida. Especialmente pelo fato de que, ainda que sua cobrança fique suspensa até uma decisão definitiva, a constituição do crédito tributário torna o contribuinte de imediato um devedor com todos os reflexos dessa condição (necessidade de constituição de provisões para contingências fiscais e reservas retidas dos lucros, frustração na expectativa de participação nos lucros e resultados da empresa, medida cautelar fiscal, repercussão negativa junto a investidores).

Para evitar esse ônus desnecessário⁸⁶⁶, não seria o recurso ordinário junto às Juntas de Recursos Fiscais a primeira oportunidade de manifestação do contribuinte. Antes da constituição do crédito tributário pelo lançamento, ele teria a oportunidade de apresentar sua versão sobre os fatos e as provas de suas alegações por meio de impugnação do termo de verificação fiscal ao delegado de fiscalização da RFB, com competência e autonomia para decidir pela não constituição do crédito tributário⁸⁶⁷. Sendo considerado procedente o termo de verificação fiscal, após a decisão pela constituição do crédito tributário, seria oportunizado ao contribuinte prazo para recurso ordinário junto à Junta de Recursos Fiscais de sua circunscrição territorial. Mantida a decisão, restaria ao contribuinte a interposição de recurso especial aos

Após essa segunda instância, caberia a interposição de recurso especial aos Conselhos de Regulação Tributária que atenda aos pressupostos: a decisão tenha adotado interpretação divergente de precedente criado por outra Junta de Recursos Fiscais – JunReF ou a decisão contenha alguma questão jurídica comprovadamente controversa na aplicação da legislação tributária, ainda que não tenha formado precedente em outra Junta de Recursos Fiscais – JunReF⁸⁶⁸.

⁸⁶⁶ Em torno de 50% do total de créditos examinados pelo CARF são julgados improcedentes ou parcialmente procedentes. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório Final NEF 2009 – Reforma do Processo Administrativo Fiscal Federal (PAF)/CARF*. Eurico Marcos Diniz de Santi (Coord.). São Paulo: FGV, 2009. p. 32.

⁸⁶⁷ Antes da criação das DRJ, a primeira instância era exercida no próprio âmbito das delegacias de fiscalização. BRASIL. Lei nº 8.748, de 09 de dezembro de 1993. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10/12/93: "Art. 2º São criadas dezoito Delegacias da Receita Federal especializadas nas atividades concernentes ao julgamento de processos relativos a tributos e contribuições federais administrados pela Secretaria da Receita Federal, sendo de competência dos respectivos Delegados o julgamento, em primeira instância, daqueles processos (...) §2º Até que sejam instaladas as delegacias de que trata o caput deste artigo, o julgamento nele referido continuará sendo de competência dos Delegados da Receita Federal".

⁸⁶⁸ A comprovação da controvérsia em torno da questão jurídica poderia ser por meio da jurisprudência ou da doutrina, com número de ocorrências que atestem a dúvida na aplicação da legislação tributária. Além dos recursos especiais, competiria aos Conselhos de Regulação Tributária decidirem as reclamações quando não adotados os entendimentos e interpretações pacificados pelas atividades regulatória e judicante.

5.8 Síntese conclusiva

Esse último capítulo do trabalho procurou apresentar as linhas gerais (em algumas passagens avançamos em detalhes) de uma proposta de redesenho institucional do macroprocesso do crédito tributário. A ideia central é a transição do atual modelo de solução individual contenciosa (com elevado grau de "litigiosidade") para um sistema de prevenção das controvérsias em questões tributárias. O paradigma tem a regulação tributária como atividade central.

Essa mudança de visão sobre o macroprocesso do crédito tributário tem por propósito promover, na melhor medida, um tratamento isonômico aos contribuintes, o que reduz o risco de interferências distorcidas nos setores econômicos. Não se procura apenas a segurança jurídica, essa também pode ser obtida com interpretações jurídicas divorciadas da realidade, mas, igualmente, decisões mais justas e razoáveis para formação de um cenário atrativo de investimentos no país, necessário ao desenvolvimento econômico. A regulação tributária é a atividade com melhor potencial para conciliar segurança jurídica, tratamento isonômico, interpretações razoáveis e de melhor conformação pelos contribuintes. Para a redução do grau de "litigiosidade", devemos nesse capítulo a implantação dos mecanismos de legitimação democrática por meio de conselhos consultivos, audiências e consultas públicas.

A proposta foi desenvolvida com a aplicação das teorias apresentadas na *Parte I* deste trabalho; especificamente, fizemos remissões mais pontuais aos tópicos no (na ordem em que citados): item 3.4 do Capítulo 3, item 2.3.1 do Capítulo 2, item 4.3.2 do Capítulo 4, item 4.2.2 do Capítulo 4, itens 4.2 e 4.3 do Capítulo 4, item 3.3 do Capítulo 3, item 1.3 do Capítulo 1, item 2.2 do Capítulo 2, item 4.5 do Capítulo 4, item 5.2 deste Capítulo 5, item 2.3 do Capítulo 2, item 4.4 do Capítulo 4, item 5.3 deste Capítulo 5, item 5.4 do Capítulo 5, item 4.2.1.1 do Capítulo 4 e item 3.2.2.1 do Capítulo 3.

Pelas teorias da decisão, vimos que elementos não normativos influenciam nossas decisões e escolhas em geral: heurísticas, vieses, aversões, preconceitos, preferências, incentivos, reputação, interesses e constrangimentos. A contribuição da teoria do "Estado administrativo" foi para demonstrar que o *expertise* deve ser considerado na repartição de competências decisórias de acordo com a capacidade institucional. As demandas que envolvem questões técnicas complexas, que também estão presentes em número expressivo no direito tributário, seriam melhor enfrentadas pelos órgãos-agências atuantes no macroprocesso do crédito tributário do que pelos tribunais, limitados que são pela visão apenas geral das matérias.

De fato, a especialização posiciona favoravelmente a administração tributária para soluções que envolvem análise de questões controvertidas.

Nossa escolha pela regulação tributária tem relação com essa valorização da capacidade institucional dos órgãos-agências, notadamente as delegacias de fiscalização da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - RFB, a Coordenação-Geral do Sistema de Tributação - COSIT, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF e as delegacias de julgamento da RFB - DRJ. As questões tributárias são pródigas em controvérsias e ambiguidades. Sensível a essa realidade, nosso modelo incorpora os mecanismos de participação da sociedade já adotados pelas agências reguladoras.

Outra mudança importante de paradigma é a superação do sistema inquisitivo de produção probatória no procedimento de auditoria-fiscal. Propomos que seja oportunizado ao contribuinte o direito de manifestação antes da constituição do crédito tributário que o tornará devedor e, conseqüentemente, sujeito a medidas restritivas de direito (necessidade de constituição de provisões para contingências fiscais e reservas retidas dos lucros, frustração dos empregados na expectativa de participação nos lucros e resultados da empresa, medida cautelar fiscal, repercussão negativa junto a investidores). Na prática, teria a oportunidade de impugnar o termo de verificação fiscal para que o delegado de fiscalização da RFB decida pela sua procedência ou não.

Em uma apertada síntese de nossa proposta, o macroprocesso funcionaria assim: negado provimento à impugnação contra o termo de verificação fiscal e constituído o crédito tributário, o contribuinte teria a oportunidade de interpor recurso ordinário junto à Junta de Recursos Fiscais em sua circunscrição, respeitada a territorialidade. Nele se discutiriam todas as questões fáticas e jurídicas. As sessões de julgamento seriam públicas, com a possibilidade de sustentação oral, apresentação de memoriais ou simples acompanhamento presencial. Contra a decisão, caberia recurso especial para Conselhos de Regulação Tributária. A finalidade é a uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária; portanto, não se examinariam questões fáticas. A proposta é que sequer sejam levadas ao conhecimento da instância. A administração tributária apresentaria contrarrazões ao recurso especial e o remeteria para a instância decidir apenas quanto às questões jurídicas. Com emprego do mecanismo do "véu da incerteza", não seriam levadas ao conhecimento da instância especial as informações desnecessárias possíveis de produzirem uma decisão enviesada, pela elevação do grau de neutralidade e imparcialidade. Como exemplo, os processos considerados prioritários pelo valor elevado do crédito tributário em discussão teriam uma tendência de serem analisados e decididos considerando o relevante interesse que

teriam para a administração tributária. Oportuno mencionar que em nossa proposta seria extinta a representação paritária; portanto, nossa preocupação quanto à neutralidade e a imparcialidade está relacionada apenas ao interesse da administração tributária. Entendemos que na verdade os representantes dos contribuintes não são propriamente julgadores, ainda que tenham direito a voto. Considerados os mecanismos de controle do resultado pela administração tributária, introduzidos nas regras de funcionamento do CARF, pode-se dizer que a natureza jurídica efetiva de sua participação é de colaboração com o processo decisório por agregar informações e experiências diferentes do viés fazendário. É uma atuação importante, notadamente por tudo que discorreremos nesse trabalho sobre aspectos não normativos que influenciam nossas decisões escolhas. A participação do contribuinte é um "vetor alternativo para a produção de uma determinante", na forma de decisão que considere interpretações jurídicas mais sensíveis à realidade das atividades econômicas. Contudo, o mesmo resultado pode ser obtido por outras formas de legitimação democrática das decisões. Os mecanismos aqui exemplificados (sessões públicas com participação dos contribuintes, conselhos consultivos, audiências e consultas públicas) têm essa finalidade. Faz muito mais sentido a sinceridade, a adoção da prescrição apropriada para o resultado esperado do que o engodo das fórmulas exóticas incapazes de produzir o que se promete. A composição paritária é excêntrica, mas não equilibra as forças em um processo decisório. Melhor a honestidade em possibilitar aos contribuintes as garantias de verdadeiramente influenciarem nos julgamentos, com a demonstração de que os créditos constituídos contra si sejam improcedentes.

Os recursos especiais seriam cabíveis nas seguintes hipóteses: quando a decisão tenha adotado interpretação divergente de precedente criado por outra Junta de Recursos Fiscais; ou, quando presente alguma questão jurídica comprovadamente controversa na aplicação da legislação tributária, mesmo quando não configurada a primeira hipótese. Existe questão controversa quando se comprova repercussão na jurisprudência ou ampla discussão da matéria pela dogmática jurídica.

Quanto a atividade regulatória, exercida pelos Conselhos de Regulação Tributária juntamente com a atividade judicante de instância especial para a uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária, não difere substancialmente do funcionamento adotado pelas agências reguladoras. Apenas oportuno reiterar sua posição central no modelo, o que se traduz na possibilidade de ser provocada por todas as instâncias do macroprocesso e por algumas instituições privadas de âmbito nacional. Diferentemente da regra atual, as normas produzidas vinculariam toda a administração tributária. Nessa

interação das instâncias para uma melhor regulação tributária, importante a contribuição das vantagens extraídas do sistema *common law*. Notadamente em questões controversas de ordem técnica, as soluções de interpretação não serão encontradas apenas em normas positivadas. A escolha de uma interpretação se torna mais completa quando contextualizada pelos fatos. As instâncias terão papel institucional importante na atividade regulatória e sua revisão ao longo do tempo. A vivência processual dos casos pode convencer uma instância julgadora (sendo a revisional e especial exercidas pelos Conselhos de Regulação Tributária que também exercem a função reguladora) da necessidade de normatização ou revisão das regras vigentes. A dinâmica do macroprocesso passa para um outro patamar em vários aspectos, especialmente na produção de normas mais próximas da realidade. A atividade tributária se imiscui em todas as atividades econômicas, e considerada a complexidade e mutabilidade das relações econômicas concluímos o quanto seria relevante para um ambiente de negócio mais "saudável" uma maior aderência entre fato e regra.

CONCLUSÕES

As escolhas, decisões e julgamentos enviesados por heurísticas, vieses, aversões, preconceitos, preferências, incentivos, reputação, interesses, constrangimentos e quaisquer limitações da racionalidade trazem para discussão, entre outras questões, a relatividade da imparcialidade. A compreensão de que sua presença nos *decisionmakings* apenas se opera em graus, numa "dosimetria" de acordo com o desenho institucional adotado, é importante ao menos por duas razões. A primeira para uma avaliação da instituição. Devemos analisar se o papel institucional está sendo cumprido de acordo com as competências a ela atribuídas pela ordem constitucional e, sendo o caso, promover um amplo redesenho para sua conformidade com os fins fixados pelas normas de criação e funcionamento. As expectativas da sociedade devem ser atendidas pela instituição, com fidelidade e sinceridade. Nossa proposta para o macroprocesso do crédito tributário, apresentada no *Capítulo 5*, teve essa finalidade. A segunda razão, essa mais especificamente como resultado de uma análise interinstitucional, teria como consequência uma reflexão sobre a hegemonia *absoluta* atribuída ao Judiciário pela ordem constitucional como instância de solução para todas as questões complexas, notadamente aquelas que envolvem conhecimento técnico sobre matéria fática. Conforme expusemos ao longo do *Capítulo 2*, os mesmos aspectos não normativos que influenciam as demais instâncias, também são incorporados nas decisões judiciais. Juízes são seres de "carne e osso", igualmente influenciados em seus julgamentos por heurísticas, vieses, aversões, preconceitos, preferências, incentivos, reputação, interesses, constrangimentos e outras limitações da racionalidade. Essa constatação altera a percepção que temos de nossos tribunais. A hipótese normativa de uma atuação neutra e imparcial não se realiza na prática dos tribunais, ao menos no grau da expectativa formal. Talvez a diferença de grau nos atributos de neutralidade e imparcialidade não justifiquem que os tribunais sejam a "última palavra" para tudo. Vimos no *Capítulo 3*, que a expansão do chamado "Estado administrativo"⁸⁶⁹, no sistema norte-americano de regulação de atividades econômicas e serviços públicos, resulta do reconhecimento da necessidade de redistribuição de competências decisórias de acordo com a capacidade institucional de se enfrentarem as questões técnicas complexas. Em suma, o elevado grau de *expertise* dos órgãos-agência do Executivo pode ser mais relevante que a diferença negativa nos graus de neutralidade e imparcialidade quando comparados aos existentes em nossos tribunais. Essa segunda relevância na constatação da relativização dos atributos de neutralidade e imparcialidade também influenciou a construção de nossa proposta apresentada no *Capítulo 5*. Considerado

⁸⁶⁹ Administrative State.

que nosso sistema tributário é pródigo em questões técnicas complexas, o redesenho institucional do macroprocesso do crédito tributário procurou reposicionar seus órgãos-agência a um nível mais elevado de protagonismo, reconhecendo-se sua capacidade institucional para decisões com maior correção e precisão do que as produzidas com a generalidade próprias de nossos tribunais.

Dentre os aspectos não normativos relacionados ao comportamento institucional, os *efeitos cascatas* parecem ser dos mais incidentes sobre *decisionmakings* por deliberação colegiada. A gravidade dos efeitos produzidos por esse fenômeno comportamental é elevada, a ponto de possuir até um efeito reverso. A decisão final colegiada não seja exatamente uma "determinante" dos muitos "vetores". Ao contrário, ela pode ter menor grau de racionalidade do que se houvesse sido produzida por um único membro do grupo, individualmente. Algumas pesquisas empíricas, descritas no *Capítulo 2*, demonstraram uma tendência ao extremismo. A posição assumida pelo grupo após algum tempo de deliberação se tornou polarizada, mais próxima aos extremos do que a posição anterior de cada membro.

Quando examinamos as decisões judiciais, faz-se necessário o estudo da interpretação jurídica, ao menos para relacioná-la ao comportamento do juiz intérprete na escolha de uma ou outra teoria. Diante de todas as dificuldades para a compreensão do sentido nos textos normativos, o intérprete também procura alguma estratégia. Assim, numa abordagem institucional, a escolha pelo formalismo jurídico pode ser uma opção para questões em grau mais elevado de complexidade, para o qual o intérprete não estaria seguro para encontrar soluções razoáveis aos problemas que lhe são postos para decidir. Nesses casos, a autodelimitação pelo sentido literal do texto pode ser uma escolha mais adequada. Uma interpretação mais criativa poderia produzir consequências muito piores do que a não realização em maior grau de um senso de justiça que contemplasse as peculiaridades do caso. Sob esse aspecto da capacidade institucional, de fato, um tribunal generalista deveria ignorar outras fontes interpretativas e adotar o significado aparente ou comum dos textos, evitando riscos elevados de produzir graves efeitos dinâmicos e sistêmicos em suas decisões. Esse seria, assim, mais um argumento em defesa da deferência aos órgãos-agência, que estariam melhor preparados para uma compreensão mais ampla, a fim de se produzir uma decisão mais alinhada com as aspirações comuns e com maior controle sobre as consequências sociais e econômicas. Na prática, para as questões técnicas complexas, os tribunais aquiesceriam com as decisões dos órgãos-agência quando tenham adotado interpretação razoável, mesmo que em seu próprio entendimento outra interpretação pudesse ser adotada.

E na interpretação e aplicação das normas tributárias, o intérprete frequentemente se depara com questões com elevada complexidade, a demandar um conhecimento especializado sobre a matéria submetida a julgamento. Como detalhado nos *Capítulos 4 e 5*, nosso sistema tributário possui elevado grau de complexidade, agravada pela incidência de muitas controvérsias, ambiguidades e omissões. De fato, o direito tributário se imiscuiu em quase todas as atividades, notadamente as econômicas, exercidas em cenários de incerteza e com uma dinâmica e mutabilidade sem precedentes. Essas características justificam que o intérprete disponha de um conhecimento mais específico da matéria fática. Tribunais generalistas não estariam preparados suficientemente para a produção de soluções com grau razoável de correção.

Embora não sejam fatores de diferenciação para a deferência decisória aos órgãos-agência, pois são próprios da natureza humana, pouco importando a instituição a qual pertença o intérprete ou posição que ocupe, os demais aspectos não normativos em geral, aos quais nos referimos nos *Capítulos 1 e 2*, também devem ser considerados como razões naturais das escolhas realizadas pelo intérprete. O emprego da interpretação teleológica e sistemática, por exemplo, pode ser uma escolha quando o intérprete se orienta por uma preferência de resultado e, assim, procura um "percurso mais longo" para justificá-la.

Finalizada a *Parte I* deste trabalho, com a apresentação dos marcos teóricos, o *Capítulo 4* inaugura a parte aplicativa das teorias apresentadas (teorias da decisão, comportamentos institucionais e Estado administrativo). Inicialmente, apresentamos uma crítica a todas as fases que compõem o macroprocesso do crédito tributário da União. Procuramos demonstrar seu esgotamento como procedimento destinado à constituição do crédito e formação de um título extrajudicial com certeza e liquidez. Tornou-se desacreditada a sua pretensão de integração e sinergia entre as instituições (Secretaria-Executiva do Ministério da Economia, da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) para um fluxo mais racional e eficiente de processos administrativos tributários.

Embora os resultados tenham sido significativos quando comparados com o paradigma anterior de visão isolada de cada instituição, manteve-se a abordagem dos processos visando soluções individuais e não gerais para as questões resolvidas, o que em nada ajudou no propósito para a prevenção das controvérsias em torno da interpretação e aplicação das prescrições legais tributária. Melhor dizendo, a visão atual de macroprocesso tornou as instituições nele atuantes mais integradas, mas não solucionou a insegurança jurídica, o elevado grau de "litigiosidade" e a falta de uniformização no tratamento tributário

conferido aos contribuintes. Com raras exceções, as soluções são aplicadas apenas ao contribuinte interessado em cada um dos processos submetidos a exame e julgamento. O sistema carece, assim, de um tratamento isonômico aos contribuintes, o que aumenta o risco de interferências distorcidas nos setores econômicos.

Nossa conclusão quanto ao esgotamento funcional do macroprocesso atual nos levou ao reposicionamento da atividade de regulação tributária, que deixaria de ser exercida "insulada" e burocraticamente por órgão da estrutura verticalizada da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil para um desenho institucional que incorporasse mecanismos de legitimidade das decisões na escolha da interpretação a ser adotada no âmbito da administração tributária (conselhos consultivos, audiências e consultas públicas e ouvidoria).

Com a valorização da atividade regulatória, as soluções interpretativas seriam transferidas do processo individual para as normas de aplicação geral. A ideia central é a transposição do atual modelo de solução individual contenciosa (com elevado grau de "litigiosidade") para um sistema de soluções gerais e preventivas das controvérsias em questões tributárias. Pelo seu elevado grau de complexidade, próprios do cenário de incerteza donde emergem, o intérprete é desafiado com frequência a buscar soluções difíceis e com efeitos generalizantes, o que torna apropriada a regulação.

Não se procura apenas a segurança jurídica, que também poderia ser obtida com interpretações jurídicas divorciadas da realidade, mas, igualmente, decisões mais justas e razoáveis para formação de um cenário atrativo de investimentos no país, necessário ao desenvolvimento econômico. A regulação tributária é a atividade com melhor potencial para conciliar segurança jurídica, tratamento isonômico, interpretações razoáveis e de melhor conformação pelos contribuintes, reduzindo o grau de "litigiosidade".

Nesse sentido, nossa proposta de redesenho institucional desmembra o CARF em Conselhos de Regulação Tributária, uma instituição que assumiria também as atribuições da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação - COSIT. A parte "contenciosa" seria reservada apenas à uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária. As fases do macroprocesso do crédito tributário se desenvolveriam da seguinte forma:

a) **Auditoria fiscal para a constituição do crédito tributário:** relativização do sistema inquisitivo de produção probatória, com a oportunidade de o contribuinte impugnar o termo de verificação fiscal junto ao delegado de fiscalização para que decida pela sua procedência ou não; portanto, exerceria um contraditório antes de se tornar devedor e se sujeitar às medidas restritivas de direito (necessidade de constituição de provisões para

contingências fiscais e reservas retidas dos lucros, frustração dos empregados na expectativa de participação nos lucros e resultados da empresa, medida cautelar fiscal, repercussão negativa junto a investidores);

b) **Instância revisional:** negado provimento à impugnação contra o termo de verificação fiscal e constituído o crédito tributário, o contribuinte teria a oportunidade de interpor recurso ordinário junto à Junta de Recursos Fiscais em sua circunscrição, respeitada a territorialidade. Nele se discutiriam todas as questões fáticas e jurídicas. As sessões de julgamento seriam públicas, com a possibilidade de sustentação oral, apresentação de memoriais ou simples acompanhamento presencial;

c) **Instância especial:** negado provimento ao recurso ordinário, caberia recurso especial para os Conselhos de Regulação Tributária. Seria uma instância para a uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária; portanto, não se examinariam questões fáticas. Essa análise terminaria na instância revisional. Interposto o recurso, seria analisada sua admissibilidade: a decisão tenha adotado interpretação divergente de precedente criado por outra Junta de Recursos Fiscais; ou, quando presente alguma questão jurídica comprovadamente controversa na aplicação da legislação tributária, mesmo quando não configurada a primeira hipótese. A controversa se comprovaria com a existência de repercussão na jurisprudência ou com ampla discussão da matéria pela dogmática jurídica. Admitido o recurso especial, a administração tributária apresentaria contrarrazões e o remeteria para a instância decidir apenas quanto às questões jurídicas. Nossa proposta nessa fase, inspirada no mecanismo do "véu da incerteza", é que não sejam levadas ao conhecimento da instância especial as informações desnecessárias, mas possíveis de produzir uma decisão enviesada, pela elevação do grau de neutralidade e imparcialidade. As informações do valor envolvido no processo ou, pior ainda, da repercussão total quando considerados outros processos com o mesmo objeto ou as estimativas de novos casos existentes teriam uma tendência de serem analisados gravados com o interesse que teriam para a administração tributária.

Pela relevância histórica da representação paritária no CARF, instituição que seria substituída pelos Conselhos de Regulação Tributária, o *Capítulo 5* procurou explicar minuciosamente as razões de não se manter o instituto em nossa proposta de redesenho institucional do macroprocesso do crédito tributário. Na prática, os representantes dos contribuintes não são propriamente julgadores. Os mecanismos estrategicamente criados pela administração tributária evidenciam que ela não abdicou do controle sobre os resultados dos julgamentos, ainda que tenha permitido aos representantes dos contribuintes o direito a voto.

A natureza jurídica efetiva de sua participação é de colaboração com o processo decisório por agregar informações e experiências diferentes do viés fazendário, o que é muito relevante como mecanismo de legitimidade democrática. No entanto, existem outros mecanismos (sessões públicas com participação dos contribuintes, conselhos consultivos, audiências e consultas públicas) mais efetivos e sinceros para possibilitar que os contribuintes possam influenciar nos julgamentos.

Quanto a atividade regulatória, exercida pelos Conselhos de Regulação Tributária juntamente com a atividade judicante de instância especial para a uniformização da interpretação e aplicação da legislação tributária, não temos uma diferença substancial em relação ao funcionamento adotado pelas agências reguladoras. Pode-se dizer apenas que seu reposicionamento central se traduz na possibilidade de ser provocada por todas as instâncias do macroprocesso e por algumas instituições privadas de âmbito nacional.

A sinergia interativa entre instâncias julgadoras e regulação tributária aproveita vantagens do sistema *common law*. A escolha de uma interpretação se torna mais completa quando contextualizada pelos fatos examinados em precedentes. É importante que a experiência com questões complexas solucionadas em casos concretos seja um canal para a normatização ou revisão das regras vigentes. Com a interatividade bilateral (as normas produzidas pelo conhecimento técnico adquirido na vivência processual), a tendência é que o novo macroprocesso possibilite a produção de normas mais próximas da realidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCOCK, John. *Animal Behavior: An Evolutionary Approach*. Sunderland, MA: Sinauer Associates, 2009. pp. 278-284.
- ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale Del diritto amministrativo italiano*, 2003.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALHAKAMI, Ali Siddiq and SLOVIC, Paul. *A psychological study of the inverse relationship between perceived risk and perceived benefit*. Risk Analysis, 14(6), 1994.
- ALLORIO, Enrico. *Diritto Processuale Tributario*. 4ª ed. Torino: Unione Tipografico, 1962.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Mecanismos de consenso no Direito Administrativo in Direito Administrativo e seus novos paradigmas* (coord. Alexandre Aragão e Floriano de Azevedo Marques). Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- AMARAL, Paulo Adyr Dias do. *Processo Administrativo Tributário e o Problema da Supressão do Contraditório*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2011.
- ANDERSON, Lisa; HOLT, Charles. *Information Cascades in the Laboratory*. Vol. 87. New York, USA: American Economic Review, 1997.
- APGAR, Virginia,. *A Proposal for a New Method of Evaluation of the Newborn Infant*. Current Researches in Anesthesia and Analgesia 32, 1953.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. *A Consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos*. Revista de Informação Legislativa, v. 42, nº 167, jul./set. de 2005.
- ARGUELHES, Diego Werneck. *O Supremo que não Erra*. São Paulo: FGV-SP Editora, 2015.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político*. Revista Direito, Estado e Sociedade nº 46 p. 121-155 jan/jun 2015.
- ARISTOTLE. *Politics*. London: Oxford University Press, 1972.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROS, Luiz Carlos Mendonça de. *O Nobel de Economia de 2017*. Valor Econômico, São Paulo, 16/10/2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as agências reguladoras*. In: Marcelo Figueiredo (Coord.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004.

- _____. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Revista de Direito do Estado. Ano 4 n° 16: 3-42. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- _____. *Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, 2010.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9 ed. São Paulo: Renovar, 2009.
- _____. *Prefácio*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BELLIN, Jeffrey. *Crime-Severity Distinctions in the Fourth Amendment: Reassessing Reasonableness in a Changing World*. Vol. 97. Iowa, EUA: Iowa Law Review, 2011.
- BERKUM, Jos van, HOLLEMAN, Bregje, NIEUWLAND, Mante S and MURRE, Jaap. "Right or Wrong? The Brain's Fast Response to Morally Objectionable Statements". *Psychological Science* 20, 2009.
- BICKEL, Alexander M.; WELLINGTON, Harry H. *The Least Dangerous Branch: Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven, Connecticut, USA: Yale University Press, 1986.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BLESSMANN, Othon Fialho. *Quinto constitucional: resquício fascista*. jan/2009.
- BLUME, Fred H. *Annotated Justinian Code* (Timothy Kearley ed., 2d ed. 2008)
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.
- _____. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BONILHA, Paulo Celso B. *Contraditório e Provas no Processo Administrativo Tributário (Ônus, Direito a Perícia, Prova Ilícita)*. In: *Processo Administrativo Fiscal*. (Coord. Valdir de Oliveira Rocha). São Paulo: Dialética, 1995.
- BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRENNAN, William Jr., *Reason, Passion, and The Progress of the Law*. 10 Cardozo L. Rev. 3 (1988).
- BROWN, Roger. *Social Psychology. The Second Edition*. New York, N.Y.: Free Press, 1986.

- BUSTAMANTE, Thomas. *The Ongoing Search for Legitimacy: Can a 'Pragmatic yet Principled' Deliberative Model Justify the Authority of Constitutional Courts?* in *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. MENDES, Conrado Hübner. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CARRINGTON, Paul D. *Judicial Independence and Democratic Accountability in Highest State Courts*. Vol. 61. Carolina do Norte, EUA: Duke University School of Law, Law & Contemp. Probs., 1998.
- CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAUDURO, Hernane. *Custo Brasil sufoca indústria nacional*. Jornal do Comércio. Porto Alegre, 09/01/2019
- CAVALLINI, Marta. *Richard Thaler ganha Nobel de Economia em 2017 por unir economia e psicologia*. O Globo. Rio de Janeiro, 09/10/2017.
- CHABRIS, Chistopher F.; SIMONS, Daniel J.. *The invisible gorilla: And Other Ways Our Intuitions Deceive Us*. New York: Broadway Paperbacks, 2009.
- CHAPMAN, Gretchen B.; JOHNSON, Eric J. *Incorporating the Irrelevant: Anchors in Judgments of Belief and Value in Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*. Thomas Gilovich, Dale Griffin, Daniel Kahneman. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002.
- CHRISTAKIS, Nicholas A.; FOWLER, James H.. *The Spread of Obesity in a Large Social Network over 32 Years*. New England Journal of Medicine 357, nº 4, 2007.
- COADY, David. *When Experts Disagree*. Episteme: A Journal of Social Epistemology, Vol. 3 Issue 1-2. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2006.
- COELHO, Gabriela. *Câmara vai votar PL que extingue voto de desempate do Carf*. Consultor Jurídico. São Paulo, 28/05/2019.
- COFFIN, Frank M.. *On Appeal: Courts, Lawyering and Judging*. Vol. 255. Massachusetts: W W Norton & Co Inc, 1994.
- COHEN, Felix. *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 Colum. L. Rev. 809, 846 (1935)
- COSTA, Carlos Celso Orcesi da. Lançamento. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Do Lançamento*. Caderno de Pesquisas Tributárias nº 12. São Paulo: Resenha tributária, 1987.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- CYRINO, André. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. vol. 9, n. 15, Jul-Dez. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2016.
- DAMASIO, Antonio Rosa. *Descarte's error: Emotion, reason and the human brain*. New York: Grosset/Putnam, 1994.
- DAMASIO, Antonio Rosa; TRANEL, Daniel; DAMASIO, Hanna. *C. Individuals with sociopathic behavior caused by frontal damage fail to respond autonomically to social stimuli*. Maryland: Behavioural Brain Research, 1990.
- DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DELGADO, José Augusto. Reflexões sobre o Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Processo Administrativo Tributário*. Caderno de pesquisas tributárias – Nova Série nº 05. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- DEZALAY, Yves; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito. In FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- DOLAN, R.J. *Emotion, Cognition, and Behavior*. Vol. 298, Issue 5596. Washington: Science, 2002.
- DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Editions Cujas, 1921.
- DUMKE, Roberto. *Restrição aos advogados no Carf já provoca uma debandada*. Jornal Diário Comércio, Indústria e Serviços. São Paulo, 15/05/2015.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- EIGSTI, M. Inge-Marie; ZAYAS, Vivian; MISCHER, Walter; SHODA, Yuichi; AYDUK, Ozlem; DADLANI, Mamta B.; DAVIDSON, Matthew C; ABER, J. Lawrence; CASEY, B.J.. *Predicting Cognitive Control from Preschool to Late Adolescence and Young Adulthood*. Psychological Science 17, 2006.
- ELLSBERG, Daniel. *Risk, Ambiguity, and the Savage Axioms*. The Quarterly Journal of Economics 75, nº 4, 1961.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.
- EPSTEIN, Lee, LANDES, William M., and POSNER, Richard A.. *The behavior of federal judges - a theoretical and empirical study of rational choice*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2013.

- EPSTELN, L.; KNIGHT, J. *Towards a strategic revolution in judicial politics: a look back, a look ahead*. Vol. 53. Utah, USA: Political Research Quarterly, 2000.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- FEELEY, M.; RUBIN, B. *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998
- FELDMAN, Yuval. *The law of good people: challenging states' ability to regulate human behavior*. Cambridge [UK] ; New York, NY: Cambridge University Press, 2018.
- FERRARI-BREEUR, Christine. *La contradiction et le pouvoir de sanction de l'Administration*, Revue Française de Droit Administratif, n° 1, jan-fev, 2001
- FINSTER, Mieczyslaw; WOOD, Margaret. *The Apgar Score Has Survived the Test of Time*. Anesthesiology 102, 2005.
- FRANK, Jerome. *Are Judges Human? Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings*. Vol. 80. Pennsylvania: University of Pennsylvania Law Review, 1931.
- _____. *Courts On Trial: Myth And Reality In American Justice*. Indiana, USA: Indiana Law Journal, 1949.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório Final NEF 2009 – Reforma do Processo Administrativo Fiscal Federal (PAF)/CARF*. Eurico Marcos Diniz de Santi (Coord.). São Paulo: FGV, 2009.
- GADAMER, Hans-Georg. *Truth and Method*. Tradução para a língua inglesa: J. Weinsheimer and D. Marshall. 2d rev. ed. Londres: Continuum Publishing Group, 1989
- GALTON, Francis. *Vox Populi (The Wisdom of Crowds)*. Vol. 75. New York, USA: Nature, 1907.
- GEORGE, Alexander L.; STERN, Eric K. *Harnessing Conflict in Foreign Policy Making: From Devil's to Multiple Advocacy*. Washington: Presidential Studies Quarterly, 2002.
- GERBER, Alan S.; ROGERS, Todd. *Descriptive Social Norms and Motivation to Vote: Everybody's Voting and so Should You*. The Journal of Politics 71, n° 01, 2009.
- GILOVICH, Thomas; KAHNEMAN, Daniel; GRIFFIN, Dale W. *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002.
- GLYNN, Adam N.; SEN, Maya. *Identifying Judicial Empathy: Does Having Daughters Cause Judges to Rule for Women's Issues?* Vol. 59. Charlottesville: American Journal of Political Science, 2015.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: edição do autor, 2013.
- _____. *A Constituição de 1934 no Contexto da História do Constitucionalismo Brasileiro*.

Revista Jurídica Cesumar. jan./abr. 2017, v. 17, n. 1

_____. *O realismo jurídico norte-americano, a tese de Charles Beard e a experiência constitucional internacional contemporânea*. Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário. Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2007.

GOLDBERG, Daniel. O controle de políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito. In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da. (Orgs.). *Regulação e Concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência*. Rio de Janeiro: Ipea, 2007.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GONZALES, Douglas Camarinha. *Apontamentos sobre as semelhanças e diferenças do direito sob a perspectiva da common law e do sistema romanístico*. Revista CEJ n.46. Brasília: Revista CEJ, 2009.

GOODIN, Robert. Las instituciones y su diseño. In: GOODIN, Robert. *Teoría del Diseño Institucional*. Espanha: Gedisa Editorial, 2003.

GOOLSBEE, Austan. *The Simple Return: Reducing America's Tax Burden Through Return-Free Filing*. Brookings Institution Web, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

GREENE, Joshua D. The Secret Joke of Kant's Soul. In W. Sinnott-Armstrong (ed.), *Moral Psychology, Vol. 3*. Cambridge, Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 2007.

GRIFFIN, Stephen M. *American Constitutionalism: From Theory to Politics*. New Jersey, USA: Princeton University Press, 1996.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo – estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999.

GUEDES, Demian. *Processo Administrativo e Democracia: Uma reavaliação da presunção de veracidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GUIBOURG, Ricardo A., GHIGLIANI, Alejandro M. e GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2004.

GUTHRIE, Chris, RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew. *Heart versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?* Vol. 93. Vanderbilt Public Law Research Paper No. 15-34. Texas: Texas Law Review, 2015.

_____. *Inside the Judicial Mind*. Vol. 86, no. 4. New York: Cornell Law Faculty Publications, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de La acción comunicativa*. Vol. II – Crítica de La razón funcionalista. Trad. M. Jiménez. Madrid: Taurus, 1987.

- HANS, Valerie P.; VIDMAR, Neil. *Judging the jury*. New York: Plenum Press, 1986.
- HANS, Valerie P.; VIDMAR, Neil. *The Verdict on Juries*. *Judicature*, vol. 91, no. 5. Ithaca, NY: Cornell Law Faculty Publications, 2008.
- HANSEN, Christine H.; HANSEN, Randal D.. “*Finding the Face in the Crowd: An Anger Superiority Effect*”. *Journal of Personality and Social Psychology* 54(6), 1988.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação. A vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002
- HASTIE, Reid. Review Essay: Experimental Evidence of Group Accuracy in *Information Pooling and Group Decisionmaking*. ed. Bernard Grofman and Guillermo Owen. Greenwich, CT: JAI Press, 1983.
- HAYEK, Friedrich A. *The Use of Knowledge in Society*. Vol. 35, No. 4. New York, USA: American Economic Review, 1945.
- HELMHOLZ, Richard. H. *Bonham’s Case, Judicial Review, and the Law of Nature*. J. Legal Analysis. New York, USA: Oxford University Press, 2009.
- HELMKE, G. *Courts under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina*. New York: Cambridge University Press, 2005.
- HENSEL, Albert. *Derecho Tributario*. Traducción y Estudio Preliminar por Andrés Báez Moreno, María Luisa González-Cuéllar Serrano y Enrique Ortiz Calle. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics in *Law and Politics* edited by Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen and Gregory A. Caldeira. Oxford, London: Oxford University Press, 2008.
- HIRSCHLEIFER, David. The Blind Leading the Blind: Social Influence, Fads, and Informational Cascades In *The New Economics of Human Behavior*. Marianno Tommasi e Kathryn Ierulli (eds.). Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1995.
- HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. *The essential holmes*. Chicago: Chicago University Press, 1992.
- HOLYOAK, Keith J. & SIMON, Dan. *Bidirectional Reasoning in Decisionmaking by Constraint Satisfaction*. *Journal of Experimental Psychology*, Vol. 128. Washington: American Psychological Association, 1999.
- HSEE, Christopher. K. *Less is better: When low-value options are valued more highly than high-value options*. *Journal of Behavioral Decisionmaking*, 11, 1998.
- HUNG, Angela; PLOTT, Charles. *Information Cascades: Replication and an Extension to Majority Rule and Conformity-Rewarding Institutions*. New York, USA: American Economic Review, 2001.

- IGNÁCIO, Laura. *Carf mantém multa contra Petrobras*. São Paulo: Jornal Valor Econômico, 06/05/2014.
- JANIS, Irving. *Crucial Decisions: Leadership in Policymaking and Crisis Management*. New York, USA: Free Press, 1989.
- _____. *Groupthink*. In R. P. Vecchio (Ed.), *Leadership: Understanding the dynamics of power and influence in organizations*. Indiana, USA: University of Notre Dame Press, 1997.
- _____. *Victims of Groupthink*. Boston: Houghton Mifflin, 1972
- JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.
- JOLLS, Christine, SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. Vol. 50: 1471. Stanford Law Review, 1998.
- JONES, Bryan D.. Bounded Rationality. *Annu. Rev. Polit. Sci.* 2nd Sem.:297-321. Washington, USA: Northwestern University, 1999.
- KAHAN, Dan M., HOFFMAN, David A., BRAMAN, Donald, EVANS, Danieli & RACHLINSKI, Jeffrey J.. *They Saw a Protest: Cognitive Illiberalism and the Speech-Conduct Distinction*. Vol. 64. California: Stanford Law Review, 2012.
- KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.
- KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. Representativeness Revisited: Attribute Substitution in *Intuitive Judgment in Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*. Thomas Gilovich, Dale Griffin, Daniel Kahneman. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002.
- KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L. and THALER, Richard H. *Fairness and the Assumptions of Economics*. *The Journal of Business*, Vol. 59, nº 4, Part 2: The Behavioral Foundations of Economic Theory, 1986.
- KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul, TVERSKY, Amos. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases* Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 1982.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KERR, Norbert L. and PARK, Ernest S. *Group Performance in Collaborative and Social Dilemma Tasks: Progress and Prospects* in Michael A. Hogg and R. Scott Tindale Editors, *Group Processes*. UK, Oxford: Blackwell Publishers, 2001.
- KEYNES, John Maynard. *Teoria Geral do Emprego, do juro e da moeda*. 2ª edição. São Paulo: Nova Cultural, 1985
- KOCH. Deonísio. *Processo administrativo tributário e lançamento*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- KRELL, Andreas J. *Discrecionabilidade administrativa e Proteção ambiental: o controle dos*

conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

KRUEGER, Alan B. e MUELLER, Andreas. *Job Search and Job Finding in a Period of Mass Unemployment: Evidence from High-Frequency Longitudinal Data.* Working Paper nº 215. Princeton University Industrial Relations Section, 2011.

KUNDA, Ziva. *The Case For Motivated Reasoning.* Vol. 108 Psychological Bulletin. Washington: American Psychological Association, 1990.

LAFRANCE, Marianne & HECHT, Marvin A. *Why smiles generate leniency.* Personality and Social Psychology Bulletin, 21, 1995.

LEME, Cristiane. *Resultados gerais do Carf – 1º semestre de 2016: Um panorama sobre os processos julgados a partir de dez/2015 e publicados até 30/06/16.* São Paulo: Jota.inf, 08/02/2017.

LICHTENSTEIN, Sarah; SLOVIC, Paul; FISCHHOFF, Baruch; LAYMAN, Mark and COMBS, Barbara. *Judged frequency of lethal events.* Journal of Experimental Psychology: Human Learning and Memory, 4, 1978.

LIPSEY, R. G.; LANCASTER, Kelvin. *The General Theory of Second Best. The Review of Economic Studies.* Vol. 24, nº 1. Oxford, UK: Oxford University Press, 1956-1957.

MANGANARO, Francesco. *Principio di legalità e semplificazione deWattività amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

MANNING, John F. *Textualism and the Equity of the Statute,* 101 New York: Columbia Law Review, 2001.

MARINS. James. *Princípios Fundamentais de Direito Processual Tributário.* São Paulo: Dialética, 1998.

MARONEY, Terry A. *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion.* Vol. 99 No. 2. California: California Law Review, 2011.

_____. *Emotional Regulation and Judicial Behavior.* Vol. 99. California, EUA: California Law Review, 2011.

MARTINS, Ana Luísa. *Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução de litígios fiscais.* Rio de Janeiro: Capivara, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Processo Administrativo Tributário.* In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Caderno de pesquisas tributárias – Nova Série nº 05: Processo Administrativo Tributário.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MCGUIRE, Kevin.; STIMSON, T. James A. *The Least Dangerous Branch Revisited: New Evidence on Supreme Court Responsiveness to Public Preferences.* Journal of Politics, Vol. 66. Chicago, USA: The University of Chicago Press Journals, 2004.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

- MEEHL, Paul. *Causes and Effects of My Disturbing Little Book*. Journal of Personality Assessment 50. London: Journal of Personality Assessment, 1986.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MERRYMANN, John Henry e PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*. Stanford: Stanford University Press, 2007
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 1998.
- MISCHEL, Walter, SHODA, Yuichi; RODRIGUEZ, Monica L.. *Delay of Gratification in Children*. Science 244, 1989.
- MISCHEL, Walter; EBBESEN, Ebbe B.. *Attention in Delay of Gratification*. Journal of Personality and Social Psychology 16 (1970)
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MOTTA, Nelson. *Cegos e loucos*. Coluna Opinião. Rio de Janeiro: O Globo, 19/10/2018
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.
- NEDER, Marcos Vinicius; LÒPEZ, Maria Teresa Martínez. *Processo administrativo fiscal federal comentado*. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- NELSON, Caleb. “*Statutory Interpretation and Decision Theory*”. 74:329. Chicago, USA: University of Chicago Law Review, 2007.
- NISHIYAMA, Chiaki; LEUBE, Kurt R. *The Essence of Hayek*. Stanford, California, USA: Hoover Institution Press, 1984.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Teoria do Lançamento Tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1965.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (Political Economy of Institutions and Decisions). Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- NUNES, Edson. *A Gramática Política do Brasil: Clientelismo e Insulamento Burocrático*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor; Brasília: ENAP, 2003.
- OLIVEIRA, André Felix Riccota de. *Quebra de sigilo e omissão de receita*. Jornal Valor Econômico. São Paulo, 25/06/2012.
- OLK, Paul; ROSENZWEIG, Phil. *The Halo Effect and the Challenge of Management Inquiry: A Dialog Between Phil Rosenzweig and Paul Olk*. Journal of Management Inquiry 19. Utah, USA: Western Academy of Management, 2010.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PAULSEN, Leandro; ÁVILA, Renè Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. *Direito*

Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

PEREIRA, Paulo Celso. *Governo quer reduzir o número de impostos para facilitar o ambiente de negócios*. Jornal O globo. Rio de Janeiro, 06/02/2019.

PETTIT, Philip. El diseño institucional y la elección racional. In: GOODIN, Robert. *Teoría del Diseño Institucional*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

POGARSKY, Greg and BABCOCK, Linda. *Damage Caps, Motivated Anchoring, and Bargaining Impasse*. Journal of Legal Studies Vol. 30. Chicago, USA: University of Chicago Press, 2001.

POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*. Tradução: Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011.

_____. *Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution*. Case Western Reserve Law Review Vol 37 Issue 2. Cleveland, Ohio: Case Western Reserve Law Review, 1986

_____. *Reflections on judging*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2013.

_____. *The Jurisprudence of Skepticism*. Vol. 86. Michigan Law Review. Chicago: University of Chicago Law School, 1998.

_____. *How Judges Think*. Massachusetts: Harvard University Press, 2008. p. 106

_____. *Rational Choice Behavioral Economics and the Law*. nº 50. Chicago: Stanford Law Review, 1997.

RADBRUCH, Gustav. *O Espírito do Direito Inglês e a Jurisprudência Angloamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

RANGEL, PAULO. *Direito Processual Penal*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1971.

_____. *O liberalismo político*. Tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Editoria WMF Martins Fontes, 2011.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A Segurança Jurídica do Contribuinte: Legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008

ROCHA, Sérgio André. *Da Lei à Decisão: A Segurança Jurídica Tributária Possível na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. *Processo Administrativo Fiscal: controle administrativo do lançamento tributário*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

- _____. *Reconstruindo a confiança na relação fisco-contribuinte*. Revista Direito Tributário Atual, n. 39. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2018
- _____. *Meios alternativos de solução de conflitos no direito tributário brasileiro*. Revista Dialética de Direito Tributário nº 122, nov. 2005.
- ROSENZWEIG, Phil. *The Halo Effect and the Eight Other Business Delusions That Deceive Managers*. Nova York, USA: Simon & Schuster, 2007.
- ROVER, Tadeu. *Desempate Polêmico: Cerca de 70 ações discutem no Judiciário voto de qualidade no Carf*. Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico, 13/04/2018.
- ROWE, Gene; WRIGHT, George. *Expert Opinions in Forecasting: The Role of the Delphi Technique in Principle of Forecasting* ed. J. Scott Armstrong. Boston: Kluwer Academic Publishers, 2001.
- ROZIN, Paul; ROYZMAN, Edward B., “Negativity Bias, Negativity Dominance e Contagion”, *Personality and Social Psychology Review*. Vol. 5 issue. 4, 2001.
- RYFE, David. *Does deliberative democracy work?* Annu. Rev. Polit. Sci. Califórnia, USA: Annual Review, 2005.
- SALGANIK, Matthew J.; DODDS, Peter Sheridan; WATTS, Duncan J. *Experimental Study of Inequality and Unpredictability in an Artificial Cultural Market*. Science no. 311. Washington, USA: Science, 2006.
- SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard J.. *Status Quo Bias in Decisionmaking*. Journal of Risk and Uncertainty. New York, USA: Jstor, 1988.
- SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SANDRONI, Paulo. *Novíssimo Dicionário de Economia*. São Paulo: Editora Best Seller, 1999.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation*. New Jersey, USA: Princeton University Press, 1998.
- SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas em el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo Tributário: A Função Fiscal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- SEPÚLVEDA, Antônio Guimarães; BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves e CARNEIRO, Igor de Lazari Barbosa. Doutrina Chevron e um novo equilíbrio interpoderes In: *SCOTUS A Suprema Corte Norte Americana e o Estado Administrativo: Precedentes Seleccionados*. Antônio Guimarães Sepúlveda, Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha e

Igor de Lazari Barbosa Carneiro (organizadores). Rio de Janeiro: Letaci, 2019.

SILVA JUNIOR, Eurico Moreira da. United States v. Mead Corp.: A deferência judicial aos atos administrativos sem força de lei. In: *SCOTUS A Suprema Corte Norte Americana e o Estado Administrativo: Precedentes Seleccionados*. Antônio Guimarães Sepúlveda, Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha e Igor de Lazari Barbosa Carneiro (organizadores). Rio de Janeiro: Letaci, 2019.

SIMON, Dan. *A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decisionmaking*. Vol. 71. Chicago, USA: The University of Chicago Law Review, 2004.

SIMON, Herbert A. *Theories of Bounded Rationality. Decision e Organization*. North-Holland Publishing Company, 1972. p. 168. Adrian Vermeule. Three Strategies of Interpretation. San Diego, USA: Law Rev, 2005.

SIMON, Herbert A.. *El comportamiento Administrativo: Estudio de los procesos decisorios en la organization administrativa*. Traducción del inglés por Amando Lazaro Ros. Madrid Espanha: Aguilar S. A Ediciones, 1947.

SLOVIC, Paul e LICHTENSTEIN, Sarah . *Comparison of Bayesian and Regression Approaches to the Study of Information Processing in Judgment*. Organizational Behavior & Human Performance Vol 6. Amsterdam, Holanda: Elsevier, 1971.

SLOVIC, Paul, FINUCANE, Melissa, PETERS, Ellen, MACGREGOR, Donald G. The Affect Heuristic in *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*. Thomas Gilovich, Dale Griffin, Daniel Kahneman. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press, 2002.

STANOVICH, Keith E. e WEST, Richard F., "*Individual Differences in Reasoning: Implications for the Rationality Debate*". Behavioral and Brain Sciences 23. Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

STIGLER, George J.; KINDAHL, James K. . *The Behavior of Industrial Prices*. New York, USA: National Bureau of Economic Research, 1970.

SUNSTEIN, Cass R. *Beyond Marbury: The Executive's Power To Say What the Law Is*. The Yale Journal Law Vol. 115 n. 9. New Haven, Connecticut: The Yale Journal Law, 2006.

_____. Deve o formalismo ser defendido empiricamente. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2008.

_____. *Nudging: A Very Short Guide*. Revista de Estudos Institucionais. Vol. 3, 2, 2017.

_____. *Why Societies Need Dissent*. Cambridge, Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2003.

_____. *Human Agency and Behavioral Economics: Nudging Fast and Slow*. Cambridge: Harvard University, 2017.

_____. *Simpler The Future of Government*. eBook. New York, London, Toronto, Sydney,

- New Delhi: Simon & Schuster, 2013.
- SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Kindle Edition. Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2015.
- SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-Order Decisions*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 57. Chicago: University of Chicago Law School, 1998.
- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 156. Chicago: University of Chicago Law School, 2002.
- SUNSTEIN, Cass; HASTIE, Reid. “*Four Failures of Deliberating Groups*”. Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper, 401, 2008.
- SUTHERLAND, Edwin H. e CRESSEY, Donald R.. *Principles Of Criminology*. 8th ed. Chicago: Lippincott, 1970.
- TATE, C. N. Comparative judicial review and public policy: concepts and overview. In *Comparative Judicial Review and Public Policy*, D. Jackson and C. N. Tate (eds.) Westport, Connecticut: Greenwood Press, 1992.
- THALER, Richard H.. *Towards a positive theory of consumer choice*. Journal of Economic Behavior and Organization, June 1979. Amsterdam: Elsevier, 1980.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008.
- TOCQUEVILLE, Alexis. *O Antigo Regime e a Revolução*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2011. p
- TORRES, Heleno Taveira. *Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial*. Consultor Jurídico. São Paulo: Consultor Jurídico, 18/07/2012.
- TORRES, Ricardo Lobo. *A equidade no processo administrativo tributário*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 30. Ano 1976.
- _____. Interpretação e Integração da Lei Tributária. In: *Interpretação e Aplicação da Lei Tributária*. MACHADO, Hugo de Brito (Coordenador). São Paulo: Dialética, 2010.
- _____. Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). *Transação e Arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- TVERSKY, Amos. *Elimination by Aspects: A Theory of Choice*. Psychological Review nº 76, 1972.
- TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. *Availability: a Heuristic for Judging Frequency and Probability*. Cognitive Psychology Volume 5. Amsterdam: Elsevier, 1973.
- _____. *Extensional Versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability*

- Judgment*. Vol. No. 90. Washington: American Psychological Association, 1983. p
- _____. *Rational Choice and the Framing of Decisions*. The Journal of Business, Vol. 59, n° 4, Part 2: The Behavioral Foundations of Economic Theory, 1986.
- VALDEZ, Oscar Aguilar. El acto administrativo regulatorio. in *Acto administrativo y reglamento*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2002.
- VALOR ECONÔMICO. *Petrobras define defesa contra autuação do IR*. Jornal Valor Econômico. São Paulo, 04/07/2003.
- VERMEULE, Adrian. *Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law*". Yale Law Journal, n° 111:399. New Haven, Connecticut, USA: Yale University Press, 2001
- _____. *Collective Wisdom and Institutional Design*. n°s. 08-22. Massachusetts, USA: Harvard Public Law Working Paper, 2008.
- _____. *Interpretive Choice*. Vol. 75:74. New York, USA: N.Y.U. Law Review, 2000.
- _____. *Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- _____. *Law's abnegation: from law's empire to the administrative state*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.
- _____. *Many-Minds Arguments in Legal Theory*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008.
- _____. *Mechanisms of Democracy Institutional Design Writ Small*. New York: Oxford University Press, 2007.
- _____. *Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law)*. Paper No. 13-24. Cambridge, Massachusetts, USA: Harvard Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper Series, 2013.
- _____. *The Constitution of Risk*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014.
- _____. *The Parliament of the Experts*. Presented at Administrative Law Symposium for Duke Law Journal. Cambridge, Massachusetts, USA: Harvard Law School, 2009.
- _____. *Three Strategies of Interpretation*. San Diego, USA: Law Rev, 2005.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Rio de Janeiro: Revista DIREITO GV, v. 4, n. 2, 2008.
- VILLAS BÔAS, Bruno. *Maioria das empresas fecha as portas após cinco anos, diz IBGE*. Valor Econômico, São Paulo, 04/10/2017.
- WANSINK, Brian. *Mindless Eating: Why We Eat More Than We Think*. New York: Bantam Books. 2010
- WELLMAN, Vincent A. *Practical Reasoning and Judicial Justification: Toward an Adequate Theory*, Vol. 57. Colorado, USA: University of Colorado Law Review, 1985.

- WENDEL, Stephen. *Designing for Behavior Change Applying Psychology and Behavioral Economics*. eBook. Beijing, Cambridge, Farnham, Köln, Sebastopol, Tokyo: O'Reilly Media, 2014.
- WERNECK, Diego Arguelhes. *O Supremo que não Erra*. Texto para debate em “A Razão sem Voto - diálogos constitucionais com o Ministro Luís Roberto Barroso”. São Paulo: FGV-SP, 2015.
- WERNECK, Diego Arguelhes; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Revista Direito GV, v. 12 n. 2, 2016. p
- WHALEN; Paul J., KAGAN; Jerome, COOK. Robert G., DAVIS, F. Caroline, KIM, Hackjin, POLIS, Sara, MCLAREN, Donald G., SOMERVILLE, Leah H., MCLEAN, Ashly A., MAXWELL, Jeffrey S., JOHNSTONE, Tom. "Human Amygdala Responsivity to Masked Fearful Eye Whites". *Science*. Vol. 306, Issue 5704. Washington, DC: Science, 2004.
- WILLINGER, Marc; ZIEGELMEYER, Anthony. Are More Informed Agents Able to Shatter Information Cascades in the Lab? in *The Economics of Networks: Interaction and Behaviours*, Patrick Cohendet et al. (ed.). New York: Springer, 1998.
- WINKIELMAN, Piotr; ZAJONC, Robert B. & SCHWARZ, Norbert. *Subliminal affective priming resists attributional interventions*. *Cognition and Emotion*. 11(4), 1997.
- XAVIER, Alberto. *Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1977.
- YAMASHITA, Douglas. *Elisão e evasão de tributos. Planejamento tributário: limites à luz do abuso do direito e da fraude à lei*. São Paulo: Lex Editora, 2005.
- YNTEMA, Hessel E.. *The Hornbook Method and the Conflict of Laws*. Vol. 37 Art. 4. Connecticut, USA: Yale Law Journal, 1928.
- ZAJONC, R.B.. *Feeling and Thinking: Preferences Need No Inferences*. Vol. 35. Michigan, USA: American Psychologist, 1980.
- ZAJONC, Robert B. *Attitudinal effects of mere exposure*. *Journal of Personality and Social Psychology Monograph*, 9 (2, Pt. 2), 1968. Washington, DC, USA: American Psychological Association, 1968.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS

BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Conselho de Recursos do Seguro Social– CRPS. Portaria nº 116, de 20/03/2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988

BRASIL. Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF

BRASIL. Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF.

BRASIL. Decreto-lei nº 822, de 05 de setembro de 1969. Poder Executivo, Brasília, DF

BRASIL. Exposição de Motivos à Lei nº 7.713, 22/12/88. Brasília, DF

BRASIL. Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2002. Brasília, DF

BRASIL. Lei nº 10.910, de 15 de julho de 2004. Poder Executivo, Brasília, DF

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16/03/2015. Código de Processo Civil

BRASIL. Lei nº 13.848, de 25/06/2019. Brasília, DF

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Brasília, DF

BRASIL. Lei nº 8.748, de 09 de dezembro de 1993. Brasília, DF

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10/11/99. Brasília, DF

BRASIL. Lei nº 9.986, de 18/07/2000. Brasília, DF

BRASIL. Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001. Brasília, DF

BRASIL. Ministério da Economia. Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012. Brasília, DF

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria CARF nº 57, de 04 de abril de 2016. Brasília, DF

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 116, de 25/02/2009. Brasília, DF

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 256, de 22/06/2009. Brasília, DF

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 277, de 07/06/2018. Brasília, DF

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. Brasília, DF

BRASIL. Ministério da Fazenda. Relatório de Gestão 2017. Brasília, DF

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria RFB nº 430, de 9 de outubro de 2017. Brasília, DF

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria RFB nº 999, de 19/07/2013. Brasília, DF

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. Regimento Interno. Brasília, DF