

Ciência do Direito Tributário e Discussão Crítica

Humberto Ávila

*Professor Titular de Direito Tributário da Universidade de São Paulo
e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.*

Resumo

O presente artigo tem dois objetivos. De um lado, pretende expor quais as condições para uma discussão crítica no âmbito da Ciência do Direito, diferenciando-a do ataque pessoal e do debate forense. Nesse sentido, demonstra-se que a discussão crítica pressupõe, entre outros requisitos, a abertura à crítica e uma regulada estrutura de raciocínio lógico. De outro lado, propõe-se a mostrar que a Ciência do Direito exerce as atividades de descrição, adscrição, reconstrução e criação de significados, sendo, por isso, insuficiente, ainda mais no âmbito do Direito Tributário, defender que exerce ela somente uma dessas atividades ou mesmo alegar, por meio de generalizações e sem um raciocínio estruturado, que desempenha a atividade de construir, como se todas as atividades fossem iguais com relação ao estatuto lógico, ao fundamento epistemológico e aos métodos. A conclusão geral é a de que as atividades exercidas pela Ciência do Direito, mais que qualificadas com palavras vagas, inexatas e generalizantes, precisam ser estruturadas quanto à formulação de teorias, à articulação dos argumentos e à utilização de métodos.

Palavras-chave: Ciência do Direito Tributário, estrutura lógica, fundamento epistemológico, métodos, discussão crítica, definição, requisitos.

Abstract

This article has two objectives. On one hand, it aims to show what conditions are required for a critical discussion in the Science of Law, as distinct from a personal quarrel or forensic debate. It argues that among other requirements a critical discussion presupposes openness to criticism and a regulated structure of logical reasoning. On the other hand, it sets out to show that because the Science of Law describes, adjudicates, reconstructs and creates meanings, it is insufficient, especially in the field of Tax Law, to argue that it performs only one of these activities or even to claim, through generalization and without structured reasoning, that it only constructs meaning, as if all these activities were the same regarding their logical structure, epistemological foundation and methods. The general conclusion is that the activities of the Science of Law, instead of being depicted in vague, imprecise and generic words, must be structured in terms of the formulation of theories, the articulation of arguments and the use of methods.

Keywords: Science of Tax Law, logical structure, epistemological foundation, methods, critical discussion, definition, requisites.

Introdução

Recentemente publiquei, em revista científica, um artigo formulando críticas a respeito da função - mera ou fundamentalmente - descritiva da Ciência do Direito Tributário.¹ Seu propósito foi o de verificar se a função da Ciência do Direito é descrever o conteúdo das normas jurídicas, sem nele interferir, ou, em vez disso, descrever, adscrever e criar significados e, em caso afirmativo, como e com base em que critérios essas atividades são exercidas. Entre tantos outros pontos, demonstrei que

- 1) a Ciência do Direito Tributário cumpre as atividades de descrição, reconstrução, decisão e criação de significados;
- 2) todas essas atividades - e não só uma - são exercidas pela Ciência do Direito Tributário, não se podendo afirmar, mediante reducionismo simplificado e generalizante, nem que a Ciência do Direito Tributário só descreve objetos pré-constituídos, como se a interpretação não passasse de um ato de puro conhecimento (teoria cognitiva da interpretação), nem que ela se limita a construir seu objeto, como se fosse a interpretação um ato de pura vontade, passível de ser relegado ao talante e à ideologia do intérprete (teoria cética da interpretação);
- 3) as mencionadas atividades têm por objeto não apenas elementos textuais, mas também extratextuais, como atos, fatos, costumes, finalidades e efeitos, cada qual exigindo do intérprete o exame de elementos e relações completamente diversos, sendo insuficiente interpretá-los por meio da mera identificação da função gramatical e lógica dos vocábulos ou da estrutura sintática das disposições legais;
- 4) a verificação de que deve a Ciência do Direito Tributário exercer várias atividades distintas, somada à consideração de que a realização do Direito depende de processos discursivos e institucionais claros e operacionais, conduz à necessidade de desenvolver aquilo que designei como “estruturalismo argumentativo”, destinado a indicar as estruturas argumentativas necessárias à qualificação e identificação dos textos normativos (teoria das fontes), à identificação das formas justificativas (teoria das normas), à contextualização dos conteúdos normativos (teoria dos sistemas), à descrição, decisão, reconstrução e criação de significados (teoria da interpretação) e à identificação, classificação e valoração dos argumentos (teoria jurídica da argumentação), sendo absolutamente insuficiente a utilização de expressões imprecisas, vagas e generalizantes, ainda que estilisticamente rebuscadas.

A importância da demonstração de que a Ciência do Direito exerce várias atividades distintas reside, de um lado, na comprovação de que numerosos temas, em vez de fazer parte de outra Ciência, como a Economia ou as Finanças Públicas, ou de outro ramo da Ciência do Direito, como o Direito Financeiro, compõem o objeto da própria Ciência do Direito, em geral, e da Ciência do Direito Tributário, em particular; de outro, na elucidação de que esses temas, longe de ser dei-

¹ ÁVILA, Humberto. “Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo”. *Revista Direito Tributário atual* nº 29. São Paulo: IBDT/Dialética, 2013, pp. 181-204.

xados à vontade e à ideologia do intérprete, podem e devem ser examinados de modo objetivo, desde que se tenha um conceito de objetividade não apenas relacionado a uma realidade ou a um sentido (objetividade semântica), mas também vinculado à estrutura do discurso (objetividade discursiva). Situam-se nesse âmbito questões expressivas para o Direito Tributário, como a finalidade e a destinação das contribuições; a promoção, a restrição e a proteção de princípios fundamentais da tributação; a finalidade e os efeitos da tributação extrafiscal; a intencionalidade dos agentes fiscais e dos contribuintes nas atividades de fiscalização e de planejamento tributário; a razoabilidade dos critérios empregados para diferenciar os contribuintes; e os efeitos da tributação, sua medida e sua proporção.

A discussão a respeito do objeto da Ciência do Direito Tributário não é nova. Ela já foi travada em diferentes épocas e com base em diversas perspectivas, normalmente sob o ponto de vista da limitação do poder e da divisão das disciplinas. A particularidade da discussão crítica ora entabulada reside na delimitação da influência das concepções de Ciência, de verdade, de objetividade e de interpretação para a demarcação do objeto da Ciência do Direito Tributário.

Sobre tal assunto, mais recentemente foi publicado um artigo, de autoria do Professor Paulo de Barros Carvalho, com o objetivo de rebater os argumentos veiculados em meu texto sobre a função da Ciência do Direito Tributário.² Nesse artigo foram apresentados vários óbices às teses que defendi, entre os quais o de que os trechos citados em meu texto não representariam a posição de seus autores; o de que a Ciência do Direito teria a função de construir seu objeto, e não a de descrevê-lo; o de que os elementos que conceituo como extratextuais seriam na verdade textuais, tendo em vista a definição de texto como tudo quanto se possa interpretar; e o de que a expressão “estruturalismo argumentativo” seria equivocada, por referir-se a tradição linguística antiga e diversa.

Por meio deste artigo, serão enfrentados os temas trazidos à liça pelo muito bem-vindo texto acima mencionado. Entretanto, este artigo, conquanto conciso, não será breve. É que ele não se satisfaz em contestar as “breves considerações” de Carvalho: analisa também os requisitos que devem estar presentes em qualquer discussão crítica. Nesse sentido, adota-se a diretriz de Pessoa: “Serei conciso, porém não breve: em matéria complexa a brevidade é confusão”.³

1. Ciência do Direito e Discussão Crítica

Discussão crítica há quando os argumentos utilizados se submetem aos critérios da razoabilidade, da relevância e da suficiência.⁴ Razoável é o argumento a

² CARVALHO, Paulo de Barros. “Breves considerações sobre a função descritiva da Ciência do Direito Tributário”. *Consultor Jurídico*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-out-01/paulo-barros-breves-consideracoes-funcao-descritiva-ciencia-direito-tributario>. Acesso em 2 de outubro de 2013. *Idem, ibidem*. In: CARVALHO, Paulo de Barros; e SOUZA, Cecília Priscila de (orgs.). *X Congresso Nacional de Estudos Tributários - sistema tributário brasileiro e as relações internacionais*. V. 1. São Paulo: Noeses, 2013, pp. 879-890.

³ PESSOA, Fernando. “Correspondência inédita. Carta a militar não identificado”. s. d. p. 125. In: CORONEL, Luiz (org.). *Fernando Pessoa: um poeta predestinado*. Coleção Dicionários. Porto Alegre: Grupo Zaffari, 2012, p. 55.

⁴ SOCCIO, Douglas; e BARRY, Vincent. *Practical logic*. 5ª ed. Wadsworth: Cengage, 1998, pp. 45 e 12-4.

respeito do qual há forte evidência de veracidade e nenhuma forte evidência de falsidade. Relevante é o argumento cujas premissas permitem uma conclusão justificada com base na lógica ou nos fatos. E suficiente é o argumento cujas premissas, examinadas em conjunto, proporcionam suporte para a conclusão.

Discussão crítica não há, portanto, quando o interlocutor se preocupa mais em atingir pessoalmente seu opositor, em vez de enfrentar o objeto da discussão; quando a linguagem confunde no lugar de comunicar; quando a veracidade dos argumentos é presumida em vez de comprovada; e quando os argumentos são empregados de forma inválida, e não consistente. Quando isso ocorre, não há argumentação racional, mas a utilização de falácias na argumentação. Estas consistem em raciocínios inválidos, embora com aparência de verdadeiros, que introduzem elementos irrelevantes, inconclusivos ou irrazoáveis na discussão.⁵

Para os propósitos deste estudo, importa realçar que o emprego de falácias impede ou dificulta a discussão crítica, por comprometer a racionalidade e a justificação do discurso. Com efeito, o uso das falácias atinentes ao objeto da discussão faz com que esta perca seu foco por meio da introdução de elementos imperinentes, sejam eles relacionados à pessoa do interlocutor, sejam referentes a aspectos secundários ou periféricos ao mérito do debate. O emprego de falácias relativas à linguagem impede a comunicação em razão da vagueza e da equivocidade dos termos ou expressões utilizados. O recurso a falácias que concernem à prova da veracidade dos argumentos simplesmente bloqueia a justificação dos argumentos pelo uso de presunções. E a manipulação das falácias que dizem respeito à validade dos argumentos não permite que estes possam servir de fundamento para as conclusões. Em suma, o uso de falácias compromete a discussão crítica, por substituir a racionalidade pela emoção ou pela crença. Tudo isso implicitamente. Por isso mesmo são as falácias conceituadas como “erros no raciocínio que não envolvem o uso *explícito* de uma forma inválida” ou como um argumento “cuja conclusão é inválida, no entanto *parece* válida”.⁶

Pois bem, a leitura atenta e refletida da resposta de Carvalho revela um texto permeado de falácias. Algumas delas dizem respeito ao modo como os argumentos são veiculados, fundamentados e estruturados. Estas devem ser e serão enfrentadas ao longo deste artigo. Outras, no entanto, apenas procuram desqualificar o autor do texto crítico e seus argumentos, desviar o foco da discussão ou simplesmente bloqueá-la.

De fato, a resposta me qualifica como “jovem professor” e insinua que eu não lidaria “com mais intimidade com as categorias da Teoria Geral do Direito”, além de diretamente sustentar que eu teria me “aventurado num campo bem

⁵ HAMLIN, Charles Leonard. *Fallacies*. Londres: Methuen, 1970, p. 12. JOHNSON, Ralph. “The blaze of her splendors: suggestions about Revitalizing Fallacy Theory”. In: HANSEN, Hans V.; e PINTO, Robert C. (orgs.). *Fallacies, classical and contemporary readings*. Pensilvânia: PUP, 1995, pp. 108 e ss. TINDALE, Christopher W. *Fallacies and argument appraisal*. Cambridge: CUP, 2007, p. 7. KELLEY, David. *The art of reasoning*. 3ª ed. Nova York: Norton, 1998, p. 125. EEMEREN, Frans van et alii. *Fallacies and judgements of reasonableness*. Dordrecht: Springer, 2009, p. 20.

⁶ LAYMAN, Stephen C. *The power of logic*. 3ª ed. Boston: McGraw-Hill, 2004, p. 124. BLACK, Max. *Critical thinking: an introduction to logic and scientific method*. 2ª ed. Nova York: Prentice-Hall, 1952, p. 230 - destaques dos autores.

mais difícil do que imaginara”.⁷ Além de tentar me descredenciar, a resposta de Carvalho empreende grande esforço para desqualificar meus argumentos, em vez de combatê-los. Nesse sentido, reputa meu texto como um “trabalho que se pretende colaborar para o aprimoramento da Ciência” e que apresentaria uma “visão superficial e incorreta de tema tão relevante”, mercê de “referências isoladas, apressadas” a alguns autores e uso de expressões que não satisfariam “ao menos impertinente fiscal da correção semântica dos termos do discurso”, com o que revelaria “má retórica, tal como aquelas utilizadas pelos políticos em horário eleitoral”.⁸

Ao assim proceder, serve-se o autor em sua resposta da conhecida *falácia do ataque pessoal* (*argumentum ad hominem* ou *personal attack*): ataca o interlocutor em vez de seus argumentos.⁹ Metaforicamente, chuta a pessoa em vez da bola.¹⁰ Esta foi a técnica usada na resposta, em que adota um discurso repleto de expressões de desdém, como as acima referidas. A par dessa técnica, a resposta emprega outras duas. De um lado, a *falácia do apelo ao ridículo*. Esta se caracteriza pelo ataque aos argumentos por meio de expressões abusivas que se destinam a ridicularizá-los no lugar de racionalmente enfrentá-los.¹¹ Foi a estratégia argumentativa empregada na resposta quando comparou a argumentação que utilizei, sem efetivamente a combater ou demonstrar seu erro, àquelas usadas por “políticos em horário eleitoral”. De outro lado, a *falácia dos epítetos carregados* (*loaded epithets*). Esta consiste em usar rótulos preambulares desqualificadores dos argumentos com o fito de prevenir uma conclusão desfavorável, em lugar de deixar o leitor chegar à sua própria conclusão.¹² Essa foi, por exemplo, a estratégia aplicada para minha qualificação - logo no início da resposta e de modo categórico - como portador de “visão superficial e incorreta de tema tão relevante”.

O importante, para os propósitos deste artigo, é que um argumento não se faz verdadeiro ou falso em função da idade, da origem ou da rotulação de quem o utiliza. Um argumento é verdadeiro ou falso em razão de sua relevância, razoabilidade e suficiência, reveladas por sua estrutura lógica e pela coerência de sua justificação. Os argumentos dirigidos à pessoa, portanto, nada mais são do que uma tentativa de manipular o ouvinte ou a audiência.¹³ Destinam-se, em última análise, a eliminar o oponente da discussão à força de sua desqualificação, como se ele não tivesse sequer o direito de falar.¹⁴ Nesse sentido, afirma Walton:

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. “Breves considerações sobre a função descritiva da Ciência do Direito Tributário”. In: CARVALHO, Paulo de Barros; e SOUZA, Cecília Priscila de (orgs.). *X Congresso Nacional de Estudos Tributários - sistema tributário brasileiro e as relações internacionais*. V. 1. São Paulo: Noeses, 2013, pp. 882 e 888.

⁸ *Ibidem*, pp. 879 e 890.

⁹ WALTON, Douglas. *Ad hominem arguments*. Alabama: UAP, 1998, p. 112.

¹⁰ EEMEREN, Frans van et alii. *Argumentation: analysis, evaluation, presentation*. Nova York: Routledge, 2001, p. 112.

¹¹ SOCCIO, Douglas; e BARRY, Vincent. *Practical logic*. 5ª ed. Wadsworth: Cengage, 1998, p. 146.

¹² SOCCIO, Douglas; e BARRY, Vincent. *Practical logic*. 5ª ed. Wadsworth: Cengage, 1998, p. 154.

¹³ VLEET, Jacob van. *Informal logical fallacies*. Maryland: UPA, 2011, p. 15.

¹⁴ EEMEREN, Frans; e GROOTENDORST, Rob. “The pragma-dialectical approach to fallacies”. In: HANSEN, Hans V.; e PINTO, Robert C. (orgs.). *Fallacies, classical and contemporary readings*. Pensilvânia: PUP, 1995, p. 138. EEMEREN, Frans; e GROOTENDORST, Rob. *Argumentation, communication and fallacies*. Nova Jersey: Routledge, 1992, p. 109.

“O argumento *ad hominem* ou ataque pessoal é frequentemente a resposta defensiva imediata a qualquer argumento novo e perturbador a respeito de uma questão controversa e polarizada, especialmente quando interesses são ameaçados e as emoções correm soltas.”¹⁵

O diálogo, pois, só é possível quando nenhuma das partes é impedida de ingressar na discussão sob a alegação de não ser séria.¹⁶ Como lembra Popper, “não se pode ter uma discussão racional com alguém que prefere atirar em você a ser convencido por você”.¹⁷ Por essa razão, deve a discussão científica ater-se aos argumentos esposados e à sua força, mantendo-se longe de questões pessoais.¹⁸ Argumentação envolve convencimento (*Überzeugung*), e não persuasão forçada (*Überredung*).¹⁹ Simplesmente não há discussão crítica quando não se distingue o que é importante do que não o é; quando se confunde o argumento com aquele que o utiliza; quando se recebe a crítica de modo pessoal; ou quando se despreza quem tem visões conflitantes.²⁰ Daí por que deve a discussão crítica conduzir-se com consideração e respeito mútuos entre os participantes, prescindindo, portanto, da utilização de adjetivos meramente depreciativos, seja contra a pessoa do autor, seja contra seus argumentos. Afinal, a discussão científica deve ser pautada pela abertura à crítica relativamente aos pontos de partida eleitos, ao procedimento de pesquisa adotado e aos resultados obtidos, assim como pela humildade, livre e espontânea, de todos os seus participantes.²¹

Além de lançar mão de argumentos pessoais, Carvalho qualificou minha crítica como despropositada logo de início, centrando suas objeções na suposta incorreção das citações, da fixação da data inicial do positivismo e do emprego de termos ou expressões como “formalismo” e “estruturalismo”. Tais questões são, em alguma medida, relevantes, tanto que serão enfrentadas, naquilo que interessa ao âmago da discussão, ao longo deste texto. Não compõem, porém, o núcleo do debate, que consiste em saber quais as atividades desempenhadas pela Ciência do Direito e as consequências que decorrem de uma concepção reducionista da função da Ciência do Direito Tributário e de seu objeto.

A resposta de Carvalho, contudo, concentra-se precisamente nessas questões. Tanto que começa com a frase “iniciemos pelas citações”. E, depois de longo empenho no sentido de demonstrar que os textos citados não amparariam uma visão descritiva da Ciência do Direito, volta sua argumentação para a suposta inadequação do uso das expressões “estruturalismo argumentativo” e “formalismo epistemológico”. Ao manifestar-se dessa maneira, o autor faz uso da conhecida *falácia da dispersão (red herring)* - tática que consiste em introduzir na discussão um elemento periférico, secundário ou logicamente irrelevante como forma de

¹⁵ WALTON, Douglas. *Ad hominem arguments*. Alabama: UAP, 1998, p. XI.

¹⁶ EEMEREN, Frans van; e GROOTENDORST, Rob. “Argumentum ad hominem”. In: HANSEN, Hans V.; e PINTO, Robert C. (orgs.). *Op. cit.*, p. 140.

¹⁷ POPPER, Karl Raimund *Conjectures and refutations. The growth of scientific knowledge*. 5ª ed. Londres: Routledge, 1974, p. 357.

¹⁸ AARNIO, Aulis. *Essays on the doctrinal study of Law*. Dordrecht: Springer, 2011, p. 74.

¹⁹ NEUMANN, Ulfried. “Theorie der juristischen Argumentation”. In: BRUGER, Winfried *et alii* (orgs.). *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, p. 239.

²⁰ SOCCIO, Douglas; e BARRY, Vincent. *Practical logic*. 5ª ed. Wadsworth: Cengage, 1998, p. 47.

²¹ AARNIO, Aulis. *Op. cit.*, p. 78.

distrair a atenção do interlocutor e sutilmente mudar o objeto da discussão.²² O ponto capital, para o escopo deste artigo, é que o debate sobre a função da Ciência do Direito Tributário não pode ser substituído por mera discussão em torno de palavras, ainda mais quando - como se demonstra ao longo destas páginas - os termos ou expressões supostamente equivocados, além de ter tido seu significado estipulado e ser facilmente compreensíveis em razão do contexto em que inseridos, comportam significados usuais ou técnicos consolidados e nitidamente diversos daqueles que foram presumidos na resposta.

Por fim, a mencionada réplica dedica-se a sustentar que o texto crítico é tão equivocado que nem sequer mereceria ser respondido. Sustenta, por exemplo, que “não serão necessárias muitas linhas para demonstrar a improcedência dos fundamentos oferecidos pelo autor”, que “bastariam dois dedos de paciência e a atenção que escritos de tal profundidade cobram incessantemente do leitor”, que “não vale a pena ingressar naquele tipo de vertente epistemológica” e que “contra-argumentar, neste passo, representaria um estípite inútil, de tal arte que me dispenso fazê-lo”.²³

Ao reagir desse modo, a referida resposta se utiliza da chamada *falácia da desconsideração sumária (dismissal)*, técnica que consiste em manifestar uma atitude de indignação ou superioridade por meio da desconsideração preliminar do argumento usado pelo interlocutor.²⁴ Trata-se da tentativa de substituir uma *argumentação racional* por mera *atitude de indignação*, exteriorizada pela simples caracterização de um argumento como obviamente improcedente. Com isso o oponente, em vez de confrontado, é simplesmente impedido de ingressar na discussão. E a discussão, em vez de desenvolvida, é interrompida antes mesmo de se iniciar. Daí que seja tal falácia também classificada como uma *falácia de pressuposição*: o suposto equívoco do interlocutor, em vez de demonstrado com razões, é meramente pressuposto pelo interlocutor, por meio de uma atitude de indignação. Contudo, como afirmam Soccio e Barry, “nenhuma medida de indignação pode substituir um pensamento claro”.²⁵

Não deve passar despercebido, ainda, o fato de a resposta de Carvalho ser repleta de frases que objetivam neutralizar a discussão: “(...) quem lida com mais intimidade com as categorias da Teoria Geral do Direito, sabe muito bem (...)”; “(...) não lida à vontade com categorias desse tope (...)”; “(...) quem sabe a locução, submetida ao esmeril de especialistas ilustres (...)”.²⁶ Em outras palavras, quer o autor dizer que quem lida com mais intimidade e à vontade com as categorias ou quem é especialista ilustre sabe que ele tem razão, ao passo que, inversamente, quem afirma que ele não tem razão é porque não lida com mais intimidade e à vontade com as categorias ou não é especialista ilustre. Trata-se de antiga estra-

²² SOCCIO, Douglas; e BARRY, Vincent. *Op. cit.*, p. 144.

²³ CARVALHO, Paulo de Barros. “Breves considerações sobre a função descritiva da Ciência do Direito Tributário”. In: CARVALHO, Paulo de Barros; e SOUZA, Cecília Priscila de (orgs.). *X Congresso Nacional de Estudos Tributários - sistema tributário brasileiro e as relações internacionais*. V. 1. São Paulo: Noeses, 2013, pp. 880 e 888.

²⁴ SOCCIO, Douglas; e BARRY, Vincent. *Practical logic*. 5ª ed. Wadsworth: Cengage, 1998, p. 156.

²⁵ *Ibidem*, p. 156.

²⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.*, pp. 882, 888 e 890.

tégia argumentativa para prevenir desacordos, assim descrita por Fearnside e Holther:

“Outros meios de prevenir desacordos são a bajulação da audiência (‘eu não preciso dizer para um grupo inteligente como este...’), apelos ao desejo de ser acatado (‘eu acredito que todos irão concordar que...’), apelos ao desejo de ser respeitado (‘todo americano decente quer...’), e assim por diante. Prevenção de desacordo varia de suaves artifícios calculados para tornar fácil o acordo (‘claro que todos nós acreditamos...’) a asserções preconceituosas para intimidar a oposição (‘somente uma pessoa confusa sugeriria...’).”²⁷

O relevante para a discussão crítica é que as mencionadas falácias obstruem o debate, seja levando o intimidado leitor a concordar irrefletidamente com aquilo que está sendo dito, seja negando ao interlocutor a oportunidade de defender seu ponto de vista; quer pela inversão do ônus de demonstrar a veracidade de um argumento, quer pela apresentação de determinada premissa como autoevidente e, por isso, independente de comprovação.²⁸

Estas concisas considerações preambulares são imprescindíveis para que não haja comprometimento do nível da discussão crítica e sua transformação em mera disputa pessoal, baseada em emoções e crenças, e não em argumentos e justificações.²⁹ Como lembra Neumann, a “argumentação mira o conhecimento racional, não efeitos emocionais”.³⁰ Ademais, são imperiosas para que não se perca, com falácias argumentativas, o foco principal da discussão, que é o de delimitar a função da Ciência do Direito Tributário e seus efeitos teóricos e práticos, sem permitir que seja substituído por disputas meramente individuais e laterais, ou mesmo verbais.

Feitas estas reflexões gerais sobre o debate científico, passo a enfrentar os pontos relevantes trazidos a debate em razão da crítica que dirigi à função descritiva da Ciência do Direito Tributário, aproveitando a preciosa ocasião para também sentar as bases para uma discussão crítica no âmbito do Direito.

2. Ciência do Direito e Descrição

O principal objetivo do artigo que escrevi a respeito da função da Ciência do Direito Tributário foi o de demonstrar que o discurso doutrinário, além da descrição, envolve a reconstrução, a decisão e a criação de significados de elementos textuais e extratextuais, com base em métodos, argumentos e critérios de prevalência argumentativa. Em razão disso, sustentei que as “proposições” científicas não se limitam a descrever seu objeto e o modo como se apresenta, sem nele in-

²⁷ FEARNSIDE, Ward; e HOLTER, William. *Fallacy - the counterfeit of argument*. Englewood: Prentice Hall, 1959, p. 101.

²⁸ EEMEREN, Frans; e GROOTENDORST, Rob. “The pragma-dialectical approach to fallacies”. In: HANSEN, Hans V.; e PINTO, Robert C. (orgs.). *Fallacies, classical and contemporary readings*. Pensilvânia: PUP, 1995, p. 140. EEMEREN, Frans; e GROOTENDORST, Rob. *Argumentation, communication and fallacies*. Nova Jersey: Routledge, 1992, p. 119.

²⁹ WALTON, Douglas. *Informal logic*. 2ª ed. Cambridge: CUP, 2008, p. 3.

³⁰ NEUMANN, Ulfried. “Theorie der juristischen Argumentation”. In: BRUGER, Winfried *et alii* (orgs.). *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, p. 239.

terferir; antes reconstroem, decidem e criam significados, o que é bem diferente e produz consequências teóricas e práticas muito distintas. O conteúdo, o estatuto lógico e as teorias de conhecimento de cada uma dessas atividades foram demonstrados de maneira separada, fundamentada e exemplificada ponto por ponto. Em virtude disso é que se reproduziram trechos doutrinários que, de maneira expressa e categórica, aludem ao caráter descritivo da Ciência do Direito.

Essa é uma questão. Outra é saber se os trechos das obras citadas, os quais fazem expressa referência ao caráter descritivo da Ciência do Direito, seriam meros fragmentos diminutos dos textos a que pertencem, fragmentos que não refletiriam a posição de seus autores. Há, portanto, duas questões distintas a considerar: a primeira é saber se a função da Ciência do Direito é apenas descrever ou, além disso, também reconstruir, decidir e criar significados, bem como quais são as consequências teóricas e práticas dessa constatação; a segunda, diversa, é verificar se as obras dos autores citados, na crítica feita ao caráter mera ou fundamentalmente descritivo da Ciência do Direito, sustentam - e em que medida - o cunho descritivo da Ciência do Direito. A primeira questão diz respeito à crítica da tese descritivista da Ciência do Direito; a segunda, à importância e representatividade de trechos doutrinários que lhe fazem referência explícita. Nesse aspecto, nota-se que as considerações feitas por Carvalho a meu texto ficaram circunscritas à segunda questão.

Essa distinção é de importância capital, porquanto comprova que o propósito nuclear de meu artigo não foi contestado: o discurso doutrinário, a par da descrição, engloba a reconstrução, a decisão e a criação de significados. A demonstração separada, fundamentada e exemplificada de cada uma dessas atividades e o seu fundamento epistemológico não sofreram qualquer objeção. E todas as repercussões decorrentes dessa conclusão - importantíssimas, aliás - permanecem firmes para ser examinadas. O que resta saber é se os trechos citados na crítica são efetivamente meros fragmentos isolados das obras.

Começemos pela obra de Carvalho. A utilização primordial de passagens de seu *Curso de Direito Tributário*, às quais poderiam ser somadas dezenas de outras passagens de diversas publicações, decorre do singular fato de a obra ter sido, até o momento, reeditada 26 vezes, desconsiderando-se as reimpressões, possibilitando ao autor o aprofundamento e a reflexão e, eventualmente, a revisão e retificação de suas posições, ideias e argumentos.³¹ O *Curso*, conforme esta concepção, representa o pensamento fundamental do autor sobre a matéria, pensamento este que pretende seja transmitido aos estudiosos do tema. Assim sendo, a comprovação de não constituírem os trechos citados meros fragmentos isolados que não encontrariam respaldo em sua obra passa, em primeiro lugar, pela demonstração de que há termos ou expressões, utilizados com insistência, que afastam a alegação de que “descrever” é empregado no sentido de “construir”.

Com efeito, além de a obra de Carvalho afirmar que o Direito e a Ciência formam “dois mundos que não se confundem”, que as “proposições” científicas “simplesmente descrevem seu objeto, sem nele interferir”, e que a Ciência do Di-

³¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 9.

reito “se ocupa em descrever o direito positivo tal como se apresenta”, assevera que o “direito positivo forma um plano de linguagem de índole *prescritiva*, ao tempo em que a Ciência do Direito, que o relata, compõe-se de uma camada de linguagem fundamentalmente *descritiva*”.³² Afirma ainda que à Ciência do Direito “cabe descrever esse enredo normativo”, que o cientista do Direito “vai debruçar-se sobre o universo das normas jurídicas”, “interpretando-as e descrevendo-as”, tendo o produto de sua atividade “caráter descritivo”, e sua linguagem sendo emitida por meio de “proposições descritivas”.³³ Mais adiante, sustenta que “norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos”, mediante “proposições descritivas”.³⁴ Não bastasse isso, aduz que “compete à Ciência do Direito Tributário descrever esse objeto, expedindo proposições declarativas”,³⁵ e mais: que a doutrina possui “linguagem eminentemente *descritiva*, reproduzindo, de forma elucidativa, o conteúdo e os mecanismos de articulação próprios do direito positivo”, com a “finalidade de relatar, com precisão, a sua realidade-objeto”.³⁶ Ainda, de acordo com o *Curso*, a “doutrina não é fonte do direito positivo. Seu discurso descritivo não altera a natureza prescritiva do direito. Ajuda a compreendê-lo, entretanto não o modifica.”³⁷

Esses trechos, aos quais muitos outros poderiam ser somados, comprovam que há alusão - não isolada e esparsa, mas abundante e contínua - à função descritiva da Ciência do Direito. Mais: demonstram que o significado do termo “descrever”, nos referidos trechos, é absolutamente incompatível com o significado de “construir”. Isso porque, além de empregar o termo “descrever”, sustenta a obra, de maneira expressa, que as proposições científicas “simplesmente” descrevem as “normas”, “mediante proposições declarativas” do seu conteúdo, tal “como ele se apresenta” e “sem nele interferir”. O contexto não deixa espaço algum para a ambiguidade.

De fato, fosse o termo “descrever” equivalente a “construir”, a atividade exercida pelo intérprete não se circunscreveria a “simplesmente descrever” um objeto tal “como ele se apresenta” e “sem nele interferir”. Ora, “construir” algo “sem nele interferir”, deixando-o tal “como se apresenta”, simplesmente não é construir. Porque construir é precisamente introduzir ou modificar um objeto a partir de propriedades antes não existentes. E fazê-lo deixando o objeto tal como se apresenta, sem nele interferir, é algo simplesmente impossível. Equivaleria a criar sem criar. Mais, afirmar que o cientista se pronuncia “mediante proposições declarativas” é assumir o caráter descritivo da Ciência do Direito - de um lado, porque “declarar” significa tornar claro, diversamente do que significa “construir”; de outro, porque “proposição” significa o conteúdo de sentido de um enunciado dotado de um dos valores de verdade, isto é, do qual se possa dizer

³² CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 36, 45 e 36, respectivamente (pp. 33, 42 e 35 da 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

³³ *Ibidem*, pp. 34, 35 e 38, respectivamente (pp. 34 e 37 da 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

³⁴ *Ibidem*, pp. 40 e 43, respectivamente (pp. 34 e 37 da 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

³⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47 (p. 44 da 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

³⁶ *Ibidem*, p. 88. Destaque do autor (p. 76 da 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Destaques mantidos).

³⁷ *Ibidem*, p. 88 (p. 76 da 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

verdadeiro ou falso.³⁸ Por meio de uma proposição se exprime uma tese teórica, isto é, uma crença relativa à realidade.³⁹ Como afirma Dworkin em sua pesada crítica ao positivismo, as “proposições” são usadas “para descrever ou declarar certas relações” e “são verdadeiras quando descrevem corretamente o conteúdo das leis”.⁴⁰ Vê-se, portanto, que o problema não está apenas no uso continuado do termo “descrever” com o sentido de declarar; está também na utilização reiterada do termo “proposição”, que representa precisamente o enunciado descritivo de um objeto. Tanto é assim que o próprio Carvalho afirma que “a forma de apurar o valor lógico dos enunciados descritivos da Ciência do Direito é confrontá-los com o resultado da experiência; e o padrão empírico para os testes da Dogmática é o exame do direito positivo: uma vez confirmados, serão tidos por verdadeiros; mas, sempre que negados, considerar-se-ão falsos”.⁴¹ Note-se que, para o referido autor, objeto das proposições é o “conjunto de normas válidas”, e não o conjunto de enunciados normativos ou dispositivos, concepção que, além de confundir o objeto da interpretação (dispositivo) com seu resultado (norma), mais uma vez denuncia o caráter descritivo da Ciência do Direito. Ocorre, porém, que como a Ciência do Direito, além de descrever, adscrive, reconstrói e cria significados, o cientista se pronuncia por meio de proposições descritivas, mas também por meio de *enunciados interpretativos reconstitutivos e adscritivos*, e de *formulações normativas* - o que é algo bem diverso.

Estas concisas observações atestam a importância e a pertinência da crítica que apresentei à função descritiva da Ciência do Direito: os trechos citados pressupõem um sentido *pré-constituído* no produto legislado, tanto que - expressa e insistentemente - mencionam que o discurso doutrinário não interfere no objeto nem o modifica; a Ciência do Direito, contudo e como visto, não apenas descreve, mas reconstrói, adscrive e cria significados. A reconstrução de significados, a escolha de um significado entre os vários admissíveis por um dispositivo e a concretização de princípios por meio da criação de regras implícitas, entre outros exemplos, comprovam que os conteúdos normativos não podem ser simplesmente descritos, sem qualquer interferência, tal como se apresentam, como defende Carvalho.

O fundamental, relativamente a esse ponto, é que não se pode construir um raciocínio válido com premissas contraditórias, tampouco com a mera introdução circunstancial de palavras novas ou com a tentativa de redefinição de palavras antigas. E tal inconsistência não é eliminada com a tentativa contingente de atribuição de um novo significado ao termo “descrever”, quando as expressões ou termos que indicam um conteúdo pré-constituído - a exemplo das expressões “tal como se apresenta” e “sem nele interferir” ou dos termos “relata”, “declara” e “reproduz” - persistem, e quando se define a linguagem descritiva como sendo aquela informativa ou declarativa, própria para a transmissão do conhecimento.

³⁸ GUASTINI, Riccardo. *Sintassi del Diritto*. Turim: Giappichelli, 2011, p. 58.

³⁹ DICIOTTI, Enrico. *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Turim: Giappichelli, 1999, p. 19.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. “Introduction”. *The philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1977, pp. 5 e 6.

⁴¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 229 (p. 187 da 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

Ressalte-se que a própria resposta de Carvalho, depois de pretender que “descrição” significaria “compreensão”, procura comprovar o significado de “descrever” citando um trecho de outra de suas obras, assim redigido:

“Não parece excessivo lembrar que a descritividade inerente ao discurso científico adquire uma tonalidade especial sempre que o alvo do conhecimento esteja na região ôntica dos objetos culturais, como é o caso do direito. *Posto que tais bens se manifestam sempre carregados de valor, não será suficiente a mera descrição do fenômeno, tornando-se indispensável sua compreensão.*”⁴²

A leitura atenta desse trecho, contudo, prova que o termo “descrever”, para Carvalho, equivale o mesmo que “declarar”. De fato, se “descrição” significasse “compreensão” nas obras do autor, como alegado em sua resposta, a afirmação circunstancial de que no discurso científico não seria suficiente a mera descrição, sendo necessária a sua compreensão, restaria totalmente sem sentido. Ela equivaleria a dizer algo parecido com “não será suficiente a mera compreensão, sendo necessária a sua compreensão”. Tal constatação demonstra que o termo “descrição” tem o significado de declarar, não de compreender, diferentemente do que sustentou na resposta.

A resposta em apreço reproduz ainda outro trecho de outra obra, onde consta que “o chamado ‘direito positivo’ não aparece como algo já constituído, pronto para ser cortado, reportado, descrito”. Essa obra mais recente de Carvalho, além de não eliminar todos os trechos anteriores do seu *Curso de Direito Tributário*, ainda editado com as expressões antes mencionadas, comprova que o termo “descrever” não pode ser havido por “compreender”, conforme pretendido em sua resposta. Fosse assim, a frase reproduzida deveria ser lida como “o chamado ‘direito positivo’ não aparece como algo já constituído, pronto para ser compreendido”. Tal circunstância demonstra, uma vez mais, que o termo “descrever” tem o significado de declarar, não de compreender. Essa circunstância, lembre-se, é reforçada pelos trechos antes reproduzidos, dentre os quais consta o de que o discurso da doutrina, relativamente ao Direito, “Ajuda a compreendê-lo, entretanto não o modifica.”⁴³ Aqui, é o próprio termo “compreender” que é incompatível com o de “construir”.

A confirmação de que os trechos citados não constituem um “diminuto fragmento de texto”, como quer fazer crer a resposta de Carvalho, passa, em segundo lugar, pela demonstração de que há conceitos fundamentais, também utilizados por ele com frequência, que igualmente afastam a possibilidade de se atribuir ao termo “descrever” o mesmo sentido de “construir”. Um desses conceitos, aos quais outros se poderiam agregar, é o de “metalinguagem descritiva”.

De fato, além de a obra de Carvalho sustentar que a Ciência do Direito não interfere no desenvolvimento do Direito, ela defende que o Direito e a Ciência

⁴² CARVALHO, Paulo de Barros. “Breves considerações sobre a função descritiva da Ciência do Direito Tributário”. In: CARVALHO, Paulo de Barros; e SOUZA, Cecília Priscila de (orgs.). *X Congresso Nacional de Estudos Tributários - sistema tributário brasileiro e as relações internacionais*. V. 1. São Paulo: Noeses, 2013, p. 883 - destaques meus.

⁴³ *Ibidem*, p. 88.

constituem “dois mundos que não se confundem”, asseverando que “o direito positivo forma um plano de linguagem de índole *prescritiva*, ao tempo em que a Ciência do Direito, que o relata, compõe-se de uma camada de linguagem fundamentalmente *descritiva*”.⁴⁴ Essa posição de que a Ciência do Direito é uma metalinguagem descritiva, que “relata” a linguagem do legislador, simplesmente não procede. De um lado, porque a linguagem não é meramente descritiva. Como lembra a obra de Guastini,

“Tal opinião é falsa. De um lado, a linguagem da ciência jurídica não é sempre descritiva, na medida em que muitas vezes a ciência jurídica não se limita a descrever normas preexistentes, mas formula normas novas. De outro lado, a linguagem da ciência jurídica não é sempre uma metalinguagem a respeito da linguagem das fontes, já que a ciência jurídica não se limita a falar das fontes, mas as transforma.”⁴⁵

Por consequência do que se acaba de afirmar, também não se pode defender que o Direito e a Ciência formam “dois mundos que não se confundem” ou que o discurso doutrinário ajuda a “compreendê-lo, entretanto não o modifica.” Ora, em razão das atividades reconstrutivas, adscritivas e criativas da Ciência do Direito, o Direito é enriquecido e transformado pela Ciência do Direito.⁴⁶ Como recorda o mesmo trabalho de Guastini,

“A configuração das relações entre direito e doutrina em termos de linguagem-objeto e metalinguagem é tomada com cautela. Porque, como teremos ocasião de ver, entre a linguagem do direito (das “fontes”) e a linguagem dos juristas não subsiste uma barreira lógica insuperável. Os juristas não se limitam a analisar o discurso das fontes: plasmam-no e modelam-no.”⁴⁷

Desse modo, afirmar que eles constituem “dois mundos que não se confundem” é desconsiderar, uma vez mais, essa interpenetração e - de modo indireto, porém enfático - sustentar o caráter descritivo da Ciência do Direito. Ora, a Ciência do Direito não faz somente descrever o Direito, porquanto a interpretação dos dispositivos *exige* ao intérprete reconstruir, decidir e recriar significados. A mencionada noção nada mais é do que uma *simplificação excessiva* das atividades da Ciência do Direito, que toma uma atividade (descrição) como se exaurisse todas as outras desempenhadas pelo intérprete (reconstrução, decisão e criação).⁴⁸

A posição de que a Ciência do Direito é uma metalinguagem descritiva da linguagem do legislador também não procede, de outro lado, porque a linguagem nem sempre é metalinguagem. A referida Ciência não verte simplesmente sobre o Direito, porque a linguagem do legislador é *moldada e desenvolvida* pela linguagem dos juristas, que a *reconstitui*, em vez de meramente “verter sobre” ela.⁴⁹

⁴⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 33, 36, 45 e 36, respectivamente.

⁴⁵ GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Turim: Giappichelli, 1992, p. 219.

⁴⁶ GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo*. Turim: Giappichelli, 1996, p. 228.

⁴⁷ GUASTINI, Riccardo. *La sintassi del Diritto*. Turim: Giappichelli, 2011, p. 8.

⁴⁸ GUASTINI, Riccardo. *Il Diritto come linguaggio - lezione*. 2ª ed. Turim: Giappichelli, 2006, p. 212.

⁴⁹ GUASTINI, Riccardo. *La sintassi del Diritto*. Turim: Giappichelli, 2011, p. 450.

Isso ocorre, primeiro, porque a atividade doutrinária, como dito, além de emitir *proposições descritivas*, destinadas a descrever significados de dispositivos que já sofreram processos anteriores de significação, emite *enunciados interpretativos reconstitutivos*, voltados a reconstruir o significado de dispositivos, *enunciados interpretativos adscritivos*, dirigidos a decidir o significado de dispositivos, e *formulações normativas*, utilizados para introduzir novos significados. Em todos esses casos, o Direito é moldado pela Ciência do Direito.

Segundo, a Ciência do Direito não verte simplesmente sobre o Direito, tendo em vista que tanto adiciona normas ao Direito quanto lhe subtrai outras.⁵⁰ A Ciência do Direito *adiciona* normas ao Direito quando procede à integração de lacunas, assim entendido o procedimento por meio do qual o intérprete elabora, digamos, normas implícitas que, embora privadas de validade formal, são consideradas válidas do ponto de vista material. A Ciência do Direito *subtrai* normas do Direito quando procede à solução de antinomias, assim compreendida a técnica por meio da qual o intérprete elimina uma das duas normas explícitas em conflito, de tal sorte que uma delas, embora válida do ponto de vista formal, é considerada inválida pelo intérprete do ponto de vista material.

O preenchimento de lacunas e a solução de antinomias demonstram, pois, ser o sistema jurídico composto das normas explícitas formalmente válidas instituídas pelo Poder Legislativo, menos as normas explícitas materialmente inválidas e mais as normas implícitas materialmente válidas desenvolvidas pela Ciência do Direito.⁵¹

Tal constatação faz ver que o Direito não apenas é moldado pela Ciência do Direito, como é *transformado* por ela. Indica também que a linguagem dos juristas não se limita a descrever a linguagem do legislador, nem somente verte sobre ela, não podendo ser qualificada como metalinguagem descritiva que verte sobre a linguagem prescritiva do legislador, como se ela fosse sempre uma sobrelinguagem ou linguagem de sobrenível, destinada a transmitir notícias de sua composição como sistema empírico, como abertamente defende a obra de Carvalho.

Essa concepção aqui criticada, aliás, foi defendida pela doutrina há muito tempo. A obra de Bobbio, depois de mencionar que o legislador se exprime por meio de uma linguagem que não é rigorosa e que a Ciência deve transformar sua linguagem com rigor, completude e ordenação, argumenta que o discurso dogmático dos juristas consiste em uma metalinguagem (descritiva) que verteria sobre a linguagem (prescritiva) do legislador: “Ora bem, a doutrina na sua parte essencial é uma análise da linguagem, mais precisamente daquela linguagem particular na qual se expressa o legislador por meio de proposições normativas.”⁵² A obra de Carvalho seguiu esse entendimento, sustentando que “tal discurso fala do seu objeto - o direito positivo -, que, por sua vez, também se apresenta como um estrato de linguagem, porém de cunho prescritivo”.⁵³ A obra de Guastini,

⁵⁰ GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Turim: Giappichelli, 1992, p. 218.

⁵¹ GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Turim: Giappichelli, 1992, p. 219.

⁵² BOBBIO, Norberto. “Scienza del Diritto e analisi del linguaggio (1950)”. In: SCARPELLI, Uberto (ed.). *Diritto e analisi del linguaggio*. Milão: Comunità, 1976, p. 306.

⁵³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35.

contudo, criticou precisamente esse posicionamento de modo objetivo, da seguinte maneira:

“A teoria da ciência jurídica de Bobbio inclui duas teses entre si contrastantes. De um lado, Bobbio expressamente teoriza que o discurso dogmático dos juristas seja uma metalinguagem (descritiva) que verte sobre a linguagem (prescritiva) do legislador. De outro lado, Bobbio teoriza, além disso, que a ciência jurídica seja uma ciência que transforma o próprio objeto tornando-o mais rigoroso, isto é, unívoco, completo e coerente. A teoria de Bobbio parece assim envolta em uma contradição insolúvel.”⁵⁴

A contradição insolúvel e facilmente perceptível a que se refere a obra de Guastini é rigorosamente a mesma presente na discussão crítica ora travada. É sempre bom recordar que a consistência do pensamento e de sua expressão, capaz de afastar possíveis contradições, é elemento essencial da discussão científica.⁵⁵

Outro conceito fundamental é o de valor. Em outra obra, Carvalho afirma que o que proporciona “acesso ao reino dos valores é a intuição emocional, não a sensível nem a intelectual”.⁵⁶ Subjacente a essa concepção, portanto, está o entendimento de que os valores não são capazes de conhecimento racional e objetivo, mas tão só de uma percepção meramente pessoal e emotiva. Sua interpretação é ato de vontade, não de conhecimento, enfim. A influência do pensamento de Kelsen é visível. Para esse autor, a Ciência do Direito deveria afastar-se do mundo da vontade e circunscrevê-lo ao do conhecimento.⁵⁷ Tal concepção parte do pressuposto, admitido pelos empiristas do Círculo de Viena, de que não podem os valores ser descritos com objetividade, por dizerem respeito ao convencimento pessoal, e não ao conhecimento.⁵⁸ A relevância dessa concepção, para os propósitos da discussão acerca da função da Ciência do Direito Tributário, é a de que alguns temas terminam deixando de fazer parte de seu objeto. Se a Ciência do Direito deve tratar com objetividade seu objeto, mas parte dele não permite o conhecimento objetivo, somente uma parte é examinada. Não surpreende, portanto, a afirmação de Carvalho segundo a qual “não há causar desalento em ninguém que nós não possamos dar um cunho de objetividade aos princípios. Isso nunca ocorrerá, senão eles deixarão de ser princípios.”⁵⁹ Logo se percebe que, por trás dessa concepção de valores, há também uma *concepção semântica* de objetividade, e não - como sustentei no texto crítico e noutra obra - uma *con-*

⁵⁴ GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo*. Turim: Giappichelli, 1996, p. 227.

⁵⁵ AARNIO, Aulis. *Essays on the doctrinal study of Law*. Dordrecht: Springer, 2011, p. 76.

⁵⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008, p. 176.

⁵⁷ KELSEN, Hans. “Die Rechtswissenschaft als Norm - oder als Kulturwissenschaft. Schmöllers Jahrbuch für Gesetzgebung”, 1911, pp. 1.181-1.239. In: KLECATSKY, Hans *et alii* (orgs.). *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. V. 1. Viena: Fritz Steiner, 2010, pp. 32 e 33.

⁵⁸ WALTER, Robert. “Der Positivismus der Reiner Rechtslehre”. In: JOBLONER, Clemens; e STADLER, Friedrich (orgs.). *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen Zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule*. Viena: Springer, 2001, p. 5.

⁵⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. “O princípio da anterioridade em matéria tributária”. *Revista de Direito Tributário* v. 63. São Paulo: Malheiros, p. 104, s. d.

cepção discursiva ou metodológica de objetividade, igualmente capaz de permitir o exame dos princípios.⁶⁰

As considerações anteriores elucidam que os trechos citados são representativos e correspondem às obras citadas, na medida em que são recorrentes e suportados tanto por partes quanto por conceitos fundamentais incompatíveis. Isso sem falar em diversos outros temas que, direta ou indiretamente, evidenciam o mesmo reducionismo epistemológico, de que são exemplos os seguintes assuntos: a contraposição entre vontade e conhecimento, linguagem e metalinguagem e ser e dever ser; o monismo e o corte metodológico; a verificação de proposições; a base empírica do conhecimento; e assim por diante. Não se trata, pois, nem de “referências isoladas, apressadas”, nem muito menos de “diminuto fragmento de texto” das obras referidas, como tentou demonstrar Carvalho em sua resposta.⁶¹ Trata-se de algo bem diferente disso.

E tal conclusão não é alterada pelo emprego *circunstancial* do termo “construir”. Em primeiro lugar, porque, se há trechos e conceitos incompatíveis com o sentido de construir que continuam permeando os trabalhos referidos, surge manifesta e insolúvel contradição interna. De fato, na mesma obra não se pode sustentar, sem cair em irrecusável contradição, que descrever significa “relatar” e “declarar” significados, de um lado, e “criar” e “atribuir” significados, de outro. Não pode um termo comportar um significado e seu oposto ao mesmo tempo, no mesmo contexto. Ainda mais se considerarmos o uso de diferentes termos, indicando que, fosse a intenção atribuir significados iguais, ter-se-ia empregado o mesmo termo, não termos distintos. Tal discurso revela, repita-se, incontornável contradição.

Além de contradição, o discurso contido na resposta revela o uso de termos com ambiguidade (“descrever” significa “declarar” ou “criar”), alternância (“descrever” significa num momento “declarar”; noutra, “criar”) e concomitância (“descrever” significa “declarar” e “criar”). Ora, em um discurso racional, deve-se buscar, como ideal regulativo para sua elaboração, a não redundância no uso da linguagem, de acordo com a qual não se pode atribuir a dois termos diferentes significados que sejam no todo ou em parte idênticos, como se exige até mesmo do legislador.⁶² Tal diretriz impede que se possam atribuir o mesmo sentido aos mesmos termos (presunção de constância terminológica) e o mesmo sentido a termos diferentes, ou sentidos diferentes a termos iguais (presunção de não sinonímia). Este tipo de discurso foge do ideal analítico, que proclama um discurso vertido em linguagem científica, sem contradições e ambiguidades, e pronto para ser compreendido pelo destinatário, como insiste explicitamente a obra de Carvalho.

⁶⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 120.

⁶¹ CARVALHO, Paulo de Barros. “Breves considerações sobre a função descritiva da Ciência do Direito Tributário”. In: CARVALHO, Paulo de Barros; e SOUZA, Cecilia Priscila de (orgs.). *X Congresso Nacional de Estudos Tributários - sistema tributário brasileiro e as relações internacionais*. V. 1. São Paulo: Noeses, 2013, pp. 879 e 885.

⁶² CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bolonha: Mulino, 2007, p. 110. GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milão: Giuffrè, 2004, p. 170.

Essa inconstância terminológica, mais do que surpreender e confundir o leitor, simplesmente impede a discussão crítica. Isso porque semeia a confusão no lugar de promover a clareza. Pior, oportuniza a fuga às críticas por meio de explicações *ad hoc* ou de recuos definitórios incompatíveis com o uso ordinário e técnico da linguagem. Com efeito, o uso de um termo ambíguo ($X = A$ ou B) permite que seu usuário, quando criticado, possa alegar que o empregou com sentido diferente daquele que o crítico revelou ter entendido ($X = A$, não B); o uso alternativo de um termo no tempo ou no espaço ($X = A$ e B) permite que seu usuário possa defender-se sustentando que o utilizou com sentido distinto daquele exposto pelo crítico ($X = A$, não B); e o uso contraditório de um termo ($X = A$ e não- A) autoriza seu usuário a adotar um ou outro sentido, movendo-se de um lado para outro conforme a crítica que lhe é dirigida. Esta postura, ao transformar a discussão crítica num mero jogo de palavras, faz com que os termos, com permissão para uma metáfora, funcionem como “alvos móveis”, trocados incessantemente de lugar como “estratégia imunizadora” para afastar o autor de qualquer crítica.⁶³

A conclusão de que a função descritiva da Ciência do Direito é sustentada pela doutrina também não é alterada, em segundo lugar, pelo uso *genérico* da palavra “construir”. Dado o caráter prático da Ciência do Direito, é preciso demonstrar o que significa “construir” e indicar critérios, intersubjetivamente controláveis, que possam diferenciar e operacionalizar as várias atividades interpretativas. De fato, empregar o termo “descrever” no sentido de “criar” faz que tudo passe a ser “criar”, como se a atividade interpretativa não envolvesse várias atividades distintas quanto ao seu estatuto lógico e ao método utilizado pelo intérprete, inclusive atividades descritivas.

Com efeito, na crítica que dirigi à função descritiva da Ciência do Direito, argumentei que esta não exerce função mera ou fundamentalmente descritiva, porquanto, ao lado da atividade descritiva, cumpre também outras atividades, como a reconstrutiva, a adscritiva e a criativa. Em outras palavras, a Ciência do Direito emite proposições descritivas, enunciados interpretativos reconstrutivos, enunciados interpretativos adscritivos e formulações normativas.⁶⁴ Isso, porém, implica que a Ciência também descreve significados ou o fato de determinadas instituições já terem atribuído certos significados a determinados dispositivos. Assim, em algumas situações, os termos ou expressões constantes do dispositivo objeto de interpretação já tiveram seus significados atribuídos, por padrões de uso contínuo, por meio de conceitos doutrinários, de decisões jurisprudenciais, de instrumentos normativos interpretativos e da própria legislação.

De um lado, quando o termo ou expressão tiver *um* significado objeto de uma prática argumentativa anterior, caberá ao intérprete descrevê-lo. Nesse caso, interpretar significa a atividade de *identificar o significado de um dispositivo* quando este, dada a sua univocidade, admite apenas um significado em determinado contexto. De outro lado, quando o termo ou expressão tiver *mais de um* significa-

⁶³ CANARIS, Claus-Wilhelm. “Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien”. In: NEUNER, Jörg *et alii* (orgs.). *Gesammelte Schriften*. V. 1. Heidelberg: De Gruyter, 2012, p. 411.

⁶⁴ GUASTINI, Riccardo. “Juristenrecht: inventing rights, obligations and powers”. *Neutrality and theory of Law*. Dordrecht: Springer, 2013, p. 159.

do usualmente empregado, caberá ao intérprete descrevê-los. Nesse caso, interpretar significa a atividade mediante a qual o intérprete *identifica os vários significados de um dispositivo* quando este, dada a sua ambiguidade, admite mais de um. Nas duas situações - de univocidade e de ambiguidade -, o intérprete *descreve significados*, isto é, reconhece, constata, declara ou assere com que significado ou significados determinado termo é institucionalmente usado. Quando o intérprete desempenha essa atividade, na verdade está descrevendo o *fato* de determinado dispositivo ter recebido uma dada interpretação, e não propriamente interpretando enunciados normativos. O que importa, nesse aspecto, é que a referida descrição só é possível porque os significados nem sempre são indeterminados, tampouco totalmente indeterminados: não são *sempre* indeterminados porque nem todas as controvérsias são eternas, na medida em que os órgãos aplicadores do Direito fixam significados que se tornam consolidados e dominantes; e não são *totalmente* indeterminados porque todo enunciado normativo tem um núcleo de significação objeto de consolidação.⁶⁵ Nesses casos, em que há acordos interpretativos sincrônicos e parciais, é perfeitamente possível formular proposições normativas acerca da existência de determinadas normas.⁶⁶ Em outras palavras, é admissível falar em interpretação no sentido de descrição, mesmo que seja ela permeada por métodos e argumentos.

Sendo isso verdadeiro, contudo, surge um problema adicional à discussão feita neste ponto: é que, ao sustentar que “descrever” tem o sentido de “criar”, Carvalho afasta as atividades descritivas, acima referidas, do âmbito da Ciência do Direito. Em outras palavras, o problema não está apenas em atribuir ao termo “descrever” o sentido de “construir”, mas em negar que a Ciência também exerça atividades descritivas, sob a generalização de que tudo o que ela faz é “construir”, sem maiores especificações.

Repita-se que o mero emprego do termo “criar” não é suficiente para estruturar o processo discursivo e eliminar toda a sua complexidade. Surge aqui, com clareza, outro aspecto relevante desta discussão: à Ciência do Direito não basta usar palavras eruditas ou excessivamente genéricas que tudo explicam, mas nada orientam. A beleza estética da linguagem, conquanto louvável, desde que não obscura, não supre a necessidade de processos discursivos e institucionais indispensáveis à efetividade do Direito. É preciso, acima de tudo, diferenciar as atividades desempenhadas pelo intérprete, com critérios claros e operacionais.

Exatamente por isso venho sustentando, inclusive na análise anteriormente formulada, que a atividade interpretativa envolve a descrição (reconhecimento, constatação, declaração ou asserção de significados), a reconstrução (reconstituição de significados), a decisão (escolha de um significado entre os vários admitidos por um dispositivo) e a criação de significados (atribuição de significado além de dispositivos expressos, atribuição de significado a partir de dispositivos expressos, por argumentação dedutiva ou indutiva, utilização de teorias jurídicas que condicionam a interpretação, introdução de regras implícitas mediante concretização de princípios ou introdução de exceções a regras gerais). Tudo isso por

⁶⁵ GUASTINI, Riccardo. *La sintassi del Diritto*. Turim: Giappichelli, 2011, pp. 443 e 444.

⁶⁶ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giuffrè, 2011, p. 219.

meio da indicação de técnicas interpretativas, argumentos e critérios de prevalência entre eles.⁶⁷ Ora, afirmar que a Ciência do Direito “descreve” significados, e atribuir ao termo “descreve” o mesmo sentido de “constrói”, é igualar fenômenos que são completamente distintos em seu estatuto lógico, em seu método e em seu fundamento. E isso é extremamente grave, porque deixa o aplicador sem critérios operacionais para suas atividades. Lembre-se que um dos critérios da discussão científica é precisamente a existência de critérios intersubjetivos que possam ser publicamente controlados.⁶⁸

Todas as considerações anteriores demonstram que a obra de Carvalho suporta uma visão descritivista da Ciência do Direito, sendo os trechos e os conceitos citados bastante representativos dessa concepção. Tal constatação não é infirmada com a alegação contraditória e circunstancial de que o termo “descrever” equivale a construir.

Como consequência das observações antecedentes, vê-se que não há qualquer equívoco na afirmação de que aqueles que defendem o caráter empírico-descritivo da Ciência do Direito praticam um “formalismo epistemológico”. A resposta a meu texto qualifica essa expressão como incompatível com seu significado pretensamente adequado. Lembre-se que tal expressão teve seu sentido estipulado no referido texto, da seguinte forma:

“A compreensão de que a função da Ciência do Direito é meramente descrever significados envolve, pois, uma espécie de *formalismo epistemológico*, na medida em que pressupõe um conceito muito restrito de conhecimento (conhecimento como juízo teórico de captação de uma realidade e não como juízo prático destinado a direcionar um estado de coisas) e um rol muito limitado de atividades (descritivas, mas não adscritivas e criativas).”

Ora, se a expressão teve o seu sentido estipulado, a crítica de Carvalho só pode dirigir-se aos termos utilizados, não a seu sentido, pois uma definição estipulativa é uma proposta de uso de determinado termo de certa maneira, não podendo ser verdadeira nem falsa, apenas contestável por outros critérios aplicáveis à elaboração de definições.⁶⁹ Tal constatação transforma a discussão numa mera disputa por palavras. Ainda assim, é importante realçar que os termos têm sido usualmente empregados pela doutrina com sentido similar ao que lhes foi atribuído.

Com efeito, o termo “formalismo” é usado, de um lado, para definir várias formas de reducionismo, seja na interpretação (formalismo interpretativo), seja na concepção de Ciência (formalismo científico).⁷⁰ Uma das acepções de “formalismo”, segundo Tarello, por exemplo, é precisamente aquela que adota critérios

⁶⁷ ÁVILA, Humberto. “Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico”. *Revista de Direito Tributário* v. 79. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 163-183.

⁶⁸ AARNIO, Aulis. *Essays on the doctrinal study of Law*. Dordrecht: Springer, 2011, p. 79.

⁶⁹ LAYMAN, Stephen C. *The power of logic*. 3ª ed. Boston: McGraw-Hill, 2004, p. 99.

⁷⁰ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bolonha: Mulino, 2007, pp. 69, 143 e 147. JORI, Mario; e PINTORE, Ana. *Manuale di teoria generale del Diritto*. 2ª ed. Turim: Giappichelli, 1995, pp. 127 e ss. AMICOLO, Romina. *Formalismo versus antiformalismo*. Roma: EUR, 2009, pp. 94 e ss. MANGINI, Michele. *Il ragionamento giuridico tra formalismo e retorica*. Turim: Giappichelli, 2012, pp. 6 e ss.

para definir o que é jurídico e o que não o é, e que baseia a interpretação em elementos que lhes são intrínsecos, deixando de lado os extrínsecos, como são os fatores teleológicos e funcionais.⁷¹ “Formalismo” pressupõe, pois, que o Direito seja uma entidade autônoma, cabendo ao intérprete descrevê-lo “como ele é”.⁷² Tal acepção vincula o termo “formalismo” a um método que nega possa o Direito ser interpretado como instrumento para atingir finalidades e produzir efeitos.⁷³ Daí se o empregar em referência às teorias que sustentam ser a interpretação um ato de descoberta ou conhecimento de um objeto, como o faz Guastini, qualificando tal postura como “cognitivismo interpretativo”, e como o faz igualmente Villa, que prefere denominar a mesma posição de “formalismo interpretativo”.⁷⁴

O termo “formalismo” é utilizado, de outro lado, para expressar a compreensão de que a Ciência do Direito só conhece a dimensão estrutural de um objeto, mas não seus pressupostos materiais.⁷⁵ Tanto a utilização de fórmulas quanto a defesa do chamado “corte epistemológico” evidenciam esse formalismo.

Em outras palavras, o termo “formalismo” costuma ser empregado pela doutrina para exprimir um conceito restrito de conhecimento, de interpretação e de metodologia, não havendo qualquer razão para qualificá-lo como equivocado. Não por acaso o próprio Kelsen já qualificava sua teoria de formalista, precisamente por eliminar, de seu objeto de investigação, os fins do Direito: “A eliminação do momento finalístico da construção jurídico-conceitual faz com que o conceito de Direito compreenda apenas categorias formais”.⁷⁶

Tampouco há equívocos nas referências que fiz às obras de outros autores. No artigo em que critiquei a função descritiva da Ciência do Direito, afirmei que a concepção segundo a qual deveria o discurso científico ser descritivo havia sido forjada com base no paradigma científico empirista desenvolvido pelo chamado Círculo de Viena, com cujos critérios Kelsen teria desenvolvido sua teoria pura do Direito. Lançou-se, porém, objeção quanto à afirmação de que o referido Círculo e Kelsen “forjaram” o paradigma empirista, na medida em que a tese seria bem mais antiga, passando, com insistência, pelos empiristas ingleses.

Tirante o fato de que essa questão é lateral relativamente às teses desenvolvidas no artigo criticado, e procura desviar a discussão de seu foco, a objeção

⁷¹ TARELLO, Giovanni. “Formalismo”. In: ZARA, Antonio; e EULA, Ernesto (orgs.). *Novissimo Digesto Italiano*. V. VII. Turim: Utet, p. 577. JORI, Mario. “Formalisme juridique”. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du Droit*. Paris: LGDJ, 1993, p. 269. BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Turim: Giappichelli, 1979, p. 168.

⁷² TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi*. Bolonha: Il Mulino, 1974, p. 38. VILLA, Vittorio. *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*. Turim: Giappichelli, 2004, p. 142.

⁷³ STONE, Martin. “Formalism”. In: COLEMAN, Jules; e SHAPIRO, Scott (orgs.). *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of Law*. Oxford: OUP, p. 171.

⁷⁴ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giuffrè, 2011, p. 409. VILLA, Vittorio. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*. Turim: Giappichelli, 2012, p. 82. VILLA, Vittorio. *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*. Turim: Giappichelli, 2004, p. 206.

⁷⁵ FERREIRA NETO, Arthur Maria. “Fundamentos materiais da tributação: comutação, restauração, distribuição, reconhecimento e participação”. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Direito Tributário*. Madri, São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 104 e ss. BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Turim: Giappichelli, 1979, p. 168.

⁷⁶ KELSEN, Hans. “Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1911)”. In: JESTAEDT, Matthias (org.). *Hans Kelsen Werke*. V. 2/1. Tübinga: Mohr Siebeck, 2008, p. 186.

parece ter tomado o termo “forjar” como sinônimo de “inventar”. O termo “forjar”, contudo, é usado metaforicamente em alusão aos instrumentos de que se servem os ferreiros para fundir e modelar os metais com que trabalham. E, além de ter o significado figurativo de “enfornar” algo previamente existente, o termo admite outros significados, como “modelar” e “temperar”.⁷⁷ Nada de supostamente grave ou mesmo equivocado, pois, no uso do termo “forjar”, dado que o Círculo de Viena modelou o paradigma científico empirista, difundindo-o como nenhum outro movimento. Forjou-o, portanto. E foi nesse ambiente cultural e filosófico que Kelsen desenvolveu sua tese. Há bibliografia farta sobre o assunto, parte da qual, sobre o empirismo lógico, referi no próprio artigo que escrevi.⁷⁸ O importante é que, nessa visão empirista, o conhecimento científico, proclamado até os dias de hoje, só pode ser feito com base em dados empíricos observáveis, o que exclui elementos finalísticos ou intencionais. Não por outro motivo afirmou Kelsen, relativamente ao fim, que ele reside “fora da construção conceitual jurídica”.⁷⁹ E também por isso teve de defender-se da crítica conforme a qual sustentaria uma concepção formalista do Direito.⁸⁰ Tal concepção, decorrente da dificuldade de lidar com fins e de controlá-los com os instrumentos então disponíveis, já era defendida pela doutrina do Direito Público.⁸¹

Mas há algo mais. A afirmação de que a tese é mais antiga, além de nada acrescentar de substancial à discussão crítica provocada por meu artigo, dá margem à ideia de que o caráter descritivista da Ciência teria sido criado sem fundamento anterior e desenvolvido de forma sistemática pelos empiristas ingleses. A gênese, a tradição e o desenvolvimento dos empirismos inglês, alemão e austríaco têm diferenças já bem demonstradas pela doutrina, as quais não eram sequer objeto de minha análise.⁸² Não bastasse isso, é preciso realçar que apontar o momento inicial da tese empirista constitui questão assaz controversa, porque depende dos critérios e das perspectivas eleitas, podendo residir naqueles que mais diretamente trataram do Direito, como Bentham e Austin, ou nos autores anteriores que serviram de fundamento mais ou menos distante para suas obras,

⁷⁷ HOUAISS, Antônio et alii. *Grande dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, pp. 1.371. AZEVEDO, Francisco Ferreira dos Santos. *Dicionário analógico da língua portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010, p. 153. CUNHA, Antônio Geraldo. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010, p. 298.

⁷⁸ STADLER, Friedrich. *The Vienna circle - studies in the origins, development, and influence of logical empiricism*. Viena/Nova York: Springer, 2001, pp. 11 e ss. WALTER, Robert. “Der positivismus der reiner rechtslehre”. In: JOBLONER, Clemens; e STADLER, Friedrich (orgs.). *Logischer empirismus und reine rechtslehre. Beziehungen zwischen dem wiener kreis und der Hans Kelsen-Schule*. Viena: Springer, 2001, p. 3.

⁷⁹ KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. 2ª ed. Tübinga: Mohr Siebeck, 1923, p. 91.

⁸⁰ KELSEN, Hans. “Was ist die Reine Rechtslehre”. *Demokratie und Rechtsstaat. Festschrift für Zacharia Giacometti*. Zurich, 1953, pp. 143-161. In: KLECATSKY et alii (orgs.). *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. V. 1. Viena: Fritz Steiner, 2010, p. 511 e ss. KELSEN, Hans. “Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre”. *Juristischer Wochenschrift*. Leipzig: Brandstetter, 1929.

⁸¹ GERBER, Carl Friedrich Wilhelm von. *Grundzüge eines systems des deutschen staatsrechts*. Leipzig, 1865, p. 29. LABAND, Paul. *Rezension von: brie, siegfried: Theorie der staatenverbindungen*. Breslau, 1886, AÖR (1887), p. 317. ANSCHÜTZ, Gerhard. “Die Grundlagen des Deutschen Staatsrechts”. *Enzyklopädie der rechtswissenschaft in systematischer bearbeitung*. V. 2. 6a ed. Leipzig, 1904, p. 473.

⁸² CHIASSONI, Pierluigi. *L'indirizzo analitico nella filosofia del Diritto. I. Da Bentham a Kelsen*. Turim: Giappichelli, 2009, pp. 2 e ss., 115 e ss., e 177 e ss.

como Hobbes, ou, quem sabe ainda, nos autores que forneceram as bases históricas e filosóficas do Racionalismo e do Iluminismo - e assim por diante, indefinidamente. Trata-se, como se pode facilmente perceber, de uma questão histórica que, ademais de não ter sido tratada nem alterar as conclusões da discussão crítica, admite mais de uma resposta, dependendo do critério que se venha a adotar para estipular o marco zero de um movimento histórico e filosófico, para quem sustenta ser isso possível. Em suma, esse argumento específico envolve a introdução de um elemento irrelevante na discussão - e, por isso mesmo, falacioso.

Carvalho também apresenta objeções ao uso de obras de outros autores, especialmente do Professor Lourival Vilanova, reproduzindo, para esse propósito, um fragmento de texto que faz menção à inevitável parcela de atividade prático-valorativa quando trata dos conteúdos sociais e históricos. Pois bem, como será demonstrado, não apenas os trechos citados, mas também vários conceitos utilizados pela referida obra, respaldam a visão descritivista então criticada. Senão, vejamos.

Para Vilanova, “cientificamente, o que cabe é descrever e explicar o dado, não julgá-lo pelo mérito ou desqualificá-lo pelo demérito”; “a ciência do direito é análise do conteúdo das regras de direito”; “o jurista, estritamente tal, renuncia a fazer filosofia do direito, a fazer política do direito”; “as proposições científicas ‘reproduzem’ o seu objeto”; “seu propósito é conhecer, não exaltar a ordem dada, mas descrever objetivamente essa ordem”; “as proposições limitam-se a ser declarativas do objeto, não estimativas do valor que a esse objeto seja aderido”; “para as proposições teóricas, descritivas de objetos, verificamos sua razão de ser com a experiência de objetos”.⁸³

Tais trechos, a que outros tantos se poderiam somar, comprovam que a obra do autor alude - não em uma, mas em várias de suas passagens - à função descritiva da Ciência do Direito. O mais importante, contudo, é o fato de demonstrarem ser o significado do termo “descrever” inconciliável com o de “construir”. Isso porque, mais que empregar o termo “descrever”, Vilanova explicitamente defende que o intérprete deve “descrever” e “conhecer” “o dado” e “a ordem dada” mediante proposições “declarativas do objeto”. Ora, se o termo “descrever” significasse “construir”, a atividade exercida pelo intérprete não se circunscreveria a “descrever objetivamente essa ordem”, “o dado”, por meio de proposições “declarativas”. “Construir” algo “descrevendo o dado” ou “declarando o objeto” simplesmente não é construir. A existência de outras expressões diferentes, em lugar de alterar essa conclusão, apenas demonstra a contradição interna da obra.

A comprovação de não serem os trechos citados meros fragmentos isolados que não encontram respaldo na obra passa, também, pela demonstração de que há conceitos fundamentais impedindo que se sustente ser o termo “descrever” utilizado com o sentido de “construir”. Um deles é o conceito de “metalinguagem descritiva”. A simples reprodução de trecho em que se menciona existir uma atividade prático-valorativa no contato com os conteúdos sociais e históricos não faz

⁸³ VILANOVA, Lourival. “O problema do objeto da Teoria Geral do Estado”. *Escritos jurídicos e filosóficos*. V. 1. São Paulo: Axis Mundi/Ibet, 2003, pp. 198, 188, 189, 196, 201, 219 e 223.

desaparecer os trechos citados, fornecendo suporte explícito e categórico para uma postura descritivista.

A propósito, a influência das obras de Bentham, Austin e Kelsen, que o próprio Carvalho admite serem empiristas, é visível na obra de Vilanova. De um lado, para Bentham, “Um livro de doutrina pode ter um de dois objetos: (1) definir o que é o Direito; (2) definir o que deveria ser o Direito. No primeiro caso, ele pode ser qualificado como um livro de *doutrina expositiva*; no outro, um livro de *doutrina crítica*; ou, em outras palavras, um livro sobre a *arte de legislar*”.⁸⁴ Para Austin, “a existência do direito é uma coisa, o seu mérito ou demérito é outra”.⁸⁵ Para Vilanova, “cientificamente, o que cabe é descrever e explicar o dado, não julgá-lo pelo mérito ou desqualificá-lo pelo demérito”. E, para Kelsen, deve a Ciência “permanece[r] inteiramente livre de qualquer política”⁸⁶ e “descrever o seu objeto como ele na verdade é, não prescrever como ele deveria ser ou não deveria ser do ponto de vista de alguns específicos julgamentos valorativos”.⁸⁷ Para Vilanova, “o jurista, estritamente tal, renuncia a fazer filosofia do direito, a fazer política do direito”; “as proposições limitam-se a ser declarativas do objeto, não estimativas do valor que a esse objeto seja aderido”.

As considerações anteriores demonstram que a obra de Vilanova seguiu a filosofia empirista e suporta, não apenas em trechos recorrentes, mas também em conceitos utilizados, uma concepção empírico-descritiva da Ciência do Direito. A qualidade da sua obra e a gênese - direta ou indireta, próxima ou remota - de suas ideias não foram nem são agora objeto de análise. Isso deve ficar claro. Mas a conclusão a que se chegou acima não é alterada, por exemplo, com a reprodução de texto da obra de Vilanova em que se afirma que o sujeito, “quando trava contato com o mundo dos conteúdos sociais e históricos, vem a travar contato consigo mesmo, e, em vez da relação sujeito-objeto, mescla-se essa relação com uma inevitável parcela de atividade prático-valorativa”. Em que pese a beleza estilística do trecho, o fato é que expressões como “contato consigo mesmo” e “inevitável parcela de atividade prático-valorativa” são insuficientes quer para eliminar a contradição interna da obra, quer - e o que é mais importante - para indicar critérios intersubjetivos que possam eliminar o arbítrio na aplicação a partir de uma concepção estruturalista de teoria jurídica.

Lembre-se, por último, que as conclusões anteriores também não são modificadas com a qualificação dos autores citados como “jurisconsultos”, “jusfilóso-

⁸⁴ BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Londres: British Library, Historical Print Editions, 1823, p. 256.

⁸⁵ AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*. V. 1. 4ª ed. CAMPBELL, Robert (org.). Londres: Murray, 1879, p. 220.

⁸⁶ KELSEN, Hans. *Introduction of the problems of legal theory* (1934). PAULSON, Bonnie Litschewski e PAULSON, Stanley L. (orgs.). Oxford: Clarendon, 1992, p. 3.

⁸⁷ KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard, 1945, p. XIV. No mesmo sentido, antes: KELSEN, Hans. “Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer methode”. Tübinga: Mohr Siebeck, 1911. In: KLECATSKY et alii (orgs.). *Die Wiener Rechtsteoretische Schule*. V. 1. Viena: Fritz Steiner, 2010, pp. 4 a 6; KELSEN, Hans. “Die Rechtswissenschaft als Norm - oder als Kulturwissenschaft. Schmöllers Jahrbuch für Gesetzgebung”, 1911, p. 1.181-1.239. In: KLECATSKY et alii (orgs.). *Die Wiener Rechtsteoretische Schule*. V. 1. Viena: Fritz Steiner, 2010, pp. 32 e 33.

fos” ou “mestres”, nem com a afirmação de que “é conhecidíssimo o ponto de vista de Lourival Vilanova sobre o tema da interpretação do Direito”.⁸⁸ Ao recorrer a essa estratégia, a resposta de Carvalho emprega algumas falácias. De um lado, a *falácia do argumento de autoridade* (*argumentum ad verecundiam*). Esta envolve o apelo expresso à autoridade, própria ou de terceiros, com o fito de impedir que os interlocutores possam questionar seu argumento, sob a pressuposição de que é preferível o silêncio ao questionamento da posição de uma eminência (X afirma p ; X é uma autoridade; logo, p é verdadeiro).⁸⁹ De outro, a *falácia do argumento baseado nas pessoas* (*argumentum ad populum*). Esta indica a tentativa de demonstração de que uma proposição é verdadeira simplesmente porque muitos acreditam em sua veracidade (muitos acreditam que p ; logo, p é verdadeiro).⁹⁰ Tais estratégias argumentativas funcionam, na verdade, como instrumentos de “prevenção de desacordo”, como afirmam Fearnside e Holther: “Muitas expressões, como ‘é óbvio’, ‘todo mundo sabe’, ‘claramente’, ‘claro’, ‘como qualquer um pode ver’, servem ao duplo objetivo de assegurar à audiência que não é necessário pensar sobre o problema e de intimidar aqueles com a temeridade de não cooperar com isso”.⁹¹

3. Ciência do Direito e Linguagem

Carvalho também aponta objeções e contradições relativamente ao caráter extratextual da interpretação de atos, fatos, costumes, finalidades e efeitos. Esses elementos, que referi como extratextuais, seriam também textos, na medida em que texto abrangeria *tudo aquilo que se possa interpretar*. Segundo Carvalho, “mesmo os gestos humanos, o vestuário, sinais luminosos, as nuvens do céu, tudo isso é texto, se assim for tomado como mensagem num processo comunicativo”.⁹² Com referência a esse tema, cabem algumas breves considerações, dispostas em ordem de importância.

Em primeiro lugar, a compreensão da Ciência do Direito como um discurso argumentativo estruturado e com caráter prático faz com que a qualificação de atos, fatos, costumes, finalidades e efeitos como “textos” em vez de “elementos extratextuais” seja absolutamente irrelevante quando tal estipulação é realizada sem a indicação conjunta de critérios claros, operacionais e intersubjetivamente controláveis de aplicação. Nesse aspecto, é oportuno reproduzir trecho que consta de meu trabalho anterior e que, agora, recobra sua relevância:

⁸⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. “Breves considerações sobre a função descritiva da Ciência do Direito Tributário”. In: CARVALHO, Paulo de Barros; e SOUZA, Cecília Priscila de (orgs.). *X Congresso Nacional de Estudos Tributários - sistema tributário brasileiro e as relações internacionais*. V. 1. São Paulo: Noeses, 2013, p. 880.

⁸⁹ WALTON, Douglas. *Informal logic*. 2ª ed. Cambridge: CUP, 2008, p. 210. WALTON, Douglas. *Appel to expert opinion. Arguments from authority*. Pensilvânia: PUP, 1997, p. 64.

⁹⁰ WALTON, Douglas. *Informal logic*. 2ª ed. Cambridge: CUP, 2008, p. 113.

⁹¹ FEARNSIDE, Ward; e HOLTHER, William. *Fallacy - the counterfeit of argument*. Englewood: Prentice Hall, 1959, p. 101.

⁹² CARVALHO, Paulo de Barros. “Breves considerações sobre a função descritiva da Ciência do Direito Tributário”. In: CARVALHO, Paulo de Barros; e SOUZA, Cecília Priscila de (orgs.). *X Congresso Nacional de Estudos Tributários - sistema tributário brasileiro e as relações internacionais*. V. 1. São Paulo: Noeses, 2013, p. 886.

“Soluções simplistas, que apelem a um fundamento geral explicativo de toda a atividade interpretativa, sem a conjunta indicação de critérios intersubjetivamente controláveis e de limites minimamente claros e operacionais para a interpretação, são obviamente insatisfatórias para dar conta da inevitável complexidade do fenômeno normativo. Situam-se nessa categoria tanto o mero apelo ao plano pragmático da interpretação quanto a simples defesa de que o Direito é linguagem, integridade ou objeto cultural. Além de envolver um elevado grau de simplismo, truísmo e trivialidade, essas concepções, em nome do conhecimento e do controle, na verdade terminam por abrir as portas para o voluntarismo e a arbitrariedade.”⁹³

O que se procura construir, portanto, são critérios intersubjetivamente controláveis que possam evitar o arbítrio quando a doutrina se limita a afirmar que a criação é feita pelo intérprete com base em sua subjetividade, suas inclinações ideológicas, suas vivências psicológicas e sua vontade. Não se pode erigir a objetividade em ideal da Ciência do Direito e sustentar a importância do controle intersubjetivo ao mesmo tempo em que se defende que a atividade do intérprete é de criação, sendo esta baseada na subjetividade, nas inclinações ideológicas, nas vivências psicológicas e na vontade. Ao fazê-lo, adota-se uma teoria cética radical, em que a interpretação é ato de vontade por meio do qual se atribui aos dispositivos qualquer significado. Nesse ponto, importa ressaltar as palavras de Chiassoni:

“A análise dos discursos interpretativos - e em particular: dos raciocínios interpretativos judiciais -, se se pretende colocar num nível não puramente superficial e atécnico, deve, portanto, incluir (no mínimo) a identificação dos argumentos utilizados, quais passagens preliminares à valoração da correção técnica e, se for o caso, da plausibilidade axiológica da sua utilização.”⁹⁴

Em outras palavras, para uma concepção prática da Ciência do Direito, não basta o uso de termos ou expressões vagos que criam a impressão de ação, dinamismo ou vitalidade, mas que são despidas de conteúdo.⁹⁵ Nem é suficiente o emprego de palavras obscuras, técnicas ou complexas com a finalidade de inflar o conteúdo de um argumento, criando a aparência de que ele é perspicaz e profundo, quando, na realidade, é obscuro e incoerente.⁹⁶ Muito menos é bastante a utilização de expressões abstratas que visam apenas a dar brilho a um ideal que precisa ser detalhado e especificado para poder ser concretizado. É o que alguns designam como técnica da “generalidade reluzente” (*glittering generality*), por meio da qual são usadas frases com forte apelo emocional, contendo normalmente valores ou conceitos que atraem a aprovação geral, sem, contudo, alcançar a

⁹³ ÁVILA, Humberto. “Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo”. *Revista Direito Tributário atual* nº 29. São Paulo: IBDT/Dialética, 2013, p. 199.

⁹⁴ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bolonha: Mulino, 2007, p. 63.

⁹⁵ SOCCIO, Douglas; e BARRY, Vincent. *Practical logic*. 5ª ed. Wadsworth: Cengage, 1998, p. 144.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 144. VLEET, Jacob van. *Informal logical fallacies*. Maryland: UPA, 2011, p. 4.

indicação de critérios mínimos de concretização.⁹⁷ Como afirmado, a Ciência do Direito precisa, tanto quanto possível, empregar termos e expressões com significados claros e precisos, bem como indicar critérios intersubjetivos que tornem operacionais tanto a interpretação quanto a aplicação do Direito. O mero uso de linguagem emotiva, baseada em apologias e generalidades, é insuficiente.

Em segundo lugar, cumpre ter em conta que o termo “texto” costuma ser definido de outro modo pela doutrina. Dois exemplos são suficientes. Para Chiassoni, “a interpretação metatextual - que corresponde *grosso modo* à ‘interpretação em sentido larguíssimo’, ainda, como se costuma também dizer, à interpretação no sentido mais amplo possível da expressão - incluiria, como acenava no início, uma série de operações heterogêneas, distinta da interpretação textual, mas a essa correlata”.⁹⁸ Dentro de seu âmbito estão a qualificação de um objeto como normativo, a identificação dos artigos como pertinentes, a qualificação das normas, a resolução de antinomias, a integração de lacunas, a elaboração de sistemas dogmáticos e a qualificação de situações de fato. Guastini, por sua vez, diferencia atos, eventos e textos, refere-se aos fatos como realidades “extralinguísticas” e define determinados elementos, a exemplo da intenção do legislador e das circunstâncias de fato que motivaram a emanção de um texto normativo, como elementos “extratextuais”.⁹⁹ Ele ainda chama a atenção para a interpretação dos costumes, do seguinte modo: “O que dizer, porém, da interpretação dos costumes? Já que o costume é mudo: produz normas sem a mediação de documentos normativos, produz normas privadas de disposições, normas não formuladas”.¹⁰⁰ Para esse autor, mesmo que se considere o Direito como um fenômeno linguístico - concepção assaz difusa e antiga -, é preciso excepcionar o “direito consuetudinário, o qual não é um fenômeno linguístico, já que as normas consuetudinárias são privadas de formulações linguísticas”, pois “usos e costumes são fontes não escritas: produzem normas sem a mediação linguística de textos normativos”.¹⁰¹ Sua conclusão é categórica: “Portanto, desse modo a interpretação do costume é coisa radicalmente diversa da interpretação textual: tanto que se pode duvidar sobre a oportunidade de usar o mesmo vocábulo (interpretação) para referir-se a ambos”.¹⁰²

Ainda sobre esse ponto, Carvalho sustenta haver contradição entre a afirmação de que os atos, fatos, costumes, finalidades e efeitos seriam elementos extratextuais, de um lado, e a de que deveriam ser vertidos em linguagem, de outro. Pois bem, os costumes, por exemplo, são regularidades comportamentais transformadas em regras jurídicas por meio de determinada fundamentação. Por isso

⁹⁷ FEARNSSIDE, Ward; e HOLTHER, William. *Fallacy - the counterfeit of argument*. Englewood: Prentice Hall, 1959, p. 81.

⁹⁸ CHIASSONI, Pierluigi. *L'indirizzo analitico nella filosofia del Diritto. I. Da Bentham a Kelsen*. Turim: Giappichelli, 2009, p. 64.

⁹⁹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giuffrè, 2011, p. 10. GUASTINI, Riccardo. *Sintassi del Diritto*. Turim: Giappichelli, 2011, p. 32. GUASTINI, Riccardo. *Il Diritto come linguaggio*. 2ª ed. Turim: Giappichelli, 2006, p. 154.

¹⁰⁰ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giuffrè, 2011, p. 10. GUASTINI, Riccardo. *La sintassi del Diritto*. Turim: Giappichelli, 2011, p. 32.

¹⁰¹ GUASTINI, Riccardo. *La sintassi del Diritto*. Turim: Giappichelli, 2011, pp. 25 e 131.

¹⁰² GUASTINI, Riccardo. *Interpretazione dei documenti normativi*. Milão: Giuffrè, 2004, p. 18.

se afirma que os costumes, como comportamentos, são depois vertidos em linguagem. Nesse sentido, Guastini, por exemplo, afirma que os costumes são hábitos ou regularidades “transformados” em regras jurídicas pelos juízes.¹⁰³ Nada de grave ou mesmo contraditório na afirmação objetada: os elementos precisam ser vertidos em linguagem precisamente porque são extratextuais. A afirmação, aliás, prova exatamente o oposto do que pretendeu Carvalho em sua resposta.

A necessidade de questionar esses pontos revela que a definição amplíssima de texto, assim entendido como tudo quanto se interpreta, parece configurar uma simples estratégia para tentar afastar várias contradições. Por exemplo, se a Ciência do Direito é definida como uma metalinguagem descritiva, não se tem como explicar o preenchimento de lacunas em que, precisamente por faltar dispositivo, não há linguagem-objeto, nem a solução de antinomias, em que, dada a necessidade de afastar uma das normas conflitantes, a Ciência do Direito não *verte* simplesmente sobre outra linguagem. A não ser que tudo seja definido como texto, inclusive a falta dele. Do mesmo modo, não se tem como qualificar o costume como texto, na medida em que ele caracteriza uma regularidade comportamental privada de formulação linguística. Salvo se a própria regularidade despidida de linguagem for definida como linguagem. Esses exemplos, aos quais outros poderiam ser agregados, demonstram que a definição amplíssima de linguagem pode ser vista como mero subterfúgio discursivo para evitar contradições, uma espécie de estratégia de imunização por meio de hipóteses *ad hoc*.¹⁰⁴

Também sobre a definição de linguagem, afirma Carvalho que, apesar do convite para a apresentação de um fato jurídico sem linguagem, até hoje nada teria sido proposto: “Há muitos anos, aliás, está de pé um convite para que os interessados, que se dispuserem, apresentem um, e somente um basta, fato jurídico sem linguagem. Até hoje, nada foi proposto (...)”.¹⁰⁵ Ainda que minha crítica à função descritiva da Ciência do Direito não tenha tratado, nem pretendido tratar, da definição de linguagem, devem ser feitas algumas considerações.

Por definição, para quem tudo é linguagem, nada poderá servir de exemplo do que não seja. Desse modo, a própria pergunta, da maneira como formulada, predetermina sua resposta, ainda mais quando se assume ser o próprio destinatário que arbitrariamente decide tratar como texto qualquer fenômeno. Trata-se, como já se pode facilmente perceber, de um padrão de argumentação que envolve várias falácias argumentativas.

Em primeiro lugar, *a falácia da teoria irrefutável*. Esta ocorre quando se utiliza um argumento mediante o emprego de uma hipótese que simplesmente não pode ser testada nem refutada. Essa técnica, também conhecida como autoconfirmadora (*self-sealers*), é de tal forma “construída, que nenhuma evidência pode

¹⁰³ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giuffrè, 2011, p. 10.

¹⁰⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. “Funktion, struktur und falsifikation juristischer theorien”. *Juristen Zeitung*, 1993, pp. 377-391 (Gesammelte Schriften. Neuner, Jörg *et alii* (orgs.). V. 1. Heidelberg: De Gruyter, 2012, p. 411).

¹⁰⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. “Breves considerações sobre a função descritiva da Ciência do Direito Tributário”. In: CARVALHO, Paulo de Barros; e SOUZA, Cecília Priscila de (orgs.). *X Congresso Nacional de Estudos Tributários - sistema tributário brasileiro e as relações internacionais*. V. 1. São Paulo: Noeses, 2013, p. 886.

possivelmente ser trazida contra ela, não importa o que ocorra. Isso mostra sua vacuidade, e é precisamente por essa razão que a rejeitamos”.¹⁰⁶ Nesse sentido, a afirmação de que a linguagem é tudo introduz um argumento por meio de uma hipótese que não pode ser falsificada, porque inicialmente já inclui tudo, a critério do próprio usuário, sem admitir exceção de nada.

Em segundo lugar, *a falácia da petição de princípio*. Esta consiste no argumento que usa de algum modo sua própria premissa como parte da prova apresentada para suportar a própria conclusão. É o que ocorre no caso em que se afirma que ingerir um entorpecente é errado porque usar drogas é errado. Nesse caso, a premissa já inclui a conclusão, de maneira que, se a premissa é aceita, também deve sê-lo a conclusão - se usar qualquer tipo de droga é errado, então usar um entorpecente é errado, porque ele é uma droga.¹⁰⁷ O mesmo sucede na afirmação de que dar esmolas é certo porque é uma obrigação ser caritativo: como a caridade é posta de modo a incluir o dar esmolas, já se assume que isso é uma obrigação; assim, a questão se é uma obrigação e a questão se é certo são a mesma questão: qualificar uma coisa como uma obrigação é qualificá-la como certa.¹⁰⁸ Tal é o raciocínio usado na afirmação de que costume é texto: se texto é tudo quanto se pode interpretar, então o costume é texto, porque ele é algo que se pode interpretar. O argumento falha precisamente em demonstrar por que o costume é texto. Noutra giro, se “texto” é usado para significar “tudo quanto se pode interpretar”, a premissa “costume é texto” significa “costume é tudo quanto se pode interpretar”, o que equivale a dizer que “costume é texto” - precisamente a premissa do argumento, que falha ao estabelecer sua conclusão. Trata-se, como se pode apreender, de um raciocínio nitidamente circular.

Em terceiro lugar, *a falácia da definição ampla*. Esta ocorre quando a definição utilizada é tão ampla que abrange tudo, inclusive objetos completamente distintos (exemplo: gato é um animal doméstico de quatro patas; meu cachorro é um animal doméstico de quatro patas; logo, meu cachorro é um gato).¹⁰⁹ A esse respeito, convém recordar que uma definição não pode ser nem tão ampla, nem tão restrita. Tal se verifica quando o *definiens* (aquilo que promove a definição) se aplica a objetos que estão fora da extensão do *definiendum* (aquilo que é definido). Desse modo, a definição de “pássaro” como um animal dotado de asas é demasiado ampla - e, por conseguinte, imprecisa: morcegos e alguns tipos de insetos, por exemplo, são dotados de asas, e nem por isso são pássaros.¹¹⁰ Daí a regra segundo a qual não pode o *definiendum* ser mais restrito que o *definiens*, regra que é quebrada, por exemplo, “pela definição de casa como ‘uma estrutura consistindo de paredes e de um telhado, usada para o abrigo humano’ - pois o *definiens* se aplica para teatros e cinemas tanto quanto para casas”.¹¹¹ Ora, a definição de texto como

¹⁰⁶ SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; e FOGELIN, Robert. *Understanding arguments: an introduction to informal logic*. 9ª ed. Stamford: Cengage, 2005, p. 328.

¹⁰⁷ SOCCIO, Douglas; e BARRY, Vincent. *Practical logic*. 5ª ed. Wadsworth: Cengage, 1998, p. 153.

¹⁰⁸ JOSEPH, H. W. B. *An introduction to logic*. 2ª ed. Cresskill: Tiger, 2000 (1916), p. 592.

¹⁰⁹ SOCCIO, Douglas; e BARRY, Vincent. *Op. cit.*, p. 63.

¹¹⁰ LAYMAN, Stephen C. *The power of logic*. 3ª ed. Boston: McGraw-Hill, 2004, p. 105.

¹¹¹ BLACK, Max. *Critical thinking: an introduction to logic and scientific method*. 2ª ed. Nova York: Prentice-Hall, 1952, p. 212.

tudo quanto pode ser interpretado faz que elementos inteiramente diferentes, como um texto da Constituição e “um olhar de ternura”, ou um artigo do Código Tributário Nacional e “as nuvens do céu”, sejam colocados em pé de igualdade. Tal procedimento, de um lado, segue na contramão do processo de especificação conceitual e de precisão da linguagem. Nesse ponto, vale referir a afirmação de Kelley: “A definição que não identifica os referentes corretos - uma que inclua de mais ou de menos - não está fazendo o seu trabalho. Ela é como um porteiro incompetente em uma festa, deixando entrar pessoas que não foram convidadas e recusando pessoas que o foram”.¹¹² De outro lado, confunde interpretação *de um* signo com interpretação de alguma coisa *como um* signo.¹¹³ E, ao fazê-lo, baralha elementos que se executam com palavras (linguísticos) com elementos que não se podem cumprir com palavras (não linguísticos). Por assim dizer, confunde ‘gato’, de quatro letras, com gato, de quatro patas. Sobre os elementos não linguísticos, privados de referimento semântico por não denotarem objetos sensíveis, pode-se discorrer, mas o discurso sobre eles não os concretiza: falar sobre uma nuvem no céu não faz surgir uma nuvem no céu.¹¹⁴

Em quarto lugar, *a falácia do apelo à ignorância (argumentum ad ignorantiam)*, consistente na tentativa de demonstrar que algo é verdadeiro apenas porque não foi demonstrado falso (*p* não foi provado falso; logo, *p* é verdadeiro). Trata-se de um argumento cuja veracidade pretende ser aferida por meio da ausência de prova: um argumento seria verdadeiro pelo simples fato de que não foi demonstrado falso. Nesse caso, pretende-se que a falta de refutação do argumento funcione como prova de sua veracidade, promovendo o deslocamento do ônus da prova do argumento para o interlocutor.¹¹⁵ Exemplo desse tipo é a alegação de que uma teoria é verdadeira porque ninguém a demonstrou falsa, como é o caso da tese de que existe vida noutro planeta porque ninguém provou até hoje que ela não existe. A ausência de prova da falta de veracidade de um argumento transforma-se na prova de sua veracidade.¹¹⁶ Ocorre, contudo, que “a ausência de prova não é prova de ausência”, não sendo a falta de prova suficiente para demonstrar a veracidade de algo não negado ou refutado.¹¹⁷ Por tal razão, semelhante tipo de argumento é ilógico, como mostra Layman:

“Similarmente, a pretensão de que uma afirmação é verdadeira (ou pode ser razoavelmente acreditada como verdadeira) simplesmente porque ela não foi refutada é ilógica. Por esse princípio, toda nova hipótese científica é verdadeira (ou pelo menos pode ser acreditada como verdadeira) a menos que tenha sido refutada - *não importando o quão débil for a evidência para isso.*”¹¹⁸

¹¹² KELLEY, David. *The art of reasoning*. 3ª ed. Nova York: Norton, 1998, p. 39.

¹¹³ SCARPELLI, Uberto; e LUZZATTI, Claudio. *Compendio di filosofia del Diritto*. Turim: Giappichelli, 2000, p. 70.

¹¹⁴ GUASTINI, Riccardo. *La sintassi del Diritto*. Turim: Giappichelli, 2011, pp. 26 e 39.

¹¹⁵ SOCCIO, Douglas; e BARRY, Vincent. *Practical logic*. 5ª ed. Wadsworth: Cengage, 1998, p. 63.

¹¹⁶ TINDALE, Christopher W. *Fallacies and argument appraisal*. Cambridge: CUP, 2007, p. 117.

¹¹⁷ ZORRILLA, David Martínez. *Metodología y argumentación*. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 253.

¹¹⁸ LAYMAN, Stephen C. *The power of logic*. 3ª ed. Boston: McGraw-Hill, 2004, p. 132.

A propósito, relativamente à afirmação de que nada teria sido proposto, basta lembrar a obra de Soares, que tanto apresentou longa e fundamentada crítica quanto indicou exemplos; a obra de Folloni, que, de forma compreensiva, situou histórica e filosoficamente a discussão, igualmente formulando críticas e apresentando exemplos; e o artigo de Ferreira Neto, que, sob a perspectiva filosófica e epistemológica, demonstrou os equívocos de uma visão reducionista do Direito Tributário e criticou de forma persuasiva tanto o formalismo epistemológico quanto o ceticismo ontológico.¹¹⁹ A afirmação de Carvalho de que “até hoje, nada foi proposto” é, portanto, equivocada. O que ocorreu foi o contrário: até hoje, as críticas que lhe foram opostas é que não foram por ele respondidas. Veja-se que, se possível fosse usar o argumento empregado por Carvalho - de que uma teoria é verdadeira quando não provada falsa -, as críticas acima referidas teriam de ser necessariamente verdadeiras: foram formuladas e não foram provadas falsas. E isso - tanto lá quanto aqui, pouco importa - não se pode admitir.

Por fim, Carvalho aponta uma suposta contradição no uso do termo “reconstruir”, de que me vali para demonstrar que o intérprete, embora desenvolva e transforme o Direito, parte sempre de núcleos de significação. A opção pelo termo “reconstruir”, em vez de “construir”, deve-se ao fato de que, conquanto o intérprete *contribua* para a determinação do significado dos dispositivos, sua atividade não pode ser nem totalmente constitutiva do significado, nem integralmente desestruturada: não pode ser totalmente constitutiva do significado, na medida em que a interpretação não surge *ex nihilo*, do nada ou no vácuo - antes se submete a limites decorrentes da estrutura sintática do dispositivo, dos núcleos de significado de seus termos, do contexto normativo em que ele se insere e de processos institucionais anteriores de conotação relativos a seus termos; tampouco pode ser integralmente desestruturada, na medida em que deve obedecer a diretrizes argumentativas e metodológicas capazes de justificar a determinação do significado com base em critérios racionais e jurídicos.¹²⁰ Daí o emprego do termo “reconstruir”, a evidenciar que a atividade interpretativa ao mesmo tempo *pressupõe* e *constrói* significados - *reconstrói-os*, portanto. A interpretação parte de disposições normativas que a precedem e a condicionam, funcionando o léxico consolidado como um dos seus limites. Daí a preferência pelo termo “reconstruir” como forma de demonstrar a opção por uma solução intermédia entre o ceticismo e o dogmatismo semiótico.¹²¹ Assim, a interpretação é, no fundo, a “reconstrução racional” dos elementos utilizados para apoiar determinada decisão de significado, como lembra Peczenick, servindo para “reconstruir o significado a atribuir”, como sustentava Betti.¹²² Nada de estranho ou equivocado no emprego do

¹¹⁹ COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da incidência da norma jurídica - crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. FOLLONI, André. *Ciência do Direito Tributário no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. FERREIRA NETO, Arthur Maria. “Fundamentos materiais da tributação: comutação, restauração, distribuição, reconhecimento e participação”. *Fundamentos do Direito Tributário*. Madri: Marcial Pons, 2012, pp. 87-172.

¹²⁰ LAPORTA, Francisco. *El imperio de la ley - una visión actual*. Madri: Trotta, 2007, p. 183.

¹²¹ SCARPELLI, Uberto; e LUZZATTI, Claudio. *Compendio di Filosofia del Diritto*. Turim: Giappichelli, 2000, p. 77.

¹²² PECZENICK, Aleksander. *On law and reason*. Dordrecht: Kluwer, 1989, p. 1. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milão: Giuffrè, 1949, p. 3.

termo “reconstruir”. É preciso, ainda assim, esclarecer que tal posição, qual seja, a de que o intérprete reconstrói significados, parte do pressuposto de que a interpretação é heterolimitada por determinados elementos, como convenções linguísticas e estruturas comunicativas e argumentativas, de modo que o intérprete não é livre para construir significados com base em sua vontade e sua ideologia.

4. Ciência do Direito e Argumentação

No final, Carvalho critica o uso do termo “estruturalismo”. Sobre isso, também são oportunas algumas observações - breves, porém enfáticas.

O termo “estruturalismo” foi a expressão utilizada apenas para denominar a tese, por mim defendida, de que a interpretação é um discurso composto de proposições descritivas, de enunciados reconstrutivos, de enunciados adscritivos e de formulações normativas que reconstituem o Direito a partir de elementos textuais e extratextuais e com base em argumentos, critérios e métodos. Como se insiste na separação, na definição, no sopeso e na inter-relação de diversos tipos de argumentos por meio de uma estruturação baseada em técnicas interpretativas, propus a expressão “estruturalismo argumentativo”, fazendo referência a diversos trabalhos anteriores que publiquei sobre a teoria dos sistemas, das normas e da argumentação.¹²³ Nesse sentido, é oportuno lembrar o que está escrito na primeira página de meu artigo: “Esta teoria pode ser denominada de ‘estruturalismo argumentativo.’” A denominação é meramente estipulativa, por conseguinte: serve para demonstrar a posição, a vinculação e a concatenação de elementos com a totalidade de uma teoria, em vários subtemas. Sendo uma definição estipulativa e, portanto, uma proposta de significado para determinada palavra, mais diretiva e especificadora que informativa, não pode ser considerada falsa por não corresponder ao suposto verdadeiro sentido da palavra, porque ela atribui o referido sentido àquela palavra.¹²⁴ Daí falar-se em estrutura, como um conteúdo em determinada combinação ou forma, e em diversas acepções de estruturalismo, dependendo do modo como as estruturas são investigadas.

Em primeiro lugar, o *estruturalismo científico*. A “concepção teórica estruturalista” (*strukturalistisches Theorienkonzept*) é a concepção desenvolvida na Ciência do Direito por Canaris, com base nas obras de Sneed e Stegmüller.¹²⁵ Compreende uma teoria jurídica como a criação de modelos claros de raciocínio e de hipóteses gerais, articuladas do ponto de vista valorativo, com base em casos paradigmáti-

¹²³ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 84. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 70 e ss. ÁVILA, Humberto. “Teoria giuridica dell’argomentazione”. In: GUASTINI, Riccardo; e COMANDUCCI, Paolo (orgs.). *Analisi e Diritto 2012*. Madri: Marcial Pons, 2012, pp. 11-40.

¹²⁴ SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. FOGELIN, Robert. *Understanding arguments: an introduction to informal logic*. 9ª ed. Stamford: Cengage, 2005, p. 301. COPI, Irving. BURGESS-JACKSON, Keith. *Informal logic*. 3ª ed. Nova Jersey: Prentice Hall, 1995, p. 139.

¹²⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. “Funktion, struktur und falsifikation juristischer theorien”. *Juristen Zeitung*, 1993, pp. 377-391 (Gesammelte Schriften. Neuner, Jörg et alii (orgs.). V. 1. Heidelberg: De Gruyter, 2012, p. 390). SNEED, Joseph D. *The logical structure of mathematical physics*. 2ª ed. Dordrecht: Springer, 1979 (1971), p. 154. STEGMÜLLER, Wolfgang. *Die entwicklung des neuen strukturalismus seit 1973 (probleme und resultate der wissenschaftstheorie und analytischen philosophie/theorie und erfahrung)*. Berlin: Springer, 1986, pp. 26 e ss.

cos e âmbitos prováveis de aplicação. Um dos elementos fundamentais dessa concepção é tratar as teorias não como entidades linguísticas ou como sistemas de proposições vertidas sobre um objeto, mas como um conjunto de estruturas teóricas compostas de elementos, como partes, relações e limitações, e de estruturas, como âmbitos e núcleos.¹²⁶ Daí afirmar-se que ela surgiu como uma reação às deficiências da Teoria da Ciência do Empirismo Lógico.¹²⁷ A ideia subjacente a esse programa é a de que teorias são muito mais do que *proposições descritivas* e as *relações lógicas* entre elas, ou entidades linguísticas, como sustenta em grande parte a tese descritivista da Ciência do Direito; são, em vez disso, *classes de estruturas teóricas*.¹²⁸ Nesse sentido, é esclarecedora a justificação de Bartelborth para a adoção do estruturalismo científico:

“O primeiro [fundamento] é - e isto é para mim um aspecto essencial da palavra ‘estruturalismo’ - que teorias não podem ser consideradas como classes amorfas de proposições, mas como objetos dotados de uma *estrutura interna* muito rica, cuja coordenação vale a pena investigar para vários questionamentos filosófico-científicos.”¹²⁹

Para a discussão aqui travada, importa ressaltar que o estruturalismo científico nada tem a ver com o estruturalismo linguístico. Nesse exato sentido a afirmação de Mühlhölzer relativamente ao programa do estruturalismo científico: “Este programa pouco tem a ver com o estruturalismo na Linguística ou com o chamado ‘estruturalismo francês’ (...)”.¹³⁰

Em segundo lugar, o *estruturalismo argumentativo*. Como a interpretação é uma atividade argumentativa e o Direito, sobretudo, uma *atividade*, e não apenas um *objeto*, revela-se insuficiente a referência a uma fonte normativa para justificar uma interpretação. Passa a ser necessário demonstrar a existência de uma estrutura argumentativa, composta de um fundamento de fato existente ou paradigmático, de uma pretensão, de uma fonte e de argumentos que justifiquem o sentido da fonte. A estrutura argumentativa, originalmente concebida por Toulmin,¹³¹ foi aperfeiçoada por vários autores, em vários sentidos.¹³² Seu fundamento

¹²⁶ BALZER, Wolfgang; MOULINES, Ulises; e SNEED, Joseph. *An architectonic for science - the structuralist program*. Dordrecht: Kluwer, 1987, p. XXI. STEGMÜLLER, Wolfgang. *Die entwicklung des neuen strukturalismus seit 1973 (probleme und resultate der wissenschaftstheorie und analytischen philosophie/theorie und erfahrung)*. Berlin: Springer, 1986, pp. 320 e ss. STEGMÜLLER, Wolfgang. *Theorie und erfahrung (Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie/Theorie und Erfahrung)*. T. 2. 2ª ed. Berlin: Springer, 1985, pp. 41 e ss.

¹²⁷ MÜHLHÖLZER, F. “Strukturalismus”. In: RITTER, Joachim. GRÜNDER, Karlfried (orgs.). *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. V. 10. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1998, p. 347.

¹²⁸ BALZER, Wolfgang; MOULINES, Ulises; e SNEED, Joseph. *An architectonic for science - the structuralist program*. Dordrecht: Kluwer, 1987, p. XV.

¹²⁹ BARTELBORTH, Thomas. *Begründungsstrategien - ein weg durch die analytische erkenntnistheorie*. Berlin: Akademie, 1996, p. 271.

¹³⁰ MÜHLHÖLZER, F. “Strukturalismus”. *Historisches wörterbuch der philosophie*. V. 10. RITTER, Joachim; e GRÜNDER, Karlfried (orgs.). Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1998, p. 347.

¹³¹ TOULMIN, Stephan. *The uses of argument*. Ed. atual. Cambridge: CUP, 2003 (1958), p. 87.

¹³² FISHER, Alec. “The structure of argumentation”. In: EEMEREN, Frans H. van et alii (orgs.). *Argument illuminated*. V. 1. Amsterdã: SICSAT, 1992, pp. 159 e ss. NOLKE, Henning. “Semantic constraints on argumentation: from polyphonic micro-structure to argumentative macro-structure”.

reside na singela constatação de que a argumentação, no âmbito do Direito, está baseada em uma “estrutura do discurso jurídico”, composta não apenas de regras gerais de argumentação racional, como também de técnicas ou métodos de argumentação e de princípios diretivos.¹³³ Bem assim a utilização do termo “estruturas”, deste modo elucidada por Neumann:

“O conceito central de uma teoria da argumentação jurídica é o de argumento, que designa a menor unidade da argumentação. Isso significa: argumentações consistem, em geral, numa pluralidade de argumentos reciprocamente interligados; o argumento é o átomo, que se liga com outros átomos em complexas moléculas (argumentações). Por isso, entretanto, o conceito de argumento somente é caracterizado tendo em vista sua estrutura.”¹³⁴

No âmbito da teoria da argumentação jurídica, tal concepção estrutural foi por mim usada na classificação, no balanceamento e na inter-relação dos argumentos. Considerando que os argumentos podem ser de várias espécies (genéticos, históricos, linguísticos, sistemáticos, teleológicos, consequencialistas), defendi que cada qual deve ser analiticamente discernido e receber um peso conforme os fundamentos constitucionais aos quais se reporta.¹³⁵ Essa tradição semântico-argumentativa é baseada, no âmbito jurídico, na teoria da justificação razoável de Aarnio, na teoria procedimental-racional de Alexy, na teoria da interpretação e argumentação de Guastini, na teoria da retórica coerente de MacCormick e na teoria das transformações no Direito de Peczenick.¹³⁶ O mesmo se diga com relação à teoria das normas e dos sistemas, matérias sobre as quais se pronunciaram vários autores, a exemplo de Canaris e Bydlinski.¹³⁷

Ante tais considerações, percebe-se, com absoluta facilidade, ser essa tradição argumentativa totalmente diversa daquela pressuposta na objeção formulada por Carvalho. Essa tradição, inclusive, aponta em sentido contrário, tanto por

ture”. In: EEMEREN, Frans H. van *et alii* (orgs.). *Op. cit.*, pp. 189 e ss. PATTERSON, Dennis. “Normativity and objectivity in law”. In: PATTERSON, Dennis. *Wittgenstein and Law*. Aldershot: Ashgate, 2004, p. 11 (*William and Marry Law Review* 43, 2001, pp. 325-63). PATTERSON, Dennis. *Law and truth*. Oxford: OUP, 1996, p. 171. BOBBIT, Philip. *Constitutional interpretation*. Oxford: Blackwell, 1991, pp. 72 e ss.

¹³³ STELMACH, Jerzy; e BROZEC, Bartosz. *Methods of legal reasoning*. Dordrecht: Springer, 2006, pp. 147 e ss.

¹³⁴ NEUMANN, Ulfried. “Theorie der juristischen argumentation”. In: BRUGER, Winfried *et alii* (orgs.). *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, pp. 235-6.

¹³⁵ ÁVILA, Humberto. “Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico”. *Revista de Direito Tributário* n. 79. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 173. Versão revista do mesmo artigo em: ÁVILA, Humberto. “Juristische theorie der argumentation”. In: HELDRICH, Andreas *et alii* (orgs.). *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris*. Munique: Beck, 2007, pp. 963-89. ÁVILA, Humberto. “Teoria giuridica dell’argumentazione”. In: GUASTINI, Riccardo; e COMANDUCCI, Paolo (orgs.). *Analisi e Diritto 2012*. Madri: Marcial Pons, 2012, pp. 10-40.

¹³⁶ AARNIO, Aulis. *Reason and authority*. Dartmouth: Ashgate, 1997. AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable*. Dordrecht: Reidel, 1987. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983. GUASTINI, Riccardo. *L’interpretazione dei documenti normativi*. Milão: Giuffrè, 2004. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law - a theory of legal reasoning*. Oxford: Clarendon, 2005. PECZENICK, Aleksander. *On law and reason*. Dordrecht: Kluwer, 1989.

¹³⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und systembegriff in der jurisprudenzen: entwickelt am beispiel des deutschen privatrechts*. 3ª ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1983. BYDLINSKI, Franz. *System und prinzipien des privatrechts*. Berlin: Springer, 1996.

considerar as teorias como um conjunto de estruturas, e não de proposições, quanto por ter como elementos capitais o argumento e sua estrutura, e não a proposição e o relacionamento desta com seu objeto. A concepção de estruturalismo argumentativo - ou de modelo estruturado de argumentação, como se queira dizer - pressupõe, no mínimo, a justificação dos tipos de argumentos, das técnicas de interpretação e das regras de prevalência argumentativa. A referida concepção investiga, por conseguinte, tanto o *modo* como se efetua a atribuição de significado (como?), quanto a *razão* que justifica essa atribuição (por quê?).

Em vista disso, toda a explicação de Carvalho de que existe um estruturalismo linguístico baseado nas obras de Saussure, Jakobson e Ullmann é impertinente. E isso pelo simples fato de que o que se convencionou chamar de “estruturalismo argumentativo”, no artigo que escrevi, é baseado em tradição diversa da invocada na crítica, bem como comporta sentido, objetos, critérios e finalidades diferentes. Os trabalhos citados como referência à teoria das normas, do sistema e da argumentação, em obras que publiquei, demonstram-no.¹³⁸

Causa extraordinária perplexidade, portanto, a afirmação de Carvalho segundo a qual defenderia ele a tese do estruturalismo desde 1981, sugerindo-a similar à denominada de “estruturalismo argumentativo”, como se o nome semelhante usado na concepção de teorias implicasse igualdade de objeto e de critérios entre elas. Não, absolutamente. Sua afirmação é duplamente imprecisa: por um lado, porque se refere a assunto completamente diverso - “estrutura do tributo”, baseada na decomposição da regra de competência, em vez de “estrutura jurídica da argumentação”, fundada na desconstrução da estrutura argumentativa -, e, por outro, porque as obras dos principais autores da tradição argumentativa, em que se baseou o denominado “estruturalismo argumentativo”, nem sequer tinham sido publicadas em 1981.

Não bastasse isso tudo, cabe registrar ainda que a ideia de “estrutura” é bastante difusa no pensamento ocidental, sendo defendida por autores diversos, sob diferentes perspectivas.¹³⁹ Ademais, pode a concepção estrutural, dependendo do critério eleito, ter origem bem mais remota do que o recente estruturalismo linguístico.¹⁴⁰ Acresce notar ainda que mais recentemente alguns autores têm cons-

¹³⁸ Veja-se: ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ÁVILA, Humberto. “A doutrina e o Direito Tributário”. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Direito Tributário*. Madri, São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 221-245.

¹³⁹ KEMPSKI, Jürgen von. “Gedanken zu einer Strukturtheorie des Rechts”. *Recht und Politik*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992, pp. 62 e ss. (Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, 1959). CLEMENS, Christian. *Strukturen juristischer argumentation*. Duncker und Humblot, 1977. SCHLAPP, Thomas. *Theorienstrukturen und rechtsdogmatik*. Berlin: Duncker und Humblot, 1989. NEUMANN, Ulfried. *Recht als struktur und argumentation*. Baden-Baden: Nomos, 2008. NEUMANN, Ulfried. “Theorie der juristischen Argumentation”. In: BRUGER, Winfried et alii (orgs.). *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, pp. 233 e ss.

¹⁴⁰ FIKENTSCHER, Wolfgang. *Methoden des rechts*. V. 1. Tubinga: Mohr Siebeck, 1975, pp. 55, 58, 60, 104, 134, 135 e 136. *Idem*. V. 4, pp. 106 e 107. LOSANO, Mario. *Sistema e struttura nel Diritto*. V. 1. Dalle origini alla scuola storica. Turim: Giappichelli, 1968, p. 19. BEHRENDTS, Okko. “Struktur und wert. Zum institutionellen und prinzipiellen Denken um geltenden Recht”. *Rechtsdogmatik und Praktische Vernunft*. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker. BEHRENDTS, Okko et alii (orgs.). Gotinga: Vandenhoeck e Ruprecht, 1990, pp. 138 e ss.

truído teorias não apenas com fundamentos similares, mas também com qualificações semelhantes às do modelo que designei como “estruturalismo argumentativo”. Dois exemplos bastam para demonstrá-lo. Guastini adota - na denominação que lhe atribuiu Chiassoni - um “modelo argumentativo estruturado”, por meio do qual apresenta critérios para identificar a norma e depois a concretizar.¹⁴¹ Para esse autor,

“Como procedimentos argumentativos, as mais diversas e inumeráveis técnicas argumentativas parecem apresentar uma estrutura elementar comum. Uma argumentação - recorde-se - é uma sequência de enunciados dentro da qual um enunciado assume o papel de tese ou conclusão e os demais revestem o papel de argumentos ou razões em favor daquela conclusão. Desse modo, as técnicas argumentativas apresentam a seguinte estrutura.”¹⁴²

Chiassoni, por sua vez, adota um “modelo de códigos interpretativos”, baseado em diretivas interpretativas primárias, secundárias e axiomáticas, localizadas em diferentes graus. Daí sua afirmação no sentido de que “a estrutura dos códigos interpretativos deve ser configurada como uma estrutura gradual (...)”¹⁴³

Por conseguinte, nada há de estranho ou equivocado na escolha da expressão “estruturalismo argumentativo” para qualificar o modelo teórico que indica critérios argumentativos no âmbito da teoria dos sistemas, das normas e da argumentação. Tal expressão, ademais de perfeitamente inteligível em razão do contexto em que empregada, é similar àquela utilizada em obras afins. É por isso infundada e incompreensível a afirmação de Carvalho de que seria essa expressão exemplo de “má retórica, tal como aquelas utilizadas pelos políticos em horário eleitoral”. Na verdade, ao criticá-la e pressupor que o conceito de estruturalismo está necessariamente associado ao estruturalismo linguístico, Carvalho se empenha para sustentar que adota o mesmo modelo. Nesse desiderato, torna a lançar mão de algumas falácias.

Em primeiro lugar, a *falácia da falsa dicotomia*, também conhecida como falácia do “preto ou branco” ou bifurcação. Esta surge quando, ante determinado assunto, o interlocutor apresenta apenas duas alternativas conceituais (exemplo: algo é preto ou branco), sendo que outras opções podem existir.¹⁴⁴ Trata-se de estratégia argumentativa que erroneamente limita as alternativas de escolha, omitindo a existência de outras opções e, com isso, vedando ao interlocutor desenvolver seu raciocínio com base em diversos fundamentos (*X* admite *a* ou *b*; *c* não é *a* nem *b*; logo, *c* é falso). O falso dilema é, na verdade, um expediente usado por quem deseja eliminar o âmbito de escolhas de seu interlocutor e assim o conduzir a uma conclusão predeterminada.¹⁴⁵ Ora, ao se pressupor que o estrutura-

¹⁴¹ GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milão: Giuffrè, 2004, pp. 82-85, 139 e ss. GUASTINI, Riccardo. *Il Diritto come linguaggio - lezione*. 2ª ed. Turim: Giappichelli, 2006, pp. 151 e ss.

¹⁴² GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milão: Giuffrè, 2004, p. 140.

¹⁴³ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*. Bolonha: Mulino, 2007, p. 80.

¹⁴⁴ VLEET, Jacob E. Van. *Informal logical fallacies*. Mariland: UPA, 2011, p. 8.

¹⁴⁵ SOCCIO, Douglas; e BARRY, Vincent. *Practical logic*. 5ª ed. Wadsworth: Cengage, 1998, p. 298.

lismo só pode ser relativo à linguística, aceitam-se apenas duas alternativas: a correta e a equivocada, como se outros tipos de pensamentos ligados à estrutura não pudessem ser denominados de “estruturalismo”. Por isso mesmo é que Carvalho sustenta que se estaria “rompendo a sequência discursiva com exceções esdrúxulas, que não só comprometem a lisura do raciocínio como abrem exceções absurdas e injustificáveis”, pois “não faria senso admitir a noção de estruturalismo fora do contexto linguístico”.¹⁴⁶

Essa resposta, ademais de gratuitamente agressiva, apenas demonstra o desconhecimento do autor com relação à existência do estruturalismo científico e do estruturalismo argumentativo. Ainda mais, ela desconsidera os vários tipos de estruturalismo presentes na história do pensamento jurídico, desvinculados do estruturalismo linguístico, inclusive porque surgidos antes - às vezes até muito antes - dele. Como demonstra Arnaud, a noção de estrutura foi usada de várias formas: de um lado, do ponto de vista geral, para indicar a mera conexão de partes em uma totalidade, a exemplo da compreensão do Direito como uma estrutura escalonada de normas (Kelsen), como um conjunto de instituições (Santi Romano), como uma estrutura ontológica relacional (Kaufmann), como um conjunto ordenado de qualidades (Carbonnier) ou como o estudo de formas e da relação entre seus componentes (Raz, MacCormick); de outro lado, do ponto de vista particular, como instrumento específico de compreensão do Direito, quer no sentido clássico de relação entre elementos em um sistema (Losano), quer no sentido moderno da teoria dos sistemas (Luhmann). Nenhuma dessas concepções se confunde com o estruturalismo linguístico. Tanto é assim que o referido autor distingue claramente essa espécie de estruturalismo das outras: “*Outro modo* de falar sobre estrutura é reservar o termo exclusivamente para designar formas de análise que sejam produto do modelo linguístico (...)”; “*Outra linha* seguida pela análise estrutural no Direito consistiu na aplicação a esse domínio da ferramenta metodológica forjada pela linguística estrutural”.¹⁴⁷

Em segundo lugar, a *falácia do “depois disso, por causa disso”* (*post hoc ergo propter hoc*). Esta é utilizada quando se sustenta que um movimento, apenas por ter surgido depois de outro, mantém com ele uma relação de causa e efeito (*A* ocorreu antes de *B*; logo, *A* causou *B*).¹⁴⁸ Assim, ao afirmar que o estruturalismo linguístico surgiu há mais tempo, Carvalho pressupõe que qualquer outro pensamento baseado em estruturas mantém relação necessária com ele, do qual seria mera consequência. Ao fazê-lo, além de pressupor conexões causais que são inexistentes ou que dependeriam de demonstração, o autor demonstra desconhecimento de várias correntes importantes do pensamento filosófico e jurídico.

¹⁴⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. “Breves considerações sobre a função descritiva da Ciência do Direito Tributário”. In: CARVALHO, Paulo de Barros; e SOUZA, Cecília Priscila de (orgs.). *X Congresso Nacional de Estudos Tributários - sistema tributário brasileiro e as relações internacionais*. V. 1. São Paulo: Noeses, 2013, p. 887.

¹⁴⁷ ARNAUD, André-Jean. “Les theories structuralistes du Droit”. In: AMSELEK, Paul; e GRZEGORCZYK, Christophe (orgs.). *Controverses autour de l'ontologie du droit*. Paris: PUF, 1989, pp. 86 e 97.

¹⁴⁸ PINTO, Robert. “Post hoc ergo propter hoc”. In: HANSEN, Hans V.; e PINTO, Robert C. (orgs.). *Fallacies, classical and contemporary readings*. Pensilvânia: PUP, 1995, p. 302.

Em terceiro lugar, a *falácia da falsa analogia*. Esta se verifica quando um argumento analógico ignora relevantes diferenças entre as coisas comparadas, pressupondo que coisas similares em um aspecto, como a denominação, também devem ser iguais em outros aspectos.¹⁴⁹ A resposta de Carvalho, além de pressupor que qualquer tipo de raciocínio que envolva estruturas é equivalente ao estruturalismo linguístico, alega que, desde 1981, discorre “sobre as linhas estruturais do tributo”, aludindo ao “implexo fenômeno que as prescrições legais compõem, na urdidura do direito posto”.¹⁵⁰ Ao fazê-lo, compara a estrutura da argumentação com a estrutura do tributo, quando os dois assuntos são diferentes em questões fundamentais, como objeto, métodos e critérios. Confunde estrutura sintática de uma norma com estrutura de uma justificação destinada a reconstruí-la. Para comprová-lo, basta mencionar que a estrutura da argumentação diz respeito ao *processo* de interpretação dos dispositivos, ao passo que a estrutura do tributo diz respeito a aspectos da norma, portanto concernentes ao *resultado* da interpretação.

As mesmas falácias são empregadas quando ele critica os fundamentos do “estruturalismo argumentativo”, pressupondo que, sobre a teoria das normas, só haveria os paradigmas de Kelsen, Hart ou Cossio, como se tivessem esses autores proposto as únicas alternativas possíveis e - mais significativo ainda - não tivesse havido profundo desenvolvimento do assunto desde a publicação de suas respectivas obras. O mesmo ocorre com a teoria dos sistemas e da argumentação, em que são negados os fundamentos teóricos que não se encaixam nas categorias linguísticas.

Diante disso se percebe que a resposta de Carvalho procura transformar uma discussão de fundo - a função da Ciência do Direito Tributário - numa mera pinimba terminológica. Suas afirmações - de que o emprego dos termos “estruturalismo” e “formalismo” “não satisfaria ao menos impertinente fiscal da correção semântica dos termos do discurso” e revelaria “má retórica, tal como aquelas utilizadas pelos políticos em horário eleitoral” -, em face de todas as considerações precedentes, nada mais constituem do que agressões gratuitas, usadas na tentativa de desqualificar o autor de uma crítica e seus argumentos e transformar uma discussão científica em disputa pessoal.

Por isso mesmo não podem as supostas objeções apresentadas desviar a discussão crítica de sua questão capital, trazida pelo trabalho que originalmente publiquei, que é a de delimitar a influência da concepção descritivista da Ciência do Direito no âmbito do Direito Tributário.

Conclusões

Pode-se concluir não apenas que a discussão crítica a respeito da função da Ciência do Direito é oportuna, como, também, que as críticas formuladas à con-

¹⁴⁹ SOCCIO, Douglas; e BARRY, Vincent. *Practical logic*. 5ª ed. Wadsworth: Cengage, 1998, p. 323.

¹⁵⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. “Breves considerações sobre a função descritiva da Ciência do Direito Tributário”. In: CARVALHO, Paulo de Barros; e SOUZA, Cecília Priscila de (orgs.). *X Congresso Nacional de Estudos Tributários - sistema tributário brasileiro e as relações internacionais*. V. 1. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 888.

cepção mera ou fundamentalmente descritivista são pertinentes: a atividade interpretativa envolve a descrição (reconhecimento, constatação, declaração ou asserção de significados), a reconstrução (reconstituição de significados), a decisão (escolha de um significado entre os vários admitidos por um dispositivo) e a criação de significados (atribuição de significado além de dispositivos expressos, atribuição de significado a partir de dispositivos expressos, por argumentação dedutiva ou indutiva, utilização de teorias jurídicas que condicionam a interpretação, introdução de regras implícitas mediante concretização de princípios ou introdução de exceções a regras gerais). Essas atividades têm por objeto não apenas elementos textuais, mas também extratextuais, como atos, fatos, costumes, finalidades e efeitos, que, em vez de fazer parte de outra Ciência, como a Economia ou as Finanças Públicas, compõem o objeto de interpretação da Ciência do Direito, especialmente do Direito Tributário.

Tais questões não podem ser descritas, simplesmente porque não são dadas. E, para interpretá-las, precisa o intérprete desenvolver relações, baseadas em raciocínios probabilísticos, conjecturais e de verossimilhança, escolhendo ou construindo o significado normativo em face dos elementos pressupostos pelos dispositivos, ou delimitando o âmbito de aplicação em razão de estados de coisas e bens jurídicos pressupostos pelas normas. Situam-se nesse âmbito muitas questões decisivas para o Direito Tributário, como a finalidade e a destinação das contribuições ou os efeitos, a medida e a proporção da tributação.

A relevância de minha crítica à concepção descritivista da Ciência do Direito reside em demonstrar que ela promove - de modo expresso ou implícito, consistente ou inconsistente - uma sensível redução de suas atividades. A superação desse modelo exige, contudo, novos instrumentos metódicos, instrumentos esses relacionados, especialmente, à teoria da Ciência, à teoria das normas e à teoria da argumentação. Em outras palavras, são indispensáveis novos conceitos, diferentes daqueles utilizados, expressa ou implicitamente, pela concepção empirista e descritiva de Ciência. Nesse cenário, entretanto, é preciso dar atenção ao testemunho de Carnap:

“Tenho visto que a maioria dos cientistas e filósofos deseja discutir uma nova asserção, se ela for formulada na estrutura conceitual tradicional; mas é muito difícil para a maioria deles até mesmo considerar e discutir novos conceitos.”¹⁵¹

Esta discussão crítica é extremamente significativa também por outra razão. É que, além de examinar as funções da Ciência do Direito, ela indiretamente serve para demonstrar que não se faz Ciência sem uma regrada estrutura de raciocínio lógico, marcado pelo respeito mútuo, pela humildade intelectual e pela autonomia de pensamento. Sem validade formal, sem verdade, sem justiça material e comunicativa, não há argumentação racional.¹⁵² A discussão crítica pressupõe a habilidade de ouvir críticas sem a elas responder emocionalmente. Exige o

¹⁵¹ CARNAP, Rudolf. “Intellectual autobiography”. In: SCHILPP, Paul. A. (org.). *The Philosophy of Rudolf Carnap. The Library of Living Philosophers*. V. 2. Illinois: LaSalle, 1963, p. 77.

¹⁵² EEMEREN, Frans van et alii. *Fallacies and judgements of reasonableness*. Dordrecht: Springer, 2009, p. 42.

comprometimento de tentar entender os argumentos alheios antes de criticá-los. Demanda o compromisso de evitar linguagem e argumentos obscuros e, acima de tudo, o desejo genuíno de respeitar entendimentos diferentes.¹⁵³

Para a Ciência não importam a idade, a origem e a hierarquia do cientista; interessam a consistência, a coerência e a pretensão de objetividade de seus argumentos. Irrelevantes são igualmente os poderes político e econômico do interlocutor; relevam apenas o seu poder argumentativo e a estrutura racional de sua argumentação. Ciência é trabalho compartilhado, não discussão autorreferencial. É disputa por ideias, baseada na razão, não querela em torno de palavras, fundada no rebuscamento estilístico. Ciência requer, sobretudo, liberdade intelectual. E liberdade intelectual só prospera em um ambiente marcado pela igualdade, pela humildade, pelo respeito, pela tolerância, em que não se abre uma fresta, por menor que seja, para a intimidação, para a soberba, para a depreciação ou para a idolatria. Cientista imune à crítica pode ser tudo, menos cientista. E com imunização à crítica pode-se fazer tudo, menos Ciência, muito menos feliz. Porque fazer Ciência é ter esperança, esperança de que o conhecimento pode mudar o mundo, para melhor e para todos - mas sobretudo com todos.

Por todas as razões anteriores resta dizer que tão vital quanto discutir sobre a função da Ciência do Direito Tributário é discutir sobre como se deve discutir sobre ela. Essas duas questões talvez sejam as mais urgentes para o desenvolvimento pleno da Ciência do Direito Tributário no Brasil.

¹⁵³ SOCCIO, Douglas; e BARRY, Vincent. *Practical logic*. 5ª ed. Wadsworth: Cengage, 1998, p. 47.