

AS DECISÕES JUDICIAIS COMO UM DESAFIO CIENTÍFICO PARA O DIREITO TRIBUTÁRIO

JUDICIAL DECISIONS AS A SCIENTIFIC CHALLENGE TO TAX LAW

RENATO LOPES BECHO*

RESUMO

A dogmática do Direito Tributário brasileiro é estruturada sobre uma base teórica sólida, que é o positivismo kelseniano. Porém, na atualidade, o sistema não oferece segurança jurídica, notadamente se observarmos decisões administrativas e judiciais que não aplicam a legislação. Frente a essa realidade, o objetivo deste artigo é reanalisar a teoria do Direito Tributário a partir da Filosofia da Ciência, questionando se é pacífico seu caráter científico. Aplicando o método zetético, a investigação aborda a revolução científica, os processos de raciocínio científico (dedução e indução) e a unicidade das ciências; em seguida, apresenta a divisão entre sociologia jurídica, pela obra de Eugen Ehrlich, e ciência dogmática do direito; analisa o tema na *teoria pura do direito* de Hans Kelsen, inclusive sob influência do movimento científico de sua época; as dificuldades de sua teoria frente ao *common law*, onde a distinção entre sociologia jurídica e ciência do direito não tem sentido; e mostra reflexos no Direito Tributário brasileiro. Como conclusão, é proposta a ampliação dos dados empíricos a serem utilizados pelos tributaristas, para acrescentarem às regras legisladas (dever-ser) também as decorrentes de decisões judiciais (ser). Assim, preserva-se o rótulo *ciência jurídica*, mas não a distinção entre a sociologia do direito e dogmática jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário. Filosofia da Ciência. Conhecimento empírico. Decisões judiciais.

ABSTRACT

The dogmatic of the Brazilian Tax Law is structured on a solid theoretical basis, which is Kelsenian positivism. However, at present, the system does not offer legal certainty, especially if we observe administrative and judicial decisions that not strictly apply to the legislation. Faced with this reality, the objective of this article is to reanalyze the theory from the Philosophy of Science, questioning whether its scientific character is pacific. Applying the zetetic method, the investigation addresses the scientific revolution, scientific reasoning processes (deduction and induction), and the uniqueness of science; then, it presents the division between legal sociology, through the work of Eugen Ehrlich, and the dogmatic science of law; analyzes the theme in Hans Kelsen's pure theory of law, including under the influence of the scientific movement of his time; the difficulties of his theory vis-à-vis the common law, where the distinction between legal sociology and legal science is meaningless; and shows reflections on Brazilian Tax Law. In conclusion, it is proposed to expand the empirical data to be used by tax experts to add to the legislated rules (should-be) also those arising from court decisions (to be). Thus, the legal science label is preserved, but not the distinction between sociology of law and legal dogmatics.

KEYWORDS: Tax Law. Philosophy of Science. Empirical knowledge. Judicial decisions.

* Professor assistente doutor da PUC/SP. Doutor em Direito pela PUC/SP.
E-mail: renatobecho@uol.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1025-1204>.

INTRODUÇÃO

No campo teórico, o Direito Tributário brasileiro, assim compreendido como a disciplina jurídica acadêmica que tem por objetivo o estudo do tributo, das normas legais tributárias e das relações a elas pertinentes, se desenvolve a partir de meados do século XX, tendo recebido grande impulso com a edição do Código Tributário Nacional, que é de 1966. Atualmente, é voz corrente a cientificidade do direito, inclusive do Direito Tributário. Com facilidade, é possível localizar diversas manifestações sobre o caráter científico desse ramo do ensino jurídico dedicado ao estudo do tributo e da relação jurídica tributária.¹ Esse caráter científico é erigido sobre a filosofia positivista, que teve no jurista austríaco Hans Kelsen seu maior expoente, e sua obra *Teoria pura do direito* o grande marco teórico.

Há doutrinas sofisticadas para explicar o Direito Tributário, com expressivo conjunto de autoridades acadêmicas e obras vastíssimas tendo o tributo como objeto.² Todavia, elas não são capazes de conferir previsibilidade e, por conseguinte, segurança jurídica a essa área tão sensível para a existência do Estado, como é a tributação.³ Considerando que *segurança jurídica* um termo plurívoco, tendo ao menos três significados frente à instabilidade do Direito Tributário, registramos: (a) estabilidade das regras legais – atuação dos legisladores; (b) estabilidade na interpretação e aplicação das normas jurídicas – atuação dos poderes Executivo e Judiciário; (c) efetiva aplicação das normas jurídicas por parte dos julgadores tributários administrativos e judiciais, mediante ausência ou baixa ocorrência de ativismo decisional. Nossa atenção, neste estudo, é direcionada para as hipóteses (b) e (c), que serão abarcadas pela expressão *flexibilidade jurídica* como contraponto de *segurança jurídica*, nos termos como explicado no desenvolvimento deste artigo.

No campo jurisdicional, as ações tributárias representam parcela altamente significativa no conjunto de todos os processos em trâmite no Poder Judiciário brasileiro, o que significa dizer que elas podem fornecer dados relevantes para a compreensão do Direito Tributário.⁴ Por outro lado, elas não são utilizadas, de maneira sistemática, para explicar as decisões em matéria de tributação, e, por consequência, o próprio Direito Tributário (enquanto disciplina acadêmica dedicada à compreensão das normas que envolvem o tributo).

1 Veja-se, por exemplo, ATALIBA, 1963, p. 3; ATALIBA, 1996, p. 38; BORGES, 1980, p. 10; TORRES, 2009, p. 355.

2 A título de exemplo, indicamos CARRAZZA, 2010, 968 p.; CARVALHO, 2012, 875 p.; COELHO, 2012, 813 p.; DERZI, 2009, 647 p.; e SCHOUERI, 2011, 752 p.

3 Confira-se em ELIAS, 2010, paginação descontinuada.

4 Segundo o “Justiça em Números: sumário executivo 2022”, somente os casos pendentes de execução fiscal correspondem a 35% das ações judiciais no país. Esse dado não abrange feitos iniciados e concluídos no mesmo ano. Confira-se: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/sumario-executivo-jn-v3-2022-2022-09-15.pdf>, p. 9. Acesso em 27-01-2023.

Esses aspectos (grande desenvolvimento doutrinário, aliado a uma impressionante massa de elementos a serem conhecidos e compreendidos, de um lado; e, de outro, a ausência de segurança jurídica, ou melhor, a identificação de grande flexibilidade jurídica) delineiam um desafio para o estudioso que queira compreender, ainda que parcialmente, essa realidade. O entendimento completo de situações tão complexas não parece plausível, mas a ampliação da baixa compreensão mencionada é alcançável.

Nesse contexto, o objetivo deste artigo é questionar algum motivo para tanta disponibilidade de informação e tão baixo resultado prático, possibilitando novos elementos ou novos campos a serem explorados para a compreensão da realidade jurídica tributária brasileira.

A metodologia utilizada, como pode ser inferida das colocações até aqui apresentadas, é a zetética, querendo-se dizer com isso que o método é investigativo ou inquisitivo.⁵ Ao final, a título de conclusão, serão oferecidas outras formas de abordagem para os problemas aqui especificados.

O percurso utilizado para a exposição inicia-se com a Filosofia da Ciência, com destaque para a revolução científica e pelos métodos de pesquisa; passa pela distinção entre o direito e a sociologia, notadamente por influência de Hans Kelsen, confrontando rapidamente o assunto no *common law* e no *civil law*; e finaliza com os reflexos do que foi abordado no Direito Tributário.

1. A FILOSOFIA DA CIÊNCIA

A Filosofia da Ciência é o ramo da filosofia dedicado a estudar, analisar e expor o que seja *ciência* e o que não seja (é dizer: pseudociência). Ela, a Filosofia da Ciência, oferece instrumental para o interessado se posicionar de maneira crítica sobre uma diversificada e ampla gama de atividades cognitivas sobre a natureza e a humanidade que usam ou pretendam usar a voz *ciência* para expor o conteúdo de seu interesse. Em outras palavras, “a filosofia da ciência é a investigação de questões filosóficas que surgem da reflexão sobre ciência”.⁶ Sua importância é fundamental, posto que a voz *ciência* pode ser utilizada indistintamente por quem realmente é um cientista ou por quem não o seja (*v.g.* um mero curioso ou um charlatão). Por isso, é imperioso que exista um conhecimento específico para o que seja *ciência*, até mesmo para fins de controle do uso oficial e acadêmico de seu significado, o que já foi, inclusive, objeto de

5 “ZETÉTICO. [...] Investigativo ou inquisitivo. Este termo foi primeiramente aplicado por Trasilio para indicar um grupo de diálogos de Platão (DIÓG. L., III, 49; V. ARISTÓTELES, *Pol.*, 1256 a 12). Em seguida, foi assumido como denominação da atitude céptica: ‘A corrente céptica é chamada de Z. por procurar e investigar; *suspensiva* pela disposição da alma que, depois da indagação, mantém em relação ao objeto indagado; e *dubitativa* por duvidar e indagar de todas as coisas’ (SEXTO EMPÍRICO, *Pirr. hyp.*, I, 7)”. ABBAGNANO, 2003, p. 1014.

6 CURD; COVER; PINCOCK; 2013, p. xvii. Tradução livre, nossa. No original, a sentença completa é a seguinte: “In its broadest terms, the philosophy of science is the investigation of philosophical questions that arise from reflecting on science”.

ação judicial nos Estados Unidos da América.⁷ As discussões sobre o que é ou não ciência são apresentadas e explicadas justamente por esse ramo específico da Filosofia.

Considerando que a voz *ciência* pode ser utilizada sem rigor, valemos de uma definição para servir de norte, de referência para nossos estudos: a ciência caracteriza-se “como conhecimento racional, sistemático, exato, verificável e, por conseguinte, falível”.⁸

Iniciando a aproximação pretendida entre a introdução à Filosofia da Ciência e o Direito Tributário, podemos afirmar que, assim como a indigitada área do saber jurídico é o ramo dos estudos acadêmicos que trata com profundidade do tributo, ainda que não seja o único (o Direito Constitucional, o Direito Financeiro e o Direito Administrativo, dentre tantos outros, também laboram, mas com menor extensão, com o tema dos tributos), a Filosofia da Ciência “envolve reflexão filosófica sobre a ciência. Os filósofos da ciência não tratam de questões científicas – isso cabe aos cientistas; eles examinam questões *sobre* ciência. P.ex., o que é ciência? O que distingue ciência de não-ciência?”.⁹ Assim, um esforço para avançar na clarificação do aspecto científico do Direito Tributário, ou mesmo para se afirmar, com propriedade, a existência da Ciência do Direito Tributário, é imperioso que aja uma exposição, no mínimo de caráter introdutório, da Filosofia da Ciência, como aqui será levado a cabo.

Nesse contexto, das diversas áreas de interesse da Filosofia da Ciência, destacaremos apenas algumas que nos parecem mais apropriadas para descrever nosso ponto de vista aqui apresentado: a revolução científica, com influência no estudo do direito; os processos de raciocínio científico (dedução e indução); e a unicidade ou a partição das ciências. Em seguida, veremos reflexos desses temas na ciência jurídica.

7 Uma legislação do estado norte-americano de Arkansas, no Século XX, determinou que as escolas dessem a devida atenção (relevância) ao *criacionismo*, referência bíblica de que Deus criou o mundo, como ciência, nos mesmos moldes da teoria da evolução, de Darwin. Veja-se, a respeito, RUSE, 2013, p. 37-46; LAUDAN, 2013, p. 47-51; e “Commentary”, de autoria dos organizadores. In CURD; COVER; PINCOCK, 2013, p. 64-67.

8 BUNGE, p. 11. Tradução livre, nossa. No original, todo o parágrafo de onde o pequeno excerto foi retirado e traduzido, está assim redigido: “Mientras los animales inferiores sólo están en el mundo, el hombre trata de entenderlo: y, sobre la base de su inteligencia imperfecta pero perfectible del mundo, el hombre intenta enseñorearse de él para hacerlo más comfortable. En este proceso, construye un mundo artificial: ese creciente cuerpo de ideas llamado ‘ciencia’, que puede caracterizarse como cocimiento racional, sistemático, exacto, verificable y por consiguiente falible. Por medio de la investigación científica, el hombre ha alcanzado una reconstrucción conceptual del mundo que es cada vez más amplia, profunda y exacta”.

9 LAW, 2009, p. 179.

1.1. A REVOLUÇÃO CIENTÍFICA E SUA INFLUÊNCIA NO ESTUDO DO DIREITO

Por *revolução científica* temos o período demarcado na história da humanidade que vai de 1500 a 1750, quando grandes avanços no conhecimento foram experimentados, notadamente na Europa.¹⁰ Naturalmente, o espírito científico se expandiu para todo o globo, ainda que em estágios muito diferentes. A revolução científica, fruto do Renascimento,¹¹ antecede o Iluminismo, tendo preparado a sociedade da época para os avanços filosóficos e políticos do Século XVIII.

Por *revolução científica* se identifica um período de grande mudança no conhecimento, que foi paulatinamente alterando os sistemas de crenças da Antiguidade e da Era Medieval, quando os pensadores tinham a tendência a se curvarem “à autoridade dos modelos tradicionais de funcionamento do mundo”,¹² quer fossem apresentados pelos pensadores anteriores, quer proviessem das autoridades da Igreja. No período indicado, esses sistemas de meras crenças foram sendo substituídos por novos experimentos e explicações mais convincentes, como o heliocentrismo de Copérnico (1473-1543) – em substituição ao geocentrismo de Ptolomeu (c. 100-170) –, aprimorado por Kepler (1571-1630) e Galileu Galilei (1564-1642). Para além da astronomia e com maiores implicações para a ciência em geral estão as descobertas físicas e mecânicas de Galileu, como a “contra intuitiva sugestão de que todos os corpos em queda livre sobre a terra caem à mesma velocidade, independente de seus pesos”, refutando a teoria oposta de Aristóteles.¹³ Galileu foi o primeiro a reconhecer a utilidade da matemática para as demonstrações físicas, além de “ênfatizar a importância de testar hipóteses experimentalmente. Para o moderno cientista, isso novamente parece óbvio”, dando início aos estudos empíricos, ou seja, a formas de aquisição de conhecimento que se valem de testes experimentais.¹⁴ Francis Bacon (1561-1626) foi o teórico responsável por

10 OKASHA, 2002, p. 2.

11 LAW, 2009, p. 34.

12 LAW, 2009, p. 34-35.

13 OKASHA, 2002, p.4-5. Tradução livre, nossa. No original, consta: “Galileo’s most enduring contribution, however, lay not in astronomy but in mechanics, where he refuted the Aristotelian theory that heavier bodies fall faster than lighter ones. In place of this theory, Galileo made the counter-intuitive suggestion that all free falling bodies will fall towards the earth at the same rate, irrespective of their weight”.

14 OKASHA, p. 5. Tradução livre, nossa. No original, consta: “Galileo is generally regarded as the first truly modern physicist. He was the first to show that the language of mathematics could be used to describe the behaviour of actual objects in the material world, such as falling bodies, projectiles, etc. [...] Another innovative aspect of Galileo’s work was his emphasis on the importance of testing hypotheses experimentally. To the modern scientist, this may again seem obvious. But at the time that Galileo was working, experimentation was not generally regarded as a reliable means of gaining knowledge. Galileo’s emphasis on experimental testing marks the beginning of an empirical approach to studying nature that continues to this day.”

propor “uma nova abordagem ao esforço científico”, que é o método indutivo, exposto como um *conselho* aos cientistas para “começarem com observações do mundo, usando-as como base para produzir teorias gerais”, em contraste com a Era Medieval.¹⁵

A história da revolução científica segue com Rene Descartes (1596-1650) e Isaac Newton (1643-1727), com quem atingiu seu auge.¹⁶ Chega-se ao Iluminismo, libertando os pensadores “dos grilhões do medievalismo caracterizado pela adesão servil à tradição, à autoridade e à superstição”.¹⁷

Contudo, além da relevância em apontar o nome de alguns grandes pensadores que mudaram o curso da história e suas teorias, também interessa-nos identificar o que permitiu suas descobertas e o que delas possa ser generalizado a ponto de permitir eventuais repercussões no direito, que é o objeto de nossa atenção. O surgimento de novas ferramentas, como o telescópio fabricado pelo próprio Galileu, com o qual foi possível ver “que o Sol tinha manchas que mudavam de posição, sugerindo que a Terra se movia à sua volta”,¹⁸ foi essencial. A Igreja, enfrentando a Reforma e o cisma que se seguiu (com o Protestantismo), não teve mais força para impedir a propagação das novas ideias científicas.¹⁹

Após o mencionado auge do ponto de vista histórico, o desenvolvimento científico viu-se em seguida separado em dois campos distintos, com tendências opostas: o racionalismo e o empirismo. Os primeiros seguiram Descartes,

[...] tratando a razão como o caminho para estabelecer o conhecimento. Influenciados por sucessos contemporâneos no uso da matemática na ciência, julgavam possível, usando o método de dedução a partir de princípios primeiros, construir uma grande teoria capaz de explicar tudo, e assim iniciaram uma tradição de sistemas metafísicos.²⁰

Segundo Stephen Law, “A reação inglesa à nova ciência enfatizou não o papel da matemática, mas da observação empírica, e desconfiava da construção de sistemas”, sendo John Locke, George Berkeley e David Hume os três primeiros grandes expoentes. Immanuel Kant, entretanto, propôs, no conjunto de sua obra, “uma síntese de tendências racionalistas e empiristas”.²¹

De qualquer forma, ainda que com uma importantíssima divisão teórica, propagou-se o *espírito científico* da época, ou seja, o desejo e a utilidade de descrever o máximo possível de conhecimento em termos científicos. Nesse

15 LAW, 2009, p. 34-35.

16 OKASHA, 2002, p. 5-7.

17 LAW, 2009, p. 37.

18 LAW, 2009, p. 35.

19 LAW, 2009, p. 36.

20 LAW, 2009, p. 38.

21 LAW, 2009, p. 38-39.

contexto, atentemos para o quanto dito por T. H. Huxley, expondo os avanços científicos entre os anos 1837 a 1887:

A diminuição ou remoção da ignorância ou preconceito local, a criação de interesses comuns entre os povos amplamente separados e o fortalecimento da organização da comunidade contra a anarquia política ou social, assim efetuados [pelas descobertas científicas], exerceram influência sobre a fortuna presente e futura da humanidade, cujo pleno significado pode ser adivinhado, mas que ainda não pode ser estimado em seu pleno valor.²²

Assim, retornando aos principais pontos que constituíram a revolução científica, registramos o desenvolvimento de equipamentos, como telescópios e microscópios, as aplicações da matemática (para o racionalismo) e a confirmação de teorias (para os empiristas), já mencionadas, no intuito de remover a ignorância ou as ideias preconcebidas, e confrontemo-los com o conhecimento jurídico.

O direito não ficou apartado do espírito científico, buscando também a “diminuição ou remoção da ignorância ou do preconceito” mencionados por Huxley. Tanto que William Blackstone, o primeiro professor de Direito Inglês na Universidade de Oxford, em sua aula inaugural, em 1758, ao direito se referiu como ciência “a ser cultivada, metodizada e explanada” em curso acadêmico, como acontecia nas universidades da Europa Continental, que ensinavam o Direito Civil ou o Direito Romano, além das leis locais, utilizando-se das *Institutas* de Justiniano e suas próprias constituições.²³ O pioneiro também ilustrava a importância do estudo da ciência jurídica em universidades, como uma atividade social e em comunicação com outras *artes*. Dizia que o estudante aprenderá a raciocinar com precisão, saberá como “separar argumento de falácia”, fixará atenção e perseguirá a verdade “na mais intrincada dedução, por demonstração matemática”; conhecerá as máximas do direito natural; usará

22 HUXLEY, 1889, paginação descontinuada. Tradução livre, nossa. No original consta: “The diminution or removal of local ignorance and prejudice, the creation of common interests among the most widely separated peoples, and the strengthening of the forces of the organisation of the commonwealth against those of political or social anarchy, thus effected, have exerted an influence on the present and future fortunes of mankind the full significance of which may be divined, but cannot, as yet, be estimated at its full value”. Disponível em <http://www.gutenberg.org/files/15253/15253-h/15253-h.htm>. Acesso em 05/01/2023.

23 “The science thus committed to his charge, to be cultivated, methodized, and explained in a course of academical lectures, is that of the laws and constitution of our own country; a species of knowledge, in which the gentlemen of England have been more remarkably deficient than those of all Europe besides. In most of the nations on the continent, where the civil or imperial law under different modifications is closely interwoven with the municipal laws of the land, no gentleman, or at least no scholar, thinks his education is completed, till he has attended a course or two of lectures, both upon the institutes of Justinian and the local constitutions of his native soil, under the very eminent professors that abound in their several universities. In the northern parts of our own island, where also the municipal laws are frequently connected with the civil, it is difficult to meet with a person of liberal education who is destitute of a competent knowledge in that science, which is to be the guardian of his natural rights and the rule of his civil conduct”. BLACKSTONE, 1959, p. 4.

“sólido método científico” e poderá “desdobrar os mais intrincados pontos intuitivamente, de modo rápido e com clareza”, dentre várias outras habilidades aqui mencionadas a título ilustrativo.²⁴

Consignamos que William Blackstone não tem apenas valor histórico. Ele continua sendo uma referência do direito inglês e do *common law*, tanto que mencionado na decisão da Suprema Corte dos EUA quando, em 2021, foi superada a jurisprudência fixada no caso *Roe and Casey*, que garantia o direito ao aborto no país como um direito federal.²⁵

Retornando o foco para a revolução científica e a história da ciência jurídica, William Blackstone, como se viu, chegou mesmo a fazer referência a *demonstração matemática* como elemento do saber jurídico em bases científicas; porém, seu livro não traz nenhuma *comprovação* do quanto mencionado. E nem diz qual seja o “sólido método científico”, ainda que ele possa ser apreendido durante toda a exposição. Assim, por exemplo, quando o autor menciona a prescrição no sentido de que as regras jurídicas não podem ser retroativas;²⁶ ou no registro de que, no *common law*, o direito está depositado nos juízes, ao contrário do que ocorria e assim permanece, ao menos teoricamente, no direito europeu continental (*civil law*)²⁷, em que o direito é estipulado, primeiro, pelos legisladores.

24 “Sciences are of a sociable disposition, and flourish best in the neighbourhood of each other: nor is there any branch of learning, but may be helped and improved by assistances drawn from other arts. If, therefore, the student in our laws hath formed both his sentiments and style, by perusal and invitation of the purest classical writers, among whom the historians and orators will best deserve his regard; if he can reason with precision, and separate argument from fallacy, by the clear, simple rules of pure unsophisticated logic; if he can fix his attention, and steadily pursue truth through any, the most intricate, deduction, by the use of mathematical demonstrations, if he has enlarged his conceptions of nature and art, by a view of the several branches of genuine, experimental, philosophy; if he has impressed on his mind the sound maxims of the law of nature, the best and most authentic foundation of human laws; if, lastly, he has done this or any part of it (though all may be easily done under as able instructors as ever graced any seats of learning), a student thus qualified may enter upon the study of the law with incredible advantage and reputation. If, at the conclusion, or during the acquisition of these accomplishments, he will afford himself here a year to two’s further leisure, to lay the foundation of his future labors in a solid scientific method, without thirsting too early to attend that practice which it is impossible he should rightly comprehend, he will afterwards proceed with the greatest ease, and will unfold the most intricate points with an intuitive rapidity and clearness”. BLACKSTONE, 1959, p. 5.

25 Supreme Court of the United States. DOBBS, STATE HEALTH OFFICER OF THE MISSISSIPPI DEPARTMENT OF HEALTH, et al. v. JACKSON WOMEN’S HEALTH ORGANIZATION et al. Syllabus [espécie de ementa, mas que não faz parte oficial do julgado e é preparada pelo *Reporter of Decisions* para conveniência dos leitores]. “[...] The Solicitor General repeats *Roe*’s claim that it is ‘doubtful... abortion was ever firmly established as a common-law crime even with respect to the destruction of a quick fetus,’ 410 U.S., at 136, but the great common-law authorities – Bracton, Coke, Hale, and Blackstone – all wrote that a post-quickening abortion was a crime”. *Justice* ALITO, relator, p. 3, por maioria. Disponível em https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf. Acesso em 30/11/2022.

26 “All laws should be therefore made to commence *in futuro* (at a future period), and be notified before their commencement; which is implied in the term ‘prescribed’”. BLACKSTONE, 1959, p. 11.

27 Voltaremos a esse ponto no item III.3, abaixo.

Naturalmente, o direito material evoluiu muito nos últimos séculos, inclusive para fazer frente a problemas inimagináveis no passado remoto, como os tratados pelo Direito Aeronáutico. Mas será que as concepções *científicas*, presentes na teoria geral do direito, evoluíram? É a dúvida que desenvolveremos. E Blackstone, no caso julgado, foi trazido à baila à guisa de exemplo, notadamente pelas menções à ciência jurídica. Se formos alcançar a *Magna Carta*, de 1215, portanto um documento do Século XIII, e dela extrair seus artigos que seguem sendo aplicáveis – e eles existem, como a cláusula do devido processo legal –, teremos um conjunto de referências de uma base longa muito maior.²⁸ Por outro giro verbal, e sendo mais explícitos, considerando que o direito atual opera de modo semelhante como operava nas Eras Medieval e Moderna, parece que suas bases são as mesmas de antes da revolução científica, o que deixa o direito à parte da evolução de áreas do conhecimento como a física, a química e a astronomia, por exemplo, fazendo com que a análise precise ser aprofundada.

Com a ambientação para este estudo mais clara, voltemos novamente nosso foco para a Filosofia da Ciência. À evidência, nenhum instrumento mecânico ou óptico, bem como nenhuma mudança da linguagem (do paradigma da voz corrente – ainda que comumente enobrecida pelo linguajar jurídico –, para a matemática,) influenciam diretamente a ciência jurídica. Em outros termos, telescópios, microscópios ou mesmo computadores, ou a formalização de dados jurídicos transformados em dados matemáticos, em substituição à linguagem do vernáculo, foram sentidos como uma revolução na compreensão do direito, ao contrário do que ocorreu com a física. E, a partir de elementos importantíssimos da Idade Média, como a *Magna Carta*, é certo que as bases do direito atual não destoam do direito da Idade Moderna, tendo como referência, por exemplo, o Código Napoleônico. Como sustentar, então, o caráter científico do direito, que parece ter passado incólume pela revolução científica? É o que nos propomos a desenvolver nos próximos itens, focando tanto na Filosofia da Ciência e na Teoria Geral do Direito, quanto no Direito Tributário.

1.2. PROCESSOS DE RACIOCÍNIO CIENTÍFICO: INDUÇÃO E DEDUÇÃO

Um desafio muito relevante para o desenvolvimento da ciência são os processos de raciocínio científico, notadamente frente a dificuldades de *comprovação* do quanto exposto ou descoberto. Algumas teorias podem ser facilmente comprováveis nos dias que foram apresentadas, enquanto outras,

28 Vide, a respeito, JUDGE; ARLIDGE, 2014, *passim*. O exemplo mais evidente, de qualquer forma, é a cláusula 39, que estabelece o princípio do devido processo legal. Confira-se: “No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land”. GREEN, 2015, p. 149.

evidentemente, não. Expondo o problema do modo mais simples possível, a lei da gravidade pode ser minimamente comprovada soltando-se qualquer objeto em condições naturais. Por outro lado, experimentos da astronomia podem ser simplesmente impossíveis de serem realizados. Se as comprovações na astronomia são grandes desafios, é razoável supor que a astrologia também possui bases científicas? Para que a resposta seja positiva, critérios precisam ser explicitados. Conforme já mencionado, não atende à Filosofia da Ciência simplesmente perguntar a qualquer pessoa se ela opera em bases científicas, quer sejam astrônomos, astrólogos ou juristas. Há que ter-se – desde a revolução científica – critérios metodológicos mínimos que aproximem todas as áreas que usem a mesma voz *ciência*.

Nesse contexto, a Filosofia da Ciência estuda os *raciocínios científicos*²⁹ e seus métodos, sendo a dedução e a indução, já mencionadas de passagem, os principais.

A dedução, raciocínio dedutivo ou inferência dedutiva, de viés racionalista, parte de duas premissas para chegar a uma conclusão. Incontáveis exemplos didáticos podem ser dados, como o seguinte: todo brasileiro gosta de futebol; Sócrates é brasileiro; logo, Sócrates gosta de futebol. É útil registrar que tal raciocínio significa dizer que a primeira premissa é mais ampla (premissa maior) e necessariamente abarca a segunda (premissa menor). Porém, seus elementos são intercambiáveis. Assim, podemos dizer que Sócrates é brasileiro (premissa menor); todo brasileiro gosta de futebol (premissa maior); logo, Sócrates gosta de futebol.

Não é preciso ser filósofo para compreender o problema do método dedutivo: ele só corresponde à realidade (à verdade) se suas premissas forem verdadeiras. Assim, se for comprovado por outro método que *nem todo brasileiro gosta de futebol*; Sócrates é brasileiro; logo... não, não podemos dizer que Sócrates gosta ou não gosta de futebol. O mesmo vale se a premissa maior corresponder à realidade, mas a premissa menor não corresponder a ela (*v.g.* Sócrates ter outra nacionalidade). Imperioso registrar que, no pensamento dedutivo, a conclusão já está inserida nas premissas, o que não ocorre em outros processos de raciocínio.

A indução, método indutivo ou inferência indutiva, de preferência dos empiristas, é de outra ordem. Ela parte também de duas premissas que, sendo verdadeiras ou falsas, não nos permitem afirmar nada sobre sua conclusão. Assim, imaginamos a seguinte hipótese: em um grupo selecionado de 12 brasileiros, os oito primeiros demonstraram gostar de futebol; logo, os outros quatro brasileiros do grupo gostam de futebol. Como pode ser facilmente observado, o pensamento indutivo não se equipara ao dedutivo, notadamente

29 OKASHA, 2002, p. 18.

porque as premissas podem ser verdadeiras e a conclusão ser falsa. Isso porque a premissa maior não veicula um aspecto fundamental da premissa menor; veicula, apenas, dados identificados, empíricos, na própria premissa. Assim, a reunião de doze brasileiros, por si só, nada diz sobre suas preferências quanto ao futebol.

A divisão entre racionalistas e empiristas naturalmente resultou em críticas a ambos os métodos. A indução é largamente utilizada pelos cientistas e pelas pessoas em geral, o que indica que faz parte do dia a dia das pessoas fazerem suposições com base em inferências indutivas. Mas ela sofreu severa crítica de ninguém menos do que David Hume. Usando como exemplo uma afirmação indutiva corriqueira de que *o sol nascerá amanhã*, que evidentemente é baseada no fato de que o sol nasce todos os dias, o filósofo ensina: “*Que o sol não nascerá amanhã* não é uma proposição menos inteligível nem implica mais contradição que a afirmação de *que ele nascerá*; e seria vão, portanto, tentar demonstrar sua falsidade”.³⁰ Eis o problema de Hume,³¹ que se baseia na *uniformidade da natureza*, é dizer, na expectativa de que fatos naturais ocorrem sempre da mesma maneira, assertiva que não tem comprovação. Ela é simplesmente “uma questão de hábito de animal bruto” que, em si, não é comprovável.³² De fato, uma construção indutiva que diga que ‘cortar árvore não impacta na captação de água de uma região’, baseado em informações de que ‘as árvores têm sido cortadas nessa região há 500 anos’ pode simplesmente não ser mais verdadeira, ainda que, por hipótese, tenha sido considerada como verdade em algum momento (com base em um sistema de informações insuficiente ou falso; ou, ainda, que outros componentes além do corte de árvores, como a exploração de minério em área próxima à desmatada, tenha passado a ser considerado). A natureza pode ter mudado, ou o conhecimento científico, pela descoberta de novos equipamentos, pode ter evoluído, e se chegar à conclusão de que ‘o corte sistemático de árvores, atualmente, impacta na prospecção de água 10 quilômetros adiante’, ou ‘o corte de árvores, próximo à área de mineração, reduz a vazão de água em um raio de 10 km².

Diversas soluções são apresentadas ao problema da indução levantado por Hume. Uma é a inclusão de *probabilidade* como elemento a ser exposto; outra é valorizar a indução por si mesma, considerada um conhecimento *fundamental*, o que a eximiria de ser racionalmente justificada. Nessa linha, é

30 HUME, 1998, p. 44.

31 LAW, 2009, p. 180; OKASHA, 2002, p. 24.

32 OKASHA, 2002, p. 24. A respeito de Hume, o professor de York aduz: “He argued that the use of induction cannot be rationally justified at all. Hume admitted that we use induction all the time, in everyday life and in science, but he insisted this was just a matter of brute animal habit. If challenged to provide a good reason for using induction, we can give no satisfactory answer, he thought”. E prossegue: “How did Hume arrive at this startling conclusion? He began by noting that whenever we make inductive inferences, we seem to presuppose what he called the ‘uniformity of nature’ (UN)”.

interessante a amostra de Peter Strawson envolvendo uma dúvida de conduta regulada pelo direito. O filósofo expõe que, em tais circunstâncias (dúvidas legais), o interessado deve buscar livros jurídicos para saber como deve proceder. Contudo, levantar a dúvida se a resposta jurídica é legal seria uma preocupação estranha: “Se a lei é o standard de legalidade, com a qual conduta diversa é julgada, faz pouco sentido inquirir se o standard em si é legal”.³³ Esse seria, na visão do filósofo, um retrato de que soa estranho não acolher o pensamento indutivo. Mas, para os conhecedores do direito, o que causa estranheza para Strawson é corriqueiro. Primeiro, porque livros jurídicos podem apresentar respostas opostas entre si (uma conduta pode ser considerada *legal* para uns autores e *ilegal* para outros); segundo, porque livros jurídicos podem apresentar a mesma resposta, mas os processos judiciais serem julgados em sentido oposto ao apresentado, hipótese sustentada na introdução deste estudo, que pode estar gerando a insegurança jurídica, ou a flexibilização, mencionada. Assim, o exemplo que reforça a validade do pensamento indutivo nos parece funcionar como o oposto, como um espelho de sua fragilidade, notadamente no campo exemplificado pelo filósofo.

Aparte o problema jurídico, o próprio argumento filosófico (indução é elementar, não podendo ser justificado racionalmente) é aceito e refutado pela comunidade de filósofos da ciência,³⁴ sendo mais um debate inconclusivo.

Podemos dar exemplos, também, para o Direito Tributário: a Constituição diz que todo tributo é criado por lei (Constituição Federal, art. 150, I); o tributo X foi criado por decreto; logo, o tributo X é inconstitucional. Ou: os tribunais aplicaram o artigo X do Código Tributário Nacional para os casos Y; o caso em análise, Y', é igual aos casos Y; logo, os tribunais aplicarão o artigo X do CTN. O primeiro exemplo é dedutivo, enquanto o segundo é indutivo.

Colocados até aqui os dois métodos, seria razoável supor que somente a dedução seria o raciocínio *científico* por natureza. Se falta *lógica* à indução,

33 OKASHA, 2002, p. 28. Tradução livre, nossa. No original, consta: “[...] For the law is the standard against which the legality of other things is judged, and it makes little sense to enquire whether the standard itself is legal”. Para melhor compreensão, citamos o parágrafo inteiro: “Another popular response is to admit that induction cannot be rationally justified, but to argue that this is not really so problematic after all. How might one defend such a position? Some philosophers have argued that induction is so fundamental to how we think and reason that it’s not the sort of thing that could be justified. Peter Strawson, an influential contemporary philosopher, defended this view with the following analogy. If someone worried about whether a particular action was legal, they could consult the law-books and compare the action with what the law-books say. But suppose someone worried about whether the law itself was legal. This is an odd worry indeed. For the law is the standard against which the legality of other things is judged, and it makes little sense to enquire whether the standard itself is legal. The same applies to induction, Strawson argued. Induction is one of the standards we use to decide whether claims about the world are justified. For example, we use induction to judge whether a pharmaceutical company’s claim about the amazing benefits of its new drug are justified. So it makes little sense to ask whether induction itself is justified”.

34 OKASHA, 2002, p. 28.

nos termos como exposto por David Hume, ela é encontrável no pensamento dedutivo, desde que seja um *raciocínio dedutivo válido*.³⁵ O problema passa a ser como identificar a validade das premissas. Confira-se:

Premissa 1: Elvis Presley está vivo.
 Premissa 2: Todos os seres vivos residem no Brasil.
 Conclusão: Elvis Presley reside no Brasil.³⁶

Do ponto de vista da lógica, esse enunciado é válido. Contudo, ele não espelha a realidade. Com isso, a comunidade científica identificou sérias restrições nos principais métodos de raciocínio.

Antes de avançarmos e relacionarmos os assuntos até aqui expostos tanto com o direito em geral quanto com o Direito Tributário, em particular, abordaremos mais uma divisão da Filosofia da Ciência que julgamos imprescindível para atingirmos os objetivos almejados: a unicidade ou a partição das ciências.

1.3. UNICIDADE OU PARTIÇÃO DAS CIÊNCIAS

A revolução científica, à qual se destacam a aplicação da matemática e os testes empíricos para comprovar as teorias, se desenvolveu principalmente nos diversos campos da realidade natural, da astronomia à biologia. E quanto ao conhecimento do homem? Os assuntos até este ponto apresentados tratam da voz *ciência* e seus termos derivados – como *científico* – como uma unidade. Tal unidade, ou unicidade, é possível, na exata dimensão que também sua negação o é. Assim, de certa maneira, afirmar que existe *a ciência* é tão válido quanto expor a divisão entre *ciências da natureza* e *ciências sociais*. No primeiro grupo encontraremos a física e a química, por exemplo, além das já mencionadas; enquanto no segundo registram-se, *u.g.*, a economia, a sociologia e a antropologia.³⁷ Essas floresceram no século XX. Por outro lado, “muitas pessoas acreditam que elas estão atrasadas em relação às ciências naturais em termos de sofisticação e rigor”.³⁸

Os problemas decorrentes da visão unitária ou bipartida da ciência não são pequenos. Um deles diz respeito aos *métodos*, que dividem a comunidade entre aqueles que entendem que, para ser ciência, os mesmos métodos precisam ser utilizados para todas as áreas. Aqui a própria dificuldade em se identificar *qual método é o válido* para todas as pesquisas de uma mesma área. *In exemplis*

35 LAW, 2009, p. 180.

36 LAW, 2009, p. 195.

37 OKASHA, 2002, p. 124.

38 OKASHA, 2002, p. 11. Tradução livre, nossa. No original, consta: “The social sciences, especially economics and sociology, have also flourished in the 20th century, though many people believe they still lag behind the natural sciences in terms of sophistication and rigour”.

se a física, considerada a mais rígida ou forte das ciências, somente pode se utilizar de um método, quer seja o dedutivo, o indutivo ou outro, é questão discutível entre os próprios físicos. Se a comunidade científica física não é capaz de afiançar que somente um único método é considerado aceitável, como exigir que áreas tão distintas quanto a química e a antropologia sejam balizadas por um único método? Ou ainda que seja um mesmo conjunto de métodos? A resposta negativa, assim como a positiva, se apresenta, deixando a discussão em aberto.³⁹

As áreas científicas também podem ser divididas entre ciências formais e ciências fáticas, como o faz Mario Bunge,⁴⁰ que distingue os *objetos* em naturais e sociais. Das ciências formais, que só existem na mente das pessoas, faz parte a lógica e a matemática; enquanto “a física, a química, a fisiologia, a psicologia, a economia e todas as demais” compõem exemplos das ciências fáticas.⁴¹ Essas usam aquelas como métodos para alcançar seus resultados, sendo que “as ciências formais jamais entram em conflito com a realidade”,⁴² sendo que “enquanto os enunciados formais consistem em relações entre signos, os enunciados das ciências fáticas se referem, em sua maioria, a entes extracientíficos: a sucessos e processos”. E também destacamos que, conforme o mesmo filósofo, “as ciências fáticas necessitam mais do que a lógica formal: para confirmar suas conjecturas, necessitam da observação ou do experimento”⁴³, como ficou evidenciado no exemplo dado no final do item precedente a respeito de Elvis Presley. A dúvida latente passaria a ser se o direito é uma ciência formal ou uma ciência fática, o que será refletido no próximo item.

Apresentadas três possibilidades – unicidade científica, divisão entre ciências naturais e ciências sociais, bem como entre ciências formais e ciências fáticas – retornemos ao direito pelo trabalho de um dos maiores influenciadores, Hans Kelsen, começando por sua crítica à sociologia jurídica e, ato contínuo, adentrando em sua *Teoria pura do direito*.

39 OKASHA, 2002, p. 124.

40 BUNGE, 2009, p. 12 e segs.

41 BUNGE, 2009, p. 14.

42 BUNGE, 2009, p. 14. Tradução livre, nossa. No original, consta: “las ciencias formales jamás entran en conflicto con la realidad”.

43 BUNGE, 2009, p. 15. Tradução livre, nossa. No original, consta: “mientras los enunciados formales consisten en relaciones entre signos, los enunciados de las ciencias fáticas se refieren, en su mayoría, a entes extracientíficos: a sucesos y procesos”. E: “las ciencias fáticas necesitan más que la lógica formal: para confirmar sus conjeturas necesitan de la observación y/o el experimento”.

2. ALGUNS REFLEXOS DAS DISCUSSÕES CIENTÍFICAS NO CAMPO DO DIREITO

Conforme exporemos no presente item, os tópicos apresentados da Filosofia da Ciência (revolução científica, os processos de raciocínio científico e a divergência entre a unicidade ou não da ciência) refletem-se no direito, inclusive no Direito Tributário brasileiro atual, podendo ser úteis para o conhecimento da sensação de insegurança jurídica mencionada na introdução a este trabalho.

Para alcançarmos nosso desiderato, começaremos por expor uma relevante divergência entre sociologia jurídica e ciência dogmática do direito, levada a cabo por Eugen Ehrlich e Hans Kelsen, nos primórdios do século XX, com implicações que prosseguem nos dias que correm. Em seguida, abordaremos alguns pontos da *Teoria pura do direito*.

2.1. A SOCIOLOGIA JURÍDICA E A CIÊNCIA DOGMÁTICA DO DIREITO

O direito e os profissionais que dele se ocupam não ficaram alijados das discussões científicas, como exemplificamos com as assertivas de Blackstone, de 1758. Vamos, agora, aprofundar um pouco mais nesse terreno, trazendo aspectos de maior significação para o direito brasileiro, inclusive para o Direito Tributário atual, como será exposto no próximo item.

Avançemos com a obra de Eugen Ehrlich, com o debate que se seguiu entre ele e Hans Kelsen e, em seguida, abordemos aspectos de relevância para o tema centro de nossas atenções atuais em sua *Teoria pura do direito*.

Em 1913 foi lançado o livro *Fundamentos da sociologia do direito*⁴⁴ de autoria do jurista e sociólogo austríaco Eugen Ehrlich. Ele destoou do positivismo jurídico de seu tempo, que já se mostrava forte perante o jusnaturalismo, apresentando a sociologia do direito como um ramo da sociologia, indicando que seria um novo terreno a ser explorado.⁴⁵

A assertiva de que o direito possa estar não nos órgãos estatais, mas na sociedade, apartou a obra de Ehrlich das demais de seu tempo – e ainda nos dias

44 EHRlich, 2017.

45 “Costuma ser dito que um livro precisa ser escrito de forma que seu conteúdo possa ser resumido em uma simples sentença. Se o presente volume precisasse ser submetido a esse teste, a sentença poderia ser a seguinte: Assim no presente como em qualquer outro tempo, o centro de gravidade do desenvolvimento do direito não está na legislação, nem na dogmática jurídica ou na decisão judicial, mas na própria sociedade. Esta sentença, talvez, contenha a substância de todo esforço em formular os princípios fundamentais da sociologia do direito”. EHRlich, 2017, “Foreword” (Prefácio). Tradução livre, nossa. No original, consta: “It is often said that a book must be written in a manner that permits of summing up its content in a single sentence. If the present volume were to be subjected to this test, the sentence might be the following: At the present as well as at any other time, the center of gravity of legal development lies not in legislation, nor in juristic science, nor in judicial decision, but in society itself. This sentence, perhaps, contains the substance of every attempt to state the fundamental principles of the sociology of law”.

que correm –, criando um conflito científico com quem propugnava o direito como fundado no positivismo estatal. Afinal, seria imprescindível haver uma só visão das fontes do direito para que seja sustentado seu caráter de ciência.⁴⁶ Ehrlich desde logo critica a dogmática juspositivista, considerando-a dúplice, por abordar aspectos teóricos e práticos, e repercutiu uma visão da ciência jurídica considerada a mais atrasada de todas as ciências sociais.⁴⁷ Em contraposição, apresentou a sociologia jurídica como novidade, de matiz teórica, fundada no direito dos grupos sociais, podendo ser coincidente com o direito estatal ou não, e baseada em fatos, em ocorrências do mundo real e, portanto, “é ciência pura, talvez a única ciência do direito que existe”.⁴⁸ Já a *tradicional dogmática jurídica foi considerada por ele como prática e atrasada*, por se incumbir de reescrever o direito estatal. Criticou a redução da importância da história do direito por parte dos positivistas, bem como o caráter prático do que estava em voga.⁴⁹ O caráter prático da dogmática gerou um *desastre* metodológico, por encarregar-se de modelos que serão aplicados pelos juízes, pelo método

46 KONZEN; BORDINI. 2019, p. 308.

47 “Na dogmática do direito (jurisprudence), todavia, a distinção entre a ciência teórica do direito (Rechtswissenschaft) e a ciência prática do direito (Rechtslehre), por exemplo a ciência jurídica prática, é feita somente agora. Anteriormente, grande número daqueles que trabalham nessa área não estavam conscientes que isso era feito. Esta distinção, todavia, é a base de uma ciência do direito independente, cujo propósito não é subserviente a fins práticos, mas servir de conhecimento puro, que é concernente não às palavras, mas aos fatos. Essa mudança, então, que já ocorreu há muito nas ciências sociais, ocorre agora também na ciência à qual Anton Menger chamou de a mais atrasada de todas as ciências, “comparável a uma cidade remota das províncias, onde as modas descartadas da metrópole são apresentadas como novidades”. E isso não produzirá resultados estereis. A nova ciência do direito trará muito esclarecimento sobre a natureza do direito e de instituições jurídicas que tem até agora sido negado a nós, e sem dúvida trará resultados que terão serventia prática”. EHRLICH, 2017, p. 3-4. Tradução livre, nossa. No original, consta: “In jurisprudence, however, the distinction between the theoretical science of law (*Rechtswissenschaft*) and the practical science of law (*Rechtslehre*), i.e. practical juristic science, is being made only just now, and, for the time being, the greater number of those that are working in this field are not aware that it is being made. This distinction, however, is the basis of an independent science of law, whose purpose is not to subserve practical ends but to serve pure knowledge, which is concerned not with words but with facts. This change, then, which has taken place long since in the natural sciences is taking place in jurisprudence also, in the science which Anton Menger has called the most backward of all sciences, “to be likened to an out-of-the-way town in the provinces, where the discarded fashions of the metropolis are being worn as novelties.” And it will not be barren of good results. The new science of law will bring about much enlightenment as to the nature of law and of legal institutions that has hitherto been withheld from us, and doubtless it will also yield results that are of practical usefulness.”

48 EHRLICH, 2017, p. 5. Tradução livre, nossa. No original, consta: “The importance of legal history for legal science, however, rests not so much upon the fact that it is history as upon the fact that it is a pure science, perhaps the only science of law that is in existence today.”

49 “É o trágico destino da dogmática jurídica que, apesar de no presente ser exclusivamente uma ciência prática do direito, é ao mesmo tempo a única ciência do direito existente. O resultado dessa situação é, como tendência, assunto e método, a única que a ciência jurídica pode oferecer”. EHRLICH, 2017, p. 6. Tradução livre, nossa. No original, consta: “It is the tragic fate of juristic science that, though at the present time it is an exclusively practical science of law, it is at the same time the only science of law in existence. The result of this situation is, as to tendency, subject matter, and method, only that which the practical science of law can give.”

dedutivo, resultando na negativa dela ser uma verdadeira *ciência*,⁵⁰ crítica que se coaduna com outras da Filosofia da Ciência, como visto no item precedente. Por outro lado, a sociologia jurídica se basearia no direito social, presente e praticado pela sociedade, usando do método indutivo.

Hans Kelsen⁵¹ apresentou uma crítica ao livro de Ehrlich, chamando de desviante a visão de duas ciências jurídicas, uma sendo teórica (a sociologia jurídica) e outra prática (a dogmática), com objetivos e métodos distintos. Essa, destacou, labora com a norma jurídica posta pelo Estado, é a ciência do dever-ser e dedutiva do valor (assim como a ética e a lógica). A sociologia jurídica, por sua vez, é disciplina fundada na realidade social, podendo ser a ciência do ser, indutiva e causal. Assim, ela se aproxima das ciências da natureza, ainda que sendo social. Por atuar no universo dos fatos, a sociologia jurídica não se refere aos valores (“o bom ou o mau, o certo ou o errado, a obrigação e a autorização, mas somente fatos indiferentes aos valores e ao seu nexos causal”).⁵² A dogmática, como ciência valorativa, é “uma afirmação sobre um dever-ser, uma norma, uma obrigação ou autorização”; e rechaça que somente há ciência com o método indutivo.⁵³

Tais posição de Kelsen foram desenvolvidas e profundamente analisadas em sua obra mais importante, a *Teoria pura do direito*.

50 EHRlich, 2017, p. 9-10. Tradução livre, nossa. No original, consta: “The most disastrous consequence of this state of affairs has been its effect on the method of juristic science. The first and foremost function of all research is to find a method adapted to its subject matter. The life of many a great scholar has been spent in the endeavor to find a method. Once the method was found, the work could be carried on by inferior minds. Ultimately, even the analysis of the spectrum is nothing more than a method. With the sole exception of the general theory of the state (*Staatslehre*), which is already infused with a scientific spirit, the science of law knows no other method than that which has been developed by practical juristic science for the application of law by the judge. According to the prevailing conception of the judicial office, which arose in the sixteenth century, the judge must derive his decision of the individual case from the existing general propositions. Practical juristic science, which had been designed for the use of the judge, was to supply the judge with legal propositions, formulated in the most general terms possible, in order that the greatest possible number of decisions might be derived from them. It was to teach the judge how to apply the general propositions to the specific cases. The method therefore had to be a method of abstraction and deduction. With the exception of public law in the narrow sense, however, juristic science as a whole proceeds by abstraction and deduction just as if the human mind were incapable of any higher attainment than the creation of bloodless shapes that lose contact with the reality proportionately to the measure of abstractness that they attain. In this respect it is altogether different from true science, the prevailing method of which is inductive, and which seeks to increase the depth of our insight into the nature of things through observation and experience. “Accordingly, juristic science has no scientific concept of law.”

51 KELSEN, 2019, p. 779.

52 KELSEN, 2019, p. 778.

53 KELSEN, 2019, p. 779.

2.2. A TEORIA PURA DO DIREITO E SUAS BASES CIENTÍFICAS

Hans Kelsen apresentou uma doutrina peculiar, rígida, que encontrou larga aceitação.⁵⁴ Seu propósito foi retirar da análise tudo que não fosse propriamente jurídico, refletindo nessa específica área do conhecimento os debates levados a cabo no *Círculo de Viena*, movimento científico-filosófico de viés positivista.

Para Kelsen, todo conteúdo que se relacionasse com o dado jurídico, mas que fosse objeto de estudo de outra área do conhecimento, como a política, a psicologia, a sociologia e a ética, em seus exemplos, seria afastado da análise. Assim, a teoria pura do direito, como teoria geral (e não alguma ordem jurídica especial), “pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos”.⁵⁵ Ou, como asseverado por um profundo conhecedor de Kelsen, “A grande motivação da teoria pura do direito é a de definir as condições para a construção de um conhecimento consistentemente científico do direito”.⁵⁶

Uma das primeiras providências do jus-filósofo para apresentar sua construção foi especificar a distinção entre ciências naturais e ciências sociais, que distinguem natureza e sociedade em campos científicos diferentes. Porém, também indica como a separação é tênue, posto que não só os homens fazem parte da natureza como os acontecimentos jurídicos, como uma votação parlamentar, em que “foi votada uma lei, criou-se Direito”, ou a leitura de uma sentença, a formação de um contrato ou mesmo um homicídio, ocorrem nos domínios da natureza, se realizam “no espaço e no tempo, sensorialmente perceptíveis”.⁵⁷ Acontecimentos desse jaez possuem dois campos de percepção distintos, “uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade”, portanto fático, e seu “sentido objetivo”, que é o “sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica”, que é recebida “por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, de forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma”. Daí a “norma funciona como esquema de interpretação”.⁵⁸ Kelsen está se referindo, nesse momento, à norma como *esquema de interpretação* dos dados subjetivos, perceptíveis pelas ciências da natureza, e não como *esquema de interpretação* de dados objetivos, que são os significados propriamente jurídicos dos acontecimentos naturais que mencionou.

Para além desse detalhe, o relevante, aqui, é especificar que a ciência jurídica, para Kelsen, é o conhecimento que se dirige à norma jurídica. O

54 Confira-se em FERRAZ JR., 1999, p. 13 e segs.

55 KELSEN, 1985, p. 1.

56 COELHO, 1999, p. 21.

57 KELSEN, 1985, p. 2.

58 KELSEN, 1985, p. 3-4.

“Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana”,⁵⁹ sendo que tal norma “é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”.⁶⁰ A norma compõe o campo do *dever-ser*, que é o propriamente jurídico, enquanto os acontecimentos naturais a ela relacionados, mesmo que seja o processo de sua aprovação, estão no terreno do *ser*, regido pela causalidade.

A relação entre o direito e a ciência é tão relevante para Kelsen que, em um livro composto por 8 capítulos, um deles (o capítulo III) é dedicado à ciência. Daí a relevância de termos compreendido o ambiente intelectual de sua época, no qual ele iniciou seus estudos que culminariam na *Teoria pura do direito*. Eles explicam muitas de suas decisões que impactam o estudo do Direito até os dias que correm. Inclusive, a Filosofia da Ciência não corrobora assertivas de Kelsen, como a consideração que de a psicologia possa ser considerada uma ciência natural ao lado da física e da biologia.⁶¹

O desenvolvimento da teoria kelseniana deixa patente que sua ciência do direito não se confunde com as ciências naturais e nem mesmo com as ciências sociais,⁶² ainda que lhe faça parte (ciência jurídica como ciência social). Ela é propriamente normativa, regida não pela causalidade, mas pela imputação.⁶³ Assim, ele se afasta, em uma maneira muito interessante, dos demais filósofos da ciência consultados. Quanto à comprovação empírica, o jurista a reduziu apenas à verificação da existência da norma jurídica objeto da pesquisa como componente de um dado ordenamento jurídico.⁶⁴ À norma jurídica não se aplicam, diretamente, os princípios lógicos, pois, por serem prescrições, não podem ser verdadeiras nem falsas; somente as proposições jurídicas, fruto do saber da *ciência do direito*, cabem tais qualidades. E, se a norma é aplicada, realmente, não é um problema para a ciência do direito.⁶⁵ Elas serão apenas válidas ou inválidas.⁶⁶

59 KELSEN, 1985, p. 4.

60 KELSEN, 1985, p. 5.

61 KELSEN, 1985, p. 96.

62 Confira-se: “Determinando o Direito como norma (ou, mais exatamente, como um sistema de normas, como uma ordem normativa) e limitando a ciência jurídica ao conhecimento e descrição de normas jurídicas e às relações, por estas constituídas, entre fatos que as mesmas normas determinam, delimita-se o Direito em face da natureza e a ciência jurídica, como ciência normativa, em face de todas as outras ciências que visam o conhecimento, informado pela lei da causalidade, de processos reais. Somente por esta via se alcança um critério seguro que nos permitirá distinguir univocamente a sociedade da natureza e a ciência social da ciência natural”. KELSEN, 1985, p. 84.

63 KELSEN, 1985, p. 85 e segs.

64 Confira-se, in exemplis: “A resposta à questão de saber se uma tal norma jurídica vigora ou não dentro de determinada ordem jurídica é – não direta mas indiretamente – verificável, pois uma tal norma tem – para vigorar – de ser produzida através de um ato empiricamente verificável”. KELSEN, 1985, p. 81.

65 KELSEN, 1985, p. 82-83.

66 KELSEN, 1985, p. 205 e segs.

Quanto à efetiva aplicação das normas pelos tribunais, um ponto central para este estudo, assim como os fatos não normativos que influenciam as decisões judiciais, eles são objeto da sociologia jurídica, não da ciência (dogmática) do direito na expressão usada em sua *teoria pura*.⁶⁷⁻⁶⁸ E, com a imputação, Kelsen *dialoga* com Hume e Kant,⁶⁹ em conexão com os problemas do método indutivo já mencionados.

Apenas para concatenação das ideias que serão em seguida expostas, registre-se a *norma fundamental* kelseniana,⁷⁰ expressa na determinação de que ‘seja cumprida a Constituição do estado objeto de análise’.

Chegamos, pois, a um ponto central para este estudo, relacionado à *dinâmica jurídica*, nas palavras de Kelsen. Destaquemos somente alguns aspectos diretamente relevantes para o quanto aqui tratado. Primeiro, é a divisão das fontes do direito, tornada tradicional entre nós, que distingue entre a legislação, para o sistema de *civil law*, e o costume, para o *common law*.⁷¹ Segundo, o registro de “uma certa margem de livre apreciação” da norma geral pelos tribunais, ao estabelecerem normas individuais, em “função criadora de Direito”, mas, em princípio, extremamente limitada, como na apuração “dos prejuízos que têm de ser ressarcidos” no caso da execução civil, ou “quanto ao momento em que a pena de prisão a aplicar deve começar e terminar”.⁷² Todavia, nosso destaque vai para o item “criação de normas jurídicas gerais pelos tribunais: o juiz como legislador; flexibilidade do Direito e segurança jurídica”, em que o Mestre de

67 KELSEN, 1985, p. 115.

68 Antes de prosseguirmos, consideramos valorosa a explicação do estudioso de Kelsen que, em linguagem mais direta, expõe o pensamento do jurista austríaco: “As condutas humanas são descritas e estudadas em diversas ciências, como a sociologia, a psicologia e o direito. Há, entretanto, uma distinção fundamental entre a ciência jurídica, de um lado, e as demais ciências sociais: é o princípio ordenador dos respectivos enunciados. Quando o sociólogo se debruça sobre as relações humanas de seu objeto, a assertiva derivada do ato de conhecimento estabelece entre a referência a dois fatos uma ligação de causa e efeito. A sociologia poderia, por hipótese, sustentar que altas taxas de desemprego implicam aumento de criminalidade. Neste caso, dois dados da realidade são relacionados, sendo um a causa (elevação da taxa de desemprego) e outro o efeito (aumento da criminalidade). Operam os cientistas sociais, neste contexto, com o princípio da causalidade”. COELHO, 1999, p. 55. Essa interpretação encontra reforço teórico em FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 103: “[...] a Ciência Jurídica passa a desenvolver aquela analítica especial, que se preocupa com a exegese das normas não como centro de sua atividade mas como um dos instrumentos capazes de obter enunciados tecnológicos para a solução de conflitos possíveis. Este caráter tecnológico que a teoria guarda permite, por último, separá-la de uma mera compreensão sociológica do direito que se limita a descrever como se dá o comportamento, pois a finalidade da Ciência Jurídica permanece propiciar orientação para o modo como devem ocorrer os comportamentos procedimentais que visam a uma decisão das questões conflitivas”.

69 KELSEN, 1985, p. 116-117: “[...] A imputação é, da mesma forma que a causalidade, um princípio ordenador do pensamento humano e, por isso, é, tanto ou tão pouco como aquela, uma ilusão ou ideologia, pois – para falar como Hume ou Kant – também aquela não é mais que um hábito ou categoria de pensamento”.

70 KELSEN, 1985, p. 210 e segs.

71 KELSEN, 1985, p. 251, 268 e 271.

72 KELSEN, 1985, p. 262.

Viena afirma que “A função criadora de Direito dos tribunais, que existe em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de precedentes”,⁷³ como ocorre com o direito inglês, cujas primeiras palavras de Michael Zander deixam claro, ao afirmar que “Legislar é ocupação do Parlamento e dos juízes”.⁷⁴

E prossegue Kelsen: “Se aos tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais mas também normas jurídicas gerais, eles entrarão em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição e isso significará uma descentralização da função legislativa”, o que leva aos “dois tipos de sistemas jurídicos tecnicamente diferentes”,⁷⁵ que são o *civil law* e o *common law*. Aquele

[...] tem a desvantagem da falta de flexibilidade. Tem, em contrapartida, a vantagem da segurança jurídica, que consiste no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, de os indivíduos submetidos ao Direito poderem orientar-se na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais.⁷⁶

Em seguida, Kelsen critica a teoria da “livre descoberta do Direito” e uma variante, a “teoria existencialista do Direito”, asseverando que ela “não é mais que uma forma de manifestação da teoria do Direito natural e, como esta, uma tentativa falhada de uma conclusão, logicamente impossível, do ser para o dever-ser”,⁷⁷ o que é uma conclusão discutível nos domínios da Filosofia da Ciência. Assim, como visto anteriormente, se os juízes de hoje aplicarem o que os juízes de ontem decidiram, de alguma maneira teremos, faticamente, do ser para o dever-ser e, em seguida, o ser novamente.

Kelsen prossegue na distinção entre os dois sistemas mais conhecidos, sendo que o *common law* caracteriza-se como o sistema em que “os tribunais têm poder de criar normas jurídicas gerais sob a forma de decisões com força de precedentes”, o que leva a “diferentes graus de realização do princípio da flexibilidade do Direito, que está na razão inversa do princípio da segurança jurídica”.⁷⁸

73 KELSEN, 1985, p. 268.

74 ZANDER, 2015, p. 1. Tradução livre, nossa. No original, consta: “Law-making is the business of Parliament and the judges.” A divisão é explorada em todo o livro. Especificamente, os capítulos 1 a 3 para o direito legislado; os capítulos 4 a 7 para o direito jurisprudencial; o capítulo 8 é dedicado a outras fontes do direito inglês, como o direito da União Europeia; enquanto o capítulo 9, o último, é dedicado ao processo de reforma do direito.

75 KELSEN, 1985, p. 268.

76 KELSEN, 1985, p. 269.

77 KELSEN, 1985, p. 271.

78 KELSEN, 1985, p. 271.

Para o jurista austríaco, a teorização do *common law* leva à dificuldade de saber se as normas aplicadas pelos tribunais são *direito* ou *fontes do direito*. Registra que essa é “expressão figurativa para designar todos os fatores que de fato influem a decisão judicial, tais como os juízos de valor ético-políticos, pareceres de técnicos e outros”.⁷⁹ Sem dizer clara e fundamentadamente qual teoria está criticando, aduz: “Erra, porque desconhece que fonte de Direito, isto é, a origem ou causa do Direito, aquilo de que o Direito nasce, aquilo que produz Direito, só pode ser o Direito, pois é o Direito que regula a sua própria produção”.⁸⁰ Colocando o direito legislado europeu continental de um lado e o direito jurisprudencial anglo-americano de outro, como opostos, afirma que “A verdade está no meio”, considerando a “decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica”.⁸¹

Chegados até aqui, é hora de trazer à baila algumas considerações do *common law* tecidas por juristas clássicos do próprio sistema jurídico, com os quais a teorização ficará mais clara.

3.3. BREVÍSSIMA INCURSÃO PELO COMMON LAW

William Blackstone apontou, já na década de 1750, as diferenças entre o direito inglês e o direito continental europeu, que persistem até hoje.⁸² Para os fins do presente estudo, basta-nos indicar a grande distinção nas fontes do direito. Enquanto na Europa Continental o Poder Legislativo é a fonte primeira, no direito inglês esta função é, em grande medida, exercida pelos juízes. Confira-se:

Como os costumes e as máximas são conhecidas, e por quem sua validade pode ser determinada? A resposta é: pelos juízes, nas diversas cortes de justiça. Eles são os depositários do direito, que precisam decidir em todos os casos duvidosos, e que são vinculados, por juramento, a decidir com base no direito da terra [devido processo legal, em linguagem atualizada].⁸³

Ainda na atualidade, o Parlamento inglês não se ocupa em laborar sobre todas as áreas; e, um dado muito relevante é que, nessas circunstâncias de lacunas na lei, por vezes os juízes entendem que os legisladores precisam atuar,

79 KELSEN, 1985, p. 272.

80 KELSEN, 1985, p. 272.

81 KELSEN, 1985, p. 272.

82 A distinção entre o sistema jurídico inglês, de *common law*, e o brasileiro, de *civil law*, foi exposta por BECHO, 2017, p. 510-519.

83 “How are these customs or maxims to be known, and by whom is their validity to be determined? The answer is, by the judges in the several courts of justice. They are the depositaries of the law, who must decide in all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the law of the land”. BLACKSTONE, 1959, p. 26.

enquanto outras vezes consideram que eles mesmos devem estabelecer as regras jurídicas.⁸⁴

O *common law*, por razões históricas, também foi aplicado – e ainda o é, como citado anteriormente – nos Estados Unidos da América do Norte. Conforme seus autores da maior nomeada, a fonte do direito está nos juízes. O emblemático caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte em 1803 (portanto, logo após a Constituição, que é de 1789), é prova eloquente do quanto aqui está sendo dito:

É enfaticamente a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é o direito. Aqueles que aplicam a regra aos casos concretos têm que, necessariamente, expor e interpretar aquela regra. Se duas leis conflitam entre si, os tribunais decidem por uma.⁸⁵

O objetivo de Marshall era dizer que, se uma lei conflita com a Constituição, o Judiciário tinha que decidir pela aplicação por essa, pois, do contrário, ela não seria a lei maior de uma nação. Nascia aí o Constitucionalismo moderno, baseado no controle judicial dos atos legislativos.

Após Marshall, o segundo grande nome do Poder Judiciário norte-americano foi Oliver Wendell Holmes Jr., que ensinou:

Quando nós estudamos o direito, nós não estamos estudando um mistério, mas uma profissão bem conhecida. Nós estamos estudando o que nós devemos esperar quando comparemos diante de juízes, ou aconselhamos pessoas de forma a mantê-las longe dos tribunais. [...] O objeto de nosso estudo, então, é predição, predição da incidência da força pública pela instrumentalidade dos tribunais.⁸⁶

Essa forma de raciocínio é fundamentalmente indutiva. Assim, os sistemas jurídicos que aplicam ou sofrem influência do *common law* levam

84 “[...] O direito jurisprudencial tem tido importante papel no desenvolvimento do direito. Em algumas instâncias, os casos têm sido utilizados conscientemente como estratégia para se atingir mudanças legais. Mas importantes proposições legais têm emergido de casos que começaram como simples disputas individuais. Em algumas delas, os juízes disseram que cabia ao Parlamento fazer a inovação; em outros casos, eles estavam preparados para fazer isso eles mesmos, alguns casos minimamente, em outros grandemente”. Tradução livre, nossa. No original, consta: “[...] Case law had played a significant role in developing the law in the area. In some instances the cases had been the result of a conscious strategic plan aimed at achieving change in that area of the law. But important propositions of law had also emerged from cases that began just as individual disputes. In some cases the judges had said that it was for Parliament to make a proposed change; in other cases they been prepared to take it on themselves, sometimes narrowly, sometimes broadly”. ZANDER, 2015, p. 1-2.

85 MARSHALL, 2010, p. 250. Tradução livre, nossa. No original consta: “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those how apply the rule to particular cases, must of necessity expound, and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each”.

86 HOLMES JR, 2009, p. 1. Tradução livre, nossa. No original consta: “When we study law we are not studying a mystery but a well-known profession. We are studying what we shall want in order to appear before judges, or to advise people in such a way as to keep them out of court. [...] The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts”.

seus estudiosos a estudar casos concretos, decisões judiciais, e, por inferência indutiva, indicam quais possam ser os julgamentos futuros. Todavia, o problema da indução, levantado por Hume, segue forte, levando os profissionais do direito a trabalharem com *possibilidades* de decisão, meras *expectativas*, e não com construções basicamente dedutivas. Em outras palavras, do ponto de vista do raciocínio jurídico, é bem distinto dizer que: (a) nos casos X e Y, o tribunal decidiu de forma Z; o caso atual é semelhante a X e Y; logo, esperamos a solução Z. E, (b) a lei diz que, em ocorrendo X, deve-ser Z; X ocorreu; logo, a decisão tem que ser Z.

Além da forma básica de raciocínio diferente, em termos gerais a fundamentação empírica do *civil law* e do *common law* é distinta. Aquele seguiu a linha kelseniana, em que a fonte, o objeto da observação, é o direito legislado, enquanto esse (o *common law*) tem como base empírica a decisão judicial. E elas não funcionam da mesma forma como nas decisões judiciais do *civil law*, já que não partem, comumente, de uma regra jurídica previamente legislada. Daí uma máxima tem sido repetida há mais de um século: “[...] A vida do direito não tem sido a lógica: tem sido a experiência”.⁸⁷ Não é uma lição que a doutrina nacional tributária costuma ofertar, como será visto no próximo item.

4. REFLEXOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Os desafios de uma teoria geral das ciências, ou melhor, da Filosofia da Ciência, como visto, não são de pequena monta. Entretanto, conforme indicado no início deste estudo, são fortes as referências à ciência do direito entre os doutrinadores do Direito Tributário.⁸⁸ E tais posicionamentos adotaram as premissas juspositivistas kelsenianas. Assim, Alfredo Augusto Becker, em instigante obra, cuja primeira edição é da década de 1960, expos sua “crítica aos críticos da teoria normativa do direito (Kelsen)”, laborando as regras tributárias sob o matiz dado pelo Mestre de Viena.⁸⁹

No campo da teoria geral, Lourival Vilanova foi até mesmo além, aplicando ferramentas da Lógica ao direito, considerado como tal o direito teorizado por Kelsen.⁹⁰ Aconteceu que Geraldo Ataliba, um dos principais tributaristas brasileiros, encontrou em Vilanova uma referência, tanto que é de Ataliba o prefácio do livro mais importante do teórico geral.⁹¹ Seguiu Ataliba Paulo de Barros Carvalho,⁹² que procurou, com fôlego ímpar,⁹³ desenvolver a

87 HOLMES JR, 2009, p. 31.

88 Vide, supra, nota de rodapé n. 1.

89 BECKER, 1998, p. 60-62.

90 VILANOVA, 2005, passim.

91 ATALIBA, 2005, p. 19-25.

92 CARVALHO, 2005, p. 15-18.

93 Vide CARVALHO, 2008, passim.

lógica jurídica, que somente é possível sob a fundamentação positivista. Também para ilustrar o juspositivismo teórico em Direito Tributário, Geraldo Ataliba, em seu mais importante livro, explica a subsunção, como sendo “o fenômeno de um fato configurar rigorosamente a previsão hipotética da lei. Diz-se que um fato se subsume à hipótese legal quando corresponde completa e rigorosamente à descrição que dele faz a lei”.⁹⁴

Humberto Ávila, por outro giro, propõe um afastamento dessa linha. Em suas palavras, “A concepção de que o discurso científico deve ser meramente descritivo foi forjada com base no paradigma científico empirista desenvolvido pelo chamado ‘Círculo de Viena’”, que foi o ambiente intelectual onde a teoria pura do direito de Hans Kelsen, como dito acima, floresceu. Ali, como visto, “o discurso, para ser elevado à categoria de Ciência, deveria limitar-se à descrição, com objetividade e exatidão, do positivo, do dado, do apreensível, com exclusão de qualquer tipo de consideração metafísica”.⁹⁵ E prossegue:

[...] para esse específico paradigma empirista, a função da Ciência do Direito seria descrever o conteúdo do Direito, sem interferir no seu desenvolvimento. Esse conteúdo, de acordo com o referido paradigma, seria objetivo, pré-constituído e suscetível de conhecimento científico pelo cientista, a quem caberia descrevê-lo ou declará-lo.⁹⁶

Em substituição a esse paradigma, Ávila pretende que seja papel da ciência do direito também *adscrever e criar significados*. Assim, a “função [da ciência do direito] não é fundamentalmente descritiva, mas adscritiva e criativa, embora sempre limitada e suscetível de controle intersubjetivo”,⁹⁷ com o que propõe um “estruturalismo argumentativo”, alcançável pela composição de alguns métodos interpretativos.

Não é de se surpreender, pois, que parte da doutrina chegue a indicar as dificuldades de se referir à *ciência do direito*, preferindo em seu lugar a *dogmática jurídica*.⁹⁸

Contudo, mudanças constitucionais e legais ampliaram a relevância da jurisprudência entre nós. Referimo-nos especificamente às súmulas vinculantes (Constituição Federal, art. 103-A) e ao respeito aos precedentes judiciais (Código de Processo Civil, art. 489, § 1º). Assim, considerando a grande quantidade de ações judiciais em matéria tributária,⁹⁹ a dogmática jurídica tributária se vê diante de elementos do *common law* e novas perspectivas empíricas.

94 ATALIBA, 1996, p. 63.

95 ÁVILA, 2013, p. 182.

96 ÁVILA, 2013, p. 183.

97 ÁVILA, 2013, p. 183.

98 Veja-se, por exemplo, LEÃO, 2020, p. 361-363.

99 Vide nota de rodapé n. 4, supra.

CONCLUSÃO

O presente estudo destinou-se a refletir sobre o caráter científico apresentado pela doutrina do Direito Tributário nacional atual. Usando a voz *ciência*, estimula-se a expectativa por segurança jurídica, por previsibilidade nas decisões administrativas e judiciais nessa matéria. Contudo, essa expectativa não tem sido alcançada a contento; pelo contrário, a comunidade é surpreendida por decisões que conflitam com as regras previamente positivadas. Nesse contexto, identificou-se um paradoxo: apresentar uma ciência jurídica, que leva o intérprete a ter expectativas de conteúdo (das normas jurídicas, por exemplo), ainda que no campo do *dever-ser*, e de resultado, ainda que considerado território do *ser*. Usando um rótulo de Kelsen, nosso sistema tributário, a partir das decisões administrativas e judiciais, oferece mais flexibilidade do que segurança jurídica.

Diante desse paradoxo (ser científico, mas não oferecer confiança, previsibilidade), o presente estudo buscou apresentar novos elementos para aprofundar o debate, lançando mão de temas da Filosofia da Ciência para melhorar a compreensão do ensino e das expectativas criadas pelo Direito Tributário. No mencionado ramo da filosofia, explorou-se o que seja *ciência*, tanto por aspectos históricos (revolução científica) quanto metodológicos (raciocínio científico e divisões da ciência). Ficou patente que, no final do século XIX, o desejo de estabelecer bases científicas que superassem as ideias pré-concebidas das Idades Média e Moderna influenciaram a comunidade, inclusive a jurídica. Buscava-se, pela via científica, superar os dogmas e as ignorâncias do passado. A comprovação passou a ser fundamental, sendo que, filosoficamente, duas vertentes passaram a ser bem definidas: uma é de base racional, melhor aceita na Europa Continental; o outro de base empírica, mais ao gosto dos britânicos.

Analisando decisões judiciais atuais, como da Suprema Corte dos EUA, que usam como referência textos normativos e obras doutrinárias dos séculos XIII e XVIII, é discutível que o direito tenha experimentado os avanços a revolução científica, o que levanta dúvidas relacionadas à ciência do direito.

A linha filosófica que mais se desenvolveu foi o positivismo jurídico, tendo em Hans Kelsen seu grande teórico, a sua obra *Teoria pura do direito* a maior referência. Seguindo o modelo do *civil law*, o direito europeu continental romano-germânico, essa corrente fixou as bases científicas no direito legislado, na norma jurídica que tem as regras legais como comprovação empírica. Fortalecendo a distinção entre *dever-se* e *ser*, os dados empíricos para o positivismo são apenas as normas; por isso, afirmamos que é uma linha mais racional.

Quanto às decisões judiciais (e também as administrativas em processos desse jaez), Kelsen as posicionou no ambiente da sociologia jurídica, onde as comprovações são da ordem do *ser*. Eugen Ehrlich sustentou que somente a

sociologia do direito poderia ser propriamente chamada de científica, recebendo importante crítica de Kelsen. Por outro lado, o direito de origem anglo-saxã, o *common law*, tem nas decisões judiciais sua maior fonte. Considerando a relevância das decisões judiciais para os povos de origem britânica, seus estudos, na divisão de Kelsen, são mais de sociologia jurídica do que de ciência do direito, ou melhor, de ciência dogmática do direito. Assim, fica claro que a distinção entre *ser* e *dever-ser* não é de unânime aceitação e de universal relevância. Com isso, afirmamos que o que pode ser considerado como científico nos países que adotam o *civil law* não é o mesmo que se considera científico para os estudiosos do *common law*. Acreditamos que esse dado fragiliza ainda mais o caráter de *ciência* para o estudo do direito.

A ampliação dos estudos científicos das fontes do direito, para abarcar a jurisprudência, é dizer, a linha realista do direito, labora sobre dados empíricos mais ricos e abrangentes, permitindo o uso de ferramentas mais modernas no âmbito da teoria geral do direito, como as estatísticas, por exemplo. Elas fazem pouco sentido para os racionalistas e para os positivistas.

A segurança jurídica é um desejo que só pode ser explicado pela psicologia; é uma expectativa que só pode ser estudada pela sociologia. À dogmática jurídica só resta afiançar: ‘trabalhamos com o dever-ser, vemos a segurança jurídica no conjunto das normas’. O ser, ou seja, a insegurança jurídica, não faz parte da realidade positivista, de seu campo de estudo, de seu interesse ou atenção. Quem almeja segurança jurídica deve procurar outra ciência que não o positivismo jurídico. A sociologia jurídica desponta como uma opção a ser considerada.

Para finalizar, o que se propõe é uma aproximação com o universo de dados empíricos disponíveis para além do estudo da regra jurídica baseada na legislação. Superando-se a dicotomia entre ciência do direito e sociologia jurídica, haverá ganho cognoscitivo, pois o conjunto de dados a serem explorados será muito maior. Tal ampliação, registre-se, já é explorada pelas decisões judiciais, já que os juízes precisam, na atualidade, justificá-las também como base nos precedentes, conforme comando contido no Código de Processo Civil (art. 489, § 1º). É chegada a hora de a doutrina do Direito Tributário se abrir para a jurisprudência e passar a usar as decisões judiciais como fonte do direito, reescrevendo sua ciência. Se a distinção entre *dever-ser* e *ser* fica fragilizada, o conhecimento da realidade passará a ser maior, com ganhos para toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos [por] Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ATALIBA, Geraldo. “Prefácio”. In VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005, pp. 19-25.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed, 5. tir. São Paulo: Malheiros, 1996.

ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

BECHO, Renato Lopes. A aplicação dos precedentes judiciais como caminho para a redução dos processos tributários. In *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 71, pp. 499-530, 2017.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BLACKSTONE, William. *The study, nature, and extent of the law*. In Ehrlich's Blackstone. San Carlos, California [EUA]: Nourse, 1959.

BORGES, José Souto Maior. *Isenções tributárias*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. “Justiça em Números: sumário executivo 2022”. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/sumario-executivo-jn-v3-2022-2022-09-15.pdf>.

BUNGE, Mario. *La ciencia. Su método y sua filosofía*. 2. ed. Buenos Aires: Debosillo, 2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

CARVALHO, Paulo de Barros. “Apresentação”. In VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005, pp.15-18.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 12. ed. Rio: Forense, 2012.

CURD, Martin, COVER, J. A., PINCOCK, Christopher (org.). *Philosophy of science: the central issues*. 2. ed. New York: W. W. Norton, 2013.

CURD, Martin, COVER, J. A., PINCOCK, Christopher. “Commentary”. In CURD, Martin,

COVER, J. A., PINCOCK, Christopher. *Philosophy of science: the central issues*. 2. ed. New York: W. W. Norton, 2013, p. 64-67.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar. São Paulo, Noesis, 2009.

EHRlich, Eugen. *Fundamental Principles of the Sociology of Law* Tradução de Walter L. Moll. Introdução de Roscoe Pound; nova introdução de Klaus A. Ziegert. New York: Routledge, 2017.

ELIAS, Norberto. *The civilizing process: sociogenetic and psychogenetic investigations*. Traduzido por Edmund Jephcott com algumas notas e correções pelo próprio autor. Edição revisada. Malden, MA (EUA) e Oxford (UK): Blackwell, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “Por que ler Kelsen, hoje”, prólogo de *Para entender Kelsen*, de COELHO, Fábio Ulhoa. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. A ciência do direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GREEN, Rod. *Magna Carta and all that: a guide to the Magna Carta and life in England in 1215*. London: André Deutsch, 2015.

HOLMES JR, Oliver Wendell. *The path of the law and the Common Law*. New York: Kaplan, 2009.

HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unesp, 1998.

HUXLEY, T. H. *The advance of science in the last half-century*. New York: D. Appleton, 1889 (ebook do Projeto Gutenberg).

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

_____. “Uma fundamentação para a sociologia do direito”. *Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, 2019, p. 775-816.

KONZEN, Lucas P.; BORDINI, Henrique S. “Sociologia do direito contra dogmática: revisitando o debate Ehrlich-Kelsen”. *Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, 2019, p. 303-334.

JUDGE, Igor, ARLIDGE, Anthony. *Magna Carta uncovered*. Oxford e Portland, Oregon (the US): Hart, 2014.

LAUDAN, Larry. “Commentary: science at the bar – causes for concern”, p. 47-51. In *Philosophy of science: the central issues*. CURD, Martin, COVER, J. A., PINCOCK, Christopher (org.). 2. ed. New York: W. W. Norton, 2013.

LAW, Stephen. *Filosofia*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Revisão técnica Danilo Marcondes. 2 ed. Rio: Zahar, 2009.

LEÃO, Martha Toribio. O objeto da dogmática jurídica: o que fazem os estudiosos do direito? In *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 76, pp. 359-372, 2020.

MARSHALL, John. “Opinion in Marbury v. Madison”. In *Writings*. New York: Literary Classics of the United States, 2010.

OKASHA, Samir. *Philosophy of science: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

RUSE, Michael. “Creation-Science is not science”, p. 37-46. In *Philosophy of science: the central issues*. CURD, Martin, COVER, J. A., PINCOCK, Christopher (org.). 2. ed. New York: W. W. Norton, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. DOBBS, STATE HEALTH OFFICER OF THE MISSISSIPI DEPARTMENT OF HEALTH, et al. v. JACKSON WOMEN’S HEALTH ORGANIZATION et al. *Justice* ALITO, relator, por maioria. Disponível em https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf. Acesso em 30/11/2022.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.

ZANDER, Michael. *The law-making process*. 7. ed. Oxford (Inglaterra) e Portland (Oregon, EUA): Bloomsbury, 2015.

Recebido em: 03/02/2023

Aprovado em: 04/10/2023