

EPISTEMOLOGIA FALIBILISTA E TEORIA DO DIREITO

Hugo de Brito Machado Segundo[†]

Resumo: O raciocínio falibilista é o que melhor administra os riscos relativos ao erro, correspondendo, também, à forma como o cérebro do homem e de outros animais se relaciona com a realidade à sua volta. No âmbito do estudo do Direito, ele não apenas recomenda aversão ao dogmatismo e receptividade às críticas, por parte do estudioso que elabora teorias em torno do fenômeno jurídico, mas também a aplicação na interpretação de textos normativos, em relação aos quais novas impressões referentes a outros textos ou à realidade a eles subjacente podem alterar conclusões iniciais a respeito de seu significado, processo no qual é muito importante considerar elementos extratextuais. É pertinente, também, na investigação em torno da ocorrência do suporte fático das normas jurídicas e nas discussões em torno dos valores, seja dos subjacentes às normas positivas, seja daqueles envolvidos em uma crítica a estas, ou à forma como são aplicadas pelos Tribunais.

Palavras-chave: falibilismo, giro-linguístico, epistemologia jurídica, ciência do direito.

Abstract: The defeasibility is the way of reasoning that best manages the risks relating to the error, corresponding also to the way the brain of man and other animals relates to the reality

[†] Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Membro do ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários. Professor de Processo Tributário (graduação) e de Epistemologia Jurídica (Pós-Graduação) na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, de cujo Programa de Pós-Graduação (Mestrado/Doutorado) é Coordenador. *Visiting Scholar* da *Wirtschaftsuniversität*, Viena, Áustria.

around it. Within the study of law, this way of reasoning not only recommends aversion to dogmatism and responsiveness to criticism, by the scholar who elaborates theories about law, but is also applicable in the interpretation of legal texts, for which new impressions regarding other texts or the underlying reality can change initial conclusions about its meaning, in which case it is very important to consider extra textual elements. It is also pertinent in the investigation surrounding the occurrence of the facts and in discussions about values, whether those which underlie positive law, either those that allow a critique view of the law.

Keywords: fallibilism, linguistic turn, legal epistemology, jurisprudence.

INTRODUÇÃO



Epistemologia, ou a Teoria do Conhecimento¹, pode dar contribuições bastante úteis ao estudo do Direito. Não apenas na compreensão da Ciência do Direito e na definição do papel do pesquisador que dela se ocupa, mas também, de forma mais ampla, no estudo da cognição humana, que permite desdobramentos tanto no campo hermenêutico, na atribuição de sentido aos textos normativos, como no plano probatório, na investigação a respeito da ocorrência dos fatos necessários à incidência das normas, e ainda no âmbito axiológico, no trato dos valores

¹ Pode-se tratar *epistemologia* e *teoria do conhecimento* como sinônimas. Mas também se pode ver na expressão *teoria do conhecimento* um gênero, que se dividiria em duas espécies, a Epistemologia, dedicada ao conhecimento científico, e a Gnoseologia, voltada ao conhecimento filosófico. Fala-se, ainda para designar o mesmo ramo do saber, em Filosofia da Ciência. Há, em verdade, diversas abordagens do mesmo fenômeno, feitas pela filosofia, pela biologia, pela psicologia e pela neurologia, não sendo produtivo dedicar grande esforço à demarcação de fronteiras claras, até porque a realidade não as tem, pelo que elas não devem ser vistas como dogmas intransponíveis.

subjacentes às normas. É importante, portanto, que esse tipo de estudo esteja presente nas investigações acadêmicas e nos currículos das universidades, notadamente de seus programas de pós-graduação².

Registre-se, a esse respeito, que, no âmbito do Direito Tributário, a preocupação com a sua “cientificidade” tem inspirado a atuação de seus mais destacados expoentes. Talvez por isso se tenham desenvolvido, com alguma ênfase nesse ramo da ciência jurídica, estudos em torno da Epistemologia, do papel da ciência e do cientista do direito, de seu objeto etc³. Daí não decorre, naturalmente, que o estudo da Epistemologia só se justifique em matéria tributária, ou mesmo que exista, nessa área, qualquer aspecto digno de nota que torne a preocupação com o tema mais importante ou mesmo diferente. A discussão, de rigor, é pertinente à ciência jurídica como um todo. Mas, como foi nesse campo que algumas importantes questões de epistemologia jurídica foram suscitadas, serão autores que dele se ocupam eventualmente tomados como referência para uma breve contribuição ao seu enfrentamento.

² Frans de Waal lamenta o fato de que estudantes de Direito, Economia e Ciência Política geralmente desprezam o vasto conhecimento sobre o comportamento humano acumulado nos últimos anos por outras áreas do saber como a antropologia, a psicologia e a neurociência, e que lhes seriam muitíssimo úteis. Em alguns casos, ainda se trabalham com noções dessas áreas com décadas ou mesmo séculos de defasagem. Cf. WAAL, Frans de. *The age of empathy. Nature's lessons for a kinder society*. New York: Harmony Books, 2009, p. 16. Em demonstração da riqueza dessa interação, Daniel Kahneman, *psicólogo*, ganhou o Prêmio Nobel de Economia em 2002 por suas pesquisas sobre as escolhas humanas, as quais nem sempre se pautam por critérios racionais. Cf. KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011, *passim*.

³ Cf., v.g., ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 41. ÁVILA, Humberto Bergmann. Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual* n. 29. São Paulo: Dialética, 2013. p. 181-204.; BECKER, Alfredo Augusto, *Teoria Geral do Direito Tributário*, 3.^a ed., São Paulo, Lejus, 1998, p. 53; CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2009, *passim*.; _____. Breves considerações sobre a função descritiva da Ciência do Direito Tributário. *Consultor jurídico* de 1 de outubro de 2013. www.conjur.com.br.

É o que se pretende com este trabalho, que, diga-se desde logo, não tem grandes ambições. Não se almeja, aqui, sequer fazer uma abordagem abrangente e com a profundidade merecida dos desdobramentos da Epistemologia no Direito apontados no parágrafo anterior, mas apenas enunciá-los, provocando a discussão a seu respeito. É fruto de despreziosas notas feitas, primeiro em um *moleskine*, depois melhor organizadas no computador, que foram consideradas merecedoras da crítica intersubjetiva e que por isso vão aqui publicadas. Tem, por certo, defeitos. Prometo corrigi-los, quando deles tiver conhecimento. Por enquanto, incorre-se aqui, como em tantos outros trabalhos, no paradoxo do prefácio, ao qual o leitor será apresentado se prosseguir em sua leitura. Para os que desejarem auxiliar na procura por essa parcela desconhecida – mas que paradoxalmente se sabe existir – que são os erros, encoraja-se a que o façam da forma que quiserem, seja com a publicação de texto que os aponte, o que não será motivo para aborrecimento ou contrariedade, seja com o envio de mensagem, eletrônica ou não. O que importa é que se siga meditando a respeito de tão relevantes questões, e se este texto para isso contribuir, escrevê-lo já terá valido muito a pena.

1. A IMPORTÂNCIA DA CRÍTICA

De início, é prudente recordar algumas noções que, embora elementares, nem sempre são lembradas pelos que fazem a comunidade científica, todas relacionadas à precariedade do acesso do ser humano à realidade, e, como consequência disso, à falibilidade das afirmações feitas em torno dessa realidade.

O acesso do sujeito cognoscente à realidade é sempre a apenas *parte* dela, que em sua totalidade é bem maior e mais complexa do que capacidade de compreensão humana. Por isso, é natural que suas impressões sejam imperfeitas e provisórias, passíveis de aperfeiçoamentos decorrentes de novos exa-

mes e novas análises daquela mesma realidade. Esses novos exames e análises podem ser feitos por ele próprio, ou por outros sujeitos, que com ele integram a comunidade dos que se ocupam do estudo daquela realidade. É despidendo ressaltar, nesse contexto, a importância da abertura das teorias e o caráter extremamente saudável da crítica⁴.

Alguém que estuda as ideias de outra pessoa e com elas manifesta discordância não poderia dar maior manifestação de respeito acadêmico⁵. Mostra que procurou conhecer as ideias do outro, e refletir sobre elas. Mas não só: revela que tais ideias *precisam* ser criticadas, seja porque quem as defende tem autoridade bastante para fazer com que prevaleçam de maneira não suficientemente refletida pelos demais, seja porque parecem realmente corretas. É preciso respeitar o interlocutor para ter o desejo de tirar-lhe do que se considera ser um erro⁶. Não que, por isso, toda crítica deva ser acatada. Evidentemente que não. Mas ela deve ser bem vinda, pois, na pior das hipóteses, servirá para confirmar – por não ter conseguido falsear – a ideia até então tida como verdadeira; como aquela contestação na qual o réu, sem o querer, termina por reforçar, no julgador, a certeza de que o autor da demanda é quem tem razão.

Tais aspectos, insista-se, não deveriam precisar ser aqui lembrados. Mas é necessário que o sejam, notadamente no âmbito jurídico, e jurídico tributário, no qual a crítica ou a discordância por vezes é tomada como uma declaração de guerra e motivo para eterna inimizade. Paradoxal que pessoas que pre-

⁴ Cf. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica?* Rio de Janeiro: Forense, 2008, *passim*.

⁵ Ainda que a linguagem utilizada, por falta de consciência acadêmica e às vezes mesmo de educação, pareça sugerir o contrário. Quando se diz, em um texto acadêmico, que um autor não compreende de um assunto, que suas ideias são absurdas e que nem precisariam ser criticadas, faz-se, em verdade, como o homem que escreve e grava uma música para dizer à sua ex-mulher que ela nada significa para ele.

⁶ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 18.

tendem fazer *ciência* – e o repetem a todo instante em seus textos – ajam assim. Mas, se serve de consolo, pelo menos se sabe que essa característica não é exclusiva dos que estudam o Direito, ligando-se, talvez, à forma como o cérebro trata suas crenças em geral⁷, que faz com que críticas nem sempre sejam bem digeridas. São raros os que, como Lakatos e Feyerabend⁸, divergem frontalmente no plano das ideias, mas chegam a ser amigos no âmbito pessoal. Talvez por isso Kuhn se reporte ao progresso da ciência, no plano ôntico, como ocorrendo não paulatinamente, mas aos saltos, por meio de revoluções motivadas por quebras de paradigma⁹, e Bachelard refira-se ao caráter conservador do pesquisador na maturidade, mais preocupado em manter a todo custo suas ideias do que em eventualmente rediscuti-las¹⁰.

De uma forma ou de outra, isso tudo é para registrar que eventuais divergências entre as impressões aqui lançadas e o pensamento deste ou daquele autor não significam falta de respeito, mas precisamente o contrário. Também não se alimenta a pretensão de que estas ideias que ora se escrevem sejam imunes à crítica, sendo certo que são tão falíveis quanto quaisquer outras. Apenas parecem a quem as escreve, até agora, e em uma presunção que naturalmente é relativa, melhores, pelas

⁷ SHERMER, Michael. *Cérebro e crença*. Tradução de Eliana Rocha. São Paulo: JSN, 2012, *passim*.

⁸ Veja-se, a propósito, o relato feito pelo próprio Feyerabend no prefácio de “Contra o Método”, livro escrito por provocação de Imre Lakatos, de quem discordava diametralmente em muitos pontos. Lakatos pediu a Feyerabend que publicasse seus “pensamentos estranhos”, para que os pudesse rebater também por escrito, e, com isso, ambos poderiam “se divertir bastante”. Cf. FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. 2.ed. Tradução de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: Unesp, 2011, p. 7 a 9.

⁹ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2005, *passim*.

¹⁰ BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico*. Contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 19. Embora nem sempre seja assim, alguma frequência na verificação desse fato há de existir, tanto que levou à constatação de Kuhn e Bachelard. A História da Ciência é rica em exemplos.

razões que adiante serão apresentadas, e que todos que com elas não estejam de acordo são livres para refutar.

2. COGNIÇÃO, REALIDADE E LINGUAGEM

Em um sentido muito amplo, a *cognição* é inerente a qualquer sistema. Para que haja interação das partes que o integram, e do todo por elas formado com o meio circundante, é preciso que existam e se conheçam *informações* sobre como, e diante de quais estímulos, proceder. Nesse sentido muito amplo, não se trata de algo sequer próprio aos seres vivos, podendo-se dizer que uma impressora “sabe” quando fica com pouca tinta em seus cartuchos e avisa ao computador, para que este alerte o usuário com uma mensagem na tela.

Entre os seres vivos, essa cognição é essencial à sobrevivência. Além das informações sobre como organizar-se internamente e se reproduzir, o ser precisa, para manter-se vivo, conhecer o ambiente no qual se insere. Para fugir do calor extremo, por exemplo, que desnaturaria as moléculas das quais é composto e o destruiria, o organismo vivo precisa *conhecer* a temperatura do meio que o cerca, embora essa cognição, tal como ocorre com a impressora no exemplo referido no parágrafo anterior, não se confunda ainda com a existência de *consciência*.¹¹

Nesse nível mais elementar, realmente, a base para esse “conhecimento” é o código genético dos seres vivos¹². É no DNA que residem as informações sobre como deve a célula se organizar, alimentar, reproduzir etc. Também é nele que estão armazenadas as instruções sobre como construir ou fabricar as estruturas destinadas à interação com o exterior e sobre como

¹¹ DAWKINS, Richard. *O maior espetáculo da terra: as evidências da evolução*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 50 e ss.

¹² AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 41-47.

agir diante dos estímulos obtidos. Não que tenham sido conscientemente gravadas por alguém ali¹³: no processo de seleção natural, a hostilidade do meio e a escassez de recursos faz com que somente sobrevivam aqueles dotados das estruturas mais aptas a tanto. Daí o aparecimento, e o aprimoramento, em virtude de muitos milhões de anos de seleção, de estruturas como sistemas neurológicos e órgãos dos sentidos, os quais não são perfeitos, mas apenas adequados o suficiente para a sobrevivência do animal que os possui¹⁴.

Mesmo entre os seres portadores de um sistema neurológico mais sofisticado, há comportamentos não conscientes, naturalmente selecionados porque úteis à sobrevivência de an-

¹³ Cf., DAWKINS, Richard. *The blind watchmaker*. New York: W.W. Norton & Company, 1986, *passim*.

¹⁴ Como sempre ocorre quando da escassez de recursos diante de uma infinidade de finalidades a serem atendidas, há um *trade off* em face do qual custos são suportados somente na medida em que forem estritamente necessários ao retorno desejado. Na biologia, tal como na economia, a relação custo-benefício está sempre presente. Uma bela cauda, por exemplo, atrai fêmeas para o pavão macho, mas também consome recursos de seu organismo, que poderiam ser empregados em funções mais vitais, além de prejudicar-lhe a locomoção e deixá-lo mais visível a possíveis predadores. Ela será grande e colorida, portanto, apenas *o suficiente* para atrair uma quantidade de fêmeas que torne a perpetuação daquele indivíduo possível. Atingida de forma satisfatória a finalidade, não há porque empregar ainda mais recursos, que são escassos, naquele meio (a cauda), já que existem muitos outros a serem igualmente atendidos (patas potentes para uma rápida locomoção, sistema imunológico eficaz no combate a doenças etc.). Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são ideias trabalhadas há milhões de anos pelo processo biológico de seleção natural, sendo pertinentes sempre que existam vários fins a serem perseguidos, e meios insuficientes à satisfação integral de todos eles. Precisamente por isso, os órgãos dos sentidos não fornecem ao ser que os possui uma impressão *perfeita* do mundo que o cerca. Além das limitações decorrentes da localização em que o indivíduo se encontra, e das dificuldades inerente à interpretação das informações obtidas por tais órgãos, essa impressão perfeita, ainda que possível fosse em tese, exigiria recursos demasiados, que fariam falta para outros fins igualmente necessários à sobrevivência do organismo. Daí por que os sentidos nos dão apenas uma impressão correta o suficiente (para a sobrevivência e a reprodução) a respeito do ambiente que nos cerca. Confira-se, a propósito: NICOLELIS, Miguel. *Muito além do nosso eu*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 452 e ss; PINKER, Steven. *Como a mente funciona*. 3.ed. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 167.

tepassados daquele indivíduo¹⁵. É o caso do pavor que pequenos roedores têm diante de uma serpente, mesmo quando criados em laboratório sem nunca terem entrado em contato com uma antes¹⁶. É o que, de forma um tanto imprecisa, se conhece sob o rótulo de instinto.

É preciso lembrar, porém, que o processo de seleção natural, e a competição que envolve em relação aos seres vivos, não consiste em um jogo de “soma zero”, assim entendido aquele no qual, se um jogador ganha pontos, o outro necessariamente deve perde-los na mesma quantidade. Não há uma competição absoluta de todos contra todos, ambiente no qual o indivíduo de comportamento mais egoísta seguramente prosperaria em detrimento daqueles com tendências altruístas, que pereceriam. Em verdade, na luta pela sobrevivência tem-se jogo de soma “não zero”, em que a cooperação dos envolvidos pode levar à melhoria na situação de todos eles¹⁷. Isso faz com que comportamentos cooperativos e altruístas sejam, também, naturalmente selecionados, não apenas no que tange a organismos com carga genética semelhante, pela razão óbvia de propiciarem, de algum modo, a sobrevivência dos genes de quem os adota (*kin selection*), mas até entre organismos que não são parentes, não têm a mesma carga genética e sequer integram a mesma espécie¹⁸. Faz, por igual, com que surjam grupos unidos por laços de solidariedade, os quais garantem

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. *O Problema Fundamental do Conhecimento*. Porto Alegre: O Globo, 1937, p. 19.

¹⁶ Não se pode dizer que se trata simplesmente do medo diante de objetos desconhecidos, pois igual pavor não é evidenciado diante de outros objetos igualmente desconhecidos, como uma luva ou uma bola de golfe. Apenas ao cabo de milhares de anos de isolamento de uma espécie de um predador natural seu esse pavor inato ou instintivo pode eventualmente desaparecer. Veja-se, a esse respeito, GAZZANIGA, Michael S. *Who's in charge? Free will and the Science of the brain*. New York: Harper Collins, 2011, p. 51.

¹⁷ AXELROD, Robert. *A evolução da cooperação*. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo, 2010, *passim*.

¹⁸ PINKER, Steven. *Como a mente funciona*. 3.ed. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 423 e ss.

com maior eficiência a sobrevivência dos que o integram.

Grupos de indivíduos que cooperam entre si têm mais chances de sobreviver que indivíduos isolados, ou, pior, do que grupos de organismos que se sabotam e se destroem¹⁹. Mas, dentro de um grupo, pode haver um indivíduo que se beneficia da cooperação dos outros, nas trocas que com eles realiza, mas não colabora com ninguém. Daí a necessidade, que levou à seleção natural dos mecanismos aptos a tanto, de que os indivíduos identifiquem aqueles que cooperam e *lembrem* daqueles que não cooperam, para puni-los de alguma forma, ou pelo menos para não interagir mais com eles. Consciência, memória e linguagem podem ter assim explicada a sua origem. Aliás, não só consciência e memória, mas os próprios sentimentos morais²⁰.

Incremento ainda maior na aptidão cognitiva, também naturalmente selecionada, permitiu a alguns mamíferos, e em amplitude bem maior aos humanos, saber que existe o outro, que este outro também é um ser consciente, e, especialmente no caso dos humanos, saber, ou imaginar, o que este outro provavelmente está pensando, ou sentindo. Em mamíferos superiores, e de forma muito mais avançada no ser humano, existem *neurônios espelho*, os quais permitem ao seu portador saber a sensação experimentada por outro indivíduo, apenas por conhecer a situação em que ele se encontra²¹. É por causa de tais neurônios espelho que a imagem de alguém tendo o braço espetado com uma agulha transmite a quem a visualiza imediatamente a noção da sensação correspondente, levando algumas pessoas até mesmo a inconscientemente encolher o próprio

¹⁹ AXELROD, Robert. *A evolução da cooperação*. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo, 2010, p. 19.

²⁰ DAMÁSIO, António R. *O erro de descartes*. Emoção, Razão e Cérebro Humano. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 153; WAAL, Frans de. *Good Natured: The Origins of Right and Wrong in Humans and Other Animals*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, *passim*.

²¹ BERGEN, Benjamin K. *Louder than words: the new science of how the mind makes meaning*. New York: Basic Books, 2012, p. 71.

braço²².

Essa característica foi naturalmente selecionada em mamíferos superiores, dando-lhes a capacidade de *empatia*, de *cooperação* e, no caso do ser humano, no qual ela é mais desenvolvida, da criação de realidades institucionais²³. Quando um indivíduo consegue ver o outro como um igual, imaginando o que este pensa ou sente, torna-se possível convencionar, de modo intersubjetivamente acordado, a atribuição de certos sentidos a determinados objetos. Daí o surgimento da linguagem, das regras jurídicas e de diversas outras instituições tipicamente humanas, como o dinheiro.

No que tange à cognição, o ser humano, de forma mais avançada ainda que outros animais, tem a capacidade não apenas de conhecer, mas de ter consciência disso (sabe que sabe)²⁴, e mais: de ter consciência de que os outros também sabem, e sabem que ele sabe. Como dito, é isso – a “leitura” das outras mentes, entendidas como tal por quem as lê, vale dizer, como “outras mentes” – que permite a criação de realidades institucionais, as quais tornam as instituições humanas (a linguagem e o direito, por exemplo) muito mais sofisticadas que a de outros animais, que as têm, no máximo, em formas rudimentares²⁵. Faz-se possível, ainda, falar *sobre* o conhecimento e, nessa condição, aplicar o processo seletivo de tentativa e erro às ideias.

²² Isso explica uma série de fatores do comportamento humano, e de alguns animais, como a sensação desagradável que nos invade quando assistimos a um vídeo em que alguém é ferido ou mutilado, ou a sensação agradável experimentada quando se está ao lado de alguém feliz e de bom humor. Confira-se, a propósito: RAMACHANDRAN, V. S. *The tell tale brain: a neuroscientist's quest for what makes us human*. New York: WW Norton & Company, 2011, *passim*.

²³ SEARLE, John. *Libertad y neurobiología*. Tradução de Miguel Candel. Barcelona: Paidós, 2005, p. 103.

²⁴ Essa é a razão pela qual a espécie humana é conhecida como *homo sapiens sapiens*, sendo a consciência de si enquanto sujeito cognoscente a base da formação do “eu” e da própria racionalidade humana.

²⁵ ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 4.

Com efeito, uma teoria é uma tentativa de resposta a um problema colocado ao teórico. Do mesmo modo que uma estrutura biológica (v.g., um membro ou um órgão) é uma resposta a um problema colocado aos antepassados daquele indivíduo²⁶. Só que, no plano biológico, a evolução se dá com a morte dos indivíduos menos aptos, e com a sobrevivência, e consequente reprodução, do mais apto, que assim gera descendência igualmente mais apta, que têm em seu DNA registrada aquela mesma resposta ao problema. A mente humana, porém, permite aplicar o processo seletivo às ideias, e o insucesso de uma na solução de um problema, e a melhor aptidão de outra, não precisam levar ao pensador que a criou à morte para que a ideia seja abandonada. O mecanismo de tentativa e erro pode ser então aplicado não aos indivíduos que corporificam propostas de resolver um problema posto à sobrevivência da espécie, mas às ideias²⁷, que inclusive passam a interagir umas com as outras, gerando outras melhores, tal como se dá na troca genética havida com a reprodução sexuada²⁸. Verificado o equívoco de uma ideia, seu autor pode substituí-la por outra, em um proces-

²⁶ Cf. POPPER, Karl. *O Mito do Contexto*. Em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009, p. p. 108. E, bem antes de Popper, Pontes de Miranda já advertia que o instinto “já nos aparece *feito*, fixado, rígido. Ligado a interesses graves da espécie, nunca é fútil, - sempre é útil, preciso, por bem dizer sonambúlico, quanto ao seu objetivo. O ‘animal’ a que serve o adquiriu, mas o animal tal qual o conhecemos sobrevive graças a ele e de certo modo foi feito por ele: as duas longas evoluções formativas, a do animal e a do instinto, estão demasiado associadas, solidárias, para que possamos dissociá-las e conhecer a gênese do instinto.” MIRANDA, Pontes de. *O Problema Fundamental do Conhecimento*. Porto Alegre: O Globo, 1937, p. 19.

²⁷ POPPER, Karl. *A Lógica das Ciências Sociais*. 3.ed. Tradução de Estevão de Rezende Martins. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 39; AXELROD, Robert. *A evolução da cooperação*. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo, 2010, p. 47; RESCHER, Nicholas. *Epistemology - An Introduction To The Theory Of Knowledge*. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 69; DAMÁSIO, António R. *E o cérebro criou o homem*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, p. 48.

²⁸ RIDLEY, Matt. *The rational optimist: how prosperity evolves*. New York: Harper Collins, 2010, p. 5.

so de *aprendizagem*, aprendizagem que é feita pelo indivíduo, e não, em sentido metafórico, pela espécie naturalmente selecionada²⁹.

2.1. AMPLITUDE DE SENTIDOS ATRIBUÍVEIS À PALAVRA “LINGUAGEM”

É preciso, porém, dar um pouco mais de precisão a algumas palavras empregadas até agora. Linguagem, por exemplo, é algo geralmente tido como tipicamente humano, tendo surgido ao longo do processo de seleção natural como produto dos neurônios espelho e da conseqüente criação de realidades institucionais, como explicado anteriormente. É o que ocorre quando se pactua intersubjetivamente que “X *vale como* P”, o que só os humanos podem fazer, até onde se sabe, ou pelo menos o fazem em nível incomparavelmente mais complexo e sofisticado que o mais hábil dos animais não-humanos, como é o caso de primatas como os chimpanzés e os bonobos³⁰.

Mas se, na definição do sentido da palavra “linguagem”, se entende por texto “tudo o que pode ser interpretado”, ou “tudo a que se possa atribuir algum sentido”, tem-se algo tão amplo que qualquer entidade que reage diante de estímulos pode ser considerada como inserida em um contexto linguístico. O cachorro de rua, por exemplo, que corre quando alguém à sua frente o encara de forma agressiva se abaixa para pegar pedras no chão está “interpretando” o gesto como uma iminen-

²⁹ É nesse sentido obviamente metafórico que se diz que bactérias que “aprendem” a reagir a certo antibióticos, razão pela qual é perigoso interromper prematuramente o tratamento com um medicamento dessa natureza.

³⁰ Esses primatas também são capazes de lidar com realidades institucionais, embora de forma mais rudimentar e simplificada. A título de exemplo, eles, quando criados entre humanos, por pesquisadores, sabem não só o próprio nome, mas o dos seus colegas, pelo que podem atender ao pedido de um pesquisador para chamar um colega, caso isso lhe seja verbalmente solicitado com a remissão apenas ao nome do outro primata a ser procurado e chamado. WAAL, Frans de. *The age of empathy*. New York: Harmony books, 2009, p. 136.

te pedrada que ele seguramente levará se permanecer parado.

As palavras, é verdade, não têm sentidos rígidos e pré-estabelecidos, dados pela natureza de forma *a priori*, a serem descobertos e em seguida descritos por meio de um trabalho de investigação análogo ao do astrônomo que procura um novo exoplaneta. O sentido lhes é atribuído por quem as ouve, ou lê, dependendo das sensações que nessa pessoa ela for capaz de despertar, as quais dependerão de contextos anteriores nos quais aquela mesma palavra tiver sido utilizada e, nessa condição, lida ou ouvida por quem agora a deve interpretar. Assim, é claro que essa atribuição de sentido depende de que se conheçam situações anteriores nas quais ela fora utilizada (sendo essa a função dos dicionários), mas isso não basta. A ironia, aliás, fornece excelentes exemplos nos quais as palavras, em face do contexto em que utilizadas, por vezes exprimem ideias opostas àquelas que usualmente lhes são associadas. Por isso mesmo, não se pode dizer que existe um sentido “certo” e outro “errado” para a palavra *linguagem*, ou para a palavra *texto*. É fato que ela pode ser usada para exprimir qualquer troca de informações, ou mesmo qualquer ato unilateral de atribuição de sentido, a exemplo do que faz o sujeito que, ao acordar e perceber a posição já alta da imagem do sol em sua janela, conclui que perdeu a hora para uma reunião às 7:30 da manhã.

Mas isso outros animais também fazem, como dito. Há cachorros exímios na interpretação da linguagem corporal, por exemplo, e quem já possuiu um sabe muito bem do que se está a falar aqui. Quando se cogita de uma linguagem tipicamente humana, se está fazendo referência à atribuição de sentido a sinais, símbolos ou signos que têm esse sentido pura e simplesmente por força de um consenso intersubjetivo, e não por conta apenas da memória de experiências passadas, gravada na mente ou mesmo no DNA. É diferente, por exemplo, a interpretação que alguém faz diante da palavra “picanha”, escrita neste artigo, da interpretação que um animal carnívoro faminto

(que pode ser humano, ou não) faz diante de um pedaço da carne designada pela palavra em questão, devidamente assada e pronta para o consumo, exalando todos os aromas que lhe são característicos. Embora a conclusão do processo “hermenêutico” possa ser a mesma, só o ser humano tem a capacidade de desenvolvê-lo diante apenas da palavra, embora tanto ela quanto outros animais possam levá-lo a cabo, também, a partir da visualização do próprio pedaço de carne designado.

É preciso, portanto, definir o que se entende por linguagem, ou em que sentido, mais ou menos amplo, se usa essa palavra, antes de se discutir em torno de seu papel e da possibilidade de existir algo extralinguístico de que se deve ocupar a ciência do Direito. Assim, quando alguém, ao estudar o Direito, ou criticar a forma como se propõe seu estudo, se reporta a *textos* e a elementos *não textuais*, está, ao que parece, fazendo alusão à linguagem enquanto realidade institucional, ou seja, a um consenso do tipo “combinemos que, entre nós, ‘X’ vale como ‘P’”, no qual um acerto intersubjetivo prévio, expresso ou tácito, permite que se atribua sentido a certos objetos, ações, símbolos etc.³¹. Mas não só: parece estar se reportando não a qualquer texto, mas a *textos normativos*, assim entendidos aqueles que, em face do aludido consenso intersubjetivo, prestam-se à enunciação de normas jurídicas. Daí a remissão, feita, por exemplo, por Humberto Ávila, a uma necessidade por parte do cientista do Direito de maior atenção não apenas à linguagem, mas a uma teoria das fontes normativas, para que se diferenciem textos normativos e textos não normativos³².

³¹ Compreensão que parece ser a de Paulo de Barros Carvalho, que vê a linguagem como um sistema convencional de signos tipicamente cultural e, nessa condição, exclusivamente humano. Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 30-31.

³² ÁVILA, Humberto Bergmann. Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual* n. 29. São Paulo: Dialética, 2013. p. 197. Paulo de Barros Carvalho, em termos semelhantes, admite, quando se reporta a “texto em sentido amplo e texto em sentido estrito”, a existência de elementos “extratextuais”. Cf. CARVALHO, Paulo

Assim, ainda que se admita que, para o ser humano, tudo é linguagem, por estar por ela intermediado, deve-se reconhecer que existem diferentes níveis de linguagem. Desde aquela que praticamente se confunde com o instinto, por consistir em “interpretações” ou em “sentidos” a que recorremos até mesmo inconscientemente, às vezes até por imposição da seleção natural (que nos “ensinou” a ter medo de fogo ou de animais grandes, por exemplo, “interpretando-os” como sinal de perigo, como o fazem muitos outros seres até não conscientes), até aquela genuinamente humana, composta por símbolos aos quais se atribui sentido de forma consciente e intersubjetiva, como é o caso de códigos secretos por meio dos quais se transmitem mensagens cifradas.

Com efeito, é preciso lembrar que o ser humano não tem acesso direto ao que Searle chama de “fatos brutos”³³, realidade que corresponde, de algum modo, ao que Popper designa por “mundo 1”³⁴, assim entendido aquele que existe independentemente de alguém que o observe. Além dos imperfeitos sentidos, que intermediam o acesso do ser humano à realidade, deve-se admitir que existem fatores que determinam ou influenciam na compreensão das informações por eles obtidas³⁵. Usando os termos de Searle, pode-se dizer que há diferentes níveis ou graus de institucionalização. Todo fato, quando chega ao conhecimento do ser humano, chega interpretado, ou traduzido de algum modo, explicado com base em conhecimentos ou noções anteriores. Há, como já referido, certas pré-compreensões que estão mesmo gravadas no código genético do indivíduo, o que explica a aversão natural a certas situações

de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 187.

³³ SEARLE, John R. *Libertad y neurobiología*. Tradução de Miguel Candel. Barcelona: Paidós, 2005, p. 99.

³⁴ POPPER, Karl. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Tradução de Joaquim Alberto Ferreira Gomes. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 13 e ss.

³⁵ NOZICK, Robert. *Invariances*. The structure of the objective world. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 108.

e a certos predadores, ainda que o sujeito que as sente nunca tenha, pessoalmente, vivido (ou mesmo ouvido falar de) experiências negativas que as justifiquem³⁶. Todo fato, portanto, é institucional em alguma medida. Mas não se pode dizer que todos sejam igualmente institucionais, na mesma medida. Existem níveis. Exemplificando, um pedaço de brita qualquer encontrado na rua possui grau de institucionalização menor do que uma cédula de R\$ 20,00 ou um lote de ações da Ambev comprado eletronicamente por meio do *homebroker*.

Apesar disso, em vez de afirmar que “todos os fatos são institucionais” (algo correspondente a “tudo é linguagem”), pode-se seguir cogitando da diferença entre fatos brutos (um trovão) e fatos institucionais (dinheiro, regras de um jogo, pênalti), como faz Searle. Da mesma forma, pode-se falar em elementos textuais e não textuais, ou linguísticos e não linguísticos, desde que reconheça que os não textuais ou não linguísticos, embora possam ser, como tudo o que é racionalmente conhecido pelo ser humano, também textuais ou linguísticos, o são em um *nível diferente*, mais baixo ou menos sofisticado, e por isso mesmo considerado não integrante do conjunto de textos sujeito à análise, sendo, nesse sentido, extratextual ou extralinguístico³⁷.

Algumas frases³⁸ podem servir de exemplo do que se está a dizer:

1.1. Tire a pizza da embalagem e feche-a;

1.2. Tire a pizza da embalagem e ponha-a sobre a mesa.

³⁶ GAZZANIGA, Michael S. *Who's in charge? Free will and the Science of the brain*. New York: Harper Collins, 2011, p. 43-44 e 51.

³⁷ É o que faz Paulo de Barros Carvalho quando, por exemplo, embora se reporte a linguagem como sendo apenas a decorrente de consenso intersubjetivo, tipicamente humano e cultural, faz alusão a diferentes níveis de linguagem, e identifica o Direito como uma “sobrelinguagem”. Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 173.

³⁸ Os exemplos são de CHRISTIAN, Brian. *O humano mais humano*. O que a inteligência artificial nos ensina sobre a vida. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 93.

2.1. Eu estava segurando a xícara de café e o litro de leite e o despejei sem verificar a data de validade.

Não é possível, por mais que se conheçam as regras que estruturam a língua portuguesa, explicar a forma simples como automaticamente se atribui ao pronome “a”, nas frases 1.1. e 1.2., sentidos diferentes. Em 1.1., parece óbvio que o que deve ser fechado é a embalagem. E, em 1.2., o que deve ser posto sobre a mesa é a pizza. Mas é preciso conhecer *o mundo* – e não só a língua – para saber disso, pois se deve saber previamente que embalagens se fecham e pizzas se colocam sobre a mesa para serem comidas.

Isso fica mais evidente no exemplo 2.1., pois o conhecimento de que o leite é uma bebida que geralmente se submete a prazos de validade mais exíguos, em relação aos quais é preciso ter maior preocupação, enquanto o café não (conhecimento que, *nesse contexto*, é extralinguístico), é indispensável a que se associe ao pronome “o” ao leite, e não ao café. São coisas que o ser humano faz de forma tão automática que só quando se trata de construir e programar máquinas que façam o mesmo se percebe quão ricas e complicadas na verdade elas são.³⁹

Diante disso, é possível afirmar que, para os humanos, nem tudo é linguagem, nesse sentido de realidade institucional (e não da mera atribuição de significados a coisas, o que os animais não humanos também fazem). Primeiro, porque os humanos são, também, animais, e nessa condição têm instintos, sentimentos e emoções que nem sempre podem (ou precisam, para produzir efeitos) ser racionalmente traduzidos em linguagem, como lembrou *Sancho Pança* quando disse que os escudeiros dos cavaleiros andantes andam expostos a “muitas fomes, além de outras desgraças que *melhor se sentem do que se*

³⁹ Naturalmente, pode-se dizer que esse *conhecer o mundo* (a validade do leite e a função das embalagens e das pizzas) é algo também intermediado pela linguagem. Isso não se discute. A questão, contudo, é que se trata, como dito, de outra linguagem, ou de linguagem em outro nível, que, comparada à língua portuguesa, compõe algo que se pode ter por extralinguístico, neste sentido.

explicam.”⁴⁰. Segundo, porque se se está fazendo alusão à linguagem enquanto criação humana, e não como a própria estrutura do pensamento ou da consciência, evidentemente há fatores extralinguísticos, a começar pela própria realidade bruta que por meio da linguagem é referida, que devemos admitir existir ainda que sem termos o acesso direto a ela.

De rigor, ignorar a existência de uma realidade bruta, pré-linguística, apenas porque não temos acesso *racional* a ela senão por meio da linguagem, afirmando como conclusão que “tudo é linguagem” ou que essa realidade bruta “não existe” ou “não importa”, é compreender de forma equivocada o chamado “giro linguístico”, incorrendo em reducionismo tão limitador quanto a postura de quem ignora que a linguagem intermedia e molda toda compreensão racional. De fato, nas duas situações, dá-se excessiva atenção a apenas um dos aspectos da compreensão. No primeiro caso, desconsidera-se que existe algo a ser vertido em linguagem. No segundo, ignora-se a influência da linguagem, como veículo de intermediação, na construção de nossa visão do mundo. Mas, em ambos, despreza-se que a linguagem é um veículo de *intermediação*, seja por se desprezar o que é intermediado, seja por desprezar o que intermedia.

Sabe-se, atualmente, que o *sentido* de textos é determinado por experiências prévias do intérprete, que as associa aos textos. A neurociência, nesse campo, tem confirmado afirmações feitas no âmbito da especulação filosófica por autores co-

⁴⁰ Foi que disse Sancho Pança depois de doar o pão e o queijo que carregava consigo a André, jovem a quem Dom Quixote tentou ajudar e que terminou apanhando ainda mais de seu algoz em razão dessa tentativa. Cf. SAAVEDRA, Miguel de Cervantes. *O engenhoso fidalgo Dom Quixote de la Mancha*. Tradução dos Viscondes de Castilho e Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 2002, Cap. XXXI, p. 208. É realmente a *estética* que revela existir algo que melhor se sente do que se explica, a demonstrar, talvez, que há parcelas da realidade que nos são traduzidas por meios diversos da linguagem. A neurociência atual, aliás, confirmando algo do que já havia sido intuído por Freud, considera que a maior parte de nossas ações cotidianas são levadas a efeito de forma inconsciente ou automática, e, nesse sentido, sem linguagem, se esta for equiparada a pensamento consciente e racional.

mo Husserl e Gadamer, por exemplo, no sentido de que a pré-compreensão do intérprete influencia a forma como será feita a interpretação. Sabe-se, porém, que essa influência se dá por conta de uma “simulação” feita pelo cérebro (*embodied simulation*), que tem ativados quando da leitura de certas palavras (ou da observação de certas imagens), os mesmos circuitos neurais que se ativam quando a experiência representada é vivenciada, só que em menor intensidade⁴¹.

Exemplificando, quando alguém vê um urso, certas áreas e circuitos de seu cérebro são ativadas, em face dos estímulos enviados pela visão, pela audição, pelo olfato etc. Tais sensações são em seguida associadas à palavra “urso”, quando a essa pessoa se explica ser este o nome do animal. Posteriormente, diante da palavra “urso”, lida, ou ouvida, ou da mera recordação do evento, essa pessoa terá ativadas as mesmas zonas e circuitos do cérebro, porém em menor intensidade. Outra pessoa, porém, pode ter experiência diversa a ser associada à palavra “urso”, quem sabe ligada ao personagem de desenho animal “Zé Colméia”, ou a brinquedo de pelúcia havido na infância, a depender das experiências prévias que associar à palavra, e que por ela serão reativadas em sua mente. É por isso que, diante dos mesmos termos, que desencadeiam *embodied simulations* diferentes, as pessoas formam imagens mentais também diferentes.

Não é correta, portanto, a afirmação segundo a qual a mensagem linguística “transporta” uma ideia de uma mente a outra, como se fosse possível a mera transmissão dessas ideias, sujeitas talvez apenas a possíveis ruídos ou interferências decorrentes de “erros” na interpretação. Na verdade, as pessoas têm experiências em comum, e usam símbolos para designar

⁴¹ “When we hear or read about objects, we mentally simulate them from the perspective of someone actually experiencing the scene.” BERGEN, Benjamin K. *Louder than words: the new science of how the mind makes meaning*. New York: Basic Books, 2012, p. 71.

essas experiências⁴². Porém a experiência que uma teve, embora semelhante, nunca é rigorosamente igual à da outra. Daí por que o mesmo termo pode recordar a alguém uma “simulação mental” menos ou mais diferente da que recorda a outrem. Essas diferenças se tornam ainda maiores quando as experiências comuns, no plano coletivo, são ainda mais diversas, originando o que se costuma designar por “culturas” diferentes: quando a palavra “gato” é pronunciada para pessoas pertencente a uma cultura que costuma criar esses animais como seres “quase humanos”, dando-lhes tratamento mais refinado que o dedicado a muitas pessoas nas zonas mais pobres do planeta, surge uma imagem mental. Mas a mesma palavra, ainda que consensualmente referindo-se ao mesmo animal, gera imagem mental bem diversa entre os membros de uma cultura que tem por hábito *comer* esses mesmos bichos: talvez um ensopado, com cores, aromas e sabores bem diversos seja simulado no cérebro correspondente⁴³.

Desse modo, vista a linguagem como a realidade institucional que serve de instrumento capaz de fazer com que simulações mentais sejam partilhadas, parece claro que ela não se confunde nem com os fatos do mundo⁴⁴ que geram originariamente essas simulações (pela linguagem lembradas por quem as experimentou e a terceiros referidas), nem com as simulações em si mesmas⁴⁵, sendo possível, também nesse cenário,

⁴² A questão não é propriamente o que “x” significa, mas quais processos de compreensão “x” provoca. BERGEN, Benjamin K. *Louder than words: the new science of how the mind makes meaning*. New York: Basic Books, 2012, p. 150.

⁴³ BERGEN, Benjamin K. *Louder than words: the new science of how the mind makes meaning*. New York: Basic Books, 2012, p. 182.

⁴⁴ Real ou empírico, mas também ideal, pois usamos metáforas para fazer alusão a realidades abstratas (BERGEN, Benjamin K. *Louder than words: the new science of how the mind makes meaning*. New York: Basic Books, 2012, p. 216). É o caso de quando se afirma que uma norma está “acima” de outra, ou que uma regra de tributação teve sua hipótese de incidência “recortada” por uma regra isentiva.

⁴⁵ Steven Pinker reporta-se ao mentalês como uma língua natural, por meio da qual se exprimiria o pensamento, subjacente às línguas aprendidas (idiomas). Essa concepção, porém, não parece confirmada pela experiência, que aponta no sentido de

cogitar-se de elementos ou fatores extralinguísticos. Além disso, como referido, há todo um processo cognitivo que se passa de forma inconsciente ou subliminar, por meio do qual o ser humano desempenha a maior parte de suas ações – que nem sempre são racionais, ou mesmo conscientes –, o qual por igual não se exprime por meio da linguagem. Quando é expresso em linguagem, é alçado ao plano da consciência racional, mas é uma ilusão acreditar que todas as ações humanas se passam nesse plano⁴⁶.

Mas há outro fator que, mesmo admitida a coincidência entre linguagem e código por meio do qual se registra a passagem de qualquer dado pelo cérebro, seja de forma racional e exprimível, seja de forma intuitiva, emotiva ou sensitiva, e inexprimível, inibe a que se possa afirmar que simplesmente tudo é linguagem, não tendo relevo os fatos que por meio dela não tenham ainda sido exprimidos⁴⁷. Trata-se do desconhecido, e da forma como se pode lidar com ele.

Caso se admita que tudo é linguagem, e que, por conseguinte, só existe o que foi transformado em linguagem, torna-se difícil lidar com a concepção segundo a qual o conhecimento é imperfeito, consistindo em um constante processo de retificação de erros. A admissão de que existe uma realidade ainda

serem as *simulações mentais* que constituem nossa experiência subjetiva, sendo melhor substituto para o mentalês. Cf. BERGEN, Benjamin K. *Louder than words: the new science of how the mind makes meaning*. New York: Basic Books, 2012, p. 244.

⁴⁶ Cf., v.g., MLODINOW, Leonard. *Subliminar*. Como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, *passim*; KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011, *passim*.

⁴⁷ Veja-se que uma coisa é dizer que tudo o que existe *pode ser* exprimido em linguagem, e outra, bem diversa, é dizer que devemos considerar que só o que é exprimido em linguagem existe. Realmente, parece falacioso concluir que, porque tudo *pode ser* exprimido em linguagem, não existe o que não foi exprimido em linguagem. Em verdade, uma coisa é ser *exprimível*, outra, bem diversa, é já ter sido exprimido. Parece incorrer nesse equívoco, com todo o respeito, OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3.ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 13.

desconhecida (porque não “transformada em linguagem”), mas passível de ser descoberta, é que move a pesquisa, seja para que se descubram novas realidades, seja para que se retifiquem noções construídas em torno do que já se considerava sabido.

É o caso de referir, aqui, o paradoxo do prefácio⁴⁸, no qual os autores dos livros geralmente pedem desculpas aos leitores pelos erros neles contidos. O paradoxo consiste no fato de que, se o autor sabe que há erros, tanto que os refere, deveria tê-los corrigido. O problema é que, conquanto saiba que estão presentes, dada a imperfeição natural de qualquer obra humana, não sabe onde estão nem quais são. O mesmo se dá com o conhecimento, sendo a inafastável ideia de que há uma imensa parcela da realidade desconhecida que move o trabalho do pesquisador. Essas discussões, porque diretamente ligadas a temas como o fundamento do conhecimento e o problema da verdade, serão retomadas no próximo item.

3. OBJETIVIDADE, FUNDACIONISMO, COERENTISMO E PALAVRAS CRUZADAS

Os caminhos percorridos ao final do item anterior conduziram ao desconhecido e à provisoriedade do conhecimento, fazendo pertinente rápida incursão no terreno da objetividade, da fundamentação do conhecimento e da verdade.

Sabe-se que, no plano da Epistemologia, discute-se, entre outras questões, o problema da fundamentação ou da justificação do conhecimento. Se não há certeza quanto ao que se conhece, dada a abundância e a complexidade do real, e as limitações cognitivas humanas, como saber se determinada afirmação é correta?

Um caminho é dar por certas e objetivas as informações que nos são trazidas pelos sentidos. Considera-se apenas a rea-

⁴⁸ RESCHER, Nicholas. *Epistemology*. An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 19.

lidade, como se acessível direta e perfeitamente, em sua objetividade, e se ignoram a intermediação dos imperfeitos sentidos e a interpretação que a mente faz das sensações por eles trazidas. Esse caminho consiste no chamado “realismo ingênuo”, e subjaz à ideia da verdade como correspondência⁴⁹. É ele quem guia a visão segundo a qual a ciência é “descritiva”, operando o pesquisador por meio da indução. Quanto mais se observa, mede, pesa e experimenta a realidade, mais se amplia o conhecimento humano.

Essa é a noção assente no plano do “senso comum”. Imagina-se que se tem acesso ao mundo em sua objetividade, e que temas como os discutidos neste texto são mera ocupação para filósofos que não têm algo melhor para fazer. É ainda no senso comum que, por conta dessa visão, se tem a ciência como empreendimento infalível, ideia por certo subjacente à frase, não raro invocada para encerrar triunfalmente conversas de botequim, segundo a qual aquilo que se defende “já foi cientificamente comprovado”.

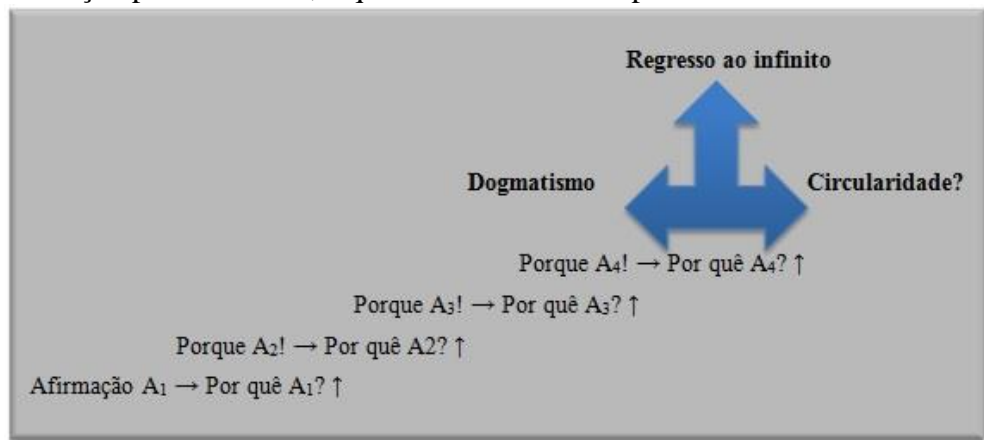
Um dos problemas dessa visão *fundacionista* simplista é que ela não resolve o *Trilema de Fries*, ou *Trilema de Münchhausen*, o que em verdade funciona como mais uma demonstração de sua insuficiência epistemológica.

Sabe-se que *Trilema de Fries*⁵⁰ é aquele enfrentado por quem pretende fundamentar o conhecimento, ou qualquer afirmação em torno de parcela da realidade, pois ao fazê-lo se depara com três caminhos (daí tratar-se de um *tri-lemma*, e não de um *di-lemma*) problemáticos. Isso porque, para se fundamentar uma afirmação (A_1), se faz uso de outra (A_2), em relação à qual também se pode cobrar um fundamento. Caso se dê um fundamento para essa segunda afirmação (que seria a afirmação A_3), esse também exigiria um fundamento, o que conduziria a uma

⁴⁹ Cf. LYNCH, Michael P. Truth. In: BERNECKER, Sven; PRITCHARD, Duncan. *The Routledge Companion to Epistemology*. New York: Routledge, 2011, p. 3.

⁵⁰ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 12. ed. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota, São Paulo: Cultrix, 2006, p. 99.

regressão ao infinito. Quem já se deparou com uma criança entre 4 e 7 anos, curiosa, e teve paciência e conhecimento para responder-lhe as perguntas, sabe muito bem do que se está falando aqui. A regressão ao infinito, aliás, é uma possível solução para o trilema, a qual tem dificuldades práticas óbvias.



Outra solução para o trilema é o recurso ao dogmatismo. Em determinado ponto, cessa a cadeia de fundamentação com apelo ao dogma. - *Porque Deus quis assim!* – *Porque está na lei!* - *Porque estou dizendo!* Ou simplesmente – *Porque sim!* Essa, aliás, talvez seja a forma mais comum de encerrar a questão diante da criança curiosa referida no parágrafo anterior, quando ela tem o azar de questionar um adulto impaciente e já afundado no sono dogmático dos afazeres cotidianos.

Finalmente, a terceira solução, seria, para Fries, o *psicologismo*. Encerra-se a cadeia de fundamentações não com outros enunciados, mas com uma intuição baseada na percepção. Essa solução, porém, é circular, pois usa como fundamento aquilo a ser fundamentado. Isso porque a intuição funda-se, em verdade, na pressuposição de que um ou alguns dos enunciados situados abaixo na cadeia de fundamentações são verdadeiros, sendo então utilizados para fundamentar o enunciado superior, que os fundamentaria. Por isso se usa, também, a expressão

Trilema de Münchhausen, em alusão ao personagem folclórico que, atolado no pântano com seu cavalo, dele saiu, com o animal preso entre as pernas, puxando as próprias tranças para cima⁵¹.

Essa, a circularidade, é a solução que para o problema, de algum modo, apresenta o *coerentismo*. Como não há acesso direto ao mundo, que nos é intermediado por imperfeitos sentidos e pela linguagem, que nos determina a pré-compreensão, tudo o que temos dele são relatos. O critério de correção para esses relatos não pode ser a realidade, a qual não se tem acesso perfeito, mas apenas outros relatos, pelo que o que importa é que sejam coerentes uns com os outros, pouco importando a realidade a eles subjacente, que não existe enquanto não transformada em “relato”. A própria ideia que conduz ao trilema mostraria isso, pois se usam afirmações para fundamentar outras afirmações, tudo, portanto, no âmbito da linguagem.

Mas há dificuldades óbvias, também, nessa visão coerentista do conhecimento, pois ela despreza o problema da *verdade*, que passa a decorrer de um consenso, ou de uma mera convergência (coerência) entre os relatos. Pouco importa o que de fato aconteceu, desde que os depoimentos de todas as testemunhas façam sentido por se encaixarem uns aos outros. É a essa conclusão que se chega quando se afirma que *tudo é linguagem*, afirmação que por igual obriga quem a adota a deitar por terra a distinção entre objetos físico-naturais, a serem supostamente explicados com método indutivo e empírico, ao lado dos culturais, como o direito, a serem compreendidos de forma empírico-dialética⁵². Na verdade, se tudo o que existe é filtrado pela linguagem, tudo o que existe é cultural e valioso, positiva ou negativamente. O sol e as nuvens no céu, por exemplo, têm um significado para a cultura brasileira contemporânea, o qual

⁵¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica?* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 47.

⁵² Para a distinção apontada, veja-se: CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 16.

é bem diverso daquele que tinham para os Incas ou os Egípcios. A adoção do paradigma do giro linguístico torna difícil a defesa de que uma “mera descrição” seria possível, seja em relação aos objetos culturais, seja em relação aos naturais, até porque é essa distinção mesma que desaparece⁵³.

De rigor, o Trilema de Münchhausen pode ser razoavelmente resolvido se se recorrer a uma visão falibilista do conhecimento, que conduz, na dialética entre fundacionismo e coerentismo, ao *funderentismo* de Susan Haack⁵⁴. Isso, aliás, serve como confirmação da metáfora, por essa mesma autora defendida, de que o progresso do conhecimento se dá pelo preenchimento de palavras cruzadas (*crossword puzzles*).

Não se pode negar que o conhecimento que o ser humano possui da realidade é imperfeito, seja porque intermediado por sentidos que são apenas bons o suficiente para permitir a sobrevivência, seja porque os dados obtidos pelos sentidos são interpretados pela mente, que os compreende à luz de experiências anteriores, que podem estar armazenadas na memória ou nos genes⁵⁵ do intérprete. Mas daí não se pode concluir que a realidade objetiva, essa à qual temos o acesso imperfeito, nos é inteiramente *inacessível*. Esse é o problema da visão segundo a qual tudo é linguagem e a realidade não transformada em linguagem é *irrelevante* ou mesmo *não existe*, problema que aliás é o mesmo do idealismo, do qual ela é apenas uma versão atua-

⁵³ Veja-se, a propósito, HABERMAS, Jürgen. *Truth and justification*. Translated by Barbara Fultner. Massachusetts: MIT Press, 2003, p. 42.

⁵⁴ HAACK, Susan. *Evidence and inquiry: towards a reconstruction in epistemology*. Massachusetts: Blackwell, 1993, p. 203 e ss.

⁵⁵ A aversão a certos odores e o pavor a certos animais, referidos anteriormente, e até a tendência a correr quando todos correm (ou a voar quando todos voam) não é uma pré-compreensão moldada “pela linguagem”, mas gravada no DNA simplesmente porque os animais que não tinham essa tendência não sobreviveram para deixar descendentes. Frans de Waal se reporta, por exemplo, à tendência de muitos animais de *imitarem* os outros, antes mesmo de terem tempo de pensar a respeito (mesmo quando em tese têm um cérebro capaz de fazê-lo): aves que hesitavam antes de voar, quando todas as outras do bando voavam, simplesmente viraram almoço. WAAL, Frans de. *The age of empathy*. New York: Harmony books, 2009, p. 116.

lizada⁵⁶. Nem sempre a imperfeição é motivo para que se abandone a coisa imperfeita⁵⁷: para que o abandono ocorra, é preciso que existam razões para isso, e, especialmente, deve haver *algo melhor* para servir de substituto. Essa, a propósito, é a ideia central do falibilismo.

Diante da premissa de que o conhecimento que se tem da realidade é imperfeito, se podem adotar duas posturas extremas quanto à verdade. Uma é o ceticismo⁵⁸. Outra é o relativismo. São extremos que se tocam, pois em ambos os casos se despreza o aceso à realidade e o problema da verdade, no primeiro caso para afirmar que nada é verdadeiro, e, no segundo, para defender que tudo pode igualmente sê-lo⁵⁹. Mas é possível, diante desse problema, adotar-se postura intermediária, que é o falibilismo. O conhecimento é imperfeito, mas é possível, com ele, fazer afirmações que são consideradas corretas *até que se demonstre o contrário*. O conhecimento, de rigor, é calcado em *presunções*, que podem ser mais fortes ou menos fortes, mas são, sempre, passíveis de retificação.

Essa, aliás, é a forma como agem os animais, inclusive humanos, do ponto de vista biológico. Diante da sensação de sede, e da percepção de um copo de água à frente, o sujeito não fica a pensar, por dias e mais dias, se está mesmo com sede, e se o líquido à sua frente é ou não é água, ou se tudo não passa de uma ilusão, se está sonhando ou aprisionado dentro de um *Matrix*. Ele *presume* estar mesmo com sede, e *presume* tratar-se realmente de água. Ao segurar o copo, e aproximá-lo da fa-

⁵⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 3.ed. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2009, p. 56.

⁵⁷ A possibilidade de “a” ser falso não é, por si só, um argumento *contra* “a”. MARCONI, Diego. *Per la verità*. Relativismo e Filosofia. Torino: Einaudi, 2007, p. 37.

⁵⁸ O problema do cético é a incapacidade deste de diferenciar dúvidas razoáveis de dúvidas não-razoáveis. Cf. MARCONI, Diego. *Per la verità*. Relativismo e Filosofia. Torino: Einaudi, 2007, p. 28.

⁵⁹ RESCHER, Nicholas. *Epistemology*. An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 26 e ss.

ce, novas sensações podem confirmar aquela inicial, ou refutá-la. Um forte odor de álcool pode fazer com que o sujeito perceba tratar-se de vodca, ou cachaça. Mas enquanto não surgirem razões que o afastem da impressão inicial, derrubando a presunção por ela construída, ela será mantida. Do contrário, a própria vida não seria possível, com o perecimento de todos os seres, caso estes só diante de uma certeza absoluta resolvessem agir: só diante dessa certeza uma zebra correria do que pareceria ser um leão, e todas a esta altura já teriam sido devoradas, não deixando descendência.

O falibilismo, como é cediço, pressupõe a existência de uma realidade ainda não conhecida (e ainda não transformada em linguagem), pois, do contrário, não haveria motivo para pressupor que as afirmações atualmente tidas como corretas seriam passíveis de refutação. Aliás, nem haveria motivo para seguir pesquisando alguma coisa, como a cura de determinada doença⁶⁰, por exemplo, se não se tivesse a compreensão de que existe uma realidade ainda não conhecida *mas passível de sê-lo*⁶¹. Mas, por reconhecer a falibilidade do conhecimento, não vê como definitivamente verdadeiras as afirmações feitas em torno da realidade. Daí dizer-se que seus partidários adotam visão que poderia ser batizada de *realismo crítico*⁶².

É curioso notar como é bem menos insatisfatória a solução do falibilismo ao *Trilema de Münchhausen*. Em vez de incorrer no argumento circular de Fries, que leva à jocosa referência a Münchhausen, o falibilista, em certo ponto da cadeia de fundamentações, em vez de *responder* a quem o questiona a respeito dos *porquês* de suas afirmações, *devolve-lhe a pergun-*

⁶⁰ MARCONI, Diego. *Per la verità*. Relativismo e Filosofia. Torino: Einaudi, 2007, p. 44.

⁶¹ Ela, a cura de determinada doença, não foi convertida em linguagem (porque não é conhecida), mas existe, tanto que é procurada. Trata-se do paradoxo do prefácio, antes já referido.

⁶² POPPER, Karl. Realismo. In: MILLER, David (Org.). *Popper: textos escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 217 e ss.

ta: “- *Por que não?*”, invertendo o ônus argumentativo. Se (e enquanto) quem questionava não conseguir responder a este “*por que não?*”, a afirmação será considerada como devidamente fundamentada.

Por outras palavras, se uma afirmação está razoavelmente fundamentada, a procura de novos fundamentos pode cessar, ainda que provisoriamente, cabendo a quem quiser reiniciar essa discussão apontar os motivos pelos quais a fundamentação até então oferecida é insuficiente ou equivocada. Tais noções, aliás, conquanto pertinentes à Filosofia da Ciência, têm implicações práticas importantes no que tange à fundamentação das decisões judiciais e ao ônus da prova no âmbito processual, como será explicado mais adiante.

O conhecimento, assim, fundamenta-se no que se pode apreender da realidade no momento, seja porque a visão que se tem dela, conquanto imperfeita, a pressupõe, seja porque, se a realidade objetiva existe (ainda que não perfeitamente inalcançável), o relato feito por alguém deve coincidir, de algum modo, com o relato feito por outra pessoa, já que todos falam da mesma realidade. É onde se torna pertinente a proposta *fundementista* de Haack.

Com efeito, química, física, biologia, são áreas do conhecimento que têm seus relatos, suas descobertas, nas quais os pesquisadores fazem as suas afirmações. Mas uma demonstração de que existe, ainda que imperfeitamente acessível, uma realidade subjacente a todos esses relatos, é que as afirmações feitas por uns devem se cruzar – tal como em um jogo de palavras cruzadas – com as afirmações feitas por outros. Os achados da química, por exemplo, auxiliam os biólogos, encaixando-se com as descobertas destes. Caso não haja o encaixe, novamente tal como em um jogo de palavras cruzadas, em algum lugar deve haver um erro. Essa visão, embora colha contribuições do coerentismo, não despreza os dados brutos, a realidade objetiva e precariamente acessível, pois se essa realidade não

existisse os “relatos” feitos por químicos não se encaixariam perfeitamente, como muitas vezes se encaixam, com aqueles feitos por biólogos ou físicos a respeito da mesma realidade, *mesmo quando tais pesquisadores nunca tenham estado em contato uns com os outros*.⁶³ A “confirmação” de uma ciência pelos achados da outra, e vice-versa, que não raro acontece, é demonstração eloquente da existência da realidade objetiva subjacente a todos esses relatos⁶⁴.

4. O QUE CARACTERIZA A CIÊNCIA?

As noções de epistemologia traçadas até aqui permitem que se extraiam quatro consequências para o estudo do Direito, desdobrando-o em quatro ordens de análises. A primeira, voltada para a compreensão da própria Ciência do Direito e do papel do pesquisador da área jurídica. A segunda, relacionada à interpretação dos textos normativos. A terceira, relativa à determinação da verdade quanto ao suporte fáticos das normas jurídicas. E, finalmente, a quarta, correspondente ao estudo dos

⁶³ A demonstrar que a verdade gera o consenso, como defendem Taruffo e Haack, e não o contrário.

⁶⁴ Alguém até poderia dizer, como faz Rescher, que um coerentismo radical como o ora criticado não é defendido por ninguém (RESCHER, Nicholas. *Presumption and the Practices of Tentative Cognition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 73-74), sendo certo que ele, por exemplo, defende um coerentismo que parte de dados obtidos da realidade empírica, os quais apenas não são vistos como “verdade”, mas como “candidatos à verdade”, com os quais é preciso lidar numa lógica de “administração de riscos”. Com isso, chega-se a resultado muito próximo ao realismo crítico de Popper, até porque Rescher não defende que tudo o que é coerente seja verdadeiro, mas que tudo o que é verdadeiro é coerente. Pode-se dizer o mesmo do consenso, vale dizer, que a verdade não é gerada pelo consenso, mas este por aquela. Entretanto, com todo o respeito, parece ser esse coerentismo radical, que Rescher acha não ser defendido por nenhum coerentista, que é defendido por alguns estudiosos do Direito Tributário no Brasil. Veja-se, a propósito: CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 161, p. 947; CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 14; GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. XXXVI.

valores. Abarcam-se, desse modo, não apenas a compreensão da Ciência do Direito, enquanto ramo do conhecimento, mas também o próprio Direito enquanto objeto, em sua tridimensionalidade. É do que cuidam este e os três itens seguintes do presente texto.

Percebe-se uma grande preocupação entre os estudiosos do Direito em demonstrar a *cientificidade* de seu conhecimento. Desprezam-se estudos que não seriam científicos, em prol daqueles que teriam “o rigor da ciência”. O que, porém, se deve entender por ciência?

A palavra “ciência”, por certo, é empregada das mais variadas formas, não havendo um uso “certo”, pois o próprio sentido é definido pelo uso, como ocorre com qualquer palavra. Mas, considerando que as pessoas que a empregam pretendem, com ela, fazer alusão a um conhecimento mais organizado, confiável, sistematizado, que se opõe ao conhecimento do senso comum, é o caso de fazer nova incursão na epistemologia para aferir o que se deve entender, hoje, por ciência.

Atualmente, não há fronteiras claras entre o conhecimento científico e o filosófico, nem entre o científico e o senso comum⁶⁵. Aliás, além de borradas as fronteiras, esses saberes dialogam, não sendo raro que concepções do senso comum sejam examinadas e aprofundadas pela ciência, em vez de serem simplesmente desmentidas por ela. Também não é pouco frequente que cientistas, em uma investigação própria de sua área específica do saber, ocupem-se de temas gerais e fundamentais, que alteram a própria forma de ver o mundo, como foi o caso de Darwin, na biologia, Einstein, na Física, Freud, na psicanálise, e Marx, na Economia, apenas para citar alguns exemplos.

Mas há algo que, apesar de toda a divergência, parece

⁶⁵ O que se entende por senso comum parece ser uma mistura superficial e acrítica de vários saberes específicos. Cf. AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 158-159.

comum nas definições de ciência: seu caráter *não-dogmático*. Se o conhecimento que um ser finito e falível tem de uma realidade cuja abundância impede sua plena cognição está em constante processo de retificação, o conhecimento científico não teria razões para adotar postura diversa desta. Isso, aliás, faz com que se encha de perplexidade o estudioso de outras áreas do conhecimento humano ao ouvir que, no âmbito do Direito, haveria uma “Dogmática Jurídica” que, paradoxalmente, é por muitos considerada a ciência do Direito em sentido estrito⁶⁶.

Quanto às ciências naturais, seu método não é o indutivo, seja porque este é logicamente falacioso⁶⁷, seja porque não é assim que, de fato, os cientistas trabalham, embora eles nem sempre se deem conta disso. O indutivismo pressupõe que o cientista, de forma desinteressada, sem nenhuma influência de quaisquer valores, simplesmente começa a observar a realidade, medindo-a, pesando-a, decompondo-a, esmiuçando seus pormenores em um microscópio etc., sem uma ideia prévia do que poderá descobrir. Depois, tudo visto e documentado, examinam-se os dados, colhem-se as regularidades e enunciam-se

⁶⁶ Para uma análise crítica, veja-se MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica?* Rio de Janeiro: Forense, 2008, *passim*.

⁶⁷ Hume já apontava esses problemas, tendo sido o responsável por acordar Kant de seu “sono dogmático”, como o próprio Kant admite, e assim iniciar a virada epistemológica decorrente da admissão de nossas deficiências cognitivas e da provisoriabilidade do conhecimento correspondente. Popper partiu precisamente dessas ideias para propor o falibilismo, o que inclusive levou Feyerabend a chamá-lo de “mini-Kant”. Cf. FEYERABEND, Paul. *Adeus à razão*. Tradução de Vera Joscelyne. São Paulo: Unesp, 201p. 50. Veja-se, a propósito dos problemas da indução: HUME, David. *An Inquiry Concerning Human Understanding*, New York: C. W. Hendel, Bobbs-Merrill (Library of Liberal Arts), 1748, cap. 4.1; POPPER, Karl. O problema da indução. In: MILLER, David (Org.). *Popper: textos escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 101-115; RESCHER, Nicholas. *Epistemology. An introduction to the theory of knowledge*. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 15-36; CHALMERS, A. F. *O que é ciência afinal?* Tradução de Raul Filker. Brasília: Editora Brasiliense, 1993, p. 23-43; DANCY, Jonathan. *Introducción a la epistemología contemporánea*. Tradução de José Luis Prades Celma. Madrid: Tecnos, 1993, p. 225 e ss.

as *leis da natureza*. Depois disso, as descobertas seriam definitivas, porque “cientificamente comprovadas”.

Não é assim, porém, que trabalha o pesquisador.

Primeiro, porque ele geralmente inicia sua pesquisa a partir de um *problema* a ser resolvido. E, ao aproximar-se da realidade para resolver esse problema, já tem uma resposta para ele, cuja origem – v.g., intuição, senso comum, experiências prévias – não é tão relevante. O que importa é essa resposta sobreviva às experiências, que são posteriores. As experiências podem ratificar a solução inicialmente pensada, ou retificá-la, levando à formulação de outra, em processo semelhante ao círculo hermenêutico gadameriano. As teorias científicas, portanto, antecedem as experiências, que apenas as confirmam (enquanto não são capazes de mostrar sua falsidade), ou refutam, levando à formulação de outras teorias ou à retificação das pré-existentes. Ela, a teoria, não é “desinteressadamente” encontrada depois da investigação. A teoria da relatividade é exemplo do que se está a dizer, pois foi moldada por Albert Einstein em face de intuições, reflexões e cálculos que só muito tempo depois puderam ser empiricamente postos a prova⁶⁸.

Quanto aos valores, e à suposta incompatibilidade das ciências com eles, mesmo nas ciências naturais é equivocado pensar-se que estão ausentes, como se nota da narração feita no parágrafo anterior. A escolha do que será pesquisado – que implica a eleição de uma parcela da realidade em detrimento de todas as outras – é guiada por valores, e os motivos pelos quais ela será pesquisada também. Do contrário, haveria pesquisadores contando a quantidade de grãos de areia existentes em cada praia do litoral cearense, ou calculando a trajetória do milho ao transformar-se em pipoca, dentro de uma panela de aço e pro-

⁶⁸ O mesmo talvez possa ser dito de Freud, tendo a psicanálise por muito tempo sido considerada “não-científica” (pelo próprio Popper), porque impossível de refutação ou falseamento. Essa impossibilidade, porém, decorria da inexistência de meios à época. Com os avanços da neurociência, no início do Século XXI, algumas das afirmações freudianas estão sendo ratificadas, e, outras, retificadas.

curando saber se haveria diferença em relação àquela feita em micro-ondas, ou se a marca da manteiga utilizada teria o condão de alterar essa trajetória. É evidente que se pesquisa *para* alguma coisa. Tenta-se descobrir o modo de reprodução de uma bactéria para tentar barra-lo com o uso de medicamentos, a fim de tratar doenças que por ela sejam causadas, por exemplo. Procura-se entender o funcionamento do corpo humano para trata-lo, operá-lo, ou mesmo feri-lo de maneira mais eficiente. Os valores, em todos esses casos, estão presentes, não se podendo cogitar de mera descrição desinteressada: o interesse está não apenas em descrever, mas em *para quê* descrever e *por que* descrever isto e não aquilo.

Aliás, na própria determinação dos limites da parcela da realidade a ser “descrita” há julgamento e, nessa condição, a influência de valores, como têm mostrado os que se dedicam ao pensamento complexo e à teoria da complexidade. A realidade não possui divisões estanques, sendo, em verdade, gradual a separação entre as partes que a integram. A simplificação é feita pela mente humana, para compreendê-la, simplificação que será tanto maior quanto menos necessário for o aprofundamento nas sutilezas⁶⁹. Perguntas simples o demonstram, como esta: onde está o limite que permite identificar onde começa o corpo de um indivíduo, separando-o do ambiente onde ele está inserido? O que dizer, nesse contexto, das unhas cortadas? De um pouco de sangue perdido em ferimento? E a comida ingerida minutos atrás? O ar inspirado e expirado? Caso a análise se dê não apenas no instante presente, mas no tempo, o indivíduo que hoje se acha na maturidade é a mesma criança de 50 anos atrás? Mesmo que os átomos que o compõem hoje sejam outros, assim como os pensamentos que carrega?⁷⁰ Tais questões mostram que nem mesmo a “mera descrição” de

⁶⁹ Cf., v.g., SHAPIRO, Stewart. *Vagueness in context*. Oxford: Claredon Press, 2006, p. 196 e ss.

⁷⁰ DEEMTER, Kees Van. *Not exactly: In praise of vagueness*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 56.

“quem é João” é simples e dispensa o recurso aos valores. Dependendo de *para que* se estiver precisando da descrição, alguns desses detalhes podem ser relevados ou ignorados, recorrendo-se a aproximações decorrentes de a minúcia ser, *para o fim específico da descrição*, absolutamente desnecessária.

O mesmo se dá com as distâncias. Qual a distância entre São Paulo e Fortaleza? É um número exato? A exatidão, no caso, é buscada somente até onde isso é considerado *necessário*, em um *trade off* entre *precisão* e *praticidade*. Se alguém deseja saber o tempo de viagem de avião, uma estimativa aproximada em quilômetros será suficiente, ainda que com “arredondamentos” que sacrifiquem algumas dezenas deles. Caso a finalidade seja projetar uma estrada, e calcular a quantidade de asfalto, uma precisão maior pode ser exigida. Ainda no âmbito do cálculo das extensões, se se trata de calcular a altura de um bebê para acompanhamento de seu crescimento, ou a espessura de um vidro para a construção de um móvel, precisão consideravelmente maior será necessária⁷¹.

Tais exemplos mostram, por outro ângulo e de outra forma, o quão equivocada é a ideia de que alguém pode “apenas descrever” a realidade, seja ela empírica, social ou cultural. A complexidade desta faz com que a mente humana a simplifique para melhor compreensão, reduzindo ou aumentando essa simplificação conforme a necessidade. Isso envolve, por igual, decisão e valoração. E o curioso é que tais fatos foram mais evidentemente percebidos quando se tratou de “ensinar” máquinas, no âmbito da inteligência artificial, setor que importantes contribuições têm dado à neurociência contemporânea⁷².

⁷¹ DEEMTER, Kees Van. *Not exactly: In praise of vagueness*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 81. Com o propósito de “simplificar” a realidade para então “meramente descrevê-la”, o pesquisador despreza certas parcelas dela realidade, em detrimento de outras, atividade que envolve, como é claro, nítido julgamento, guiado por valores. Veja-se: MORIN, Edgar. *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona: Gedisa, 1998, p. 28.

⁷² Afinal, para lidar com a cognição de uma máquina, é preciso entender como se processa a humana. As evidentiíssimas limitações surgidas da aplicação às máquinas

Em verdade, a maneira factível de fazer com que preferências pessoais e características subjetivas influenciem o menos possível a retidão dos estudos e das afirmações que se fazem a respeito da realidade não é eliminando os valores, ou exigindo que o pesquisador seja neutro, ou “apenas descreva”, o que lhe é impossível. Ele deve tentar fazer com que elementos subjetivos influenciem o mínimo possível sua pesquisa, dentro do que lhe for possível controlar⁷³, mas uma maior objetividade se consegue, na verdade, caso se mantenha a abertura do conhecimento à crítica, de sorte a que outras pessoas, que eventualmente alimentam outros valores e têm outras pré-compreensões, possam criticar as afirmações feitas pela primeira. Esse processo “depura” a ciência⁷⁴.

Referiu-se muito, neste trabalho, o nome de Popper. Isso pode ter levado o leitor a pensar que também o pensamento deste autor tem falhas. Isso é verdade. O falsificacionismo popperiano tem, também, seus problemas, alguns dos quais poderiam ser assim resenhados: *i*) pesquisador nem sempre admite que suas ideias sejam postas a prova, agindo muitas vezes de forma oposta à ingenuamente aludida por Popper; *ii*) se não se tem acesso direto à realidade e não se terá nunca certeza da veracidade de uma teoria, sabendo-se apenas que ela ainda não teve sua falsidade demonstrada, não se pode afirmar que o conhecimento é um processo de infinita aproximação da

das ideias simplistas que se defendiam, até o final do século passado, no âmbito da hermenêutica e da epistemologia, bem demonstram a inadequação de tais ideias, que tampouco correspondem, de fato, a como a mente funciona. Cf. PINKER, Steven. *Como a mente funciona*. 3.ed. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 23-26. Confirmam-se, ainda: DEEMTER, Kees Van. *Not exactly*: In praise of vagueness. Oxford: Oxford University Press, 2010; CHRISTIAN, Brian. *O humano mais humano*. O que a inteligência artificial nos ensina sobre a vida. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

⁷³ HAACK, Susan. *Defending science - within reason: between scientism and cynicism*. New York: Prometheus Books, 2007, p. 173.

⁷⁴ POPPER, Karl. *A lógica das ciências sociais*. Tradução de Estêvão de Rezende Martins. 3.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 28.

verdade. Afinal, como aproximar-se de um ponto que não se sabe onde está?

Quanto ao comportamento do pesquisador, o fato de ele nem sempre se verificar nos termos descritos por Popper não significa que ele não se deva verificar em tais termos. Pode-se entender que Popper reporta-se à forma como a ciência deveria se desenvolver, tendo em vista a forma como a própria mente humana conhece a realidade que a envolve, e não a eventuais distorções que de fato se verificam.

Quanto ao acesso à realidade e à impossibilidade de se conhecer a verdade absoluta, ou, melhor dizendo, de se ter certeza absoluta quanto a se ter, ou não, alcançado a verdade, o que impossibilitaria a “infinita aproximação” a que alude Popper, trata-se de aspecto que pode ser facilmente resolvido com a admissão de que uma teoria não é abandonada sempre que se observam defeitos nela, mas quando se apresenta uma *teoria melhor*, assim entendida aquela menos imperfeita, dotada de menos incongruências, ou que explica um maior número de fenômenos.

Não é o caso, aqui, de aprofundar detalhes da divergência entre Popper e pensadores como Kuhn e Feyerabend, por exemplo, sendo possível concluir, de pontos de convergência entre todos eles, que a ciência não se caracteriza por um método específico, ou por ser apenas descritiva, ou por um “rigor” que não estaria presente em outras formas de saber, mas por seu caráter *crítico e aberto*.

Mesmo a visão de Kuhn de que o conhecimento científico progride por meio de revoluções, intermediadas por períodos de “normalidade”, não corresponde inteiramente à realidade, pois há casos em que um paradigma não supera outro, mas com ele convive (v.g., paradigmas newtoniano, no que tange aos fatos do cotidiano humano, einsteniano, pertinente ao mundo astronômico, e quântico, próprio do mundo sub-atômico). Além disso, é preciso que exista uma realidade objetiva para

além dos paradigmas (ou dos modos de vê-la) para que se possa escolher entre eles, quando se antagonizam. Tampouco é verdade que todos os membros da comunidade científica se comportem na defesa intransigente de paradigmas ultrapassados, havendo aqueles de espírito aberto que assim não se conduzem.

O que ocorre, na verdade, é que o cérebro humano é biologicamente moldado para formar e manter crenças. Ele constrói uma imagem do mundo à sua volta, imperfeita e, por isso, sujeita a contínua retificação, mas esse processo de retificação nem se dá nos moldes descritos por Popper – receptivo ao falseamento –, nem, a rigor, nos indicados por Kuhn, vale dizer, naturalmente avesso ao falseamento. O cérebro, depois de formar uma crença em torno de determinado tema, recebe com *mais abertura* informações que a confirmam, e com *espírito mais fechado* aquelas que a refutam. Leonard Mlodinow explica de forma bastante pitoresca a maneira como isso acontece, em passagem que merece transcrição aqui:

Quais instrumentos nossa mente inconsciente usa para moldar a experiência enevoada e ambígua numa visão distintamente positiva do eu que desejamos ver?

Um dos métodos remete a uma antiga piada sobre um católico, um judeu – os dois brancos – e um negro, todos mortos e se aproximando dos portões do céu. O católico diz: ‘Eu fui um homem bom a vida toda, sofri um bocado de discriminação. O que devo fazer para ir para o céu?’

‘Essa é fácil’, responde Deus. ‘Para entrar no céu você só precisa soletrar uma palavra’.

‘Que palavra?’, pergunta o católico.

‘Deus’, responde o Senhor.

O católico soletra D-E-U-S e entra no céu. Então o judeu se aproxima. Ele também diz: ‘Eu fui um homem bom’. E acrescenta: ‘E não foi fácil, pois tive de lidar com discriminação a vida toda. O que devo fazer para entrar no céu?’

Deus responde: ‘Essa é fácil. Você só precisa soletrar uma palavra’.

‘Qual palavra?’, pergunta o judeu.

‘Deus’, responde o Senhor.

O judeu diz D-E-U-S e também entra no céu. Depois o negro se aproxima e diz que foi legal com todo mundo, mesmo tendo enfrentado muita discriminação por causa da cor da pele.

Deus diz: ‘Não se preocupe, aqui não existe discriminação’.

‘Obrigado’, diz o negro. ‘Então como eu faço para entrar no céu?’

‘Essa é fácil’, responde Deus. ‘Você só precisa soletrar uma palavra!’

‘Qual palavra?’, pergunta o negro.

‘Tchecoslováquia’, responde o Senhor.

O método de discriminação do Senhor é clássico, e nosso cérebro o emprega com frequência: quando uma informação favorável à nossa maneira de ver o mundo tenta entrar pelo portão da nossa mente, nós pedimos para soletrar ‘Deus’; mas quando uma informação desfavorável bate à porta, pedimos para soletrar ‘Tchecoslováquia’.⁷⁵

Claro que, em algumas mentes mais abertas, à maior parte das ideias novas se pode exigir apenas que solebrem Deus. Em outras, mais dogmáticas, o ingresso daquelas que refutam as ideias já estabelecidas pode ser vedado inteiramente, não se lhes dando chance de soletrar nem a mais impronunciável das palavras. Mas o natural é que as coisas se processem como na anedota. E isso faz com que surjam as “escolas” nas quais, em virtude do que Souto Borges chama de “satelitização do conhecimento”⁷⁶, discípulos põem-se todos em torno do mestre a repetir ideias que têm de pronunciar “Deus” para serem por ele bem recebidas e avaliadas, evitando aquelas que possam ser convidadas a soletrar “Tchecoslováquia”, ou, quem sabe, palavras ainda mais difíceis.

De um modo ou de outro, o que até aqui se explicou revela o quão deficiente, do ponto de vista epistemológico, é a postura positivista. Primeiro, porque se pretende meramente

⁷⁵ MLODINOW, Leonard. *Subliminar*. Como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 245.

⁷⁶ BORGES, José Souto Maior. *Ciência Feliz*. Traducción de Juan Carlos Panes Solorzano. Lima: Palestra, 2012, p. 46-47.

descritiva. Daí o nome: examinar o que está posto, tal como é, e não como poderia ou deveria ser, pois para se saber como as coisas “deveriam ser” é preciso lidar com valores, algo incompatível com o “rigor científico”. Daí a aversão a toda a metafísica. Segundo, porque é reducionista: o objeto de estudo é por ela mutilado, não tanto pelo processo de simplificação da realidade, complexa e abundante, mas especialmente pela recusa em perceber o aspecto decisório desse processo de redução da complexidade do real⁷⁷, e notar o caráter inafastável do estudo dos valores, até porque, no caso do Direito, este os tem como fundamento e finalidade. E, terceiro, porque é normativa: embora diga que pretende apenas descrever a realidade, sendo isso o que a caracteriza como ciência, em verdade prescreve como a realidade deve ser descrita, para ser considerada científica a descrição.

Por isso a crítica segundo a qual a proposta positivista de afastar a metafísica é, ela própria, metafísica. O desejo de objetividade, certeza e segurança que guia o teórico positivista é metafísico e não meramente descritivo. Realmente, a proposta positivista incorre em uma contradição marcante em suas premissas. Ao afirmar que o cientista do Direito *deve* apenas descrevê-lo, em nome da objetividade, da segurança e da certeza daí decorrentes, faz uma opção, calcada em critérios suprassensíveis ou metafísicos, em face da qual, relativamente ao seu objeto – o trabalho do cientista – *não é* meramente descritiva. Tem inteira procedência, portanto, a crítica de Humberto Ávila, de que a Epistemologia do Direito Tributário no Brasil, pelo menos na vertente por ele examinada, é normativa⁷⁸.

⁷⁷ O estudioso decide o que considerar e o que desprezar, no processo de simplificação, o que evidentemente envolve, como toda decisão, julgamento calcado em valores, metas, objetivos ou fins a serem atingidos. Cf., v.g., DEEMTER, Kees Van. *Not exactly: In praise of vagueness*. Oxford: Oxford University Press, 2010, *passim*; MITCHELL, Melanie. *Complexity – A guided tour*. Oxford: Oxford University Press, 2009, *passim*; MORIN, Edgar. *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona: Gedisa, 1998. Caps. 1 e 2, p. 27-84.

⁷⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. Função da Ciência do Direito Tributário: do for-

Na verdade, é curioso que o pesquisador que se ocupa das chamadas ciências sociais seja tão preocupado com a “cientificidade” de seu trabalho, preocupação que não parece estar presente no cotidiano do físico, do químico ou do biólogo. Estes simplesmente pesquisam, e quem quiser que classifique seu trabalho de científico ou não. Essa preocupação, talvez decorrente do fato de essas ciências terem experimentado grandes avanços nos últimos tempos⁷⁹, tem feito os cientistas sociais (inclusive o “do direito”) tentar imitá-las “do jeito errado”⁸⁰.

Na verdade, como será explicado nos itens abaixo, o trabalho do estudioso do Direito envolve a interpretação de textos *normativos*, e de outros aspectos, axiológicos e factuais, a serem considerados de forma holística e, insista-se, falibilista, sendo isso o que deve caracterizar a postura do cientista, agindo-se, aqui, de forma abertamente normativa. Se está, sim, dizendo que o cientista *deve agir* de forma falibilista, porque essa é a maneira que melhor concilia a pesquisa com a forma como o cérebro humano funciona, e com os progressos que se esperam na produção do conhecimento, além de permitir uma depuração da possível interferência negativa dos valores do pesquisador no resultado de sua pesquisa. Essa proposta parece incompatível com o modelo de ciência geralmente defendido no âmbito do Direito Tributário no Brasil, seja qual for a abrangência que se der à palavra “texto”.

5. COGNIÇÃO E ATRIBUIÇÃO DE SENTIDO A TEXTOS NORMATIVOS

malismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual* n. 29. São Paulo: Dialética, 2013. p. 181-204.

⁷⁹ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 9. ed., São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 204.

⁸⁰ HAACK, Susan. *Defending science - within reason: between scientism and cynicism*. New York: Prometheus Books, 2007, p. 174; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica?* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 43.

Na sequência do que se disse ao cabo do item anterior, é o caso de mencionar a discussão relativa ao caráter “descritivo” ou “criador” da atividade do intérprete/aplicador de normas jurídicas, bem como do que se ocupa do estudo do fenômeno jurídico como um todo. Defendendo-se da imputação de que sua concepção de ciência seria “meramente descritiva”⁸¹, Paulo de Barros Carvalho observa que, para ele, a descrição feita pelo cientista do Direito é de natureza diversa, que implicaria a atribuição de sentido aos textos normativos pelo intérprete. Isso seria admitido não apenas por ele, mas, de forma expressa, por Lourival Vilanova, o que teria sido percebido caso se houvesse dedicado um pouco mais de atenção aos seus textos.⁸²

O caso, porém, não parece ser de análise de trechos isolados ou de toda a obra, ou de maior ou menor atenção ou paciência, mas do destaque de uma contradição, que Humberto Ávila apontou e Paulo de Barros, ao respondê-lo, talvez tenha até mesmo acentuado. É precisamente por conta do papel (re)construtor do intérprete, que atribui sentido aos textos, que não se pode afirmar que sua tarefa é meramente descritiva. Há, na verdade, criação, e o fato de essa criação partir de critérios prévios, destinados a tornar possível a própria comunicação, não a transforma em descrição, a menos que a essa palavra se atribua significado oposto ao que lhe é próprio em todas as vezes em que anteriormente empregada.

Mas não vale a pena insistir na questão de saber se para este ou aquele autor a ciência seria ou não seria meramente descritiva, ou se o intérprete teria ou não teria papel criador. Afinal, o que importa não é saber se o intérprete cria, o que todos parecem, de algum modo, admitir, mas se a ciência que

⁸¹ Feita por ÁVILA, Humberto Bergmann. Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual* n. 29. São Paulo: Dialética, 2013, p. 181-204.

⁸² Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. Breves considerações sobre a função descritiva da Ciência do Direito Tributário. *Consultor jurídico* de 1 de outubro de 2013. www.conjur.com.br.

cuida da sua atuação é hábil para explicar como essa criação acontece, e quais limites deve observar.

Na verdade, que o intérprete “cria”, de algum modo, admitem os autores positivistas em geral, sendo um dos poucos pontos em comum às várias vertentes do positivismo a admisão do chamado “discricionarismo” do intérprete. Kelsen, como se sabe, admite que o sentido do texto normativo somente à luz do caso concreto seria determinado pelo intérprete, a partir de um quadro ou moldura de significados possíveis⁸³. Reconhece, pois, a relevância do contexto, do caso concreto, e a interferência de valores, ideologias etc. Nesse ponto, aliás, sua teoria representa um avanço, pois rompe com a tradição que entendia possível, com a mera aplicação dos métodos “clássicos” de Savigny, atribuir sentido aos textos normativos “em tese”, independentemente de um caso concreto, ainda que imaginário, ao qual sejam aplicáveis as normas correspondentes, as quais seriam, depois de interpretadas, posteriormente “aplicadas” aos fatos que indistintamente sob as hipóteses nas previstas se subsumissem. Dessa forma, admitir a criação do intérprete e afirmar o caráter descritivo da ciência são duas ações cuja contraditoriedade é evitada por meio do afastamento dessa criação do âmbito dos estudos de quem pretende fazer “ciência”. Daí a crítica de Ávila, de que a postura é reducionista e insuficiente para a compreensão do fenômeno jurídico em sua totalidade.

Esse é o ponto. Para Kelsen, a ciência, exatamente por ser meramente descritiva, e alheia a quaisquer questões metafísicas, somente poderia fornecer ao intérprete dos textos normativos um quadro ou moldura de significados possíveis. A escolha de um deles, por sua vez, embora reconhecidamente um ato de criação do intérprete (algo que ele, até para manter fiel a “descrição” da atividade desse intérprete, Kelsen não poderia

⁸³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 390.

negar), seria guiada por critérios “não-científicos”, e, por isso mesmo, não estudados pela Teoria Pura do Direito, ou por qualquer outra teoria do Direito que pretendesse ostentar o rótulo de “científica”. Daí a crítica, feita por Karl Larenz, bem parecida, neste ponto, à dirigida por Humberto Ávila a parte dos que fazem a ciência do Direito Tributário no Brasil: a pretexto de lavar a criança, ela é jogada fora com a água do banho⁸⁴.

Na verdade, se se admitir que o sentido dos textos é determinado à luz do contexto em que utilizados, parece impositivo que:

i) existe algo que não é texto, pelo menos quando se cogita da interpretação de um texto específico. Do contrário, sequer haveria como separar o que será interpretado de todo o resto da realidade;

ii) esse algo, que não é o texto normativo a ser interpretado (v.g., fatos, valores, fins etc.), não é objeto de estudo de uma ciência que se limita a descrever o sentido que os textos *normativos* podem ter. É exatamente o que faz a Teoria Pura do Direito quando admite ser a ciência hábil a fornecer ao intérprete apenas um quadro ou moldura de significados possíveis, abrindo mão de examinar os critérios que orientam a escolha de um deles pelo intérprete, exatamente porque essa análise não seria “científica”.

Recorde-se que as palavras não têm um sentido dado pela natureza, de forma prévia ao homem. Seu sentido é construído no âmbito dos chamados “jogos de linguagem”: aprendemos o sentido participando dos contextos em que elas são usadas. A criança aprende a falar observando e ouvindo a fala dos adultos. Embora existam critérios e parâmetros prévios, sem os quais a própria comunicação seria inviável, o sentido de cada palavra é atribuído por quem a ouve, sempre à luz do contexto

⁸⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 107.

de sua utilização, sendo certo que a própria utilização da palavra, aos poucos, vai servindo de parâmetros para usos futuros, em modificação dos pré-existentes, sendo essa a explicação da evolução na vida das palavras, que nascem, crescem, se modificam, às vezes migram, e morrem.

Por isso, é muito difícil para uma ciência “descrever textos normativos”, mesmo que essa descrição seja uma “construção” condicionada por fatores econômicos, sócio-políticos, históricos etc., se esses fatores não são, também eles, objeto de análise. E mais: a descrição deve levar em conta, ainda, os possíveis contextos em que os textos a serem interpretados aparecem, e a ignorância desses contextos, ou a recusa em considerá-los, torna inviável a descrição, ou obscurece grande parte do processo de “construção”, dificultando um controle intersubjetivo indispensável a que a atividade possa ser falseada e, nessa condição, se possa considerar “científica”, caso a essa palavra se atribua sentido um tanto mais atual. Por outras palavras, os tais aspectos axiológicos, históricos, políticos, ideológicos etc. estarão subjacentes à “descrição/atribuição de sentido”, mas serão ignorados pela ciência correspondente.

Tais críticas, observe-se, são feitas a partir precisamente do marco teórico do giro linguístico. Wittgenstein, quando se reporta aos jogos de linguagem, é bastante claro ao fazer alusão ao contexto ou à circunstância em que a palavra é utilizada, como determinando do sentido a ser a ela atribuído. Se por um lado Wittgenstein “afasta a objetividade (ou o representacionismo), há uma intersubjetividade que evita o arbítrio.”⁸⁵ Essa intersubjetividade consiste em como os que participam de um diálogo usam as palavras e com elas pretendem designar parcelas da realidade (bola, rio, galinha) ou desempenhar ações (prometo, peço desculpas, juro...). Há convenções específicas

⁸⁵ MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Competência tributária: entre a rigidez do sistema e a atualização interpretativa*. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2013, p. 73.

que determinam como essas palavras devem ser utilizadas para terem este ou aquele sentido, mas somente o caso concreto permitirá aos agentes racionais que participam do diálogo, à luz de tais regras, atribuir sentido, sendo que as próprias regras se podem modificar, a depender do contexto e da *intencionalidade partilhada* pelos agentes, em razão dos já mencionados *neurônios espelho*. Não se trata, portanto, apenas de levar em conta preconceitos, ideologias ou aspectos históricos, mas a própria realidade factual subjacente ao texto. Ou, se se quiser insistir na tese de que tudo é texto, os textos não-normativos (v.g., relatos sobre fatos) subjacentes aos textos normativos.

Um exemplo pode ilustrar o que se está a dizer aqui. Imagine-se o texto “é proibido o uso de biquínis”. Não há como “descrever” o sentido a ser atribuído a ele, se não se estiver diante, também, de um contexto, real ou imaginário. Se o texto é colocado à porta de uma igreja, supõe-se que exige o uso de vestimenta que cubra *mais* que um biquíni. Se, porém, o mesmo texto, talvez até a mesmo letreiro plástico, for afixado à entrada de uma praia de nudismo, o que será considerado como exigido é o uso de *nenhuma* vestimenta, de sorte a que todo o corpo de quem ali adentra esteja descoberto. Proposições opostas, atribuídas ao mesmo texto normativo, em função de um diferente contexto em que empregado, o que evidencia a necessidade de também se estudarem os contextos, dentre muitas outras coisas, para que se possa adequadamente teorizar em torno da atribuição de sentido aos textos e se possam submeter à crítica intersubjetiva essas interpretações.

Não há, portanto, como “descrever” o tal texto, sem atenção, também, ao contexto em que utilizado. E se a ciência despreza esse contexto, tido por “não-científico”, ou passível de estudo por “outras ciências”, atentando-se apenas aos textos normativos, evidentemente ela terá grandes dificuldades em determinar-lhes o sentido. Essa determinação ocorrerá, por certo, mas desacompanhada das razões ou dos fundamentos de

por que esta e não aquela interpretação foi considerada a mais adequada, o que lhe confere caráter dogmático, precisamente o contrário do que se espera de um discurso científico. A forma como se trata o tema da prova, no contexto positivista, é uma demonstração disso, assunto que será tratado mais adiante neste ensaio.

Registre-se, a esse respeito, que essa – a maneira como se atribuem sentido às palavras – é área na qual a neurociência tem feito avanços notáveis, em parte retificando, em parte ratiificando o que filósofos da linguagem intuíram há algumas décadas ou mesmo séculos. Como já referido, as palavras, escritas ou faladas, evocam a memória. O cérebro está constantemente a simular (reconstruindo internamente) a realidade que *atualmente* está ao seu redor, e a memória é uma forma de *reconstruir* essa realidade, relativamente ao passado, da mesma forma como se reconstroem sensações a partir de palavras que as evocam. Memória e linguagem permitem simulações análogas às atuais, alimentadas pelos sentidos, das quais se diferenciam apenas pela intensidade. Daí porque a lembrança de um evento triste muitas vezes nos faz vivê-lo novamente, experimentando as mesmas sensações.

Atribuir sentido, nessa ordem de ideias, não é “descrever”, mas “recriar”, sentindo de novo o que foi sentido anteriormente diante da realidade aludida pela palavra de cuja interpretação se cogita, ou da lembrança guardada na memória. Quando se lê um texto, faz-se uma “simulação mental” da situação lida, o que explica a sensação, naqueles habituados à leitura, de estar assistindo a um filme enquanto lêem um bom romance. Aliás, esclarece-se com isso, ainda, o motivo pelo qual a leitura de um livro é sempre mais rica e necessariamente diferente da experiência vivida quando se assiste ao filme inspirado no mesmo livro.

Tanto o sentido é atribuído por meio de simulações mentais, ou (re)simulações mentais, que mesmo para aludir a reali-

dades abstratas faz-se uso de metáforas com objetos do mundo físico, de modo a permitir a aludida *embodied simulation*: é o caso de quando se fala de “recorte da hipótese de incidência”, de “pirâmide escalonada de normas”, da expulsão de uma norma inválida, da “entrada” de fatos no mundo jurídico, ou do “preenchimento” de lacunas, apenas para aludir a alguns exemplos.

Isso revela, no que mais de perto interessa aos propósitos deste artigo, que não se pode equiparar *pensamento e linguagem*. A consciência é formada por um *fluxo* de sensações atuais, que permitem uma *simulação interna* da realidade corporal (v.g. se o sujeito está com fome) e do ambiente circundante (o que se vê, ouve, cheira, saboreia e toca no momento), aliada à memória, que permite tais simulações relativamente a realidades passadas, e à linguagem, que permite que se construam simulações de realidades não imediatamente vividas e se partilhem essas sensações⁸⁶. Mas a linguagem não se confunde com as sensações, as quais podemos experimentar, também, independentemente dela, ainda que sem ela não consigamos *expressar* para outros o que sentimos. Daí a frase de Sancho, já antes referida neste texto, segundo a qual existem coisas *que melhor se sentem do que se explicam*.

Mas, independentemente disso, há, no que tange à atribuição de sentido aos textos normativos, outro aspecto da maior relevância, que uma Teoria da Ciência Jurídica não pode

⁸⁶ Não é razoável supor que o processo de seleção natural criaria estrutura inteiramente nova, para desempenhar algo que outra pré-existente, com alguns ajustes, poderia fazer. É o caso da consciência e da comunicação, que se valem de estruturas pré-existentes, até então hábeis para simular a realidade imediatamente à frente do animal correspondente, e que apenas passaram a ser usadas para simular, também, realidades passadas, ou criadas a partir da decomposição e da posterior junção de partes de experiências passadas, que nos permitem, por exemplo, imaginar um *porco voador*, mesmo sem nunca ter visto um. Cf. BERGEN, Benjamin K. *Louder than words: the new science of how the mind makes meaning*. New York: Basic Books, 2012, p. 48. – evolução usa estruturas que já existem para fazer coisas novas – não faria sentido ser diverso. Já temos estruturas para ver, ouvir, cheirar etc., e usamos essas estruturas para lembrar / simular esses cheiros etc.

desprezar. Trata-se da aplicação do raciocínio falibilista a esse processo.

O sentido de um texto normativo, já se disse, é determinado à luz do contexto. Esse contexto, entre outras variáveis, é que permitirá ao intérprete atribuir sentido ao texto. É o caso de lembrar o exemplo do mesmo texto proibitivo do uso de certos trajes, posto à frente de uma igreja ou de uma praia de nudismo. Mesmo em tese, só é possível atribuir sentido a um texto normativo imaginando exemplos hipotéticos aos quais ele seria aplicável. Mas não só. É preciso cotejar o texto de cuja interpretação se cogita com outras normas pertinentes ao assunto, e considerar os valores ou fins a serem por meio delas perseguidos. Só quando todo esse trabalho estiver concluído será possível atribuir o sentido do texto, *all things considered*.

Nesse ponto, alguém pode afirmar que não existe um sentido correto, pelo que sempre mais de um seriam admissíveis e igualmente corretos. É o que fazem, já se disse, os positivistas normativistas em geral, porque se opõem ao estudo científico dos fatores que orientam essa decisão. Mas se pode dizer, em oposição a essa ideia, que uma solução correta existe, e pode ser buscada. Alguém que conseguisse conhecer todos os fatores relevantes à determinação do sentido (um juiz Hércules, na visão de Dworkin) poderia, sim, apontar o sentido correto. Como não há entre nós nenhum Hércules, não podemos saber se a interpretação que fornecemos ao texto é a correta, mas podemos seguir tentando, dentro da mesma lógica do falibilismo aplicado às ciências naturais: quem defende determinada interpretação deve fornecer as razões para ela (sistemáticas, factuais, axiológicas etc.), as quais podem ser falseadas por quem pretender defender interpretação diversa. Esse falseamento pode acontecer tanto com o questionamento da pertinência das razões apresentadas, como com o oferecimento de *novas razões* que modificam a forma como aquelas devem ser vistas.

Isso, aliás, não vale apenas para textos normativos, mas

para quaisquer textos. Suponha-se, por exemplo, que algumas universitárias resolvem organizar uma pequena festa, e uma recomenda à outra que convide alguns solteiros. Diante dessa recomendação, e da definição de solteiro constante do dicionário como sendo o homem que não é casado, poderia surgir alguma dúvida sobre a subsunção das seguintes pessoas à regra:

(a) um senhor de 97 anos, que nunca se casou;

(b) um jovem homossexual de 23 anos;

(c) um rapaz de 25 anos que não está casado, mas namora há 5 com a mesma colega de faculdade.

Os três homens referidos acima são, de algum modo, solteiros, mas se forem convidados talvez dêem motivo para que se diga que a colega que os convidou *não entendeu a mensagem*. Talvez seja por isso que Perelman afirma que a clareza de um texto normativo, considerado “em tese”, decorre em verdade da falta de imaginação de quem o interpreta para pensar em hipóteses em que sua interpretação/aplicação seria problemática⁸⁷. Com imaginação, realmente, faz-se possível pensar em situações nas quais o seu sentido pode não ser tão claro. E o raciocínio falibilista consiste, precisamente, em determinar um sentido em um primeiro momento, mas deixa-lo sujeito a possíveis refutações, que podem estar calcadas em elementos (normativos, fáticos ou axiológicos) que não haviam sido inicialmente pensados quando da primeira interpretação. Seria o caso, nos três exemplos acima narrados, caso se soubesse primeiro que são três homens não casados (o que, *a priori*, os subsumiria à recomendação de “convidar solteiros”), mas *depois* se constatasse que a idade, a orientação sexual ou a existência de um compromisso ainda não formalizado poderiam inviabilizar a intenção de quem recomendou a feitura do convite. Essa constatação posterior *falsearia* a interpretação inicial que os consideraria “convidáveis”.

⁸⁷ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 51.

E até seria possível – sempre será possível, dentro de uma lógica falibilista – surgirem novos argumentos que infirmassem estes. Seria o caso de alguém que aludisse à inaudita vitalidade e à jovialidade do senhor de 97 anos, ou ao recente rompimento do namoro daquele que há 5 anos se relacionava com uma colega, ou ainda à falsidade ou à irrelevância da imputação de homossexualidade ao rapaz de 23 anos, por exemplo⁸⁸.

6. COGNIÇÃO E DETERMINAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO SUPORTE FÁTICO DAS NORMAS JURÍDICAS

As noções de epistemologia resenhadas nos itens anteriores permitem que se extraiam consequências práticas relevantes, também, no âmbito probatório, na determinação da ocorrência dos fatos relevantes à incidência das normas jurídicas. Afinal, o problema relacionado à cognição da realidade e à veracidade das afirmações feitas em torno dela é central à determinação, no processo, da ocorrência do suporte fático das normas a serem por meio dele aplicadas. No item anterior, cuidou-se da influência desses fatos, então tidos por incontroversos, na própria atribuição de sentido aos textos normativos. Aqui, trata-se da cognição em torno de sua ocorrência, a fim de que se possa aferir a veracidade de relatos feitos a seu respeito, quando controversos.

Esse é um tema que, com raras exceções, tem merecido pouca atenção por parte dos estudiosos do Direito. Dedicase bastante esforço à interpretação de textos normativos, ao seu sentido e alcance, mas pouco a como se determina a ocorrência dos fatos sobre os quais incidem as normas correspondentes. O assunto é geralmente tratado em curtos capítulos de manuais,

⁸⁸ Para outras aplicações do raciocínio falibilista no âmbito jurídico, veja-se PRAK-KEN, Henry; SARTOR, Giovanni. *The three faces of defeasibility in the law*. In: <http://www.cs.uu.nl/groups/IS/archive/henry/ratiojuris03.pdf>

que se dedicam mais ao exame da legislação processual correspondente, ao número de testemunhas que pode ser arrolada por cada parte etc., pouco tratando da questão da verdade e dos reflexos da imperfeição cognitiva humana em sua determinação no processo⁸⁹.

Não é o propósito deste texto, que já assume extensão maior que a desejável a um artigo, aprofundar tais questões fático-probatórias⁹⁰. O assunto é referido aqui apenas para destacar outra deficiência da visão segundo a qual, como tudo é linguagem, a realidade empírica é irrelevante se não transformada em linguagem competente⁹¹, sendo a verdade apenas um relato vencedor. A busca pela verdade dos fatos é essencial ao processo, e o direito de produzir provas e vê-las apreciadas pelo magistrado decorre do próprio direito à jurisdição⁹². Como lembra Taruffo, algumas obviedades precisam ser ditas, e uma delas é essa: nenhuma decisão aplica corretamente a norma sobre fatos errados⁹³.

De rigor, o raciocínio falibilista e a forma como ele enfrenta o chamado Trilema da Münchhausen, aspectos mencionados várias vezes ao longo do presente texto, são muito úteis para explicar diversos pontos da atividade de determinação da verdade quanto aos fatos relevantes para a incidência das normas jurídicas. Como não é possível alcançar a certeza absoluta

⁸⁹ Há, naturalmente, exceções, que não só aprofundam a temática da prova como o fazem com amparo em reflexões epistemológicas mais profundas. É o caso, por exemplo, de Michele Taruffo e Susan Haack, e, no Brasil, de Marcelo Lima Guerra, autores cujas obras foram referidas em notas anteriores.

⁹⁰ A esse respeito, confira-se, v.g., MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *A prova em questões tributárias*. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁹¹ A expressão “linguagem competente” confirma a afirmação, feita itens atrás, de que existem níveis ou graus de institucionalização, em face dos quais se pode falar que algo não é linguístico *naquele grau*. Com efeito, se há a linguagem competente, há também aquela que, conquanto seja também linguagem, não é competente.

⁹² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 3.ed. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2009, p. 86.

⁹³ TARUFFO, Michele *La semplice verità*. Il giudice e la costruzione dei fatti. Roma: Laterza, 2009, p. 113 e ss.

quanto à veracidade de uma afirmação, porque nosso acesso à realidade é precário, mas se considera possível presumir verdadeira uma afirmação até que nos convençamos do contrário, o que se exige de quem deseja demonstrar essa veracidade a respeito de uma afirmação sobre um fato controvertida é que o faça, vale dizer, demonstre *além da dúvida razoável* que o fato alegado ocorreu. Não se exige a certeza absoluta, porque ela é inalcançável⁹⁴, mas que se afastem as objeções razoáveis que à ocorrência do fato poderiam ser levantadas. Obtida a certeza razoável, inverte-se o ônus argumentativo e probatório, cabendo a quem desejar impugnar a ocorrência do aludido fato demonstrar que as provas obtidas em contrário são impertinentes, insuficientes ou de qualquer outra forma inábeis a conduzir à conclusão desejada.

É isso o que explica, por exemplo, a regra geral segundo a qual o ônus da prova cabe a quem alega a ocorrência de um fato, e não a quem o nega. Mesmo depois de obtida essa certeza razoável, porém, quem nega pode impugnar as provas produzidas por quem alega, ou demonstrar a ocorrência de fatos incompatíveis com aquele que pretende negar⁹⁵. Se a certeza obtida com as provas juntadas pelo autor, e a priori suficientes, fosse “absoluta”, seria inócuo ou em vão qualquer esforço do réu em refutá-las.

⁹⁴ Dinamarco observa que se considera “cumprido o *ônus probandi* quando a instrução processual houver chegado à demonstração razoável da existência do fato, sem os extremos da certeza absoluta que muito dificilmente se atingirá. A certeza, em termos absolutos, não é requisito para julgar.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. III, p. 81) Na verdade, porém, a certeza absoluta não é muito difícil. Ela é inalcançável, e por isso não é exigida. O que existem são certezas mais fortes e menos fortes, calçadas em presunções mais plausíveis ou menos plausíveis.

⁹⁵ RESCHER, Nicholas. *Presumption and the Practices of Tentative Cognition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 20. Sobre a divisão do ônus argumentativo e probatório em face de um raciocínio falibilista, veja-se, ainda: PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. *More on presumptions and burdens of proof*. EUI Working Papers LAW 2008/80, disponível *online* em <http://ssrn.com/abstract=1317348>, acesso em 12/4/2013.

Semelhantes consequências se projetam sobre o dever do magistrado de fundamentar a decisão correspondente. A justificação de uma decisão não deve consistir apenas na apresentação dos motivos referentes às normas aplicadas, ou ao motivo pelo quais o juiz atribui aos textos estes e não aqueles sentidos. A demonstrar o quão indissociáveis são *normas* e *fatos*, o que torna mutilado um estudo que se preocupe apenas com as primeiras, o juiz deve igualmente justificar o motivo pelo qual considera relevantes estes e não aqueles fatos. E mais: deve indicar por que, quando controversos, considera ocorridos certos fatos, e não outros.

Essa fundamentação não deve ser vista como uma descrição dos processos mentais havidos na cabeça do julgador (os quais somente ele conhece, ou acha que conhece, e ainda assim apenas às vezes), nem como uma tentativa de *persuadir* terceiros da veracidade da versão dos fatos ali acolhida⁹⁶. Deve ser, isso sim, a apresentação de razões que sustentam ou confirmam a conclusão do julgador, e que são aptas, em tese, a conduzir terceiros à mesma conclusão, ou a permitir a estes apontar falhas e impugnar assim a respectiva conclusão. Como nota Marcelo Lima Guerra, a fundamentação deve conter a “justificativa da aceitação como verdadeira de uma das alegações controvertidas sobre fato relevante”⁹⁷. Deve o julgador indicar os motivos pelos quais considera que um documento, um relato de testemunha, um laudo pericial etc., são por ele considerados como justificativa para a afirmação de que a versão dos fatos acolhida na sentença é tida por verdadeira. Deve o julgador, porém, com igual ou até maior intensidade, indicar os motivos pelos quais reputa que um documento, um relato de testemunha, etc. *não devem ser* considerados como justificativa para a afirmação, feita pela parte vencida, de que a versão dos fatos

⁹⁶ TARUFFO, Michele. *La semplice verità*. Il giudice e la costruzione dei fatti. Roma: Laterza, 2009, p. 244.

⁹⁷ GUERRA, Marcelo Lima. *Op. Cit.*, p. 7746.

tida por ele como falsa ocorreu.

Não é lícito ao magistrado, naturalmente, invocar seu “livre convencimento” e apenas descrever rapidamente alguns elementos constantes do processo para em seguida indicar a versão dos fatos por ele acolhida: é preciso que indique por que desacolhe as outras, e por que os meios de prova que embasariam essas outras – e desautorizariam a por ele acolhida – não são considerados como tendo esse efeito ou resultado.

Por outras palavras, o magistrado não deve indicar na sentença apenas os elementos que conduzem à conclusão a que chegou, omitindo os que constam dos autos e eventualmente são incompatíveis com ela. Isso até pode ser feito pelo advogado, mas não pelo juiz, ao motivar sua decisão, ocasião na qual deve dar até mais atenção aos elementos que aparentemente seriam contrários às suas conclusões, explicando por que não o são.⁹⁸

Exemplificando, se nos autos alguns meios de prova geram a presunção de que o contribuinte omitiu rendimentos, enquanto outros geram a presunção de que ele não omitiu, o magistrado deve examiná-los todos, dando especial atenção àqueles que conduzem a conclusão contrária àquela por ele acolhida na sentença. Se considera que houve omissão de rendimentos, mas o perito afirmou que não houve, o magistrado deve apontar as razões pelas quais considera que o laudo está equivocado. Evidentemente, não será uma “fundamentação”, nesse caso, a mera referência art. 436 do CPC⁹⁹ e aos meios de prova (v.g., cópia do auto de infração) que conduzem a conclusão diferente, dizendo que “prefere” esses outros. É preciso dizer por que o laudo é tido por equivocado, ou, por outros termos, por que se deu preferência aos outros meios de prova que apontam em sentido contrário.

⁹⁸ TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009, p. 243.

⁹⁹ “Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.”

7. COGNIÇÃO E VALORES MORAIS

Finalmente, outro campo no qual a epistemologia pode dar importantes contribuições ao estudo do Direito diz respeito aos valores, os quais, por não serem físicos, são geralmente afastados ou ignorados por aproximações de cunho positivista.

Seria o caso de indagar, de início, se o conhecimento científico poderia se ocupar deles, ou se deixar influenciar por eles. A ciência positivista do Direito Tributário, por afastar os valores de suas considerações, reduz consideravelmente o seu objeto, chegando mesmo a mutilá-lo, no caso do Direito, pois as normas são editadas para realizar valores, os quais, se conhecidos e estudados, podem auxiliar na compreensão dos textos a partir dos quais se reconstroem normas.

Parece inevitável que os valores influenciem a ciência, mesmo que esta se pretenda meramente descritiva. Como se afirmou antes, há valores subjacentes à decisão sobre *o que será descrito*. E sobre *por que* essa descrição será feita. Descreve-se para alguma coisa, ou para resolver ou equacionar um problema. Ou seja, para alterar a realidade descrita. Pesquisa-se a resistência de certos materiais, ou o comportamento de certos corpos deslocando-se com velocidade em uma massa de ar, para produzirem-se aviões mais leves, resistentes e econômicos, por exemplo. Nisso há valor, como em tudo o que faz o ser humano¹⁰⁰.

Mas não se cogita, aqui, da influência dos valores na pesquisa, assunto já examinado em item anterior deste trabalho. Cogita-se, mesmo, dos valores como objeto da pesquisa, seja ela científica ou filosófica. É possível estudar valores morais, construindo um conhecimento em torno deles dotado de uma mínima objetividade, ou, mais propriamente, intersubjetiva-

¹⁰⁰ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 108 e ss.

de?

No caso de princípios, e especialmente de princípios jurídicos, poder-se-ia dizer, em defesa da “cientificidade” de seu estudo em moldes positivistas, que não se trata de valores subjetivos, mas objetivos, na medida em que positivados na ordem jurídica por meio de normas que determinam sua promoção. Mas, de qualquer modo, se determinado texto determina a promoção de certos valores ou finalidades, não há como compreendê-los deitando fora da análise “científica” o estudo dos valores de cuja promoção se cogita, sob pena de incorrer-se em contradição.

É preciso notar, primeiro, que o estudo dos valores, ou do que se considera “certo” e “errado”, não é assim tão subjetivo quanto parece. Tanto que as pessoas apresentam *razões* para defender seus pontos de vista, relativamente a assuntos morais, o que não acontece no que tange ao gosto pessoal, como saber se sorvete de morango é melhor que de chocolate, por exemplo¹⁰¹.

Por outro lado, hoje já se considera que a moral, ou o sentimento de certo e errado, correto e incorreto, tem fundamento natural, evolutivo. Sentimentos morais são verificados em vários outros mamíferos gregários, como lobos, golfinhos, e primatas¹⁰², havendo entre estes últimos inclusive organizações sociais e políticas semelhantes às humanas. Isso mostra que a existência de normas a disciplinar uma sociedade não é “criação do capitalismo”, como entendem alguns partidários de uma visão marxista e demasiadamente simplista do Direito¹⁰³, bem como não é algo cuja razão de ser seja meramente “meta-

¹⁰¹ BENN, Piers. *Ethics*. London: UCL Press, 1998, p. 5

¹⁰² WAAL, Frans de. *The age of empathy*. Nature's lessons for a kinder society. New York: Harmony Books, 2009, *passim*.

¹⁰³ Sobre a cômica postura de certos fanáticos de atribuírem a causa de todos os males a uma mesma fonte (o Satanás, ou o Capitalismo, para ficar só em dois exemplos), ainda que sem relação causal alguma que o justifique, confira-se: POPPER, Karl. *A lógica das ciências sociais*. Tradução de Estêvão de Rezende Martins. 3.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 93.

física”.

Não se está, com isso, defendendo que, porque os valores morais *são* decorrentes da seleção natural, eles *devem ser* prestigiados e defendidos. Isso seria incorrer na “falácia naturalista” denunciada por David Hume¹⁰⁴. Até porque há características do ser humano, também moldadas pela seleção natural, que às vezes desejamos suprimir ou pelo menos desatender, como ocorre quando criamos normas jurídicas ou mesmo morais que nos impedem de ceder a certas tentações ou impulsos, notadamente no âmbito sexual. Mas compreender a origem desses julgamentos morais, pelo menos, afasta a ideia de que eles não seriam passíveis de análise “científica”, por serem “metafísicos”.

Calha lembrar, a propósito, que todo grande sistema de filosofia moral parte, primeiro, de uma concepção de ser humano. É um indivíduo que vive em busca do prazer e evitando a dor, ou um ser que escolhe seus próprios fins e por isso não pode ser tratado como meio, por exemplo, premissas que serviram para a construção da ética utilitarista, no primeiro caso, e, em oposição a esta, da kantiana, no segundo. A neurociência, atualmente, tem dado notáveis contribuições à compreensão do cérebro, que é, de resto, o que caracteriza o animal humano enquanto tal, diferenciando-o dos demais animais e determinando o seu “ser”. Suas descobertas não podem ser desprezadas, portanto, se se pretende entender a origem e as especificidades dos sentimentos morais. Em face delas, gradualmente se faz possível o estabelecimento das bases de um sistema moral, as quais não deveriam ser afastadas sob a consideração de que seriam “metafísicas”. Pessoas que sofrem lesões cerebrais que as privam de emoções, por exemplo, tornam-se incapazes de tomar as mais simples decisões, a demonstrar que razão e emo-

¹⁰⁴ RUSE, Michael. Evolutionary ethics: a phoenix arisen. *Zygon*, vol. 21, n. 1 (March 1986), p. 96-97.

ção não são (nem devem ser) tão separáveis quanto se pensa¹⁰⁵. São emoções, e valores, que nos permitem atribuir *peso* às coisas, em face das circunstâncias de cada caso, e decidir, por exemplo, entre beber água ou atender ao telefone que toca insistentemente, por exemplo.

Quanto ao que se considera *certo* e *errado*, ou o *bem* e o *mal*, é possível que todas as sociedades humanas, e mesmo algumas animais, partilhem valores morais comuns. O que muda, e permite o surgimento de culturas com padrões e costumes diferentes, diz respeito ao modo como tais valores são concretizados e compreendidos em situações específicas, no mais das vezes fronteiriças¹⁰⁶, podendo-se dizer que tais diferenças decorrem, em maior ou menor medida, de diferenças de *contexto* vividas por tais sociedades. Lembrando que o fato determina a maneira como se compreende a norma, a ideia de que se devem proteger os semelhantes, sobretudo as crianças, não tem como ser vista da mesma maneira em uma rica cidade americana ou em uma tribo no centro da floresta amazônica, em que recursos são escassos e a dedicação da mãe a um filho com grave deficiência pode por em risco a sobrevivência dos demais, e dela própria.¹⁰⁷

Ainda quanto a esse eventual desacordo moral, dois aspectos devem ser lembrados, antes de invocá-lo como causa para uma suposta “acientificidade” do estudo dos valores: *i*) há

¹⁰⁵ DAMÁSIO, António R. *O erro de descartes*. Emoção, Razão e Cérebro Humano. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, *passim*.

¹⁰⁶ É o caso de discussões quanto ao aborto, ou à chamada píflula do dia seguinte, que não significam propriamente um desprezo pela vida humana por parte de quem defende uma primazia da autonomia da vontade da mulher, mas, de rigor, uma discussão quanto ao início da vida humana. Cf. ZIMMERMAN, Aaron. *Moral epistemology*. Routledge, p. 19; BENN, Piers. *Ethics*. London: UCL Press, 1998, p. 29.

¹⁰⁷ Não se está com isso, obviamente, defendendo o infanticídio, mas apenas alertando para o fato de que contextos diferentes levam a escolhas diferentes sobre como implementar os mesmos valores, as quais são muitas vezes impostas pelas circunstâncias, não significando, por si só, a adoção de valores morais assim tão diferentes. Veja-se, a esse respeito: LUKES, Steven. *Moral relativism*. New York: Picador, 2008, p. 73.

desacordo, também, no âmbito das ciências naturais, o que tampouco é causa para se lhes negar a “cientificidade”¹⁰⁸; *ii*) se se admitir que, porque existem sociedades que alimentam valores diferentes, *devem* existir sociedades que alimentam valores diferentes, estando “todas corretas”, se está implícita e contraditoriamente elegendo um valor universal (a tolerância), e, ainda, extraindo um “dever ser” de um “ser”, incorrendo-se portanto na falácia naturalista denunciada por David Hume. Não que não se possa defender a *necessidade* de um relativismo axiológico: o que não se pode é fazê-lo com amparo na mera existência factual dele¹⁰⁹.

O valores, portanto, podem ser objeto de juízos passíveis de discussão intersubjetiva e falibilista, o que permite uma melhor abordagem dos valores subjacentes às normas atualmente em vigor (que Kelsen rotula de “valores objetivos”), que justificaram sua elaboração e têm sua promoção, direta ou indiretamente, por elas determinada. Mas não só: permite, inclusive, uma mais consistente crítica – também ela passível de crítica intersubjetiva - por parte do estudioso, da realidade da qual se ocupa. Afinal, depois de examinar como a realidade “é”, o estudioso pode concluir pela necessidade de sua manutenção, ou de sua alteração, o que envolve julgamento baseado em valores que não necessariamente os que permearam a feitura do próprio objeto estudado.

Tudo isso revela um novo universo a ser desvendado pela ciência, de maneira falibilista ou falseável, a demonstrar, ainda mais, o anacronismo de um modelo de conhecimento científico que despreza por completo essa parcela da realidade.

¹⁰⁸ Até hoje existe um número, assustadoramente considerável, de pessoas supostamente esclarecidas que “não acreditam” na teoria da evolução, supondo portanto que os fósseis de ancestrais extintos são em verdade a “prova” de que alguns animais não conseguiram subir na Arca de Noé. Confira-se, a propósito: ZIMMERMAN, Aaron. *Moral epistemology*. Routledge, p. 19; BENN, Piers. *Ethics*. London: UCL Press, 1998, p.17.

¹⁰⁹ BENN, Piers. *Ethics*. London: UCL Press, 1998, p. 16

CONCLUSÕES

Diante do que foi explicado ao longo deste trabalho, podem ser extraídas as seguintes conclusões, em síntese:

a) o ser humano tem acesso imperfeito e precário à realidade, que tanto é mais complexa do que a humana capacidade de compreensão como é compreendida sob a interferência de pré-compreensões e preconceitos, os quais podem ter origem em experiências anteriores do mesmo indivíduo (lembranças, conscientes ou não), ou de seus antepassados (instinto);

b) essa imperfeição cognitiva não deve conduzir a um ceticismo total quanto ao conhecimento, em face do qual tudo seria falso, nem a um relativismo epistemológico segundo o qual tudo poderia ser verdadeiro. Existem situações em que se pode considerar correto ou verdadeiro o juízo formulado em torno da realidade, porque razoavelmente fundamentado, *até que se demonstre o contrário*. Se a fundamentação, que deve ser “razoável” e não “absoluta”, tiver seu equívoco demonstrado, substitui-se o juízo em torno da realidade por outro, que melhor a explique. É assim que funciona o cérebro humano, e, também, de outros animais, em seu constante trabalho de reconstruir internamente a realidade, para dar ao organismo correspondente condições de reagir de maneira adequada diante dela;

c) o raciocínio falibilista, que é o seguido pelos animais perante a realidade que imperfeitamente conhecem, deve ser adotado também no âmbito da ciência, considerando-se corretas as teorias enquanto não apresentadas outras que melhor expliquem os mesmos fenômenos, ou mais adequadamente equacionem os mesmos problemas;

d) a interpretação de textos normativos, em face da qual a eles se atribui o sentido de uma proposição prescritiva que obriga, faculta ou proíbe condutas, deve ser, também ela, sujei-

ta ao raciocínio falibilista, seja porque o sentido inicialmente atribuído a um texto pode ser modificado quando do cotejo deste com outros textos, seja porque a análise da situação de fato, e de novos aspectos ou detalhes dessa situação de fato, podem por igual alterar a interpretação inicialmente tida como correta;

e) a determinação da ocorrência dos fatos, sobre os quais incidem as normas, deve por igual ser sujeita a um raciocínio falibilista, o qual permite, inclusive, explicar a forma como dinamicamente se distribui o ônus da prova no processo e exigir a fundamentação necessária à decisão que aprecia controvérsias factuais, sendo esta última o aspecto mais importante e ainda não devidamente examinado dessa questão;

f) os valores, ou os juízos morais, podem ser examinados de forma razoavelmente objetiva, ou intersubjetiva, seja com a análise de sua origem darwiniana, seja por meio de comparação das sociedades humanas – e dos valores que as inspiram – com sociedades de outros primatas, seja com o exame de como o cérebro humano lida com os juízos morais. Em torno deles é possível fazer aproximações falibilistas, em relação às quais se pode dizer que as soluções encontradas, se não são absolutamente corretas, são pelo menos melhores que todas as outras até então tentadas, deixando-se aberta a oportunidade de oposição para quem pretender demonstrar o contrário.

Como dito, tais conclusões não pretendem sequer dar a tais assuntos a verticalização e o aprofundamento que eles merecem. Sua finalidade, de rigor, é a de demonstrar que a compreensão que se tem – ou que se *deve ter*, em proposta abertamente normativa – de ciência, hoje, não é compatível com a mera descrição de textos, mesmo que se admita que “tudo é texto” e que essa descrição se pauta por preconceitos, valores e ideologias que guiam o processo de atribuição de sentido a eles. Isso porque, mesmo com todas essas concessões, que a rigor não poderiam ser feitas pelas razões já apontadas ao lon-

go deste trabalho, mesmo nesse caso os tais preconceitos, valores e ideologias, conquanto admitidos como presentes, não são também eles examinados pela ciência, se praticada nos moldes positivistas, que admite a presença de certos elementos, decisivos, no objeto estudado, mas se recusa a apreciá-los.

